

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL**

JOÃO VITOR VIECILI

**IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE INDENIZAÇÃO PUNITIVA ATRAVÉS DA
FUNÇÃO PUNITIVO-PEDAGÓGICA DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS**

**PORTO ALEGRE
2021**

JOÃO VITOR VIECILI

**IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE INDENIZAÇÃO PUNITIVA ATRAVÉS DA
FUNÇÃO PUNITIVO-PEDAGÓGICA DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS**

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

Orientador: Prof. Dr. Luis Renato Ferreira da
Silva

PORTO ALEGRE

2021

JOÃO VITOR VIECILI

**IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE INDENIZAÇÃO PUNITIVA ATRAVÉS DA
FUNÇÃO PUNITIVO-PEDAGÓGICA DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS**

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

Aprovado em ___ / ___ / _____

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Luis Renato Ferreira da Silva
Orientador

Prof. Dr. Fabiano Menke

Prof. Dr. Gerson Luiz Carlos Branco

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo avaliar se características da indenização punitiva americana são compatíveis com a indenização por danos morais brasileira, na medida em que esta possui uma função punitivo-pedagógica. Tendo em vista as recorrentes referências aos *punitive damages* pela jurisprudência brasileira ao fundamentar a adoção de uma função punitivo-pedagógica da indenização por danos morais, uma análise da compatibilidade entre os institutos mostra-se útil ao revelar se uma maior influência da doutrina estrangeira nas decisões brasileiras poderá ser benéfica ou acarretará violação das normas do ordenamento jurídico vigente. Para tanto, analisa a doutrina e a jurisprudência em torno da indenização punitiva e em torno da função punitivo-pedagógica do dano moral, comparando as características e embasamento jurídico de cada uma. Conclui que a função punitivo-pedagógica da indenização por danos morais é uma solução dada a um problema de quantificação do dano extrapatrimonial, não bastando a justificar a violação de balizas impostas pela natureza compensatória desse tipo de indenização, servindo apenas a auxiliar na estipulação do valor da indenização, área em que o critério compensatório da extensão do dano se mostra insuficientemente preciso. Não guarda, assim, relação fundamental com a indenização punitiva, cuja própria definição engloba um excedente sobre a compensação adequada.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Indenização punitiva. *Punitive damages*. Função punitivo-pedagógica. Dano moral.

ABSTRACT

This work aims to evaluate whether characteristics of American punitive damages are compatible with the Brazilian moral damages, as the latter serves a punitive-pedagogical purpose. Given that recurrent references to punitive damages are made by Brazilian jurisprudence in substantiating the adoption of a punitive-pedagogical function of moral damages, a compatibility analysis between these figures is useful in that it reveals whether a larger influence of the foreign doctrine in Brazilian decisions could be beneficial or will convey a violation of the norms of the current legal order. For that, it analyses legal writings and case law on punitive damages and on the punitive-pedagogical function of the moral damages, comparing the characteristics and juridical foundations of each. It concludes that the punitive-pedagogical function of moral damages is a solution to a quantification problem that exists in respect to noneconomic damages, and as such is not sufficient to justify breaking the limits imposed by the compensatory nature of this kind of damages, but serving only as an aid in stipulating the value of such damages, as the compensatory criterium consisting of the price of the injury lacks sufficient accuracy. It has, therefore, no fundamental relationship with punitive damages, whose own definition implies an excess over adequate compensation.

Keywords: Civil liability. Punitive damages. Punitive-pedagogical function. Moral damages.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CCP – Court of Common Pleas (Tribunal de Pedidos Comuns)

CJF – Conselho da Justiça Federal

KB – Court of King’s Bench (Tribunal da Bancada do Rei)

SCOTUS – Supreme Court of the United States (Suprema Corte dos Estados Unidos)

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJRS – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

UKHL – United Kingdom House of Lords (Câmara dos Lordes do Reino Unido)

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DOS <i>PUNITIVE DAMAGES</i> NO <i>COMMON LAW</i>	9
3 CONCEITUAÇÃO E CARACTERÍSTICAS DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA	13
3.1 QUANTIFICAÇÃO	15
3.1.1 Grau de Reprovabilidade	17
3.1.2 Proporção à potencial lesão decorrente da conduta	19
3.1.3 Diferença em relação às penalidades civis previstas em lei para a conduta.....	19
3.2 LEGITIMIDADE ATIVA E DESTINATÁRIO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO ...	20
3.3 ELEMENTO SUBJETIVO	24
4 INFLUÊNCIA DOS ASPECTOS PUNITIVOS NO ARBITRAMENTO DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS NO BRASIL	27
4.1 OBSERVÂNCIA DA FUNÇÃO DE DESESTÍMULO NA QUANTIFICAÇÃO DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS	29
4.2 USO DE CRITÉRIOS ASSOCIADOS À PUNIÇÃO SEM ALMEJAR A FUNÇÃO PUNITIVA	31
5 INCOMPATIBILIDADE ENTRE CARACTERÍSTICAS DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA E A FUNÇÃO PUNITIVO-PEDAGÓGICA DO DANO MORAL ADOTADA PELA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA	36
5.1 QUANTIFICAÇÃO	38
5.2 LEGITIMIDADE ATIVA E DESTINATÁRIO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO ...	39
5.3 ELEMENTO SUBJETIVO	40
6 CONCLUSÃO	44
REFERÊNCIAS.....	47

1 INTRODUÇÃO

A indenização, como o próprio nome, pela sua etimologia, já diz, é a reparação de um dano. Em que pese ter consequências negativas ao ofensor responsável pela reparação, tendo efeito de penalidade, distingue-se desta pela sua finalidade voltada ao ofendido, não ao ofensor.

No Direito Romano, tanto indenizações quanto penas poderiam ser impostas por particulares através de ações de natureza privada, contra aqueles que ofendessem algum de seus direitos. Com a evolução do Direito Penal e transferência da competência punitiva para a sociedade, as penas privadas foram extintas.

Um interesse na manutenção de alguma forma efetiva de sanção a determinadas condutas, dada a ineficiência do Estado em fazê-lo, fez com que se passasse a aproveitar o efeito negativo da indenização para exercer a função de punir.

Dois exemplos disso são a função punitivo-pedagógica atribuída à indenização por danos morais no Brasil e os *punitive damages* (“indenização punitiva”)¹, também chamados *exemplary damages ou vindictive damages*, existentes em várias jurisdições de *common law*, mas com mais significativa presença nos Estados Unidos.

A similaridade entre a origem dos institutos sugere que pensamentos desenvolvidos no âmbito de um possam ser aplicáveis no outro. Os tribunais brasileiros, particularmente, mostram crescente inspiração nos *punitive damages* ao fundamentar o valor das indenizações por danos morais.

Assim, uma análise acerca da forma dada a essa punição nos Estados Unidos, onde foi objeto de extenso debate e aprimoramentos durante séculos, pode revelar falhas e sugerir adaptações para a forma dada a essa punição no Brasil.

Evidente que a importação de elementos normativos estrangeiros não pode ser feita sem antes avaliar a pertinência de tais elementos no contexto nacional e a sua compatibilidade com o ordenamento jurídico vigente. Isso posto, propõe-se o presente trabalho a avaliar se, quais, e em que medida características da indenização punitiva podem aprimorar a forma como a função punitiva é exercida pela indenização no Brasil.

¹ A palavra “damages” significa tanto “danos”, quanto “indenização”, por vezes resultando em traduções equivocadas. O termo é utilizado com sentido de “indenização punitiva”, tradução que é confirmada pelos autores lusófonos. Ver Martins Costa e Pargendler (2005, p. 16).

Tendo em vista o agitado debate existente tanto no Brasil quanto no estrangeiro questionando a extensão da aplicabilidade ou até mesmo a própria existência de indenizações com função punitiva, cumpre esclarecer que tal discussão excede o escopo do presente trabalho, o qual – apesar de inevitavelmente tangenciar o assunto – se limita a, aceitando as razões pelas quais se entende possível a existência de uma indenização com função punitiva no Brasil, buscar possíveis aprimoramentos à forma e características atribuídas a essa indenização.

Para tal, analisar-se-á primeiro a origem da indenização punitiva e seu envolvimento com a indenização por danos extrapatrimoniais; em seguida, com base em textos doutrinários e decisões judiciais, sua configuração atual nos Estados Unidos e características como quantificação, requisito subjetivo, etc.; então, passar-se-á à natureza e limites da função punitiva da indenização por danos morais no Brasil; e, por fim, será feita a comparação entre os dois institutos, a fim de constatar em que divergem e se há características da indenização punitiva que possa se cogitar transportar para o contexto brasileiro.

2 DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DOS *PUNITIVE DAMAGES* NO *COMMON LAW*

Em que pese hoje ser característica das jurisdições de *common law*, a indenização com finalidade punitiva se assemelha a institutos do Direito Romano. Os delitos privados (aqueles cuja punição não interessava à coletividade, mas apenas ao ofendido) poderiam ser objeto de ação de iniciativa do ofendido, buscando o pagamento pelo ofensor de determinada quantia, a título de pena (ALVES, 2018).

O que hoje se vê nas jurisdições de *common law*, embora longe de idêntico do que ocorria na Roma Antiga, possivelmente tem sua origem na legislação romana: Taliadoros (2016) defende que a indenização punitiva se inseriu no direito inglês principalmente através do delito privado de *iniuria*, base à reprimenda privada de atos ofensivos à personalidade, que na Inglaterra ocorria por força de leis que permaneceram em vigor mesmo após o fortalecimento da distinção entre crime e ilícito civil extracontratual (*tort*), determinando a aplicação de multiplicadores ao valor indenizatório.

Enquanto na família romano-germânica à penalização no âmbito extracontratual foi sendo gradativamente atribuída uma via própria (MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005, p. 17), o *common law* absorveu e fortaleceu a ideia de pena privada. Em 1763 foram julgados os primeiros casos que, sem previsão estatutária, concederam “indenizações” superiores ao valor em que se avaliou o dano sofrido (TALIADOROS, 2016, v.64, p. 254).

Em *Huckle v Money* a corte se recusou a determinar novo julgamento após o júri ter fixado indenização acima do valor usual levando em consideração a reprovabilidade da conduta do réu (*Court of King’s Bench* [KB], 1763); no mesmo ano, em *Wilkes v Wood*, ficou estabelecido mais claramente que “o júri tem o poder de conceder indenização por mais do que o dano sofrido. Indenizações servem não só como satisfação à pessoa lesada, mas também como punição ao culpado” (*Court of Common Pleas* [CCP], 1763, tradução nossa)¹.

Inicialmente, a condenação ao pagamento de indenização punitiva era atrelada à ocorrência de alguma situação causadora de dano extrapatrimonial. Nessa linha,

¹ “... a jury have it in their power to give damages for more than the injury received. Damages are designed not only as a satisfaction to the injured person, but likewise as a punishment to the guilty...”

nota-se que os casos mais antigos em que indenizações punitivas foram concedidas, tanto no Reino Unido quanto nos Estados Unidos, se referiam a situações de humilhação, dano extrapatrimonial de difícil quantificação:

O que há de comum nesses primeiros casos ingleses é que o fator motivador ou agravante de que a indenização punitiva depende não é apenas a natureza intencional do ato ilícito praticado pelo réu, mas também a *maneira insultante ou humilhante* pela qual o réu deu causa a esse ato ilícito intencional. [...] Como os primeiros casos ingleses, os primeiros casos americanos pareciam focar no caráter insultante e humilhante do ato praticado. (SEBOK, 2009, v.25, p. 159, tradução nossa, grifo nosso)².

Evidência dessa associação da indenização punitiva aos danos extrapatrimoniais é o fato de o direito costumeiro de diversas jurisdições tratar como sinônimos quaisquer termos que se referissem a valores excedentes ao necessário para compensar o prejuízo material, o que ocorreu tanto no Reino Unido (SEBOK; WILCOX, 2009, v.25, p. 258) quanto em estados americanos (SEBOK, 2009, v.25, p. 160).

Como a quantidade de sofrimento vivenciado pela vítima era calculada tendo em vista os motivos do réu, de maneira idêntica à punição, por vezes os dois institutos tornavam-se funcionalmente idênticos. Tendo em vista essa similaridade, alguns autores passaram a considerar que “indenização por dor e sofrimento” (*damages for pain and suffering*) e “indenização punitiva” se tratavam de termos diferentes para a mesma coisa (SEBOK, 2009, v. 25, p. 160).

Assim, conforme esses autores, ou, mais especificamente, conforme Street (1906, v.1, p. 478), a existência da indenização punitiva em algumas jurisdições decorreria da adoção do entendimento de que a verba que ao mesmo tempo serve às funções compensatória e punitiva não poderia, nos casos de dano extrapatrimonial, ser fixada em qualquer critério objetivo de natureza compensatória, restando apenas os critérios como a malícia e reprovabilidade da conduta do réu para influenciar no *quantum* de uma indenização única, por danos em geral (“*damages at large*”). O

² “The common thread in these early English cases is that the motivating or aggravating factor upon which exemplary damages depend is not just the intentional nature of the defendant’s wrong, but the insulting or humiliating way in which the defendant caused the intentional wrong. [...] Like the early English cases, the early American cases seemed to focus on the insulting and humiliating character of the tortfeasor’s act.”

aludido entendimento é bem ilustrado nas palavras do Lorde James Atkin que, ao julgar o caso *Lay v Hamilton* em 1935, afirmou:

[Os danos por difamação] não são calculados determinando-se o dano 'real' e adicionando-se a ele uma soma a título de indenização vindicativa ou punitiva. *É precisamente porque o dano 'real' não pode ser apurado e estabelecido que a indenização é geral.* [...] é impossível quantificar de maneira precisa a compensação que recompensará um homem ou uma mulher pelo insulto proferido ou pela dor de uma falsa acusação. [...] O elemento 'punitivo' não é algo que seja ou possa ser adicionado a um fator conhecido que seja não-punitivo. (Câmara dos Lordes do Reino Unido [UKHL], 1935, p. 386 apud UKHL, 1964, p. 39, tradução nossa, grifo nosso)³.

A previsão de Street (1906, v. 1, p. 488) sobre o futuro da indenização punitiva foi que, com a evolução da base teórica relacionada ao tema, a punição desapareceria do sistema civil.

Todavia, isso não ocorreu. O aprimoramento da teoria das compensações, ao viabilizar e popularizar condenações significativas a indenizações por danos extrapatrimoniais, de fato ressaltou a incompatibilidade entre estas e as indenizações punitivas tais como entendidas à época. Contudo, ao contrário do que imaginou Street, isso não resultou na extinção da indenização punitiva, mas sim apenas na efetiva separação entre esta e a indenização compensatória por danos extrapatrimoniais (SEBOK, 2009, v. 25, p. 162).

Em virtude dessa separação, a teoria que justificava a indenização punitiva como uma forma de se compensar danos extrapatrimoniais se enfraqueceu, em detrimento de teorias que davam outras justificativas para sua existência, notadamente a punição e o desestímulo a condutas ilícitas⁴:

No decorrer do século XIX, tanto nos Estados Unidos quanto na Inglaterra, o conceito de danos reais estava sendo expandido para incluir lesões intangíveis. Como resultado, a função compensatória original da indenização punitiva veio a ser preenchida pela indenização real, e tribunais hoje são levados a falar de indenização punitiva exclusivamente

³ “[The damages for defamation are not arrived at] by determining the 'real' damage and adding to that a sum by way of vindictive or punitive damages. It is precisely because the 'real' damage cannot be ascertained and established that the damages are at large. [...] it is impossible to weigh at all closely the compensation which will recompense a man or a woman for the insult offered or the pain of a false accusation. [...] The 'punitive' element is not something which is or can be added to some known factor which is non-punitive.”

⁴ Para um detalhamento do processo de desvinculação entre a indenização punitiva e a indenização por danos extrapatrimoniais, ver Sebok, 2009, p. 163-169.

em termos de punição e desestímulo. (NOTES, 1957, v.70, p. 520, tradução nossa)⁵.

No Reino Unido, a clara distinção entre compensação por dano extrapatrimonial e indenização punitiva foi feita em 1964, no julgamento de *Rookes v Barnard*, no qual se estabeleceu que o termo “*aggravated damages*” designaria o valor destinado a compensar os sentimentos feridos⁶, e “*punitive damages*” ou “*exemplary damages*” o valor com finalidade punitiva (SEBOK; WILCOX, 2009, v.25, p. 258). Desde esse julgamento, indenizações que antes eram fixadas em um valor único por serem gerais passaram a ser substituídas por duas indenizações, discriminando separadamente os valores da indenização punitiva⁷, prática que já havia sido adotada nos Estados Unidos a essa época⁸.

A atribuir o crédito devido à previsão de Street acima referida, de que as indenizações por danos extrapatrimoniais tornariam obsoleto o conceito de indenização punitiva, o caso citado é conhecido por conter uma severa limitação às hipóteses de incidência de indenização punitiva no Direito Inglês (diferentemente do que ocorreu nos Estados Unidos), pois sua aplicação se tornou desnecessária à compensação do dano. Todavia, continuou-se a permitir a indenização punitiva no Reino Unido em casos de ações inconstitucionais por agentes públicos e casos em que o lucro do réu exceder o prejuízo do autor (BELL; PEARCE, 1987, v. 22, p. 3). De toda sorte, a partir de então, os Estados Unidos passaram a protagonizar a evolução do instituto da indenização punitiva.

⁵ “Throughout the nineteenth century, both in the United States and in England, the concept of actual damages was being broadened to include intangible harm. As a result, the original compensatory function of exemplary damages came to be filled by actual damages, and courts today are led to speak of exemplary damages exclusively in terms of punishment and deterrence.”

⁶ Particularmente nos Estados Unidos, o termo “*aggravated damages*” se refere à indenização punitiva. Ver Sebok e Wilcox (2009, p. 269).

⁷ Por exemplo, ver *Cassel & Co Ltd v Broome*, [1972] UKHL 3.

⁸ Por exemplo, ver *Huffman v Moore*, 115 S.E. 634 (1923).

3 CONCEITUAÇÃO E CARACTERÍSTICAS DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA

Os *punitive damages* têm como funções precípua a punição e o desestímulo. Conforme estabelecido pela Suprema Corte dos Estados Unidos (SCOTUS) (1974, p. 350, tradução nossa), “eles não são compensação por dano. Em vez disso, são multas privadas arbitradas por júris civis para punir condutas reprováveis e evitar sua ocorrência futura.”¹ São uma categoria de indenização (*damages*) independente daquela por danos extrapatrimoniais, estes últimos sendo previstos no ordenamento norte-americano como uma espécie de indenização compensatória e podendo ser cumulada com a punitiva (PARGENDLER, 2017, p. 863).

Quando cumuladas as indenizações punitiva e compensatória, não se deixa de reconhecer que esta última acaba por servir de punição. Mas isso não significa que tenha que ser arbitrada com essa finalidade. É justamente quando o valor necessário à simples compensação é inferior ao necessário para punir e desestimular que se aplica a indenização punitiva, sem interferência na compensação:

Em um caso no qual a indenização punitiva é apropriada, um júri deverá ser instruído que se, mas somente se, a soma que eles tiverem em mente para a compensação (que pode, é claro, ser uma soma agravada pelo modo como o réu se comportou com relação ao autor) for inadequada para puni-lo por sua conduta ultrajante, para demonstrar sua desaprovação se tal conduta e para desencorajá-lo de repeti-la, então ele pode conceder uma soma maior. (UKHL, 1964, p. 39, tradução nossa)².

Desta forma, os *punitive damages* possuem características que visam maximizar as funções de punição e desestímulo, ainda que tais características sejam irrelevantes ou mesmo conflitantes com relação a um objetivo de compensar – como é o caso, por exemplo, da proibição de contratação de seguro contra indenizações punitivas existente em alguns estados (A PROPOSAL..., 1986, v. 11, p. 770) –, pois serão estipulados apenas após o autor já ter sido integralmente compensado.

¹ “They are not compensation for injury. Instead, they are private fines levied by civil juries to punish reprehensible conduct and to deter its future occurrence.”

² “In a case in which exemplary damages are appropriate, a jury should be directed that if, but only if, the sum which they have in mind to award as compensation (which may, of course, be a sum aggravated by the way in which the defendant has behaved to the plaintiff) is inadequate to punish him for his outrageous conduct, to mark their disapproval of such conduct and to deter him from repeating it, then it can award some larger sum.”

Todavia, adotam a mesma forma que uma indenização decorrente de responsabilidade civil extracontratual³, ou seja, a conduta que os causa não precisa ser tipificada em lei (exceto em alguns estados, como Louisiana e Massachusetts) (RUFF III; HAYES, 2005, v. 55, p. 247), são pleiteados em ação civil, o *quantum* é arbitrado após o fato, e o valor, via de regra⁴, é pago à parte lesada (SCOTUS, 1851, p. 371).

Apesar disso, via de regra o júri pode – mas não precisa – conceder a indenização punitiva, discricionariedade que Martins-Costa e Pargendler (2005, p. 19) associam a uma ausência de direito subjetivo do autor à condenação punitiva do réu.

Outras normas aplicáveis em boa parte das jurisdições que acatam o instituto dos *punitive damages* diferenciam as regras aplicáveis às indenizações punitivas daquelas aplicáveis às compensatórias:

Assembleias legislativas estaduais reagiram [a decisões da Suprema Corte que exigiam que tribunais revisores articulassem uma base significativa para confirmar uma condenação ao pagamento de *punitive damages*] aprovando leis que limitam a frequência e tamanho dos vereditos de *punitive damages*. As seguintes restrições exemplificam o tipo de estatuto mais frequentemente decretados: (1) o réu deve ter agido com malícia; (2) o autor deve provar a conduta necessária com evidência clara e convincente; (3) um teto monetário é aplicado às condenações ao pagamento de *punitive damages*; (4) julgamentos são bifurcados, e (5) as indenizações por *punitive damages* são distribuídas para um fundo estatal. (RUFF III; HAYES, 2005, v. 55, p. 243, tradução nossa)⁵.

Os atributos da indenização punitiva próprios de uma punição, verifica-se, não são prejudicados pela sua forma indenizatória.

³ Via de regra, não se aplicam a casos de responsabilidade contratual, como apontado por Martins-Costa e Pargendler (2005, p. 19). A exceção é quando o mesmo ato ou omissão que constitui a quebra de contrato também caracteriza um ilícito civil (*tort*) (FRANZA, 1953, p. 517-518).

⁴ Alguns estados destinam parte do valor a fundos públicos de finalidades diversas. Ver Wertheimer (1994, v. 39, p. 516-517).

⁵ “State legislatures reacted [to Supreme Court decisions that demanded that reviewing courts articulate a meaningful basis for affirming an award for punitive damages] by passing laws that limit the frequency and size of punitive damage verdicts. The following restrictions exemplify the type of statute most frequently enacted: (1) defendant must have acted with malice; (2) plaintiff must prove the required conduct by clear and convincing evidence; (3) a monetary ceiling is placed on punitive damage awards; (4) trials are bifurcated, and (5) punitive damage awards are apportioned for some placement in a state fund.”

3.1 QUANTIFICAÇÃO

Hodiernamente o valor da indenização punitiva é arbitrado separadamente ao de eventual indenização compensatória, ainda que esta seja por dano extrapatrimonial. Leis estaduais americanas tipicamente requerem que “a quantia dos punitive damages seja decidida à parte da responsabilidade por punitive damages, e que a responsabilidade por indenizações punitivas e compensatórias e/ou suas respectivas quantias sejam decididas de maneira independente” (RUFF III; HAYES, 2005, v. 55, p. 245, tradução nossa, grifo nosso)⁶.

Isso tem o efeito de evitar que a punição seja limitada à extensão do dano⁷. Conforme Martins-Costa e Pargendler (2005, p. 17, grifo nosso), os *punitive damages* “consistem na soma em dinheiro conferida ao autor de uma ação indenizatória em valor expressivamente superior ao necessário à compensação do dano”, tendo em vista as finalidades de punição e de prevenção.

Nos Estados Unidos a fixação do *quantum* dos *punitive damages* cabe ao júri em 47 estados (Nebraska e New Hampshire proíbem indenizações punitivas, e no Kansas o juiz determina o valor) (FRANZE; SCHEUERMAN, 2004, v. 6, p. 470).

Por conseguinte, há poucos parâmetros objetivos para a determinação da quantia. Segundo Ruff III e Hayes (2005, v.55, p. 247), 10 estados não têm instruções para júris padronizadas publicadas para os casos de indenização punitiva, 15 estados praticamente não oferecem orientação alguma (mencionando apenas que os *punitive damages* servem para punir o ofensor e evitar que outros pratiquem condutas similares) e, ainda, 6 dos 22 estados que oferecem alguma orientação substantiva ao júri afirmam que os jurados podem levar em consideração o patrimônio do réu, fator que pode levá-los a arbitrar uma quantia excessiva, buscando a redistribuição de renda, em vez da adequada punição ao ilícito praticado pelo acusado.

Em que pese a discricionariedade da fixação da quantia pelo júri, pode haver revisão por corte superior quando o valor for considerado arbitrário (MARTINS-

⁶ “Typically, they [statutes that codify trial phasing] require that [...] the amount of punitive damages be decided apart from liability for punitive damages, and that compensatory and punitive damage liability and/or their respective amounts be decided independently.”

⁷ O que não significa, contudo, que não sejam limitados pela extensão do dano. Conforme se abordará adiante, a Suprema Corte dos Estados Unidos, em que pese a recusa em fixar um múltiplo matemático exato, estabeleceu que deve haver um limite à disparidade entre a *potencial* lesão sofrida e a indenização punitiva (ver SCOTUS, 1996 – *BMW v. Gore*).

COSTA; PARGENDLER, 2005, p. 19). De acordo com o entendimento da Suprema Corte, essa possibilidade de revisão decorre de mandamento constitucional:

Indenizações punitivas são um grave perigo de privação arbitrária de propriedade. Instruções ao júri tipicamente dão ao júri ampla discricionariedade para escolher as quantias, e a apresentação de evidência do patrimônio de um réu cria a possibilidade de que júris usarão seus vereditos para expressar parcialidades contra grandes empresas, particularmente aquelas sem forte presença local. A revisão judicial da quantia estabelecida era uma das poucas salvaguardas procedimentais que o *common law* fornecia contra esse perigo. Oregon removeu essa salvaguarda sem fornecer qualquer procedimento substitutivo e sem qualquer indicação de que o perigo de condenações arbitrárias tenha diminuído com o tempo. *Por essas razões, consideramos que a negação de revisão judicial da quantia dos punitive damages pelo Oregon viola a Cláusula do Devido Processo da Décima-Quarta Emenda.* (SCOTUS, 1994, p. 432, tradução nossa, grifo nosso)⁸.

Apesar dos critérios para revisão pelas cortes estaduais serem definidos no âmbito estadual, devem levar em consideração pelo menos as diretrizes fixadas pela Suprema Corte em *BMW of North America v. Gore* (RUFF III; HAYES, 2005, v. 55, p. 243).

No caso referido, a Suprema Corte dos Estados Unidos considerou excessivo o valor da indenização punitiva fixada pela Suprema Corte do Alabama (que reduzira pela metade o *quantum* fixado pelo júri), com base no seguinte:

Três diretrizes, das quais cada uma indica que a BMW não recebeu aviso adequado da magnitude da sanção que o Alabama pode impor por aderir à política de não-divulgação adotada em 1983, nos levam à conclusão de que a condenação de \$2 milhões contra a BMW é manifestamente excessiva: o *grau de reprovabilidade* da não-divulgação; a *disparidade entre a lesão ou potencial lesão sofrida pelo Dr. Gore e a sua indenização punitiva*; e a *diferença entre esse remédio e as penalidades civis autorizadas ou impostas em casos comparáveis.* (SCOTUS, 1996, p. 574, tradução nossa, grifo nosso)⁹.

⁸ “Punitive damages pose an acute danger of arbitrary deprivation of property. Jury instructions typically leave the jury with wide discretion in choosing amounts, and the presentation of evidence of a defendant's net worth creates the potential that juries will use their verdicts to express biases against big businesses, particularly those without strong local presences. Judicial review of the amount awarded was one of the few procedural safeguards which the common law provided against that danger. Oregon has removed that safeguard without providing any substitute procedure and without any indication that the danger of arbitrary awards has in any way subsided over time. For these reasons, we hold that Oregon's denial of judicial review of the size of punitive damages awards violates the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment.”

⁹ “Three guideposts, each of which indicates that BMW did not receive adequate notice of the magnitude of the sanction that Alabama might impose for adhering to the nondisclosure policy

Segundo o entendimento mais recente, essas diretrizes não devem apenas embasar a revisão da quantia por parte dos tribunais, mas também devem ser informadas aos jurados nas instruções ao júri, tendo em vista que o teto da razoabilidade imposto pela corte revisora pode ser maior do que aquilo que o júri entenderia devido se propriamente instruído (FRANZE; SCHEUERMAN, 2004 v. 6, p. 510), com exceção da terceira, de caráter excessivamente técnico (FRANZE; SCHEUERMAN, 2004 v. 6, p. 523).

Assim, essas diretrizes, além de estabelecerem parâmetros para determinar a excessividade de uma condenação, o “teto” a ser observado pelos tribunais quando da revisão, podem, por serem informadas ao júri, também servir de parâmetro para a precisar a quantia mais adequada, ainda que abaixo desse teto.

3.1.1 Grau de Reprovabilidade

O grau de reprovabilidade da conduta do réu, “talvez o mais importante indício da excessividade de uma condenação ao pagamento de punitive damages” (SCOTUS, 1996, p. 560, tradução nossa)¹⁰, é determinado por vários fatores, que Martins-Costa e Pargendler (2005, p. 19) extraem da decisão do caso *BMW v. Gore*:

Para aferir quão repreensível é a conduta, é importante, segundo a Corte, atentar-se aos seguintes fatores:

- (1) se o prejuízo causado foi físico ou meramente econômico;
- (2) se o ato ilícito foi praticado com indiferença ou total desconsideração com a saúde ou a segurança dos outros (the tortious conduct evinced an indifference to or a reckless disregard of the health or safety of others);
- (3) se o alvo da conduta é uma pessoa com vulnerabilidade financeira;
- (4) se a conduta envolveu ações repetidas ou foi um incidente isolado;
- (5) se o prejuízo foi o resultado de uma ação intencional ou fraudulenta, ou foi um mero acidente.

Esses fatores não devem ser avaliados de maneira independente entre si. Pelo contrário, são um determinante da importância do outro na avaliação da conduta do réu. Nesse sentido, a decisão em análise menciona que “a inflição de dano [ainda que meramente] econômico, quando feita intencionalmente através de ações categóricas

adopted in 1983, lead us to the conclusion that the \$2 million award against BMW is grossly excessive: the degree of reprehensibility of the nondisclosure; the disparity between the harm or potential harm suffered by Dr. Gore and his punitive damages award; and the difference between this remedy and the civil penalties authorized or imposed in comparable cases.”

¹⁰ “...the first (and perhaps most important) indicium of a punitive damages award's excessiveness – the degree of reprehensibility of the defendant's conduct ...”

de má-conduta [...], ou quando o alvo é vulnerável financeiramente, podem acarretar uma penalidade substancial” (SCOTUS, 1996, p. 576, tradução nossa)¹¹.

A Suprema Corte também vinculou a repetição da conduta à intenção de agir injustamente. Segundo a decisão:

Certamente, evidência de que um réu *repetidamente* praticou conduta proibida *sabendo ou suspeitando que era ilegal* forneceria suporte relevante para um argumento de que um forte remédio é necessário para curar o desrespeito do réu à lei. (SCOTUS, 1996, p. 576, tradução nossa, grifo nosso)¹².

Em razão dessa posição, a Corte, mesmo reconhecendo que a BMW adotava a prática tida como ilícita havia pelo menos 13 anos e que, nesse ínterim, incorrera no ato ilícito outras 14 vezes no Alabama, rechaçou a possibilidade de se considerar tal fato ao determinar o grau de reprovabilidade (SCOTUS, 1996, *passim*), por concluir que:

Não há evidência de que a BMW tenha agido de má-fé [...]. A esse respeito, também é relevante que não há evidência de que a BMW persistiu em um padrão de conduta *após ele ter sido julgado ilegal* em sequer uma ocasião, muito menos em repetidas ocasiões. (SCOTUS, 1996, p. 579, tradução nossa, grifo nosso)¹³.

Ou seja, exemplificativamente, a importância do fato de o prejuízo ser meramente econômico (primeiro fator) dependerá da condição financeira da vítima (terceiro fator), e esta, logicamente, só será levada em consideração se o dano for econômico. Ainda, a repetição da conduta (quarto fator) só é levada em consideração se a prática ilícita for intencional (quinto fator).

¹¹ “To be sure, infliction of economic injury, especially when done intentionally through affirmative acts of misconduct [...], or when the target is financially vulnerable, can warrant a substantial penalty.”

¹² “Certainly, evidence that a defendant has repeatedly engaged in prohibited conduct while knowing or suspecting that it was unlawful would provide relevant support for an argument that strong medicine is required to cure the defendant's disrespect for the law.”

¹³ “There is no evidence that BMW acted in bad faith [...]. In this regard, it is also significant that there is no evidence that BMW persisted in a course of conduct after it had been adjudged unlawful on even one occasion, let alone repeated occasions.”

3.1.2 Proporção à potencial lesão decorrente da conduta

Quanto à segunda diretriz, é importante reiterar que os *punitive damages* dependem de critérios ligados à conduta e à pessoa do ofensor (PARGENDLER, 2017, p. 864). Assim deve-se notar que a limitação referente à disparidade entre a lesão e a punição não decorre de uma tentativa de evitar o enriquecimento ilícito do autor, mas sim de um impedimento à punição excessiva ao réu.

Nesse sentido, reconheceu a Suprema Corte que a proporção entre o máximo da indenização punitiva e a indenização compensatória não pode justificar a redução de uma punição que, dado o contexto, possa ser considerada justa:

De fato, condenações ao pagamento de indenizações compensatórias baixas podem regularmente suportar uma razão [de indenização punitiva para compensatória] maior do que condenações a indenizações compensatórias elevadas, se, por exemplo, um ato particularmente atroz tenha resultado em poucos danos econômicos. Uma razão maior também pode ser justificada em casos nos quais a lesão seja de difícil constatação ou o valor monetário do dano não-econômico tenha sido difícil de determinar. (SCOTUS, 1996, p. 582, tradução nossa)¹⁴.

Outro ponto que dissocia essa limitação do enriquecimento do autor e a associa à conduta do réu é que se leva em consideração “a diferença entre aquela quantia [da indenização punitiva] e o dano à vítima que *teria ocorrido se o plano ilícito tivesse sido bem-sucedido*” (SCTOUS, 1996, p. 581, tradução nossa, grifo nosso)¹⁵, e não entre o valor da indenização e o dano efetivamente sofrido.

3.1.3 Diferença em relação às penalidades civis previstas em lei para a conduta

Quanto à proporção às penas civis, esta não significa que a indenização punitiva tenha que ter o mesmo valor de eventual multa prevista em lei, mas apenas que “um tribunal revisor engajado em determinar se uma condenação ao pagamento

¹⁴ “Indeed, low awards of compensatory damages may properly support a higher ratio than high compensatory awards, if, for example, a particularly egregious act has resulted in only a small amount of economic damages. A higher ratio may also be justified in cases in which the injury is hard to detect or the monetary value of noneconomic harm might have been difficult to determine.”

¹⁵ “Thus, in upholding the \$10 million award in TXO, we relied on the difference between that figure and the harm to the victim that would have ensued if the tortious plan had succeeded.”

de indenização punitiva deve ‘conceder deferência substancial ao juízo legislativo’” (SCOTUS, 1996, p. 584, tradução nossa)¹⁶.

3.2 LEGITIMIDADE ATIVA E DESTINATÁRIO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO

Apesar de ser uma pena/multa, a indenização punitiva não é paga ao Estado como uma multa criminal. Em vez disso, é paga ao autor – mesmo este já tendo sido completamente compensado pelos danos sofridos através das indenizações compensatórias – gerando-lhe, assim, um ganho inesperado (*windfall*) (A PROPOSAL..., 1986, v. 11, p. 768).

Idealisticamente, não há razão para que o autor seja o destinatário da quantia paga pelo réu; ele não a “merece”, recebe-a porque o réu tem que pagá-la (WERTHEIMER, 1994, v. 39, p. 517).

Na prática, porém, “o ganho percebido pelo autor atua como incentivo para que persiga reivindicações que poderiam, se fossem outras as circunstâncias, ser abandonadas”, de sorte que “a indenização punitiva induz a parte lesada a agir como um ‘promotor de justiça privado’”, em benefício do coletivo (A PROPOSAL..., 1986, v. 11, p. 768, tradução nossa)¹⁷.

Esse incentivo, em que pese ser uma das principais justificativas para o recebimento, pelo autor da ação, do valor da indenização punitiva, não é aceito pacificamente como fator bastante a reger o destinatário da quantia.

Principalmente nos casos consumeristas, a conduta de um réu pode ofender um grupo muito maior do que a(s) pessoa(s) que decidem ir a juízo, e, nesse caso, a distribuição desigual do arrecadado pela punição entre os integrantes desse grupo maior não só fere a isonomia entre tais indivíduos como também pode prejudicar a obtenção de compensação – esta sim, direito subjetivo – por parte deles:

Como casos de defeito de design focam em um aspecto do produto que afeta todos aqueles que forem expostos a ele, a má conduta em questão

¹⁶ “... a reviewing court engaged in determining whether an award of punitive damages is excessive should ‘accord substantial deference to legislative judgments concerning appropriate sanctions for the conduct at issue’. [...] In *Haslip*, 499 U. S., at 23, the Court noted that although the exemplary award was ‘much in excess of the fine that could be imposed’, imprisonment was also authorized in the criminal context.”

¹⁷ “This windfall, in turn, provides an incentive for the plaintiff to litigate claims that might otherwise go unlitigated. Punitive damages induce injured plaintiffs to act as “private attorneys general” and therefore, also aid in enforcement of the law.”

existe não com relação a qualquer pessoa em particular, mas em vez disso com relação àquela classe de pessoas que foram ou serão expostas ao produto. O fato de que um demandante em particular prove um direito a punitive damages tem pouca relação com o demandante em particular, e tudo a ver com a conduta do demandado voltada a um grupo muito maior de pessoas. Por conseguinte, não há razão convincente pela qual um autor em particular deva receber o valor da condenação de punitive damages, em preferência a qualquer outro autor que tenha sido lesado pelo produto. De fato, a classe de pessoas com direito a punitive damages deve certamente incluir mais do que apenas aqueles lesados pelo produto. Punitive damages são impostos contra réus que criaram um risco, e a classe daqueles afetados inclui todos aqueles que foram expostos ao risco pelo uso do produto, e não apenas aqueles que sofreram um dano por isso.

Nem há qualquer razão pela qual um autor em particular deva receber uma quantia a título de punitive damages no lugar de outros que sofreram ou sofrerão a mesma lesão. O réu pode ter tomado uma decisão de design repreensível. Se assim o for, ela é igualmente repreensível com relação a todos aqueles adversamente afetados pelo produto. Porque empresa alguma será capaz de pagar punitive damages indefinidamente, conceder punitive damages para aqueles que simplesmente pleitearem primeiro permite que o sistema legal caia vítima da inércia e do raciocínio infantil de quem chegar primeiro, leva. Além do mais, como discutido acima, conceder punitive damages a quem chegar primeiro pode privar aqueles que ainda não tiverem sido lesados da indenização compensatória. [...] A condenação ao pagamento de punitive damages pode impedir a responsabilidade objetiva sobre produtos de cumprir os seus objetivos de diluição de custos e compensação ao levar a empresa ré à falência antes que ela tenha tido a oportunidade de compensar todos aqueles lesados pelo produto. [...] punitive damages são um ganho adicional para um demandante em particular. Demandantes como um grupo, todavia, deveriam ter suas prioridades focadas na necessidade de compensar. A punição é, em certo sentido, um luxo que só pode ser pago se e quando as pessoas lesadas forem compensadas. (WERTHEIMER, 1994, v. 39, p. 516, tradução nossa)¹⁸.

¹⁸ “Since design defect cases focus, on an aspect of the product that affects all of those who are exposed to it, the evil conduct at issue exists not with respect to any particular person, but rather with respect to that class of persons who have been or will be exposed to the product. The fact that a particular plaintiff proves an entitlement to punitive damages has little to do with the particular plaintiff, and everything to do with the conduct of the defendant towards a much larger group of people. Thus, there is no compelling reason why a particular plaintiff should receive the punitive damages award, any more than any other plaintiff who has been injured by the product. Indeed, the class of persons entitled to punitive damages should arguably include more than just those actually injured by the product. Punitive damages are awarded against defendants who have created a risk, and the class of those affected includes all those exposed to the risk by use of the product, and not just those injured thereby. Nor is there any reason why one particular plaintiff should receive an award of punitive damages rather than others who have suffered or will suffer the same injury. The defendant may have made a reprehensible design decision. If so, it was equally reprehensible with respect to all of those adversely affected by the product. Because no company will be able to pay punitive damages indefinitely, awarding punitive damages only to those who simply ask first allows the legal system to fall victim to inertia and to the kindergarten rationale of first come, first served. Moreover, as was discussed above, awarding punitive damages to first comers may deprive those who have not yet been injured of compensatory damages. [...] The award of punitive damages may prevent strict products liability

Tendo isso em vista, ainda conforme exposto por Wertheimer (1994, v. 39, p. 516), algumas jurisdições resolveram esses problemas através de leis que dão destinação diversa ao todo ou parte da indenização punitiva, a exemplo dos estados do Illinois (em que o juiz distribui o valor entre o autor e um órgão assistencial estatal), Iowa (em que, a menos que a conduta do réu seja dirigida especificamente ao autor, no mínimo três quartos do valor são destinados a um fundo de reparações civis), Missouri (metade do valor, descontadas custas e honorários, é destinada a um fundo de compensação de vítimas de ilícitos civis) e Utah (metade do que exceder a quantia de vinte mil dólares, descontadas custas e honorários, é pago ao estado).

Em outros estados, houve resistência à aplicação de normas similares, tendo sido declaradas inconstitucionais. Uma previsão legal que determinava que um fundo estadual receberia um terço de cada indenização punitiva coletada foi afastada pela Suprema Corte do Colorado (1991, p. 270, tradução nossa)¹⁹ pois, considerando o entendimento da corte de que a referida lei “não é um estatuto penalizador no sentido de criar uma nova e distinta causa de ação para uma penalidade civil [... e, portanto, ...] a contribuição forçada de um terço da indenização punitiva é imposta não ao réu malfeitor que causou danos, mas ao autor que sofreu o mal”, tal disposição constituiria confisco (*taking*) de propriedade privada para uso público, vedado pela quinta emenda à constituição americana.

Em outro caso, o Tribunal Distrital dos Estados Unidos para o Distrito Central da Geórgia (1990) declarou inconstitucional uma lei que previa que três quartos da indenização punitiva em casos de responsabilidade por produtos deveria ser paga ao estado. Não obstante a lei sequer ter passado pelo exame de constitucionalidade formal (continha disposições sobre dois assuntos não relacionados, um deles divergente do título do projeto de lei, violando o artigo III, seção V, parágrafo III da Constituição da Geórgia), a decisão não deixou de mencionar que a provisão teria a finalidade ilegítima de remover o incentivo ao consumidor para que ajuíze a ação.

from serving its cost-spreading and compensatory goals by bankrupting the defendant company before it has had the opportunity to compensate all of those injured by the product. [...] punitive damages also constitute a windfall to a particular plaintiff. Plaintiffs as a group, however, should have their priorities focused on the need to compensate. Punishment is, in a sense, a luxury that is not affordable unless and until injured persons have been compensated.”

¹⁹ “The Colorado exemplary damages statute, we have held, is not a penal statute in the sense of creating a new and distinct cause of action for a civil penalty [...] the forced contribution of one-third of the exemplary damages judgment is imposed not on the defendant wrongdoer who caused the injuries but upon the plaintiff who suffered the wrong.”

A nível nacional, as consequências negativas da indenização punitiva referidas acima são mitigadas pela regra que limita o valor da condenação a uma proporção razoável do dano que potencialmente atingiria o autor – e não qualquer outra pessoa – em decorrência da conduta do réu, conforme definido pela Suprema Corte americana (2003, p. 422, tradução nossa)²⁰:

As cortes [inferiores] concederam indenização punitiva para punir e reprimir condutas que não guardavam relação alguma com o dano sofrido por Campbell [o autor]. Os atos distintos de um réu, independentes dos atos sobre os quais a responsabilidade se alicerçou, não podem servir como base para indenização punitiva. Um réu deve ser punido pela conduta que causou dano ao autor, não por ser um indivíduo ou empresa repugnável.

O devido processo não permite que os tribunais, ao calcular as indenizações punitivas, tomem decisões sobre os méritos dos pleitos hipotéticos de outras partes contra o réu disfarçadas de análise de reprovabilidade [...]. Punição nessas bases cria a possibilidade de múltiplas condenações de punitive damages pela mesma conduta; pois no caso usual não-partes não sofrem restrições pelo julgamento que algum outro autor obtenha.

Ao assim decidir, a Suprema Corte remeteu, ainda, ao argumento trazido pelo Justice Stephen Breyer em seu voto (concordante com o do relator) no caso *BMW v. Gore*, qual seja, que “indenizações maiores poderiam também ‘contar duas vezes’ ao incluir nas condenações a indenizações punitivas parte das indenizações compensatórias, ou punitivas, que demandantes subsequentes também receberiam” (SCOTUS, 1996, p. 593, tradução nossa)²¹.

²⁰ “The courts awarded punitive damages to punish and deter conduct that bore no relation to the Campbells' harm. A defendant's dissimilar acts, independent from the acts upon which liability was premised, may not serve as the basis for punitive damages. A defendant should be punished for the conduct that harmed the plaintiff, not for being an unsavory individual or business. Due process does not permit courts, in the calculation of punitive damages, to adjudicate the merits of other parties' hypothetical claims against a defendant under the guise of the reprehensibility analysis [...]. Punishment on these bases creates the possibility of multiple punitive damages awards for the same conduct; for in the usual case nonparties are not bound by the judgment some other plaintiff obtains.”

²¹ “Larger damages might also “double count” by including in the punitive damages award some of the compensatory, or punitive, damages that subsequent plaintiffs would also recover.”

3.3 ELEMENTO SUBJETIVO

Ruff III e Hayes (2005, v.55, p. 246, tradução nossa)²² listam os requisitos subjetivos necessários para a condenação ao pagamento de indenização punitiva conforme cada estado americano:

Doze estados empregam um critério de malícia, definido em lei. [...] Uma parte lesada deve provar que o alegado malfeitor pretendeu causar dano à parte lesada.

.....
 Há vinte e cinco estados que empregam um critério estatutário requerendo conduta mais abominável do que negligência grave, que não seja [necessariamente] malícia. [...] Uma parte lesada deve mostrar que o alegado malfeitor agiu intencionalmente com deliberado ou insensível [reckless] descaso com relação aos direitos de outros. [...] Este critério é menos difícil de se alcançar do que o critério de malícia porque indiferença intencional, ou conduta deliberada ou insensível, é suficiente para satisfazer o critério.

.....
 Sete estados empregam negligência grave conforme definido em lei. [...] A parte lesada deve demonstrar que o alegado malfeitor foi anormalmente descuidado ao desconsiderar as possíveis consequências danosas que poderiam resultar da sua conduta. Não há necessidade de se demonstrar que o alegado malfeitor teve qualquer intenção de causar dano à parte lesada.

Verifica-se que, na maior parte dos casos, são exigidos elementos correspondentes ao dolo (e.g. malícia, intenção, descaso) e, na minoria, culpa grave (representada pela negligência), não cabendo a indenização punitiva em casos de responsabilidade objetiva (MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005, p. 19).

É de se ressaltar que a negligência grave pode ser interpretada, em alguns dos estados que a utilizam para determinar a aplicação da indenização punitiva, como algo similar ao que se classifica como dolo eventual no Brasil. Na Flórida, o júri é instruído que “‘negligência grave’ significa que a conduta do réu foi tão descuidada que

²² “Twelve states employ a standard of malice, defined by statute. [...] An injured party must show that the alleged wrongdoer intended to harm the injured party. [...] There are twenty-five states that employ a statutory standard requiring conduct more egregious than gross negligence, exclusive of malice. [...] An injured party must show that the alleged wrongdoer intentionally acted with wanton or reckless disregard for the rights of others. [...] This standard is less difficult to meet than the standard of malice because willful indifference, or wanton or reckless conduct, is sufficient to satisfy the standard. [...] Seven states employ gross negligence as defined by statute. [...] The injured party must show that the alleged wrongdoer was unusually careless in disregarding the possible injurious consequences that could result from his or her conduct. There is no requirement of showing that the alleged wrongdoer had any intention of harming the injured party.”

constituiu um *descaso consciente ou indiferença* à vida, segurança, ou direitos das pessoas expostas a tal conduta” (SUPREMA CORTE DA FLÓRIDA, 2018, p. 361, tradução nossa, grifo nosso)²³. Em outros estados, como o Delaware, a distinção é feita de maneira mais próxima à doutrina romanista, não sendo necessária ação consciente e fatores que indiquem o conhecimento do perigo para a sua configuração (SUNSTEIN et al., 2002, p. 259).

Por fim, cumpre comentar que o fato de o requisito subjetivo ser dolo ou culpa grave não inviabiliza a aplicação do instituto nos casos consumeristas – uma das mais comuns, se não a mais comum, hipótese de aplicação dos *punitive damages* –, nos quais em geral a regra de responsabilização do fornecedor é a responsabilidade objetiva. Em que pese a incompatibilidade entre a responsabilização objetiva e a punição, nada impede que o autor demonstre a culpa (ou o elemento subjetivo que a legislação requerer), e com base nisso possa pleitear tanto a compensação quanto a indenização punitiva, conforme explica Wertheimer (1994, v. 39, p. 509, tradução nossa)²⁴:

A premissa da responsabilidade objetiva por produtos, em acentuado contraste com aquela dos *punitive damages*, é que há casos em que o fabricante de um produto deve ser responsabilizado, mesmo que tal fabricante não tenha tido culpa. Essa premissa é completamente inconsistente com a premissa dos *punitive damages*, que é que o fabricante deve ser punido quando esse fabricante tiver sido manifestamente culpado.

.....
Um autor que pode provar negligência da parte do réu não precisa invocar a responsabilidade objetiva por produtos para vencer porque esse autor pode contar com a culpa como base da responsabilidade. Os únicos autores que precisam invocar a doutrina da responsabilidade objetiva por produtos são aqueles que não podem comprovar culpa por parte do réu.

²³ “‘Gross negligence’ means that (defendant’s) conduct was so reckless or wanting in care that it constituted a conscious disregard or indifference to the life, safety, or rights of persons exposed to such conduct.”

²⁴ “The premise of strict products liability, in sharp contrast to that of *punitive damages*, is that there are cases in which a manufacturer of a product should be held liable, even though that manufacturer has not been at fault. This premise is completely inconsistent with the premise of *punitive damages*, which is that the manufacturer should be punished when that manufacturer has been egregiously at fault. [...] A plaintiff who can prove negligence on the part of the defendant does not need to invoke strict products liability in order to win because that plaintiff may rely on fault as the basis for liability. The only plaintiffs who need to invoke strict products liability doctrine are those who cannot prove fault on the part of the defendant.”

Desta sorte, tem-se que o requisito subjetivo da indenização punitiva não precisa corresponder àquele da responsabilidade pela compensação da lesão causada.

4 INFLUÊNCIA DOS ASPECTOS PUNITIVOS NO ARBITRAMENTO DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS NO BRASIL

Além de restituir ou compensar aquele que sofreu um dano, a responsabilidade civil, para destacar o óbvio, resulta em um prejuízo àquele que teve que arcar com essa restituição ou compensação.

Historicamente, esse prejuízo foi considerado desejável, de modo que as suas consequências foram tidas como funções da responsabilidade civil. Segundo Püschel (2005, v. 1, p. 92), dentre as funções que foram ou são atribuídas à responsabilidade civil se inserem as de punir um culpado, vingar a vítima, restabelecer a ordem social e prevenir comportamentos antissociais.

Ainda segundo Püschel (2005, v. 1, p. 93), em decorrência de avanços na área da criminologia ocorridos no século XIX, tornaram-se infundadas as funções punitiva, vingativa e de restabelecimento da ordem social, mas permaneceu hígida a função de prevenção de comportamentos antissociais.

Assim, o mesmo ato de pagamento que exerce a função de indenizar também serve como sanção, visando o desestímulo à conduta lesiva. Carlos Roberto Gonçalves (2018, p. 107) expõe que:

Há controvérsias a respeito da natureza jurídica da reparação do dano moral. Tem prevalecido o entendimento dos que vislumbram, na hipótese, duplo caráter: compensatório para a vítima e punitivo para o ofensor. Ao mesmo tempo em que serve de lenitivo, de consolo, de uma espécie de compensação para atenuar o sofrimento havido, atua como sanção ao lesante, como fator de desestímulo, a fim de que não volte a praticar atos lesivos à personalidade de outrem.

A atenção a essa finalidade punitiva, em que pese ter origem na repreensão de injúrias e outros atos de consequências extrapatrimoniais, com o advento da proteção legal ao consumidor passou a ser inserida também no contexto consumerista, visando tornar o custo de se adotar uma prática lesiva ao consumidor maior do que o benefício, o que por vezes não pode ser alcançado meramente com a compensação:

O antigo instituto, voltado a **reparar** danos injustamente sofridos pelos indivíduos, não estaria imune a fenômenos sociais próprios das sociedades hiper-industrializadas nem às escolhas jurídico-axiológicas dessas mesmas sociedades, tal qual, exemplificativamente, a proteção ao consumidor como sujeito jurídico em si mesmo vulnerável ou a classificação do meio ambiente entre os bens de uso comum do povo,

com caráter de **essencialidade** à sadia qualidade de vida, como faz a Constituição brasileira. Afirma-se como necessário um instituto apto a coibir ou a desestimular certos danos particularmente graves cuja dimensão é transindividual, ou comunitária, sendo certo que a pena pecuniária é eficiente fator de desestímulo. Daí a razão pela qual as características funcionais dos punitive damages (a punição e a exemplaridade) têm atraído os estudiosos, insatisfeitos com a linearidade do princípio da reparação na sociedade atual, sabendo-se que muitas empresas cujos produtos são danosos em escala massiva amparam a continuidade de sua produção (e dos danos causados) numa espécie de **raciocínio por custo/benefício** entre o lucro auferido pela disposição do produto no mercado e o custo da indenização a ser paga aos indivíduos que ingressarem em juízo, buscando ressarcimento pelos danos individualmente sofridos. (MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005, p. 16, grifo das autoras).

Por outro lado, não se descarta, como destaca Sanseverino (2010, p. 274) que tal atenção também decorra da falha do Direito Penal em punir adequadamente (aos olhos da vítima) pequenas infrações:

De outro lado, o ressurgimento dessa faceta punitiva da indenização dos danos extrapatrimoniais, resquício da função penal da responsabilidade civil, nos últimos anos, com vigor, deve-se também aos problemas práticos enfrentados pelo direito criminal. Efetivamente, o direito penal, apesar do seu extraordinário desenvolvimento teórico, no plano doutrinário, tem enfrentado uma grave crise de identidade na prática forense, em razão dos obstáculos materiais para uma adequada execução das penas impostas nas sentenças criminais condenatórias. Para os crimes mais graves, as penas restritivas de liberdade têm-se mostrado excessivamente rigorosas pela falência do sistema penitenciário brasileiro, evidenciando uma completa inadequação para o seu objetivo maior de ressocialização do apenado. Nos pequenos delitos, a solução oferecida pelos juizados especiais criminais não tem sido convincente, gerando para a vítima uma sensação de impunidade do ofensor. A consequência prática é que algumas das ofensas aos direitos da personalidade, especialmente nas hipóteses de delitos de menor potencial ofensivo (lesões leves, ameaça, vias de fato, calúnia, injúria, difamação), que normalmente deveriam ser resolvidas na esfera do direito penal, acabam desembocando em ações cíveis de indenização, em decorrência do descontentamento da vítima do evento danoso com o resultado final da ação penal. Em muitas dessas situações, não estão buscando as vítimas apenas uma reparação financeira para os seus prejuízos extrapatrimoniais, mas, especialmente, a imposição de uma punição econômica para o seu ofensor, o que, em última análise, passa a constituir uma autêntica pena privada. (SANSEVERINO, 2010, p. 274).

De todo modo, essa característica punitiva da indenização é secundária. Em que pese o desestímulo à conduta ser uma das possíveis consequências do dever de reparação/compensação e esse desestímulo ser desejável, não é essa a razão para

a existência do dever de indenizar. Melhor explica Carlos Roberto Gonçalves (2018, p. 107):

O caráter punitivo é meramente reflexo, ou indireto: o autor do dano sofrerá um desfalque patrimonial que poderá desestimular a reiteração da conduta lesiva. Mas a finalidade precípua do ressarcimento dos danos não é punir o responsável, e sim recompor o patrimônio do lesado...

Isso significa que as normas de responsabilidade civil não se preocupam em garantir o efeito de desestímulo ou a sua eficácia. Notadamente, o artigo 944 do Código Civil, que dispõe que “a indenização mede-se pela extensão do dano” (BRASIL, 2002), evidencia a adoção desse pensamento, ao relevar o dano infligido como parâmetro limitador central da fixação do *quantum* indenizatório, em detrimento de eventual falta de rigor punitivo (PÜSCHEL; MACHADO, 2010, p. 42).

Tendo isso em vista, antes de se analisar a teoria brasileira à luz dos desenvolvimentos do instituto estrangeiro, é necessário bem delimitar o seu escopo, observando sempre “o perigo da importação acrítica de práticas incompatíveis com o ordenamento jurídico brasileiro, [...que pode criar] figuras híbridas e sem amparo legal” (TEPEDINO; TERRA; GUEDES, 2021, p. 48).

4.1 OBSERVÂNCIA DA FUNÇÃO DE DESESTÍMULO NA QUANTIFICAÇÃO DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS

Em que pese o ordenamento pátrio não admitir o instituto da indenização punitiva nos moldes do que se vê no *common law*, grande parte da doutrina defende – e a jurisprudência em geral acompanha – que no arbitramento do valor da indenização por danos morais se busque punir o ofensor e dissuadi-lo de reincidir na prática do ilícito (SANSEVERINO, 2010, p. 272).

Isso decorre do reconhecimento da antes mencionada função punitiva dessa espécie de indenização, cuja origem está atrelada à noção de pena privada, pois remonta a épocas em que o conceito de “dano” se restringia ao prejuízo econômico (MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005, p. 22).

Tendo em vista a função punitiva, o valor da indenização por danos morais é definido com base em circunstâncias como “a gravidade do fato em si, a intensidade do sofrimento da vítima, a culpabilidade do agente responsável, a eventual culpa concorrente da vítima, [e] a condição econômica, social e política das partes

envolvidas” (SANSEVERINO, 2010, p. 283). Tais circunstâncias, aponta o autor, remontam à função punitiva/preventiva em diferentes níveis de intensidade:

Esses elementos de concreção, que atuam como circunstâncias moduladoras do montante indenizatório, permitem identificar a tríplice função da indenização por danos morais (satisfação, pena privada e prevenção). No exame da gravidade do fato em si (dimensão do dano) e de suas consequências para o ofendido (intensidade do sofrimento), enfatiza-se a função satisfatória da indenização, embora a punitiva também possa ser vislumbrada, pois a preocupação central é com a extensão do dano em si, ou seja, com os seus efeitos danosos para o lesado. [...]

Na análise da intensidade do dolo ou do grau de culpa, estampa-se a função punitiva, pois a situação passa a ser analisada na perspectiva do ofensor, valorando-se o elemento subjetivo que norteou sua conduta [...] evidenciando-se claramente a sua natureza penal, em face da maior ou menor reprovação de sua conduta ilícita.

Na situação econômica do ofensor, manifestam-se as funções preventiva e punitiva da indenização por dano moral, pois, ao mesmo tempo em que se busca desestimular o autor do dano para a prática de novos fatos semelhantes, pune-se o responsável com maior ou menor rigor, conforme sua condição financeira. (SANSEVERINO, 2010, p. 284).

A função punitivo-pedagógica, contudo, não cria nova espécie de indenização, tampouco ameaça a prioridade atribuída à finalidade compensatória na indenização por danos morais, aí residindo a grande diferença para com a indenização punitiva propriamente dita. Conforme expõem Martins-Costa e Pargendler (2005, p. 22):

A rigor, não é preciso a invocação aos punitive damages para lograr, na responsabilidade extrapatrimonial, o caráter "exemplar" que, em certas hipóteses, faz-se necessário.

.....
É preciso, pois, distinguir: uma coisa é arbitrar-se indenização pelo dano moral que, fundada em critérios de ponderação axiológica, tenha caráter compensatório à vítima levando-se em consideração – para fixação do montante – [...] inclusive, a conveniência de dissuadir o ofensor, em certos casos, podendo mesmo ser uma indenização “alta” (desde que guarde proporcionalidade axiologicamente estimada ao dano causado); outra coisa é adotar-se a doutrina dos punitive damages que, passando ao largo da noção de compensação, significa efetivamente – e exclusivamente – a imposição de uma pena, com base na conduta altamente reprovável (dolosa ou gravemente culposa) do ofensor, como é próprio do direito punitivo.

É importante frisar essa distinção pois mais recentemente, conforme notam Silva e Walker (2016, passim), as referências na jurisprudência ao pensamento estrangeiro quanto à função punitiva da indenização vêm aumentando e, com elas, a confusão entre a observância dessa função sancionatória (ou, como é melhor

conhecida, punitivo-pedagógica) no arbitramento do valor da indenização compensatória por dano moral e a aplicação do instituto da indenização punitiva.

Mesmo se reconhecendo e perseguindo, em certa medida, uma função punitivo-pedagógica na indenização por dano extrapatrimonial, a utilização de critérios dissonantes da natureza compensatória da indenização no arbitramento do seu valor requer a cautela de não se prejudicar a função ressarcitória, primordial da responsabilidade civil, o que desvirtuaria o instituto, transformando-o em meio de imposição de pena sem previsão legal (SANSEVERINO, 2010, p. 274).

O entendimento preponderante na doutrina e de forte presença na jurisprudência sustenta que aspectos punitivos são “‘imanescentes’ ou próprios do dano moral” (MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005, p. 23), ou seja, não resultam em ‘parcela adicional’ ao necessário para reparar o dano, mas sim, na falta de parâmetro mais preciso, são utilizados como meio de valorar o dano sofrido:

A regra da simetria do art. 944, caput, do Código Civil, incide só em danos patrimoniais, *pois não há como mensurar monetariamente a “extensão” do dano extrapatrimonial*: nesse caso, o que cabe é uma ponderação axiológica, traduzida em valores monetários. (MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005, p. 22, grifo nosso).

Assim, a aplicação de tais critérios não majoraria o dano, mas sim forneceria algum parâmetro a justificar a fixação do valor indenizatório exato, dentro das extremas impostas pela natureza compensatória da indenização. A adoção dessa sistemática pelos tribunais brasileiros se concretiza na reiterada ressalva de que o ordenamento jurídico brasileiro exige que o valor da indenização não resulte em enriquecimento sem causa do autor da ação, inobstante a observância de uma função de desestímulo. Seguindo-se essa regra, evita-se não somente o próprio enriquecimento sem causa da vítima, vetado pelos artigos 884 e 944 do Código Civil, como também a imposição de pena sem prévia cominação legal, proibida pelo artigo 5º, XXXIX da Constituição (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 69).

4.2 USO DE CRITÉRIOS ASSOCIADOS À PUNIÇÃO SEM ALMEJAR A FUNÇÃO PUNITIVA

Contrariando a tese exposta, há doutrinadores que defendem que a atribuição de função punitiva à indenização não pode ser tolerada, por entenderem que

necessariamente tal prática resultará em uma parcela adicional ao que corresponder ao dano efetivamente apurado, rejeitando a ideia de que na imprecisão da constatação do ‘valor’ dos danos morais possa residir pretexto para utilizar critérios voltados à punição e ao desestímulo. Ou seja, certamente uma indenização nesses moldes implicaria em enriquecimento ilícito da vítima e em um valor – correspondente a parte da indenização total – com função exclusivamente punitiva, sem a observância dos requisitos principiológicos que o ordenamento jurídico pátrio impõe para tal. Esse posicionamento se exemplifica no defendido por Tepedino, Terra e Guedes (2021, p. 48, grifo nosso):

No Brasil, costuma-se atribuir função punitiva à responsabilidade civil incorporando-se, para tanto, *valor adicional* à indenização por dano moral. O valor atribuído ao caráter punitivo da condenação tornou-se gradualmente mecanismo corriqueiro de *majoração* do dano moral: por vezes, os tribunais reconhecem expressamente a função punitiva; noutras ocasiões, sem admitir-se textualmente o referido caráter, atribuem-se valores tipicamente punitivos, com a invocação, por exemplo, do grau de culpa do ofensor, do benefício econômico por ele auferido, e da situação econômica das partes, *sempre com o objetivo de aumentar a indenização*. A despeito, contudo, dessa prática judicial crescente, o ordenamento jurídico, de lege lata, não admite a condenação do ofensor à verba punitiva, seja como parcela do dano moral, seja como verba autônoma. Os incisos V e X, do art. 5º, da Constituição da República, impõem a plena compensação do dano moral. O art. 944, a seu turno, em patente comprovação da mudança de escopo da responsabilidade civil, determina que a indenização se mede pela extensão do dano, consagrando o princípio da equivalência entre dano e reparação. Da interpretação conjunta dos dispositivos conclui-se que *a compensação integral do dano moral requer a utilização de critérios de quantificação que convirjam para a dimensão da lesão e suas repercussões na pessoa da vítima, a excluir a adoção de parâmetros diversos*.

.....
A quantificação do dano moral com base em função punitiva vai de encontro, ainda, à vedação ao enriquecimento sem causa. Contraditoriamente, algumas decisões judiciais mencionam, de maneira reiterada, a proibição do enriquecimento sem causa como importante limite à fixação do quantum compensatório, sem atentar para o fato de que *a atribuição de função punitiva ao dano moral promove, tout court, o locupletamento do lesado*.

Parte da doutrina, não obstante filiando-se a esse entendimento ou por outro motivo rejeitando a fomentação da função punitivo-pedagógica da indenização, posiciona-se a favor da utilização de alguns critérios para a fixação do dano que inegavelmente correspondem a fatores punitivos e/ou de desestímulo, mas que também de algum modo servem como meio de estimar adequadamente a compensação devida à vítima.

Dentre os posicionamentos doutrinários que seguem esse raciocínio, destaca-se o de Martins-Costa (2014, p. 7095), para quem “em ordenamentos integrantes da família romano-germânica (tal qual o brasileiro) não são admitidos nem o instituto dos punitive damages nem sequer o caráter punitivo que [...] vem sendo emprestado às condenações por dano moral”.

A autora reconhece como problemática a tentativa de medição do sofrimento não apenas em razão da dificuldade prática de arbitramento de um valor, mas também por entender que a concepção de dano moral como sofrimento da vítima é antiquada, devendo ser substituída pela noção de violação de um bem jurídico extrapatrimonial:

Considerar dano moral o *pretium doloris* não passa, com efeito, de anacronismo insustentável tanto do ponto de vista teórico quanto prático. O dano moral não é o preço da dor, nem a dor há de ser tida como categoria jurídica – embora ainda assim considerem majoritárias doutrina e jurisprudência brasileiras. Tanto quanto a alegria e o amor, a dor é sentimento de pura percepção subjetiva e, como tal, irreduzível a uma categorização racionalmente apreensível e controlável, como devem ser as noções jurídicas. Também não é “dano moral” qualquer sentimento pessoal de prejuízo ou menoscabo, tanto mais facilmente alegável quanto mais infantilizada e vitimizável – isto é, menos autônoma e autorresponsável – for a sociedade em que vivamos. (MARTINS-COSTA, 2014, p. 7098).

A indenização precisaria, então, ser mensurada utilizando critérios distintos do grau de sofrimento da vítima. A *extensão* do dano utilizada nas ofensas patrimoniais é substituída pela *gravidade* do dano, ou seja, a gravidade da violação ao bem jurídico extrapatrimonial (MARTINS-COSTA, 2014, p. 7111).

A principal distinção é que se mitiga o grau de subjetividade na mensuração da intensidade da consequência do ato ilícito, evitando o problema da imprecisão que, crítica, não se resolveu com a adoção do critério punitivo nos moldes da teoria adotada pela jurisprudência, mas somente foi transmutada em dificuldade de se determinar a partir de qual valor seria gerado enriquecimento sem causa para a vítima:

A título de motivação em critérios, é repetida, em uma multiplicidade de arestos, a seguinte assertiva: “o valor de repara o do dano deve ser fixado em montante que desestimule o ofensor a repetir a falta, sem constituir, de outro lado, enriquecimento indevido”. Porém, para além do intervalo extremadamente vago e amplo entre os dois polos (desestimular o ofensor e coibir o enriquecimento sem causa), não se comprova por que bases o sistema admitiria – ou não – a função de “desestímulo” à responsabilidade civil, ou se outros remédios – como, exemplificativamente, as tutelas processuais inibitórias ou medidas administrativas sancionadoras – poderiam ser intentadas para prevenir,

refrear e sancionar condutas socialmente danosas na sociedade de massas. De outro lado, não costumam vir referidas e motivadas nas decisões as condições legalmente determinadas para a configuração do enriquecimento sem causa (Código Civil, arts. 884-886). (MARTINS-COSTA, 2014, p. 7105).

Vê-se que a autora é crítica da atribuição de função punitiva à indenização nos moldes expostos anteriormente, tanto por impossibilidade prática da implementação daquela teoria, quanto por não perceber no ordenamento jurídico brasileiro norma que autorize o julgador a visar o desestímulo no arbitramento do *quantum* indenizatório, ainda que como objetivo secundário.

Além da gravidade do dano, defende que o *quantum* indenizatório deve depender, dentre outros fatores, da gravidade da culpa do ofensor (MARTINS-COSTA, 2014, p. 7106), critério que certamente lembra a punição, por sua aproximação do ofensor e distanciamento da vítima.

O fundamento para o uso de tal critério estaria no postulado normativo da proporcionalidade, e não em qualquer caráter punitivo. Sendo impossível “avaliar” um dano extrapatrimonial, restaria valorá-lo, e tal valoração, por atenção ao postulado, não pode ser igual, por exemplo, entre o dano causado por ato lícito e o dano causado por ato ilícito culposo, ou ainda entre o dano causado por ato ilícito culposo e o dano causado por ato ilícito doloso (MARTINS-COSTA, 2014, p. 7107).

A proposta da autora para a gradação da culpa está na adoção de aspectos da teoria penalista do risco permitido, que a leva à interessante conclusão de que:

Se a resposta a essa última questão for positiva, poder-se-á concluir pela existência de espécie de “incremento do risco”; se, ao revés, a conduta da entidade for diligente, ativa e respeitosa aos consumidores – seja ao prevenir o dano, seja ao adotar medidas para equacioná-lo, tratar-se-á de um símile do “risco permitido”, que *não a isenta de reparar o prejuízo [patrimonial] causado* (se constatado o erro), *mas se reflete na isenção* ou, conforme o caso, na *minoração do quantum indenizatório extrapatrimonial*. (MARTINS-COSTA, 2014, p. 7109, grifo nosso).

A possibilidade de se *isentar* o responsável do pagamento da indenização por danos extrapatrimoniais em razão da adoção, por ele, de medidas preventivas (e não da inexistência de dano), enquanto o mesmo não é garantido aos danos patrimoniais, demonstra o elevado grau de abstração entre a lesão moral e a correspondente indenização existente no referido pensamento. Não obstante, a autora é clara ao

expressar que isso decorre da natureza do dano moral, não da atribuição de critério punitivo à indenização:

A resposta mais congruente com o sistema de Direito positivo brasileiro e mais consistente do ponto de vista teórico está na sua função compensatória, afastada a função punitiva da responsabilidade civil por não ser compatível com o nosso sistema constitucional e civil, ainda que esteja pontualmente presente em outros institutos do Direito Privado. (MARTINS-COSTA, 2014, p. 7099).

Tem-se, portanto, que, adotando-se ou não a função punitiva da indenização, a indenização é integralmente compensatória, devendo seus atributos ser condizentes com tal natureza.

5 INCOMPATIBILIDADE ENTRE CARACTERÍSTICAS DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA E A FUNÇÃO PUNITIVO-PEDAGÓGICA DO DANO MORAL ADOTADA PELA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

No Brasil, a função punitivo-pedagógica da indenização está, como se viu, intimamente atrelada à indenização por danos morais. A própria origem da indenização por danos morais teve como principal fundamento a noção de pena privada que, *implicitamente*, influenciou e até mesmo legitimou a criação de uma condenação pecuniária como resposta a um ilícito de natureza extrapatrimonial (MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005, p. 22).

Nesse ponto, a indenização por danos morais tem origem próxima àquela da indenização punitiva (MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005, p. 23). Todavia, diverge fundamentalmente da concepção atual dos *punitive damages*, que têm caráter *expressamente e exclusivamente* punitivo e constituem “categoria restrita [e] inconfundível com o dano moral” (MARTINS-COSTA, 2014, p. 7093).

Há objetivos de um viés mais pragmático a serem almejados com uma evolução tal como a do sistema do direito anglo-saxão. A confusão entre punição e compensação é motivo de críticas relacionadas à ineficácia do efeito punitivo/desestimulador no contexto da indenização compensatória e, ainda, à debilitação dos meios de defesa do réu contra a observância ou as condições de aplicação do aspecto punitivo da indenização, críticas essas que se somam (todavia não se igualam) às críticas à própria adoção de uma função punitiva, tais como as apontadas por Tepedino, Terra e Guedes (2021, p. 51, grifo nosso), para quem:

De fato, é inegável a dificuldade de quantificar o dano moral. A confusão existente no uso de diferentes parâmetros objetivos torna a tarefa ainda mais tormentosa, e cria terreno fértil para que a função punitiva surja como válvula de escape ao sistema, tornando possível, sem aprofundamento dos critérios adotados, fixar o quantum indenizatório reputado “justo”, sobretudo quando o montante da indenização originalmente arbitrado se mostra desproporcionalmente baixo se comparado à reprovabilidade social da conduta do ofensor.

Tal prática, todavia, acaba por imputar pena privada sob a rubrica do dano moral, sem revelar às partes os parâmetros e os fundamentos utilizados para a condenação; e sem esclarecer o valor da pena e o valor da compensação, a impedir qualquer discussão acerca da legalidade e da extensão da punição, em detrimento do direito de ampla defesa do ofensor e do contraditório em sede recursal.

No combate a esses problemas, podem ser feitas comparações com a indenização punitiva existente no direito estadunidense, afinal, os *punitive damages* evoluíram para tornarem-se separados da indenização por danos extrapatrimoniais, o que lhes permite a ter características distintas daquelas da indenização compensatória sem qualquer óbice de natureza processual.

Tal evolução, todavia, requer a adoção de um sistema de punição civil incompatível com diversos princípios presentes no ordenamento jurídico brasileiro, “assentado em bases institucionais e sistemáticas muito diferentes das vigentes no direito nacional” (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 74).

A inspiração da jurisprudência brasileira no sistema americano mostra-se especialmente inadequada considerando que no aludido sistema a indenização por danos “não-econômicos”, que muito mais adequadamente corresponde à indenização por danos morais, não sofre qualquer influência dos *punitive damages* e não possui qualquer finalidade ou características punitivas, como aponta Pargendler (2017, p. 878):

Conclusivamente: no Direito norte-americano, há nítida distinção entre o dano moral (non-economic damages), cujo caráter é compensatório à vítima, sendo admitido em hipóteses relativamente restritas, e a indenização punitiva (*punitive damages*), cabível, dentro de limites constitucionalmente impostos, em face do alto grau de reprovabilidade social da conduta do ofensor a ser aferido pelo júri. Portanto, diferentemente do que vêm sugerindo doutrina e jurisprudência brasileiras, não há, no Direito norte-americano, caráter punitivo insito às indenizações por dano extrapatrimonial, as quais devem ser fixadas tendo em vista exclusivamente a extensão do dano sofrido pela vítima.

Ao que se verifica, nos Estados Unidos há, por meio da indenização punitiva, uma maneira de aplicar sanções civis extracontratuais, o que não é o que se busca no Brasil. A preocupação da doutrina pátria é encontrar um meio de quantificar adequadamente o dano extrapatrimonial, o que no estrangeiro é feito de maneira totalmente independente dos *punitive damages*.

A comparação entre aspectos da função punitivo-pedagógica do dano moral e da indenização punitiva propriamente dita, em lugar de fornecer elementos e teorias passíveis de serem adequadamente importados, ressalta a incompatibilidade decorrente dessa distinção.

5.1 QUANTIFICAÇÃO

A indenização punitiva nos Estados Unidos é limitada, a nível federal, pela décima-quarta emenda à Constituição americana, que veda (em razão de infringirem o chamado devido processo material, como já abordado) *punições excessivas*. No Brasil, por outro lado, conforme o entendimento jurisprudencial dominante, a indenização por danos morais, mesmo se observada a sua função punitivo-pedagógica, é limitada pelo *enriquecimento sem causa da vítima*:

Em nossa jurisprudência, repetidamente, se afirma que a reparação do dano moral, além de compensar a dor suportada pelo ofendido, tem a função social de punir o ofensor de modo a desestimular a reiteração da conduta nociva.

Entretanto, no afã de evitar a “indústria do dano moral” e impedir condenações exorbitantes, um limite é sempre imposto pelos tribunais: o valor da indenização não deve motivar o enriquecimento sem causa para a vítima. Simetricamente, algo igual ou assemelhado ocorre na jurisprudência norte-americana, para a qual seria ofensiva à garantia constitucional da *due process clause*, a indenização punitiva exorbitante, que não guardasse “nenhuma proporção com o dano efetivamente sofrido pela vítima” e tampouco seguisse “as diretrizes fixadas em julgados anteriores”. (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 69).

A vedação ao enriquecimento sem causa não pode ser considerada um limitador adequado às indenizações punitivas; ao contrário, implica em claro afastamento da possibilidade de indenização punitiva, tanto que nos Estados Unidos é o argumento daqueles que defendem a extinção do instituto:

As jurisdições que não suportam indenizações punitivas argumentam que um princípio que *permita que um autor seja enriquecido injustamente quando ele já foi indenizado às custas do réu* sob a forma de aviso ou punição é infundado, independentemente de quais sejam as vantagens públicas [que dele possam derivar], se houver alguma. (FRANZA, 1953, v. 7, p. 522, tradução nossa, grifo nosso)³⁴.

Segundo Menyhárd (2009, v. 25 p. 89, tradução nossa)³⁵, para que um sistema legal acate a indenização punitiva, deve responder afirmativamente à questão de se

³⁴ “The jurisdictions that do not favor punitive damages argue that a principle which permits a plaintiff to be unjustly enriched when he has already been made whole at the expense of the defendant in the guise of warning or punishment is unsound, no matter what the public advantages may be, if any.”

³⁵ “As far as punitive damages are concerned, there are two basic questions legal systems have to face. The first is whether awarding damages in a sum exceeding the compensatory or restitutionary interests shall be accepted and applied in general.”

“conceder indenizações em soma que exceda os interesses restitutivos ou compensatórios deve ser aceito e aplicado em geral”, ou seja, o enriquecimento sem causa é pressuposto para a indenização punitiva, pois esta é somada à indenização compensatória por danos extrapatrimoniais.

Assim, enquanto lá existe um limite ao valor da indenização punitiva sem proibir sua aplicação, aqui existe um limite à indenização que a impede de ser efetivamente punitiva (GATTAZ, 2016 apud THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 69).

5.2 LEGITIMIDADE ATIVA E DESTINATÁRIO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO

A natureza sancionatória da indenização punitiva mostra compatibilidade com a destinação de parte do valor ao Estado ou alguma outra entidade que o utilize em benefício da sociedade. Evidência disso é o fato abordado acima, de que alguns estados americanos – em que pese serem minoria – efetivamente destinarem parte dos recursos oriundos de indenizações punitivas a fundos de interesse coletivo. Em nenhum estado, cumpre destacar, o valor da indenização deve ser destinado integralmente a esses fundos, prevalecendo o estímulo a que o particular aja como “*private attorney general*”.

Fazer algo similar com a indenização por danos morais no Brasil não seria possível, afinal, se a natureza principal da indenização é compensatória, a vítima deve recebê-la.

Contudo, é discutida, no Brasil, uma indenização destinada à sociedade por danos de caráter extrapatrimonial que também tem seu valor fixado com observância às funções de punição e desestímulo: a indenização por danos sociais. Em que pese o caráter extrapatrimonial dessa espécie de dano, não são danos morais (AZEVEDO, 2008, p. 381). Inobstante, a sua pretensa aplicação visando o desestímulo a condutas ilícitas de maneira análoga ao que ocorre com o dano moral – e, em grande parte, nos mesmos casos em que se reconhece o dano moral – lhes credita a menção.

Os danos sociais são “lesões à sociedade, no seu nível de vida, tanto por rebaixamento de seu patrimônio moral – principalmente a respeito da segurança – quanto por diminuição de sua qualidade de vida” (AZEVEDO, 2008, p. 393). A sua indenização, apesar de ter forma assemelhada a uma pena, tem natureza de *reposição* à sociedade (AZEVEDO, 2008, p. 391).

Conforme interpretação do Superior Tribunal de Justiça (STJ) (2014) aliada à conclusão a que se chegou na V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal (CJF) (2012, p. 66) – consolidada no enunciado número 456 – o particular não é legitimado para pleitear indenização por danos sociais. Assim, o valor da condenação não pode ser dividido com o particular que preste o “serviço público” de ajuizar a ação – não há o incentivo ao “*private attorney general*”.

A indenização por danos sociais é, nesse ponto, ainda mais distante da indenização punitiva do que a indenização do dano moral: esta última apenas não pode imitar um detalhe que foi introduzido em alguns estados americanos para melhor aproveitar os recursos oriundos da condenação – a destinação de parte do valor a fundos no interesse social –, enquanto àquela falta um dos alicerces da indenização punitiva, qual seja, a destinação do (ou pelo menos de parte do) valor da condenação ao autor da ação.

O idealizador dos danos sociais, Antônio Junqueira Azevedo (2008, p. 393), sugeria que “a indenização por dano social deva ser entregue à própria vítima, que foi parte do processo, eis que, para a obtenção da indenização, foi ela quem de fato trabalhou”. Dessa forma, não se trataria tanto de uma apropriação, pela vítima, da indenização que cabe à sociedade, mas sim de um pagamento da sociedade à vítima pelo serviço prestado. Contudo, esclarece o próprio autor, tal sugestão é opção de política legislativa que não foi adotada no Brasil.

5.3 ELEMENTO SUBJETIVO

No Brasil, o fato de o aspecto punitivo imiscuir-se na indenização de natureza primordialmente compensatória torna uno o requisito subjetivo para a responsabilidade: ou se é responsável pelo dano moral, ou não.

A primeira consequência disso é que, enquanto nos Estados Unidos o critério subjetivo preponderante é o dolo ou figuras análogas a ele (MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005, p. 19), no Brasil requer-se o mesmo elemento subjetivo que a indenização de caráter compensatório, que via de regra é a culpa, sendo admitida

excepcionalmente a responsabilidade objetiva, como elucida o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil (BRASIL, 2002)³⁶.

Como não há nada inerentemente ilógico em valer-se de sanção para desestimular a falta de cuidado ou outra conduta culposa (tanto que até mesmo o Direito Penal por vezes o faz), o objeto de polêmica não é a aplicação da teoria nos casos baseados em culpa, mas sim nos casos baseados em responsabilidade objetiva, que no contexto penal deve ser absolutamente vedada (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 71), principalmente tendo em vista que nos casos envolvendo relação de consumo, em que a função punitivo-pedagógica é frequentemente aplicada, a responsabilidade objetiva é regra, consoante os artigos 12 e 14 do CDC (BRASIL, 1990).

Não há sentido em punir-se quem não é sequer culpado. Fazê-lo é socialmente inútil; não tem qualquer efeito moral ou de desestímulo de atos potencialmente danosos, já que à pena não corresponderá um ato cuja prática se queira coibir. Assim, a indenização com finalidade punitiva em casos de responsabilidade objetiva acaba se tornando um jogo de azar (MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005, p. 23).

Isso não se torna um problema no sistema americano, em que, como visto, o elemento subjetivo da postura adotada pelo réu que resultou no dano é adequadamente analisado, mesmo quando tal análise se mostrar desnecessária à responsabilização pela compensação, mantendo-se a efetiva impossibilidade de condenação de um réu ao pagamento de *punitive damages* caso não tenha agido com dolo ou culpa grave (PARGENDLER, 2017, p. 874).

Já no Brasil, aponta Pargendler (2017, p. 879), a devida observância a esses elementos não pode ser *efetivamente* alcançada, porquanto “a fase instrutória é mais breve, simplificada e centralizada no juiz, [e, portanto,] os elementos subjetivos que fundamentam a condenação em *punitive damages* dificilmente podem ser provados ou desprovados”, em contraste com o sistema americano de *discovery*, que fornece meios para que o autor arque com o seu ônus de provar “de forma clara e convincente (*clear and convincing evidence*)” a existência de dolo ou, a depender do caso, culpa grave.

³⁶ **Art. 927. [...] Parágrafo único.** Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Mais grave do que isso, apesar de a (tentativa de) produção de prova adequada a embasar uma condenação punitiva ser compatível com as normas processuais brasileiras (AZEVEDO, 2008, p. 391), no Brasil é possível encontrar, sem muita dificuldade, casos nos quais o valor da indenização por dano moral é arbitrado considerando o caráter punitivo porém “de maneira objetiva, sem qualquer indagação acerca de culpa grave ou dolo do fornecedor na causação do prejuízo suportado pelo consumidor” (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 71)³⁷. Não obstante o impacto do fator punitivo no *quantum* ser proporcional à culpabilidade do ofensor, neutralizando (em tese) a distorção causada por essa prática, um devedor solidário que responde objetivamente junto àquele que se determinou culpado pelo evento danoso pode acabar arcando com a punição destinada a este último.

Esse problema, porém, para Martins-Costa e Pargendler (2005, p. 23), inexistente na atribuição de função punitivo-pedagógica à indenização por danos morais. Mesmo reconhecendo a incoerência da importação da teoria estrangeira dos *punitive damages* em casos fundados em responsabilidade objetiva, as autoras não veem incompatibilidade entre a aplicação dos fatores dissuasórios na quantificação da indenização, nos moldes da teoria adotada pela jurisprudência local³⁸ e a responsabilidade objetiva, tendo em vista a manutenção da natureza compensatória da condenação:

No primeiro caso [indenização de caráter compensatório que para a fixação do montante leve em consideração a conveniência e dissuadir o ofensor], o universo é amplíssimo, *abarcando os regimes de responsabilidade resultantes de quaisquer dos critérios de imputação* (subjéctiva ou *objetiva*, seja esta pelo risco, pela segurança, pela confiança etc.). No segundo caso, (*punitive damages*) só poderia abranger a

³⁷ Ver, por exemplo, a Apelação Cível nº 70083742098 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) (2020a), ou a Apelação Cível nº 70083968073, também do TJRS (2020b). No primeiro julgado, ilustra-se, é estabelecido que “tratando-se de responsabilidade objetiva, não há que se perquirir acerca da existência de culpa”, e, ainda assim, que “em relação ao quantum do dano moral fixado, este deve possuir dupla função, qual seja, reparatória e pedagógica, devendo objetivar a satisfação do prejuízo efetivamente sofrido pela vítima, bem como servir de exemplo para inibição de futuras condutas nocivas”. No segundo, consta da decisão que “não se avalia a existência de culpa dos demandados na execução do exame, mas apenas a relação causal entre o seu resultado e o evento danoso, porque a responsabilidade é objetiva. [...] Em nenhum dos casos [dois exames de DNA realizados], a priori, pode-se imputar equívoco dos laboratórios na realização dos testes, mas, o fato de ter atribuído ao examinado resultado não condizente com a realidade possui potencial para causar dano, seja material ou moral”, sem prejuízo de que “quanto ao valor da indenização por dano moral (R\$ 50.000,00), tenho que não mereça ser modificado, uma vez condizente com o caráter punitivo-pedagógico...”.

³⁸ Prudente esclarecer que, apesar do comentário, ambas as autoras adotam posição crítica à teoria. Ver Martins-Costa (2014) e Pargendler (2017).

responsabilidade derivada da imputação subjetiva, sob pena de incontornável contradição... (MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005, p. 23, grifo nosso).

Assim, a combinação das funções compensatória e punitiva em uma única indenização de natureza híbrida, com a primazia da primeira função sobre a segunda, lhe confere, segundo a teoria, os mesmos atributos de uma indenização puramente compensatória, sendo a adoção de um critério subjetivo mais rigoroso na prática da conduta não só dispensável como também inexigível, sob pena de se isentar o causador do dano da responsabilidade que lhe é imputada.

6 CONCLUSÃO

A jurisprudência brasileira mostra um crescente interesse em alcançar os objetivos de punição e desestímulo a determinadas condutas através da indenização por danos morais. Para tal fim, tornou-se comum a atenção a tais objetivos quando da estipulação do valor da indenização.

Ausente regramento acerca do uso da indenização como meio punitivo no Brasil, fundamentações de decisões frequentemente utilizam o termo “*punitive damages*” ou de outras formas manifestam sua inspiração na doutrina anglo-saxã que se constitui em um tipo de indenização especial com intuito justamente de atender a essas finalidades de punição e desestímulo. Para grande parte da doutrina, tal inspiração é motivo de preocupação, tendo em vista que as bases teóricas para a indenização punitiva e a indenização por danos morais são distintas.

Nesse contexto, mostra-se necessário delimitar a influência que o instituto estrangeiro pode ter sobre o pensamento nacional (se alguma), dada essa diferença entre a natureza de cada indenização, motivo pelo qual o presente trabalho tem por objetivo expor pontos de convergência e de divergência entre aspectos fundamentais dos *punitive damages* e da indenização por danos morais.

Pelo que se constatou, a indenização punitiva de fato surgiu como uma maneira de se aplicar a responsabilidade civil a casos extrapatrimoniais em uma época em que o conceito de dano se limitava ao prejuízo financeiro, ou seja, tomando o lugar da indenização por danos extrapatrimoniais, a sugerir que teria características compatíveis com os objetivos dos pensadores brasileiros.

Contudo, as propriedades modernas da indenização punitiva surgiram após uma evolução na responsabilidade civil que fez com que o dever de indenizar passasse a englobar os agora reconhecidos danos extrapatrimoniais, evolução esta que resultou, no *common law*, na desvinculação entre os *punitive damages* e a compensação por diversas espécies de danos de natureza extrapatrimonial.

O embasamento doutrinário da função punitivo-pedagógica da indenização por danos morais no Brasil, todavia, não permite essa distinção. Muito pelo contrário, rechaça qualquer grau de autonomia da referida função em relação à compensação dos danos.

Na verdade, em que pese a coincidência entre os objetivos imediatos dos dois conceitos (punição e desestímulo), a justificativa para a possibilidade de adoção de uma função punitivo-pedagógica na indenização por dano moral excepcionando a regra do artigo 944 do Código Civil é que tal prática solucionaria o problema da dificuldade em se quantificar o dano extrapatrimonial, o que não guarda relação alguma com o sistema de responsabilidade civil do *common law*, que prevê indenização por danos extrapatrimoniais que não se confunde com a indenização punitiva e não é influenciada por aspectos punitivos.

Verificou-se que os critérios para a quantificação da indenização punitiva não observam a compensação da vítima como limitador, até porque a própria existência dos *punitive damages* implica em enriquecimento sem causa da parte autora, uma vez que são cumulados à indenização compensatória. Não se prestam, portanto, a determinar a extensão do dano, etapa que deve necessariamente nortear a quantificação da indenização no Brasil, por força do artigo 944 do Código Civil.

Como, conforme o pensamento dominante, a indenização por danos morais mantém o seu caráter primariamente compensatório independentemente de eventual busca da função punitiva, tanto a totalidade do valor deve ser destinada à vítima quanto os requisitos do elemento subjetivo da indenização compensatória não podem ser substituídos pelos da indenização punitiva – dolo ou culpa grave –, nem mesmo para os casos de dano moral.

Em geral, a propósito, a manutenção de uma indenização única de natureza principalmente compensatória implica a conservação das características próprias da compensação, ainda que observado o caráter punitivo.

Pode-se entender que almejar punir através da indenização por danos morais cria incongruências de ordem prática ou processual, mas tal entendimento deverá ter como suporte teórico o argumento de que a diferença entre o *quantum* fixado tendo em vista a função punitivo-pedagógica e aquele que seria fixado desconsiderando-a constitui majoração de caráter totalmente ou majoritariamente punitivo, argumento esse que também sustenta a impossibilidade, conforme o ordenamento jurídico brasileiro, da observância da função punitivo-pedagógica em indenizações.

Isso posto, a análise mais aprofundada dessa via argumentativa seria mais propícia em um questionamento à correspondência da teoria adotada pela

jurisprudência brasileira com o sistema que a legislação pretendeu instituir, o que excede o escopo do presente trabalho.

Em rumo similar, pesquisa futura pode avaliar, no campo da *lege ferenda*, a pertinência da adoção de uma indenização punitiva propriamente dita, por meio do que se permitiria a importação – de maneira mais organizada e sensata, desta vez – das ideias que norteiam os *punitive damages* americanos.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 18. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2018. 883 p.

A PROPOSAL for the Proper Use of Punitive Damages against a Successor. **The Journal of Corporation Law**, [s. l.], v. 11, ed. 4, p. 765-789, verão 1986.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 638 p. ISBN 978-85-02-14526-9.

BELL, Griffin B.; PEARCE, Perry E. Punitive Damages and the Tort System. **University of Richmond Law Review**, [s. l.], v. 22, ed. 1, p. 1-17, 1987. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/232780255.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília/DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 2 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília/DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 2 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Seção). **Reclamação 13200/GO**. RECLAMAÇÃO. JUIZADOS ESPECIAIS. DIREITO DO CONSUMIDOR. AGÊNCIA BANCÁRIA. "FILA". TEMPO DE ESPERA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CONDENAÇÃO POR DANOS SOCIAIS EM SEDE DE RECURSO INOMINADO. JULGAMENTO ULTRA PETITA. RECLAMAÇÃO PROCEDENTE. [...] Reclamante: Banco Bradesco S/A. Reclamado: Segunda Turma Julgadora Mista dos Juizados Especiais do Estado de Goiás. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 08 de outubro de 2014. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201301978357&dt_publicacao=14/11/2014. Acesso em: 24 abr. de 2021.

COLORADO. Suprema Corte. **818 P.2d 262 (1991)**. Julgado em: 23 de setembro de 1991. *Kirk v. Denver Publishing Company*. Disponível em: <https://law.justia.com/cases/colorado/supreme-court/1991/88sa405-0.html>. Acesso em: 27 mar. 2021.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **54 U.S. 363 (1851)**. Julgado em: 1851. *Day v. Woodworth*. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/54/363/>. Acesso em: 14 mar. 2021.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **418 U.S. 323 (1974)**. Julgado em: 25 de junho de 1974. *Gertz v. Robert Welch, Inc.* Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/418/323/>. Acesso em: 14 mar. 2021.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **512 U.S. 415 (1994)**. Julgado em: 24 de junho de 1994. *Honda Motor Co. v. Oberg*. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/512/415/>. Acesso em: 14 mar. 2021.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **517 U.S. 559 (1996)**. Julgado em: 20 de maio de 1996. *BMW of North America, Inc. v. Gore*. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/517/559/>. Acesso em: 19 mar. 2021.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **538 U.S. 408 (2003)**. Julgado em: 07 de abril de 2003. *State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Campbell*. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/538/408/>. Acesso em: 27 mar. 2021.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Tribunal Distrital dos Estados Unidos para o Distrito Central da Geórgia. **737 F. Supp. 1563 (M.D. Ga. 1990)**. Julgado em: 10 de abril de 1990. *McBride v. General Motors Corporation*. Disponível em: <https://casetext.com/case/mcbride-v-general-motors-corp>. Acesso em: 27 mar. 2021.

FLÓRIDA. Suprema Corte da Flórida. **Florida Standard Jury Instructions in Civil Cases**. [S. l.], 1 fev. 2018. Disponível em: <https://www.floridasupremecourt.org/content/download/243071/file/entire-Document.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2021.

FRANZA, Arthur J. Factors Affecting Punitive Damages. **University of Miami Law Review**, [s. l.], v. 7, n. 4, p. 517-523, 1 jun. 1953. Disponível em: <https://repository.law.miami.edu/cgi/viewcontent.cgi?httpsredir=1&article=3886&context=umlr>. Acesso em: 28 mar. 2021.

FRANZE, Anthony J.; SCHEUERMAN, Sheila B. Instructing Juries on Punitive Damages: Due Process Revisited after State Farm. **Journal of Constitutional Law**, [s. l.], v. 6, ed. 3, p. 424-524, março 2004. Disponível em: <https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1347&context=jcl>. Acesso em: 21 mar. 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil: Direito das Obrigações**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. 185 p.

INGLATERRA E PAÍS DE GALES. *Court of Common Pleas*. **[1763] EWHC CP J95**. Julgado em: 06 de dezembro de 1763. *Wilkes v Wood*. Disponível em: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/CP/1763/J95.html>. Acesso em: 23/12/2020.

INGLATERRA E PAÍS DE GALES. *Court of King's Bench*. **[1763] 2 Wils. KB 205**. Julgado em: 1763. *Huckle v Money*. Disponível em: <http://www.commonlii.org/uk/cases/EngR/1799/225.pdf>. Acesso em: 23/12/2020.

JORNADA DE DIREITO CIVIL, 5., 2012, Brasília. **Enunciados Aprovados [...]**. Brasília: CJF, 2012. 136 p. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2021.

MARTINS-COSTA, Judith. Dano Moral à Brasileira. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa, ano 3, n. 9, p. 7073-7122, 2014. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/ridb/2014/09/2014_09_07073_07122.pdf. Acesso em: 5 abr. 2021.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e Abusos da Função Punitiva: punitive damages e o Direito brasileiro. **Revista do Centro de Estudos Judiciários**, Brasília, n. 28, p. 15-32, jan./mar. 2005. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12057-12057-1-PB.pdf>. Acesso em: 8 mar. 2021.

MENYHÁRD, Attila. Punitive Damages in Hungary. In: KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa (ed.). **Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives**. [S. l.]: Springer-Verlag, 2009. v. 25, p. 155-196. ISBN 978-3-211-92210-1.

NOTES. **Harvard Law Review**, [s. l.], v. 70, ed. 3, p. 480-544, 1957.

PARGENDLER, Mariana. Os Danos Morais e os Punitive Damages no Direito Norte-Americano: Caminhos e Desvios da Jurisprudência Brasileira. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, [s. l.], ano 3, n. 3, p. 859-880, 2017. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2017/3/2017_03_0859_0880.pdf. Acesso em: 25 mar. 2021.

PÜSCHEL, Flávia Portella. Funções e Princípios Justificadores da Responsabilidade Civil e o art. 927, §Único do Código Civil. **Direito GV**, [s. l.], v. 1, n. 1, p. 91-107, maio 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/9647/Flavia%20Portella%20Puschel.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2021.

PÜSCHEL, Flávia Portella; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. Questões Atuais acerca da Relação entre as Responsabilidades Penal e Civil. In: GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 40-63.

REINO UNIDO. Câmara dos Lordes. **[1964] UKHL 1, [1964] AC 1129**. Julgado em: 21 de janeiro de 1964. *Rookes v Barnard*. Disponível em: <https://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1964/1.html>. Acesso em: 21 abr. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (Quinta Câmara Cível). **Apelação Cível 70083742098**. APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TELEFONIA [...] Ré: Oi Móvel S.A. Autor: Fernando Martins Limongi. Relatora: Desembargadora Lusmary Fatima Turelly da Silva, 25 de novembro de 2020. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?numero_processo=70083742098&ano=2020&codigo=1082602. Acesso em: 25 abr. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça (Sexta Câmara Cível). **Apelação Cível 70083968073**. APELAÇÕES CÍVEIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. EXAME LABORATORIAL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. FALSO POSITIVO. DEFEITO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO

LABORATÓRIO. DANOS MATERIAIS E MORAIS [...] Réus: CTN Diagnósticos Medicina Laboratorial Ltda. e Hemoanálises Laboratório Sociedade Simples Ltda. Autor: Julio Cezar Tramontini. Relatora: Desembargadora Eliziana da Silveira Perez, 22 de junho de 2020. Disponível em:

https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?numero_processo=70083968073&ano=2020&codigo=571166. Acesso em: 25 abr. 2021.

RUFF III, Edward B.; HAYES, Michael E. Punitive Damages: A National Trend. **FDCC Quarterly**, [s. l.], v. 55, ed. 2, p. 241-260, Inverno 2005.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da Reparação Integral**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 352 p. ISBN 978-85-02-15252-9.

SEBOK, Anthony J. *History of Punitive Damages in the United States*. In: KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa (ed.). **Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives**. [S. l.]: Springer-Verlag, 2009. v. 25, p. 155-196. ISBN 978-3-211-92210-1.

SEBOK, Anthony J.; WILCOX, Vanessa. Aggravated Damages. In: KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa (ed.). **Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives**. [S. l.]: Springer-Verlag, 2009. v. 25, p. 257-274. ISBN 978-3-211-92210-1.

SILVA, Rafael Peteffi da; WALKER, Mark Pickersgill. Punitive Damages: características do instituto nos Estados Unidos da América e transplante do modelo estrangeiro pela jurisprudência brasileira do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, v. 37, n. 74, p. 295-326, dez. 2016. DOI <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2016v37n74p295>. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2016v37n74p295/33130>. Acesso em: 28 mar. 2021.

STREET, Thomas Atkins. **The Foundations of Legal Liability: A Presentation of the Theory and Development of Common Law**. Nova York: Edward Thompson, 1906. 542 p. v. 1. Disponível em: <https://hdl.handle.net/2027/mdp.35128001350162>. Acesso em: 22 jan. 2021.

SUNSTEIN, Cass R. et al. **Punitive Damages: How Juries Decide**. [S. l.]: The University of Chicago Press, 2002. 285 p. ISBN 978-0-226-78015-3.

TALIADOROS, Jason. **The Roots of Punitive Damages at Common Law: A Longer History**. *Cleveland State Law Review*, [s. l.], v. 64, ed. 2, p. 251-302, 2016. Disponível em: <https://engagedscholarship.csuohio.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3903&context=cl-evstlrev>. Acesso em: 16 dez. 2020.

TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Fundamentos do Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 2. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2021. 372 p. ISBN 978-85-309-9244-6. E-book (372 p.).

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano Moral**. 8. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2016. ISBN 978-85-309-7228-8. E-book (511 p.).

WERTHEIMER, Ellen. Punitive Damages and Strict Products Liability: An Essay in Oxymoron. **Villanova Law Review**, [s. l.], v. 39, ed. 2, p. 505-523, 1994. Disponível em:
<https://digitalcommons.law.villanova.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2873&context=vlr>. Acesso em: 25 mar. 2021.