

# ***PUNITIVE DAMAGES:*** **rediscutindo elementos e critérios da indenização**

**Jorge Di Ciero Miranda**

Juiz da Vara Única do Trânsito

**RESUMO:** o objetivo deste trabalho é apresentar o conceito dos *punitive damages* nos países de *common law*, notadamente Inglaterra e Estados Unidos, através da sua evolução histórica até sua conformação atual. Com ênfase no propósito geral de punir o ofensor, a indenização punitiva estabelece uma sanção exemplar dirigida ao ofensor para puni-lo e a terceiros para dissuadi-los a comportamento semelhante. O texto procura despertar a importância de distinguir o componente indenizatórios e o punitivo, evitando albergar ambos na vaga expressão danos morais, como vem usando a jurisprudência brasileira. Pontuar os critérios que são utilizados pelos países que adotam a indenização punitiva para verificar o cabimento e para auxiliar na fixação desses valores.

**PALAVRAS-CHAVE:** indenização punitiva; componentes indenizatórios; requisitos; critérios.

**ABSTRACT:** the objective of this paper is to present the concept of "punitive damages" in common law countries, notably Britain and America through its historical evolution. Emphasizing the general purpose of punishing the offender, the punitive damages provides an exemplary punishment to the offender and to deter other similar behaviors. The text lunch to show the relevance of distinguishing punitive and moral damages and the inconvenience to use both under the same expression, as has been used in Brazilian precedents. Scoring criteria that are used by countries that adopt punitive damages to justify award and what should be analyzed to found its worth.

**KEYWORDS:** punitive damages, indemnity components, requirements, criteria.

## **1 *PUNITIVE DAMAGES***

### **1.1 Origem**

A punição como réplica a um ato ilícito, teve seu fundamento do Direito Romano, a qual buscava sanções pecuniárias que variavam até quatro vezes mais

## THEMIS

do que o prejuízo sofrido. Visto que, a intenção preterida estava voltada mais para o comportamento do agente do que para a vítima ou o dano sofrido por ela.

No *common law*, a primeira articulação explícita da doutrina dos *punitive damages* remonta a 1763 e é encontrada no julgamento do célebre caso *Wilkes v. Wood*. Em *Wilkes v. Wood* foram realizadas buscas ilegais na residência de Wilkes, sem qualquer mandado judicial, que tornava públicas as suas opiniões desfavoráveis ao Rei George III.

Foi a primeira decisão a reconhecer a existência de novas funções na responsabilidade civil extracontratual por admitir a necessidade de punir os funcionários do Rei, impedindo que eles voltassem a violar os direitos dos cidadãos e praticassem abuso de autoridade.

Na apelação, Lord Chief Justice Camden, que observou que, se o júri tivesse considerado apenas o dano pessoal, “talvez £20 (vinte libras) de indenização pudessem ser considerados suficientes”, mas concluiu que o júri fez bem em estabelecer *exemplary damages*, por entender que um policial entrar na casa de um homem com base em um mandado genérico, sem indicação do nome do investigado para procurar evidências constitui um dos mais ousados ataques à liberdade individual.

A expressão *exemplary damages* volta à cena em *Huckle v. Money*, para justificar a necessidade de reprovação da prisão de Huckle, por tê-lo mantido em custódia, por seis horas, sob respaldo de um mandado genérico expedido pelo secretário de estado que também determinava a apreensão de impressoras e textos publicáveis.<sup>1</sup>

Esses precedentes assentaram as bases da doutrina dos *punitive* ou *exemplary damages*, que se prestam para retirar a vantagem que a prática de um ato danoso poderia representar, ou no original, “[i]n Anglo-American jurisprudence, ‘Exemplary damages can properly be awarded whenever it is necessary to teach a wrongdoer that tort does not pay.’”<sup>2</sup>

Uma vez instituídos os precedentes, eles poderiam ser invocados para punir os ofensores em casos de malícia, opressão ou fraude, ou seja, em casos nos quais o ato ilícito foi praticado de forma especialmente ultrajante.<sup>3</sup>

As prestações punitivas e dissuasórias foram inicialmente utilizadas como *standards* do respeito pelo direito à vida privada e à liberdade do indivíduo contra o abuso de poder do Estado. Esse componente reconhece a necessidade de repudiar com mais intensidade a ação que se revele humilhante, vexatória, agressiva ou violenta, numa sociedade regida por rigorosos padrões morais.

Desse modo se percebe que a ideia dos *punitive damages* foi desenvolvida como forma de justificar a indenização em caso de ofensa a interesses, ainda em busca de alcançar a proteção jurídica, com reparação ou compensação ainda incertos.

Havia relutância em admitir indenização às vítimas cujos danos não pudessem ser estimáveis pecuniariamente. Exceções esparsas eram aceitas quando decorriam de determinados ilícitos cujos danos não estimáveis constituíam a principal ou exclusiva consequência, como no caso de dano à honra (*defamation*), abuso processual (*malicious prosecution*), agressão física (*assault*), prisão ilegal (*false imprisonment*), sedução (*seduction*) e adultério (*adultery*), como aconteceu no já citado caso *Huckle v. Money*, no qual reconheceu-se que a conduta do ofensor foi agravada por insolência, opressão e tirania, decorrente do uso de um mandado de prisão genérico.<sup>4</sup>

A despeito da expressão *punitive damages*, não se reconhecia explicitamente o papel punitivo da indenização, cujo propósito era o de compensar a vítima, aliviando o seu sofrimento, e não o de punir o ofensor.

A função compensatória original dos *actual damages* foi expandida para contemplar *exemplary* ou *punitive* em termos de punição e dissuasão.

Na Inglaterra, atualmente, há um redimensionamento e limitação das possibilidades de ações relativas à pena privada que somente se justificará quando convergirem três situações: clara intenção do agente de obter um lucro injustificado, não tiver recebido qualquer sanção e previsão expressa.

No Reino Unido, *Rooks v. Barnard*, restringiu-se a aplicação dos *punitive damages* a três situações: 1) Abuso de poder por parte de autoridade pública (“*opressive, arbitrary or unconstitutional action oh the government*”). 2). Situações em que o agente calculou que os lucros que viriam a obter com sua conduta excediam o valor que teria de pagar pelos danos causados. 3) Casos previstos expressamente em lei.<sup>5</sup>

Nos Estados Unidos da América, os primeiros julgados a estabelecer os *punitive damages* foram registrados, não muito tempo depois, dos primeiros precedentes ingleses.

Em 1784, em *Genay v. Norris*, autor e réu haviam concordado em resolver uma disputa em duelo com pistolas. Antes do duelo, porém, o réu convidou o autor para beber e fazer um drinque de reconciliação. Secretamente, colocou alguma substância nociva na bebida do autor, causando-lhe grande dor, ensejando condenação em componente punitivo quando acionado<sup>6</sup>.

## THEMIS

Posteriormente, no ano de 1791, em *Coryell v. Colbough*, foram estabelecidos *punitive damages* com função exemplar em ação fundada em quebra de promessa de casamento<sup>7</sup>.

Em 1851, a Suprema Corte dos Estados Unidos deliberou que constituiria princípio bem estabelecido do *common law* a imposição pelo júri, em ações de indenização e em todos os casos de responsabilidade civil, de *exemplary*, *punitive* ou *vindictive damages*, tendo em consideração o grau da ofensa praticada pelo réu. Atualmente, o âmbito de aplicação restou melhor definido, existindo um rol de violações sobre as quais seria admissível a aplicação da indenização punitiva<sup>8</sup>.

### 1.2 Definição

A “Tort Law” (responsabilidade civil decorrente de atos ilícitos), objetiva, resumidamente, proteger interesses pessoais e/ ou sociais, restabelecendo a pessoa, vítima de determinado prejuízo, ao *status quo ante* (*compensatory damages*), além de punir o responsável (pessoa física ou jurídica) pela prática do dano causado a essa vítima e dissuadir este e a sociedade em geral de praticar semelhante conduta (*punitive damages* e *exemplary damages*).

A palavra “tort” vem do latim que em português originou o vocábulo ‘torto’ - aquilo que não é reto, não é certo-, um evento que decorre da ação ou omissão da outra parte, que causa dano ao corpo humano ou à personalidade, à propriedade, ou aos interesses econômicos, em circunstâncias nas quais o Direito considera justo obter uma compensação da pessoa que agiu ou deixou de agir.

Nos Estados Unidos se aplica *punitive damages*, nos casos de negligência grosseira (*Gross negligence*), acidentes de trabalho (consciente indiferença em relação ao bem-estar e segurança dos trabalhadores), acidentes de trânsito causados por grave e inadmissível imprudência, *medical malpractice*, responsabilidade do produtor em situações de manifesta desconsideração pela segurança, saúde ou bem-estar dos consumidores.<sup>9</sup>

O propósito geral dos *punitive* ou *exemplary* é o de punir o ofensor estabelecendo uma sanção que lhe sirva de exemplo para que não repita o ato lesivo, além de dissuadir comportamentos semelhantes por parte de terceiros.<sup>10</sup>

*Punitive damages* não são fixados como compensação, serve, em lugar disso para punir o ofensor e desestimulá-lo ou a qualquer outra pessoa a praticar semelhante malfeito no futuro<sup>11</sup>. Por esse motivo o valor fixado a título de punição é determinado além da natureza e extensão da perda do postulante.<sup>12</sup>

*Punitive damages* deve ser aplicado quando evidente o alto grau de reprovação moral, quando o ato é praticado mediante “fraud, actual malice, deliberate violence or oppression, or when the defendant acts willfully, or with such gross negligence as to indicate a wanton disregard of the rights of others.”<sup>13</sup>.

Para identificar se a indenização punitiva é adequada o juiz do fato deve considerar o caráter do agente, a natureza e extensão dos danos causados ou pretendidos e a proporção entre a experiência e vigor do lesante e lesado.<sup>14</sup> Em virtude da indenização punitiva traduzir natureza penal e nem sempre estar regulamentada em lei os julgadores devem ter precaução para não fixá-la em demasia.<sup>15</sup>

Além das denominações antes indicadas, outras, menos usuais, são empregadas para fazer referência ao instituto, dentre as quais: *vindictive damages*, *punitory damages*, *speculative damages*, *imaginary damages*, *presumptive damages*, *added damages*, *smart money*, *punies*, *penal damages*, *retributory damages*.

### 1.3 As finalidades da indenização punitiva

Há duas finalidades importantes: punir e desestimular a repetição de atos com alto grau de reprovabilidade. Pode-se reconhecer que ela também contribui para dar alívio pelo mal sofrido, restabelecendo a dignidade do ofendido.<sup>16</sup>

Os valores alcançados na condenação conseguem também eliminar os benefícios injustamente obtidos através da atividade danosa. Nos casos em que a indenização se baseia no proveito econômico do réu não se infere um ‘mal adicional’, mas tão somente se elimina a possibilidade de fruição do benefício criado em interesse próprio às custas da vítima.

A possibilidade de utilizar a indenização como pena aponta, basicamente, a destruir a racionalidade econômica que permitiu que o dano se ocasionasse. Era mais rentável deixar que o prejuízo se consumasse que preveni-lo; o caráter exemplar arruína esse negócio e permite a prevenção.<sup>17</sup>

#### 1.3.1 Punitiva

Não é qualquer conduta que merece a incidência de punição além da compensação pelos danos materiais e imateriais, mas apenas aquelas reputadas graves, que exerce o papel de punição de condutas graves. Partindo de um

## THEMIS

juízo de valor em relação ao comportamento do agente, é atribuída a este uma sanção pecuniária que atua como retribuição pelo dano injustamente causado à vítima. Na fixação do valor a indenizar o que distingue a indenização punitiva da indenização compensatória é justamente a circunstância de que, na primeira, a fixação do montante leva em consideração a gravidade do comportamento do ofensor, enquanto, na segunda, o quantum é estabelecido com base na gravidade do dano sofrido pelo lesado.

Essa mudança de perspectiva, da vítima para o agressor vai ao encontro de três exigências do ordenamento: resgata a capacidade da norma de prescrever a conduta que deve ser observada pelos seus destinatários; permite valorar a conduta do causador do dano e não apenas constatá-la para determinar ressarcimento; restabelece a noção de justiça.<sup>18</sup>

No Brasil, a genérica denominação de indenização por dano moral não permite a distinguir substancialmente a parcela que se presta para a recomposição das perdas daquela que se presta para repudiar a conduta. O resultado disso é a fixação de um componente indenizatório ao qual se emprega o nome de dano moral, que abrange não somente o abalo psíquico, mas também valor que demonstra repúdio mais intenso à conduta dolosa, conforme se pode ver na decisão transcrita<sup>19 20</sup>:

DIREITO DO CONSUMIDOR. BANCO. INSCRIÇÃO INDEVIDA NOS CADASTROS DE INADIMPLENTES. INSURGÊNCIA QUANTO AO VALOR FIXADO PARA REPARAÇÃO DOS DANOS MORAIS. NEGADA REDUÇÃO DO VALOR INDENIZATÓRIO...

O acórdão reproduziu o cuidado do relator em evidenciar a matriz constitucional do fundamento da fixação de valor cuja finalidade não se limita a indenização quando destaca que “a controvérsia deve ser solucionada sob o prisma do sistema jurídico autônomo instituído pelo Código de Defesa do Consumidor (lei n. 8.078/1990), que por sua vez regulamenta o direito fundamental de proteção do consumidor (art. 5º, XXXII, da Constituição Federal)”.

A ré insurge-se contra sentença que a condenou ao pagamento de R\$ 3.500,00 (dois mil reais), a título de danos morais por considerá-lo desproporcional, criando oportunidade para que a instância *ad quem sistematizasse suas* múltiplas finalidades:

A primeira finalidade da reparação do dano moral versa sobre a função compensatória, caracterizada como um meio de satisfação da vítima em razão da privação ou violação de seus direitos da personalidade. Nesse caso, o sistema jurídico considera a repercussão do ato ilícito em relação à vítima. A segunda finalidade refere-se ao caráter punitivo, em que o sistema jurídico responde ao agente causador do dano, sancionando-o com o dever de reparar a ofensa imaterial com parte de seu patrimônio.

A decisão é ainda emblemática porque se esforça em criar parâmetros nos quais as decisões posteriores podem fiar-se para reconhecer a necessidade de incidência desse tipo de punição quando destaca “a conduta negligente da recorrente, que não tomou as devidas providências para evitar a fraude”. Conclui com a terceira finalidade:

A terceira finalidade da reparação do dano moral relaciona-se ao aspecto preventivo, entendido como uma medida de desestímulo e intimidação do ofensor, mas com o inequívoco propósito de alcançar todos integrantes da coletividade, alertando-os e desestimulando-os da prática de semelhantes ilicitudes.

Não abandona a fundamentação do *quantum* a ser fixado, refere-se superficialmente a “critérios gerais da equidade, proporcionalidade e razoabilidade”, mas se volta a aspectos mais concretos quando explicita que esses valores devem atender “critérios específicos, tais como o grau de culpa do agente, o potencial econômico e características pessoais das partes, a repercussão do fato no meio social e a natureza do direito violado”.

Por fim lança a genérica expressão que “o valor do dano moral não pode promover o enriquecimento ilícito da vítima e não deve ser ínfimo a ponto de aviltar o direito da personalidade violado” que merece reflexão específica, mas por hora basta dizer que toda a indenização que não corresponde a um dano, mas reveste-se de um caráter punitivo vai promover enriquecimento ilícito, ou seja o enriquecimento é ilícito não pelo valor, mas em razão do seu fundamento.

O sentimento de justiça impõe tratamento diferenciado às lesões causadas por comportamentos tão diferenciados, ainda que produzam os mesmo efeitos. Há necessidade de distinguir as naturezas jurídicas dos atos geradores do dano a partir da intenção do agente para que possa induzir o agravamento do resultado, de modo a produzir reação jurídica mais intensa ao dano causado por ato com maior grau de reprovabilidade.

## THEMIS

Apelação Cível. Ação de Indenização. Dano moral. Constituição Federal de 1988, art. 5º, inciso X. Prova indubitosa. Lucros cessantes. Fixação da indenização em valor adequado. Caráter compensatório e punitivo da indenização. Provimento parcial. Responsabilidade do réu decorrente de crime de ampla repercussão, praticado com brutalidade descomunal e agressividade desmedida, a merecer total repúdio por parte da consciência social e da Justiça. A vítima experimentou grande sofrimento, constrangimento e humilhação, advindo-lhe sequelas físicas, morais e profundo abalo psicológico.<sup>21</sup>

Conforme se observa em alguns casos no Brasil leva-se em consideração, não o dano propriamente dito, mas o grau de reprovabilidade da conduta, sem que haja previsão expressa para esse entendimento<sup>22</sup>, o que poderia representar uma convergência com o sistema de *common law*, na medida em que está começando a conferir o caráter punitivo à indenização. A inconsistência a ser superada residiria na utilização do instituto sempre sob a denominação genérica de dano moral, fazendo com que ele seja utilizado para finalidades que não são compatíveis com a sua natureza jurídica. Não se pode pretender que o conceito “dano moral” comporte a fixação de um valor voltado a inibir novas práticas lesivas, como freio à impunidade e alívio ao desconforto causado à vítima.

### 1.3.2 Dissuasória

A função preventiva (ou dissuasória) constitui, talvez, a principal e mais importante das finalidades das *punitive damages*, além dos casos mencionados, ela deve incidir sempre que a indenização compensatória não constituir resposta jurídica socialmente eficaz.

Há situações que a indenização compensatória não é suficiente para restabelecer o equilíbrio alterado com a prática do ilícito, muito menos para demonstrar a desvantagem do causador do dano em haver se conduzido daquele modo.

O fator de desestímulo se propõe a restabelecer a imperatividade do ordenamento jurídico, cujas regras devem ser obedecidas, as normas são criadas com foco na coletividade<sup>23</sup>, seu cumprimento não pode ficar adstrito apenas ao apelo de consciência moral, deve contemplar igualmente sanções efetivamente desconfortáveis em caso de descumprimento.



Para que os principais propósitos da indenização punitiva de punição e a prevenção sejam alcançados, a sanção deve ser pensada tendo em vista o valor do comportamento do agente, característica substancial para diferenciar a indenização punitiva da indenização compensatória.

A diferença de tratamento que a indenização punitiva adota está centrada no tipo de conduta, de acordo com sua gravidade e particularidades. Essa diferenciação representa, de forma clara, o princípio da isonomia, presente na constituição<sup>24</sup>.

O valor sancionatório pelo descumprimento da norma não pode ser um componente que estimule sua inserção nos custos da violação, para alcançar essa finalidade precisa não apenas tornar-se economicamente inviável como imprevisível. Impede, assim, que a reparação se torne um preço, conhecido previamente, que o agente esteja disposto a pagar para violar o direito alheio.

No Brasil há quem enxergue na indenização punitiva apenas a possibilidade de transferir para o agressor os prejuízos que a sua conduta causou à vítima, o que viabilizaria juridicamente pela via legal a possibilidade de estabelecer por intermédio deste conceito a compatibilidade da indenização punitiva concebida no sistema de *common law* e os danos imateriais reconhecidos pela Constituição brasileira<sup>25</sup>, desde que simultaneamente haja o reconhecimento de que a lesão a qualquer bem da vida empobrece a sociedade em seu conjunto e que sua conversão em pecúnia exige mais do que um exercício contábil.

A exigência da obrigação de indenizar os danos sofridos não serve de desestímulo nem de exemplo para a comunidade. Apesar de haver consenso de que qualquer derrota é desagradável ao vencido, admitir a obrigação de indenizar os danos materiais sofridos como único resultado possível da demanda de reparação de danos, funcionaria com o efeito inverso de promover o descumprimento como regra.

#### 1.4 Requisitos

Para que o *punitive damages* seja válido é preciso que a conduta do agente seja reprovável, mesmo que culposa. Condutas lesivas resultante de engano, culpa simples ou decorrente de ignorância, não se enquadram ao tipo discutido.

Os *punitive damages* não se limitam apenas ao dano moral, posto que a finalidade dessa espécie de indenização é o de punir, impondo-lhe uma sanção que sirva de exemplo para que a prática do ilícito não se repita.

## THEMIS

### *1.4.1 Culpa grave do ofensor*

De regra, a responsabilidade civil não se preocupa com o grau de culpa do agente, seja ela dolosa ou culposa, o dever de indenizar é medido pela extensão do dano. Porém quando se diz respeito à indenização punitiva, o grau de culpa passa a ser de grande relevância. Este tipo de sanção será aplicado somente em casos que dano moral for consequência de dolo ou culpa grave, pois o comportamento do agente deve ser considerado reprovável ou merecedor de censura.

Quando por dolo, pressupõe-se que o ato lesivo foi desejado pelo agente ou aceito de forma indiferente por ele. Sendo assim, uma conduta proposital ao resultado do dano merece um tratamento mais severo por parte do Judiciário. Mesmo que a intenção do agente não seja de prejudicar, o mesmo busca de forma egoísta obter vantagens para si.

### *1.4.2 Obtenção de lucro com o ato ilícito*

Impedir que o lesante lucre com o ilícito cometido, é uma das finalidades da indenização punitiva. Como bem salientou Matilde Zavala de Gonzales, “este requisito se discute, mas nos parece inexorável, pois brinda a principal razão de ser da instituição: a indenização punitiva tende a eliminar ou dismantelar aqueles frutos da árvore envenenada”.

A conquista de lucro ilícito não deve ser considerada pressuposto indispensável da indenização punitiva, pois há outras situações diversas em que não se configura essa característica. Conclui-se, portanto que nesses casos, independe da gravidade da culpa do agente para que seja aplicada a indenização punitiva. Mesmo que a culpa não seja grave, esse tipo de sanção deverá ser aplicado para manter ética na ordem jurídica.

## **1.5 Principais situações em que se aplica**

No Brasil as iniciativas ainda são pouco sistematizadas, o melhor estudo que se tem a respeito é de André Gustavo. Ele procura fundamentar o cabimento da indenização punitiva à violação ao princípio da dignidade humana, bem como consectário lógico da consagração constitucional dos direitos da personalidade e da indenizabilidade do dano moral.

Essa forma de indenização deve ser reservada aos casos de dano moral nos quais o comportamento do lesante se revele particularmente reprovável. Assim, em princípio, deve ela ser imposta apenas quando comprovada a existência de dolo ou culpa grave do agente<sup>26</sup>.

Para Caroline Vaz Salim, a indenização punitiva é aplicável também nos casos em que, independentemente do grau de reprovabilidade do ato lesivo, o agente obteve lucro com o ilícito praticado<sup>27</sup>.

Os estados americanos podem regulá-lo conforme sua autonomia legislativa. Será tomado o estado do Alabama como parâmetro em razão de se tratar da localidade onde ocorreu o precedente *BMW of North America, Inc. v. Gore*.

- (1) Fraude . Deturpação intencional , o dolo, ou ocultação de um fato relevante a festa esconder tinha o dever de divulgar , que era nojento , opressivo ou mal-intencionado e comprometido com a intenção por parte do réu de privar, assim, uma pessoa ou entidade de propriedade ou direitos legais ou de outra forma a causar prejuízo.
- (2) Malícia . O fazer intencional de um ato ilícito , sem justa causa ou desculpa , ou: a) Com a intenção de ferir a pessoa ou a propriedade de outra pessoa ou entidade, ou b) Sob tais circunstâncias, que a lei vai implicar uma má intenção .
- (3) Desprezo . Realizar que é realizado com um desrespeito imprudente ou consciente dos direitos e da segurança dos outros.
- (4) Provas claras e convincentes . A prova de que, quando comparados com evidência na oposição, irá produzir na mente do julgador de fato uma firme convicção de que a cada elemento essencial do crédito e uma alta probabilidade quanto à justeza da conclusão . Prova por provas claras e convincentes exige um nível de prova maior do que uma preponderância da evidência ou o peso substancial da prova, mas menos do que para além de uma dúvida razoável.
- (5) Opressão . Sujeição de uma pessoa a sofrimento cruel e injusto em desrespeito consciente dos direitos dessa pessoa.<sup>28</sup>

No entanto, o rol de aplicações não está restrito à enunciação da lei, alcança praticamente todos os tipos de ação delitiva, dolosa, responsabilidade profissional, fraude, falsidade ideológica, invasão de privacidade, assédio sexual, apenas para exemplificar.

## THEMIS

A enunciação nunca é exaustiva mas apenas quantitativa serve para identificar os casos em que mais ocorrem conforme se extrai:

Lesão corporal (West's Key Number Digest 39, 40), quebra de promessa de matrimônio (30) direitos civis (275), colisão (131), danos materiais (87 to 94), morte (93), cárcere privado (35, 36), fraude (61, 62), calúnia e difamação (120, 121), rapto (67), sedução (21, 22).<sup>29</sup>

Por exclusão, pode-se dizer que a indenização punitiva não seria aplicável nos demais casos, quando a conduta possuir caráter ofensivo mínimo. Em razão da sua função anômala de punir dentro da seara cível ela se limita às situações que merecem reprovação mais severa, excluídos aí o dano sem culpa ou culpa leve, quando a sanção ficaria limitada à compensação e a satisfação à vítima do dano.

### **2 À GUIA DE CONCLUSÃO: critérios para a adequação do valor da indenização punitiva**

Os critérios para auxiliar a fixação da indenização punitiva de modo a realçar a sua finalidade punitiva e dissuasória deve ter sempre em foco que ela não busca ressarcir o lesado pelo dano sofrido tão pouco possui cunho compensatório.

O valor da indenização encontra-se dentro do âmbito de discricionariedade do julgador e sua compatibilidade com o sistema jurídico é analisada sempre com base nos fatos do caso a ser julgado.

A fixação da indenização punitiva deveria primeiramente passar por uma análise comparativa para identificar os padrões estipulados nos precedentes desenvolvidos sobre a matéria específica.

Haveria, portanto, uma estrutura hierárquica de decisões e precedentes que poderiam fundamentar os critérios para cálculo da indenização, começando pela Suprema Corte, que leva em consideração: a) o grau de reprovabilidade da conduta do réu; b) a proporção entre o dano efetivo ou potencial e a indenização punitiva; e c) a diferença entre a indenização e penalidade civis ou criminais previstas para casos similares.

Depois de ultrapassada a etapa de revisão dos precedentes, o juiz deve levar em consideração a natureza e reprovabilidade da ação danosa; o alcance,

âmbito de abrangência do malfeito; a intenção do agente; o proveito econômico da ação; os valores já fixados a título de indenização por danos (morais ou materiais); potencial ou efetiva condenação criminal pelo mesmo fato.

Podem ajudar também na fixação da indenização punitiva considerações sobre a relação entre o dano causado e a ação indesejada, duração da conduta, existência de acordo prévio, reiteração, posição socioeconômica do réu, os custos do processo que precisaram ser antecipados pela parte prejudicada.

Não há indicativos confiáveis que permitam deduzir consequências catastróficas da indenização punitiva. As conclusões que pregam o fim das indenizações punitivas, baseadas no excesso indenizatório, em muitos casos decorre de uma abstração que aplica decisões isoladas a todos os casos, deixam de levar em consideração que em sua maioria essas decisões não são definitivas, que configuraram uma eventual aplicação deturpada do instituto e que podem não se consolidar como precedente.

## REFERÊNCIAS E NOTAS DE FIM

- <sup>1</sup> EUA. Corte de Apelação do 4º Circuito. Apelação. Deliberação para um novo julgamento na fixação do valor dos punitive damages. Shamblin's Ready Mix Inc., a West Virginia corporation, autor-apelado. Eaton Corporation, Companhia de Ohio; Scott Equipment Company, réu-apelante. Relator Arden John Curry favorável ao autor apelado.
- <sup>2</sup> Rookes v Barnard (1964) HL. Extraído do voto do relator Lord Devlin
- <sup>3</sup> EUA. Suprema Corte de Illinois. Apelação SLOVINSKI v. ELLIOT nº 107146. 927 N.E.2d 1221 (2010) 51 Ill.2d 51. Jerry Slovinski apelante. James Elliot e outros apelados. Acórdão 15 de abril de 2010.
- <sup>4</sup> SALIM, Caroline Vaz. **Punitive damages**: uma reflexão sobre a sua compatibilidade com o sistema jurídico-constitucional brasileiro. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito). Curso de Pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006. Disponível em <[http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select\\_action=&co\\_obra=35947](http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=35947)>
- <sup>5</sup> SALIM, Op. Cit.
- <sup>6</sup> 1 S.C.L. 6, 6
- <sup>7</sup> Coryell v. Colbaugh, 1 N.J.L. 77, 77 (1791).
- <sup>8</sup> Day v. Woodworth, 54 U.S. 363, 371 (1851)
- <sup>9</sup> Hill v. Church of Scientology of Toronto, [1995] 2 S.C.R. 1130
- <sup>10</sup> Restatement (Second) of torts, §908 (1) (1979)
- <sup>11</sup> Slovinski v. Elliot, 2010. v. nota 3
- <sup>12</sup> Loitz v. Remington Arms Co., Inc., 563 N.E.2d 397 (Ill. 1990)
- <sup>13</sup> KELSAY v. MOTOROLA, INC. Nº 49950. 74 Ill.2d 172 (1978) 384 N.E.2d 353. Marilyn Jo Kelsay, apelante, v. Motorola, Inc. Apelado. Supreme Court of Illinois. Tradução livre:

## THEMIS

Fraude, malícia, violência deliberada ou opressão, quando o réu age com má fé, negligência grosseira de modo a indicar total desprezo à sorte (direito) dos que forem atingidos pelo seu ato.

<sup>14</sup> Restatement (Second) of Torts § 908(2) (1979)

<sup>15</sup> KELSAY v. MOTOROLA v. item 13

<sup>16</sup> AMJUR DAMAGES § 542

<sup>17</sup> SALIM, Op. Cit.

<sup>18</sup> ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano moral e indenização punitiva: os *punitive damages*** na experiência do comon law e na perspectiva do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

<sup>19</sup> Na época da decisão US\$ 1,00 ≈ R\$ 2,00

<sup>20</sup> **TJ-DF** - ACJ: 20120111955876 DF 0195587-68.2012.8.07.0001, Relator: HECTOR VALVERDE SANTANA, Data de Julgamento: 30/07/2013, 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal, Data de Publicação: Publicado no DJE : 05/08/2013 . Pág.: 312

<sup>21</sup> **BRASIL**. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Oitava câmara cível, 04 de fevereiro de 1999 TJRJ. Ap. Cív. processo nº 1998.001.09825. Autor: Bruno Meyer Goncalves de Sa. Rel. Des. Adilson Vieira Macabu.

<sup>22</sup> O exemplo é de Gustavo, 2006

<sup>23</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil, Vol. III, 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 21.

<sup>24</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em 10/19/14

<sup>25</sup> Art. 5º ...

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm).

<sup>26</sup> ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano moral e indenização punitiva: os *punitive damages*** na experiência do comon law e na perspectiva do direito brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2006

<sup>27</sup> SALIM, Op. Cit.

<sup>28</sup> **EUA**. Código Civil do Alabama. Ala.Code 1975 § 6-11-20

<sup>29</sup> PDLP CH 5 REF