

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO

**Leonardo Freire Saraiva**

***Punitive damages* e o Direito brasileiro:  
critérios utilizados em sua aplicação pelos tribunais brasileiros**

Porto Alegre  
2006

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO

**Leonardo Freire Saraiva**

***Punitive damages* e o Direito brasileiro:  
critérios utilizados em sua aplicação pelos tribunais brasileiros**

Monografia de Conclusão de Curso  
apresentada à Faculdade de Direito da  
Universidade Federal do Rio Grande do Sul  
como requisito parcial para obtenção do grau  
de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

**Orientadora Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Judith Hofmeister  
Martins-Costa**

Porto Alegre  
2006

## FOLHA DE APROVAÇÃO

**Leonardo Freire Saraiva**

***Punitive damages* e o Direito brasileiro:  
critérios utilizados em sua aplicação pelos tribunais brasileiros**

Monografia de Conclusão de Curso apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovada em:

Banca Examinadora

---

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Judith Hofmeister Martins-Costa

---

Prof. Dr. Paulo de Tarso Vieira Sanseverino

---

Prof. Me. Rafael de Freitas Valle Dresch

## **AGRADECIMENTOS**

À querida família, pelos intermináveis e reconfortantes telefonemas entre uma leitura e outra, entre uma página escrita e outra.

Aos queridos amigos, pelo constante incentivo e apoio, mesmo quando distantes.

À querida orientadora, por ser o paradigma de uma estirpe de professores tão rara e necessária à academia, sem cuja orientação, vibrante, ao mesmo tempo em que sóbria, este trabalho não seria possível.

## RESUMO

SARAIVA, Leonardo Freire. **Punitive damages e o Direito brasileiro: critérios utilizados em sua aplicação pelos tribunais brasileiros.** 61 f. Monografia de Conclusão de Curso (Graduação) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2006.

Partindo da consideração quanto à conveniência, em casos envolvendo “danos de massa”, da adoção dos *punitive damages* pela responsabilidade civil brasileira, busca a presente dissertação, ao verificar a crescente utilização destes pela jurisprudência pátria, analisar de que forma e com base em que critérios vêm os tribunais brasileiros adotando tal instituto típico da *common law*. Para tanto, analisa, em uma primeira parte, os *punitive damages* em seu ambiente originário, buscando nele o entendimento quanto à origem, função, racionalidade e condições de aplicação do instituto. Após, em uma segunda parte, aborda a sua aplicação pelos tribunais brasileiros, notadamente em casos de reparação extrapatrimonial, verificando e analisando os critérios utilizados pelos tribunais.

Palavras-Chave: *Punitive Damages*. *Exemplary Damages*. Responsabilidade Civil. Dano Moral. Função Punitiva. Critérios.

## ABSTRACT

SARAIVA, Leonardo Freire. **Punitive damages e o Direito brasileiro: critérios utilizados em sua aplicação pelos tribunais brasileiros.** 61 f. Monografia de Conclusão de Curso (Graduação) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2006.

This dissertation addresses the adoption of punitive damages, a typical institute in common law systems, by Brazilian courts, to solve in cases of damages that harm the whole society. This analysis focuses on how Brazilian courts are dealing with the issue and what standards are being used. Thus, the first chapter of this dissertation deals with punitive damages in the common law environment, in order to discern the institute's origin, function, reasoning and guidelines. On the second chapter, the dissertation addresses how and under which conditions Brazilian courts have been awarding punitive damages in litigation, in order to establish the standards being used.

Keywords: *Punitive Damages. Exemplary Damages. Tort Law. Punishment. Guidelines.*

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b>	08
<b>PARTE I OS <i>PUNITIVE DAMAGES</i> NA TRADIÇÃO DA <i>COMMON LAW</i></b>	14
<b>1 ORIGEM E FUNÇÕES</b>	15
1.1 SURGIMENTO E CONCEITUAÇÃO	15
1.2 FUNÇÕES E RACIONALIDADE	17
<b>2 DIRETRIZES, CONDIÇÕES DE APLICAÇÃO E REVISÃO</b>	24
2.1 A PROBLEMÁTICA NOS PAÍSES DA <i>COMMON LAW</i>	24
2.2 INGLATERRA	26
2.3 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA	30
<b>PARTE II <i>PUNITIVE DAMAGES</i> E A RESPONSABILIDADE CIVIL NO BRASIL</b>	37
<b>3 A REPARAÇÃO EXTRAPATRIMONAL E OS <i>PUNITIVE DAMAGES</i> NO BRASIL</b>	38
3.1 DECISÕES POLÍTICO-FILOSÓFICAS E A REPAÇÃO EXTRAPATRIMONAL	38
3.2 A SUPERAÇÃO DA REPARABILIDADE DO DANO MORAL E A ADOÇÃO DOS <i>PUNITIVE DAMAGES</i> PELOS TRIBUNAIS	40
<b>4 CRITÉRIOS UTILIZADOS PELOS TRIBUNAIS NA APLICAÇÃO DOS <i>PUNITIVE DAMAGES</i></b>	44
4.1 <i>LEADING CASE</i> HOSPITAL MIGUEL COUTO	44
4.2 MISCELÂNEA DE CRITÉRIOS	52
<b>CONCLUSÃO</b>	56
<b>REFERÊNCIAS</b>	59
<b>ANEXOS</b>	62

## INTRODUÇÃO

28 de maio de 1972, Califórnia, Estados Unidos da América. Carmen Gray, acompanhada por Richard Grimshaw, um menino de 13 anos de idade à época, trafegava de Anaheim para Barstow pela rodovia interestadual nº 15 (*Interstate 15*), a fim de se encontrar com seu marido, quando, repentinamente, seu automóvel, que possuía apenas 6 meses de uso e 4.800 quilômetros rodados, “afogou” e parou de funcionar em plena pista de rolagem. O veículo que seguia imediatamente atrás da Sra. Gray conseguiu desviar e ultrapassá-la, mas o Ford Galaxie 1962 que vinha a seguir não teve a mesma sorte e acabou por colidir em sua traseira. Como resultado da colisão, em velocidade estimada entre 44,8 km/h e 59,2 km/h, sobreveio a morte de Carmen Gray e severas lesões em Richard Grimshaw. Isto porque o automóvel em que estavam, após sofrer o impacto da colisão em sua traseira, não somente teve seu tanque de combustível deslocado para frente, mas igualmente viu este romper-se, encharcando o compartimento dos passageiros de combustível e incendiando-o completamente. A “bola de fogo” em que o automóvel tornou-se acabou por provocar a morte de Carmen Gray, poucos dias após o ocorrido, vítima de complicações cardíacas provocadas pelas graves queimaduras sofridas, bem como a completa desfiguração de Richard Grimshaw, que após conseguir sobreviver às severas queimaduras que teve, perdeu grande parte dos dedos da mão esquerda, assim como de sua orelha esquerda, necessitando a colocação de enxertos de pele em todo o seu rosto, em sucessivas cirurgias que incessantemente ocorreram durante mais de 10 anos.<sup>1</sup>

10 de agosto de 1978, Indiana, Estados Unidos da América. Lyn Ulrich, 16 anos, sua prima Donna Ulrich, 18 anos, e sua irmã Judy Ulrich, também de 18 anos, trafegavam na rodovia nº 33 (*Highway 33*), a noroeste de Indiana, quando tiveram seu automóvel atingido na traseira por uma van. Em instantes, o veículo estava em chamas, queimando vivas Lyn e Donna e deixando 95% (noventa e cinco por cento) do corpo de Judy com queimaduras de terceiro grau, a qual, após 8 horas, igualmente não resistiu e faleceu.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> V. *GRIMSHAW v. FORD MOTOR CO.* (1981) 119 CA3d 757.

<sup>2</sup> MAAKESTAD, Willilam. **Redefining Corporate Crime**. Multinacional Monitor, vol. 8, nº 5, May 1987. Disponível em: <<http://multinationalmonitor.org/hyper/issues/1987/05/maakestad.html>>. Acesso em 5 nov. 2006.

Em comum nas duas tragédias o fato de serem os automóveis incendiados exatamente do mesmo modelo e marca, ou seja, Ford Pinto<sup>3</sup>, e que ambas poderiam ter sido facilmente evitadas não fosse a ganância e o desprezo pela vida humana demonstrados pela Ford Motor Company.

Envolvida na década de 1960 pela intensa disputa do mercado norte-americano de veículos compactos, a Ford iniciou em 1968 o desenvolvimento e a produção de seu mais novo compacto, o *Ford Pinto*. Objetivando um veículo com um peso máximo de 908 quilos e um custo “nem um centavo maior” do que U\$ 2.000,00 (dois mil dólares), a Ford concebeu, projetou e produziu seu veículo em um prazo recorde de 25 meses, representando 18 meses menos do que os 43 meses comumente utilizado por todas as montadoras. Dispositivos de segurança que não aqueles estritamente exigidos e um novo e mais seguro sistema de tanque de combustível, recentemente desenvolvido pela empresa, estavam absolutamente descartados. A Ford, inclusive, vinha desde novembro de 1970 se opondo vigorosamente à implementação de um padrão federal de segurança em tanques de combustível, denominado *FMVSS 301*, apesar de seus próprios engenheiros insistentemente advertirem quanto à necessidade de desenvolvimento de tecnologias nessa área. Com o Ford Pinto, o objetivo era produzir um veículo barato e competitivo, com boa margem de lucro. Nesse sentido, visando a um menor custo de produção e a uma adequação ao diminuto design proposto, restou o tanque de combustível do Ford Pinto particularmente deslocado pelo projeto para a parte mais traseira do veículo, despojada de qualquer proteção e a incríveis poucos centímetros da chamada “zona de impacto”, onde normalmente é absorvida a energia advinda de uma colisão traseira.<sup>4</sup> Em que pese o alto risco assumido quando da concepção e projeto do Ford Pinto, este logo entrou em fase de testes, quando, então, todos os temores acerca de sua segurança foram confirmados, com os testes de colisão indicando constantes explosões e incêndios em quaisquer colisões traseiras acima de meros 32 km/h. De posse de tais resultados, ao invés de rever o projeto ou solucionar o problema com reforços no tanque de combustível e áreas próximas, ao custo de algumas dezenas de dólares por unidade, a Ford conduziu uma análise de custo-benefício.<sup>5</sup>

Em tal análise, realizou uma projeção do número de acidentes com explosões em razão da frota a ser produzida e vendida – que, no caso concreto, acabou estimado ao redor de

---

<sup>3</sup> V. Anexo A.

<sup>4</sup> **Ford Fuel Fires**. Disponível em: <<http://www.safetyforum.com/fordfuelfires/>>. Acesso em 25 set. 2006.

<sup>5</sup> V. Anexo B.

180 acidentes -, atribuindo em tais eventos o *quantum* indenizatório normalmente concedido pelos tribunais em casos de morte (de U\$ 200.000,00) e lesões – queimaduras – graves (de U\$ 67.000,00), bem como a indenização pela perda patrimonial, relativa aos danos no veículo. Ao mesmo tempo, apurou o custo que a alteração do projeto acarretaria, bem como a previsão de perda que um retorno à fase de desenvolvimento do projeto teria, concluindo, após, que ainda que todas as vítimas dos acidentes demandassem judicialmente a empresa, seria menos dispendioso e mais lucrativo pagar as indenizações por mortes e queimaduras que ocorressem em razão da falha estrutural do automóvel a adiar o lançamento deste ou realizar o conserto do defeito.<sup>6</sup> E uma vez tendo decidido pela prevalência de seus interesses econômicos sobre a vida e a integridade física das pessoas que utilizassem seu veículo, iniciou a Ford a produção e venda de seu novo automóvel, quedando inerte e silente quanto aos defeitos apresentados, bem como destruindo e desaparecendo com todos os dados e memorandos internos que demonstrassem seu conhecimento acerca das falhas estruturais dele.<sup>7</sup>

A Ford decidiu, em última análise, que em vista de seu interesse econômico, na sua busca por lucros cada vez maiores, preferível e aceitável era a morte, a lesão permanente e o sofrimento de centenas de pessoas ao atraso ou correção de um projeto mal elaborado por ela própria. Sob esta ótica, mesmo considerando eventual compensação às vítimas, mais lucrativa era a conduta ilícita em relação ao correto cumprimento dos seus deveres e obrigações legais e jurídicos, para não se falar nos morais.

A postura gananciosa e imoral assumida pela Ford, “jogando dados” com a vida humana e atribuindo friamente um preço a esta, contudo, reflete não um fenômeno isolado, mas, guardadas as proporções, um demonstrativo do atual estado da economia e da sociedade em que vivemos. Sociedade na qual tudo se resume a uma simplista análise de custo-benefício, muitas vezes valorando bens de valor inestimável, como a vida, a dignidade, entre outros.

Pensando em situações de “danos de massa” como a verificada no caso envolvendo a Ford e seu Ford Pinto, quando uma conduta ilícita, absolutamente execrável, mesmo que posteriormente condenada em juízo torna-se atraente, vantajosa e, principalmente, lucrativa, é de concluir-se pela efetiva necessidade da adoção de uma função punitiva e uma função

---

<sup>6</sup> **Ford Fuel Fires.** Disponível em: <<http://www.safetyforum.com/fordfuelfires/>>. Acesso em 25 set. 2006.

<sup>7</sup> V. *GRIMSHAW v. FORD MOTOR CO. (1981) 119 CA3d 757.*

preventiva à responsabilidade civil no país, nos moldes do que hoje são os *punitive damages* no direito da *common law*.

Adoção esta que serviria como espécie de “freio” à mentalidade e práticas mercantilistas hoje existentes, a compreender instituto que se restringiria, vale a pena frisar, a situações envolvendo “danos de massa”, relativas principalmente ao direito do consumidor, direito ambiental e direitos difusos, quando prementes os interesses de toda a coletividade, notadamente em casos onde a completa desconsideração da pessoa e da dignidade humana é a tônica.

Tal processo, contudo, assim como todo e qualquer estudo ou trabalho em Direito Comparado, deve ser desenvolvido sempre com os olhos voltados para as singularidades culturais de cada sociedade e, por conseqüência, de cada ordenamento e tradição jurídica. Trata-se de um dos preceitos básicos do Direito Comparado, que cada vez mais adota posição eminentemente crítica, no que alguns autores propiciamente colocam tratar-se de uma passagem da simples “comparação jurídica” para a “análise diferencial das jurisculturas”.<sup>8</sup>

Nesse sentido, a adoção de instituto ou funções nos moldes dos *punitive damages* passa, necessariamente, pela resposta de dois questionamentos chaves.

O primeiro, referente à incorporação na responsabilidade civil pátria de instituto eminentemente punitivo e preventivo, seria quanto à sua efetiva necessidade, quanto à conveniência de tal incorporação. Ou seja, se realmente seria oportuno esta adoção, se tal instituto viria a suprir alguma lacuna no ordenamento jurídico brasileiro, ou se, ao contrário, o Direito brasileiro já reuniria, em seu bojo, institutos e instrumentos adequados e eficazes para a solução das situações que lhe seriam objeto.

Em segundo, uma vez convencendo-se pela necessidade e conveniência da adoção de instituto como os *punitive damages*, passa-se a inquirir se este seria (ou não) proibido pelo Direito brasileiro, e, em não sendo, se o ordenamento pátrio estaria apto a recebê-lo e em que medida, mormente em relação aos outros institutos já existentes.

Tais questionamentos, bem como a discussão acerca dos *punitive damages* como um todo, assumem, atualmente, destaca importância ante a crescente e maciça alusão pelos

---

<sup>8</sup> MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister; PARGENDLER, Mariana Souza. **Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o direito brasileiro)**. Brasília: Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, nº. 28, jan./mar. 2005, p 15-32. p. 16.

tribunais pátrios de ditos “caráter punitivo-pedagógico”, “função punitiva” ou até expressamente “*punitive damages*”, em casos envolvendo a reparação de danos extrapatrimoniais. Tais expressões, juntamente com diversos critérios mencionados quase que unanimemente pela jurisprudência como razão de decidir em matéria de danos extrapatrimoniais, apontam claramente para a adoção e incorporação, pelos tribunais, tanto da função punitiva, quanto da função preventiva, em matéria de responsabilidade civil por tal espécie de dano.

Tal constatação, contudo, longe de representar uma solução ou resposta satisfatória aos anseios da sociedade, trata-se, em verdade, do estopim de uma série de problemas e questionamentos que se criam devido à forma e ao modo pelo qual vem a jurisprudência decidindo.

Isto porque, não bastasse o modo arbitrário com que vem se dando a aplicação dos *punitive damages* ou suas funções, com os julgadores fundamentando de forma vaga e genérica a razão de decidir, são absolutamente desconhecidos os motivos ou justificativas através dos quais se obtém o *quantum* indenizatório, sem que, por conseqüência, tenha-se qualquer noção quanto ao papel ou importância representados pelas novas funções. E mais, como se verifica da utilização indiscriminada que vem sendo feita, sequer sabe-se se ditas funções punitiva e preventiva efetivamente influem de alguma forma no valor da indenização, vez que não obstante a – rara – não menção de ditas funções na razão de decidir, ainda assim o *quantum* destas decisões se mantém em patamar semelhante, senão idêntico, aqueles em que tais funções são pretensamente utilizadas, o que induz, inclusive, a consideração de tratarem-se muitas vezes, de meros “chavões jurídicos”, “palavras mágicas” mencionadas apenas como “enfeite” no corpo do *decisum*, sem que nada signifiquem.

Em consonância com tal questão, ainda, tem-se a completa confusão realizada pelos tribunais brasileiros quando da aplicação dos critérios fundantes das decisões em matéria de danos extrapatrimoniais, vendo-se misturados no mesmo conjunto argumentativo, indistinta e desarazoadamente, critérios compensatórios, punitivos, preventivos e até mesmo critérios sem qualquer natureza ou razão de ser.

O presente trabalho, assim, na utilização do melhor Direito Comparado, analisa e estuda, em sua primeira parte, os *punitive damages* em sua forma original, em seu ambiente nativo, qual seja, nos países de tradição jurídica da *common law*, em especial nos Estados

Unidos da América e Inglaterra, esta última berço dos *punitive damages*, aqueles palco do maior e mais significativo desenvolvimento do instituto, para através do estudo de sua origem, finalidades e critérios e condições de aplicação, obter a razão de ser e a lógica interna destes, somente através do que seria possível a adoção consciente do instituto no Direito brasileiro.

Na segunda parte, já ciente dos fundamentos e princípios dos *punitive damages*, passa-se a analisar os critérios atualmente utilizados pelos tribunais nas reparações de danos extrapatrimoniais, mais exclusiva e notadamente nas decisões em que evocadas pretensas funções punitiva ou preventiva da reparação, ou mesmo diretamente o instituto dos *punitive damages*, buscando com isto vislumbrar eventual ordem lógica ou identidade cultural em tais critérios ou confirmar a efetiva miscelânea existente na utilização destes. Em consonância e paralelamente a tal análise, levanta-se as principais críticas e obstáculos à aplicação dos *punitive damages* no Direito brasileiro, questionando-se e analisando sua pertinência, bem como, embora não seja o foco do trabalho, eventualmente tentando propor soluções e medidas justamente capazes de, respeitando a identidade e a tradição jurídica brasileiras, adaptar o instituto ao ordenamento pátrio.

**PARTE I**

***OS PUNITIVE DAMAGES NA TRADIÇÃO DA COMMON LAW***

*“Os tolos dizem que aprendem com a experiência. Eu prefiro tirar proveito da experiência alheia”*  
OTTO VON BISMARCK

## 1 ORIGEM E FUNÇÕES

### 1.1 SURGIMENTO E CONCEITUAÇÃO

Oriundos da tradição da *common law*, são os *punitive damages* um dos mais típicos institutos de tal tradição jurídica. São também um dos mais mal compreendidos, fruto não só da falta de informações acerca destes, mas, principalmente, de sua caracterização mediante algumas decisões *sui generis* de júris, ainda que posteriormente revertidas, assim como de “casos imaginários”, nunca existentes, a assemelharem-se às chamadas “lendas urbanas”.<sup>9 10</sup>

Comumente também chamados na Inglaterra de *exemplary damages*, possuem os *punitive damages* como outras variantes terminológicas “*presumptive damages, added damages, aggravated damages, speculative damages, imaginary damages, smart money and punies*”<sup>11</sup>.

Sua noção, de forma genérica e superficial, pode ser preliminarmente dada através da definição de que:

*“Punitive damages, sometimes called exemplary or vindictive damages, or ‘smart money’, consists of an additional sum, over and above the compensation of the plaintiff for the harm that he has suffered, which are awarded to him for the purpose of punishing the defendant, of admonishing him not to do it again, and of deterring others from following his example”.*<sup>12</sup>

---

<sup>9</sup> Uma destas lendas, referente ao caso do “gato no microondas” (*pet in the microwave*), internacionalmente relatado, revela-se absolutamente vazia de qualquer elemento concreto, como nome de partes, estado dos Estados Unidos em que teria sido julgado, ou qualquer referência ao processo a que se relacionaria, tanto em meios oficiais, quanto em extra-oficiais, com diversas discrepâncias entre os muitos relatos. Detalhes sobre o pretenso caso ainda remetem à pré-existência de antigos relatos análogos, porém utilizando a figura de um fogão ao invés de um microondas e de um cão ao invés de um gato.

<sup>10</sup> RYAN, Patrick S. **Revisiting the United States application of punitive damages: separating myth from reality**. ILSA Journal of International and Comparative Law, Vol. 10, No. 1, Fall 2003, p. 69-93. Disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=545243>. Acesso em 10 ago. 2006. p. 70-74.

<sup>11</sup> PUNITE DAMAGES. In: **Black’s Law Dictionary**. 8th Edition. St. Paul, Minnesota, 2004. p. 418.

<sup>12</sup> PROSSER, William; WADE, John; SCHWARTZ, Victor. **Torts: Cases and materials – seventh edition**. New York: Foundation Press, 1982, p 560. apud DE MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p 06/07.

Nesse sentido, evidenciado o que comumente é definido como as duas funções centrais do instituto, vale dizer, a punição (*punishment*) e a prevenção pela exemplaridade (*deterrence*), ambas obtidas através da concessão de soma indenizatória *adicional e autônoma* àquela necessária à reparação dos danos patrimoniais e extrapatrimoniais causados. Tal concessão e a utilização dos *punitive damages*, contudo, ainda que com ligeiras variações em cada ordenamento jurídico, tem como único foco condutas altamente execráveis, socialmente deploráveis, a caracterizarem no Brasil a culpa gravíssima, a malícia ou mesmo o dolo, quando, então, aplica-se o instituto como forma de punir e/ou prevenir a repetição de conduta tão nefasta, em clara demonstração da não aceitação, pela sociedade, de tal prática.<sup>13</sup>

Tratando-se de uma liberalidade e discricionariedade do júri, de acordo com a conduta do ofensor, de modo a, como regra geral, não se constituírem em um direito subjetivo da vítima<sup>14 15</sup>, têm os *punitive damages* aparições rudimentares traçadas no Código de Hamurabi<sup>16</sup> e no Antigo Testamento<sup>17</sup>, bem como nas leis da Babilônia e da Grécia Antiga e no código hindu de Manu.<sup>18</sup>

Não obstante a menção a tais aparições primitivas, é na Inglaterra do século XIII que se verifica a primeira previsão de aplicação de indenização múltipla no direito da *common law*, com o Statue of Councester, em 1278, onde já possível a visualização de alguns traços característicos dos *punitive damages*, ainda que não presente a sua atual configuração.<sup>19</sup> Em tal século na Inglaterra, então, verifica-se a ocorrência de condenações de ofensores ao

---

<sup>13</sup> Nos países da tradição da *common law*, ainda mais forte o sentimento de censura e reprovação pela sociedade inserido na essência dos *punitive damages*, vez que tais casos são necessariamente julgados por júri popular, seguindo tradição de tal sistema jurídico, ainda que eventualmente os montantes concedidos possam vir a ser revisados tanto pelo juiz do julgamento, quanto em grau de recurso, quando considerados grosseiramente excessivos, como se verá mais adiante.

<sup>14</sup> O que MARTINS-COSTA; PARGENDLER. **Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o direito brasileiro)**, p. 19, muito bem colocam tratar-se de uma indenização “permitida”, não “devida”.

<sup>15</sup> RYAN. **Revisiting the United States application of punitive damages: separating myth from reality**, p. 74.

<sup>16</sup> V. **Hammurabi's Code of Laws**. Translated by L. W. Kin. In: *World Civilizations* (1996). Washington: Washington State University. Disponível em: <<http://www.wsu.edu/~dee/MESO/CODE.HTM>>. Acesso em 01 nov. 2006, que em seu parágrafo 8º dispõe: “*If any one steal cattle or sheep, or an ass, or a pig or a goat, if it belong to a god or to the court, the thief shall pay thirtyfold; if they belonged to a freed man of the king he shall pay tenfold; if the thief has nothing with which to pay he shall be put to death*”. Em tradução livre: “Se alguém roubar um boi ou uma ovelha ou um asno ou um porco ou um bode, se a coisa pertence a um Deus ou à Corte, o ladrão deverá pagar trinta vezes seu valor; se pertence a um liberto, deverá pagar dez vezes seu valor; se o ladrão não tem nada com o que pagar ele deverá ser morto”.

<sup>17</sup> V. Êxodo, 22:1: “Se alguém furtar um boi ou uma ovelha e o matar ou vender, por um boi pagará cinco bois, e por uma ovelha quatro ovelhas”.

<sup>18</sup> GOTANDA, John Y. **Punitive Damages: A Comparative Analysis**. *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 42, August 2003. Prévia disponível em SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=439884>>. Acesso em 10 ago. 2006. p. 05.

<sup>19</sup> MARTINS-COSTA; PARGENDLER. **Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o direito brasileiro)**, p. 18.

imediatamente pagamento da indenização, em casos envolvendo lesões corporais intencionalmente causadas a pessoas, como *trespass to the person* e outras hipóteses, visando principalmente à proteção dos súditos a atos dos funcionários do governo, cujas condutas eram corriqueiramente arbitrárias e censuráveis.<sup>20</sup>

A conformação atual do instituto, contudo, somente começou a transparecer no século XVIII, com o caso *Wilkes vs. Wood*<sup>21</sup>, em 1763, o primeiro grande caso de *punitive damages* na Inglaterra e países da *common law*. Após ele, as cortes inglesas da época passaram a corriqueiramente conceder *punitive damages* em casos envolvendo estupro, prisão indevida, difamação, sedução, entre outros. Em sua origem, porém, assim como atualmente ocorre na maioria dos países em que aceito – à exceção dos Estados Unidos e Canadá, onde alguns raros casos são admitidos –, o instituto nunca restou admitido em casos de responsabilidade contratual, nem mesmo por violação de contrato.<sup>22</sup>

## 1.2 FUNÇÕES E RACIONALIDADE

Desde seu surgimento na Inglaterra do século XVIII, os *punitive damages* se tornaram uma instituição da *common law* com mais de 200 anos de desenvolvimento, sendo atualmente admitidos em países como Austrália, Nova Zelândia, República da Irlanda, Inglaterra, Canadá e Estado Unidos da América<sup>23</sup>. Neste último, desenvolveram-se além e mais vigorosamente do que em qualquer outro lugar, transformando-se praticamente em um instituto típico do país<sup>24</sup>, a representar somente em 2003 um montante indenizatório de

---

<sup>20</sup> DE MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p 228/229.

<sup>21</sup> V. *Wilkes v. Wood*, 98 Eng. Rep. 489 (C.P. 1763). Em tal caso, *punitive damages* foram concedidos a um editor após o Secretário de Estado do Rei, suspeitando que a vítima houvesse publicado um libelo sobre o Rei, determinar uma revista da casa e propriedades deste, sem, contudo, obter o necessário mandato. Por ocasião da fundamentação, Chief Justice Pratt colocou que a concessão de *punitive damages*, naquele caso, “*satisfies the injured person, punishes the guilty, deters such actions in the future, and shows the jury’s detestation of the wrongful conduct*”.

<sup>22</sup> GOTANDA. **Punitive Damages: A Comparative Analysis**, p. 08.

<sup>23</sup> Além destes, também a Irlanda do Norte prevê a aplicação dos *punitive damages*.

<sup>24</sup> Dos 50 estados norte-americanos, apenas 5 proíbem ou severamente restringem os *punitive damages*. *Nebraska* e *Washington* vedam por completo a aplicação do instituto, ao passo que *Louisiana*, *New Hampshire* e *Massachusetts* somente o aceitam quando expressamente previsto em lei.

US\$245,7 bilhões.<sup>25</sup> Sua presença no direito norte-americano é tal que, na esteira da hegemonia política e econômica do país, vem sendo levado à esfera da arbitragem internacional<sup>26</sup>, bem como se constituído em entrave para acordos internacionais, em ambos os casos não sem antes causar muita polêmica.<sup>27</sup>

Nessa senda, tornaram-se os Estados Unidos não só a arena economicamente mais representativa dos *punitive damages*, mas igualmente a mais desenvolvida e fértil acerca do instituto. E como resultado de tal desenvolvimento, a despeito da atribuição por suas cortes apenas das funções punitiva – *punishment* – e preventiva – *deterrence* – do instituto, defende a moderna doutrina norte-americana a existência de cinco funções específicas desempenhadas por eles, que, “mascaradas” pelo entendimento focado nas duas grandes finalidades, seriam: i) educação (*education*); ii) reforço da lei (*law enforcement*); iii) prevenção pela exemplaridade (*deterrence*); iv) retribuição (*retribution*); v) compensação (*compensation*).<sup>28</sup>

A finalidade educativa desempenhada pelos *punitive damages* se relaciona ao impacto instrutivo e disciplinador que a concessão de uma quantia adicional e autônoma àquela compensatória tem, tanto no ofensor, quanto em terceiros, de modo a, gradualmente, induzir no agir dos indivíduos as condutas aceitas ou esperadas pela sociedade, ou, pelo menos, extirpar àquelas veementemente rechaçadas.

Em estreita consonância com tal finalidade, busca-se igualmente com a aplicação dos *punitive damages* o “reforço da lei”, quando, em razão da indenização adicional imposta ao ofensor por sua conduta execrável, se busca um reforço das normas, princípios e valores existentes no direito do país ou estado, mais intenso e efetivo do que aquele eventualmente verificado pela simples compensação do dano. A consideração do “reforço da lei” como função desempenhada pelo instituto é tal que este se reveste em uma das principais justificativas para a destinação da indenização, ou de parte dela, à vítima, como espécie de

---

<sup>25</sup> Tillinghast-Towers Perrin. **U.S. Tort Costs: 2004 Update: trends and findings on the cost of the US Tort System.** New York, 2005. Disponível em: <[http://www.towersperrin.com/TILLINGHAST/publications/reports/Tort\\_2004/Tort.pdf](http://www.towersperrin.com/TILLINGHAST/publications/reports/Tort_2004/Tort.pdf)>. Acesso em 07 de nov. 2006. p. 11.

<sup>26</sup> V. *Octonia Trading, Ltd. v. Stinnes Interoil GmbH, SMA n° 2424*, quando os árbitros concederam US\$ 100 mil a título de *punitive damages* contra réu que roubou a carga de petróleo que transportava nos bunkers de armazenagem para abastecer seu próprio navio.

<sup>27</sup> GOTANDA. **Punitive Damages: A Comparative Analysis**, p. 02.

<sup>28</sup> SEBOK, Anthony J. **What Did Punitive Damages Do? Why Misunderstanding the History of Punitive Damages Matters Today.** Chicago-Kent Law Review, p. 101-140. Prévia disponível em SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=388861>>. Acesso em 10 ago. 2006. p 101.

“recompensa” pelo “serviço público” de, em trazendo o ofensor à Justiça, propiciar o reforço e sedimentação do ordenamento jurídico.<sup>29</sup>

No tocante a tal destinação da indenização ou parte dela à vítima, enquanto vista por muitos, principalmente nos Estados Unidos, como única forma possível e efetiva de viabilizar um reforço da lei que sem esta destinação indenizatória em grande medida não ocorreria, face os maiores custos e riscos envolvidos em uma ação por *punitive damages* – quando uma série de outras alegações e fatos devem ser demonstrados –, revela característica cultural peculiar da sociedade americana, tendente a solucionar grande parte de suas questões pela via econômica.<sup>30</sup> Tanto que uma vez que se transpõe a questão para o meio cultural brasileiro, a destinação da indenização à vítima é intensamente criticada, a exemplo de algumas vozes minoritárias, mas crescentes nos Estados Unidos<sup>31</sup>, visto o aspecto até mesmo imoral que apresenta a remuneração de ato tendente essencialmente ao bem da sociedade e da ordem pública – levar o ofensor à Justiça –, que, em última análise, indiretamente também destina-se ao próprio bem-estar da vítima.

A função de reforço da lei, ainda, juntamente com a função preventiva, desnuda fenômeno extremamente peculiar dos Estados Unidos, que é a autonomia de cada estado membro da federação. Os estados, no caso dos *punitive damages*, têm plena autonomia, dentro dos limites do devido processo legal esculpido na 14ª Emenda da Constituição norte-americana e em suas próprias constituições, para definir, em cada caso, quando há *interesse do estado* em ver reforçadas suas leis (função de reforço da lei) e prevenidas determinadas condutas (função de prevenção pela exemplaridade).

Quanto à prevenção pela exemplaridade (*deterrence*), considerada por muitos como, talvez, a função mais importante e universalmente aceita dos *punitive damages* na

---

<sup>29</sup> MARTINS-COSTA; PARGENDLER. **Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o direito brasileiro)**, p. 27.

<sup>30</sup> Nesse sentido, contudo, importante ressaltar que diversamente do usualmente considerado, a indenização a título de *punitive damages* não é necessariamente recebida pela vítima. Por vezes, mediante acordo entre as partes ou até mesmo por decisão judicial, é destinado o montante concedido a título de *punitive damages* a instituições de caridade – v. *Dardinger, EXR. v. Anthem Blue Cross & Blue Shield et al. (2001-1222) 2002. OH. 7113 (2002)*, quando a Suprema Corte de Ohio determinou que um terço da indenização de U\$30 milhões de *punitive damages* fosse destinada à caridade – ou a terceiros, em sua totalidade ou em parte. Sobre o tema v. RYAN. **Revisiting the United States application of punitive damages: separating myth from reality**, p. 76.

<sup>31</sup> Nesse sentido, uma reforma no direito da responsabilidade civil norte-americana já ocorre, com previsão, inclusive, da destinação de apenas parte dos *punitive damages* à vítima, em medida já adotada por oito estados norte americanos.

atualidade<sup>32</sup>, caracteriza-se pela concessão destes com vistas no interesse do país/estado<sup>33</sup> em, através da punição do ofensor, sinalizar de forma clara o repúdio à sua conduta, evitando, com isto, a repetição dela, quer pelo próprio ofensor, quer por terceiros, ou, ainda, servindo de estímulo para seu abandono como prática adotada por estes.

Nesse ponto, a consideração como legítimo o interesse dos estados em verem prevenidas determinadas condutas é tão forte nos Estados Unidos que, inclusive, possui como desdobramentos a limitação destes somente poderem conceder *punitive damages* por condutas perpetradas em sua jurisdição, pelo que vedada a majoração do montante indenizatório com base em reiteradas práticas execráveis ocorridas em outra jurisdição.<sup>34 35</sup>

Sendo uma constata em todos os países em que admitidos os *punitive damages*, da mesma forma que servindo como principal justificativa para a adoção do instituto em países onde não aceito, é atualmente a função preventiva do instituto uma das mais eficazes ferramentas do Direito para fazer frente à atual lógica mercantilista que aflige a economia e a sociedade na atualidade, possuindo um caráter inibitório, notadamente sobre práticas comerciais peculiarmente calculistas e nefastas. A isto, em grande medida, se deve sua universalidade, bem como numerosos movimentos pela adoção do instituto em países de tradição romano-germânica.

Por sua vez, em sua função de punição, os *punitive damages* assumem o papel natural de punir o ofensor, o que, no século XIX era considerado uma forma de restauração da honra da vítima e substituição dos duelos. Hodiernamente, a função punitiva segue punindo o ofensor de conduta execrável, e, além de permanecer como uma espécie de restauração da honra do lesado, tende também, em países onde a distinção entre direito público e privado é irrelevante, a não apenas punir em nome deste, mas igualmente punir em nome da sociedade, face ao risco a que a conduta do ofensor expõe a toda ela.<sup>36</sup>

Duas importantes considerações ainda devem ser feitas quanto às funções punitivas e preventivas. A primeira é relativa à distinção que deve ser traçada entre ambas as funções, de

---

<sup>32</sup> SEBOK, Anthony J. **What Did Punitive Damages Do? Why Misunderstanding the History of Punitive Damages Matters Today**. p. 112/137.

<sup>33</sup> A se entender por *interesses do estado* o interesse de sua sociedade, plasmada no júri, em nada se relacionando, contudo, com questões político-partidárias.

<sup>34</sup> Sobre a questão v. BMW of North America, Inc. v. Gore (94-896), 517 U.S. 559 (1996).

<sup>35</sup> GOTANDA, John Y. **Punitive Damages: A Comparative Analysis**. Columbia Journal of Transnational Law, Vol. 42, August 2003. Prévia disponível em SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=439884>>. Acesso em 10 ago. 2006. p. 39.

<sup>36</sup> GOTANDA. **Punitive Damages: A Comparative Analysis**, p. 136.

significativo reflexo na análise do instituto dos *punitive damages*. Isto porque na função preventiva há o objetivo utilitarista de prevenir danos futuros, mirando e prevenindo, com isto, fatos à frente; ao passo que a função punitiva busca retribuir danos passados.<sup>37</sup> Tal distinção, ainda que aparentemente teórica, mostra-se de suma importância quando da análise acerca da pertinência ou não da aplicação do instituto em um caso concreto, assim como quando da fixação de seu montante, uma vez que por mais censurável que seja a conduta, para a utilização específica da função preventiva como fundamento ou mesmo agravante para aplicação dos *punitive damages*, por exemplo, deve-se considerar o risco de repetição desta, sem o que torna-se vazia a evocação de tal função.

Não obstante a distinção entre função de punição e função de prevenção, constata-se entre elas, através da essência e da aplicação do instituto, uma enorme sinergia, assim como entre as demais, que se caracterizam por serem finalidades e racionalidades convergentes. Isto é, a aplicação da função preventiva somente ocorre através da concessão de indenização autônoma e adicional àquela necessária à reparação do dano, em caráter nitidamente punitivo, ao mesmo tempo em que no exato momento em que incide a função punitiva sobre determinada conduta, mesmo que não sendo a intenção direta, reforça-se a prevenção contra esta.

Mas é na função compensatória que reside a grande polêmica sobre as funções desempenhadas pelo instituto, mormente após a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Cooper Industries v. Leatherman Tool Group*<sup>38</sup>, quando buscando fundamentar a adoção de um novo padrão de revisão dos *punitive damages* concedidos pelo júri – denominado “*de novo standard*” –, o fez sob a equivocada premissa de terem estes, no século XIX, desempenhado papel eminentemente de compensação pela dor e sofrimento intangíveis, a assemelharem-se no Brasil aos atuais danos extrapatrimoniais.<sup>39</sup>

---

<sup>37</sup> DE MORAES. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**, p. 225/226.

<sup>38</sup> COOPER INDUSTRIES, INC. v. LEATHERMAN TOOL GROUP, INC. (99-2035) 532 U.S. 424 (2001). Trata-se de caso envolvendo duas fabricantes de ferramentais gerais, onde Leatherman Tool Group processou a Cooper Industries por quebra de patente, argumentando que além de plagiar seus produtos, a requerida ainda havia fraudado os consumidores, fotografando seus produtos e utilizando as fotos em materiais de propaganda e *folders*, como se da própria Cooper o fossem. O júri condenou a ré ao pagamento de U\$ 50 mil a título de compensação pelos danos materiais, bem como de U\$ 4,5 milhões em *punitive damages*. Após confirmação dos valores pelo juiz do julgamento e pela Corte de Apelação Norte-Americana para o 9º Circuito, considerou a Suprema Corte dos Estados Unidos grosseiramente excessivos os *punitive damages*, revertendo a decisão.

<sup>39</sup> SEBOK, Anthony J. **What Did Punitive Damages Do? Why Misunderstanding the History of Punitive Damages Matters Today**. p. 116-117.

O equívoco da Suprema Corte, detidamente analisado por Anthony Seebok<sup>40</sup>, foi o de utilizar a noção atual de compensação para caracterizar função desempenhada nos primórdios pelos *punitive damages* que, longe de se revestir na preponderante função do instituto à época, buscava não reparar um simples abalo emocional ou moral, mas conceder uma quantia adicional e autônoma à compensação aqueles casos em que a conduta e a postura execrável do ofensor tinha impacto direto na experiência e dano sofrido pela vítima. De forma alguma, contudo, podendo considerar-se, como a Suprema Corte o fez no caso, que a função primordial dos *punitive damages* no século XIX fosse semelhante ou igual à desempenhada hoje pela reparação dos danos morais, nos Estados Unidos inseridos no instituto chamado *tort of the intencional infliction of emocional distress (IIED)*.

Uma vez verificada as funções desempenhadas pelos *punitive damages*, resta evidenciado o olhar do instituto não sobre a vítima e seu dano, mas sim sobre o ofensor e sua conduta. Nesse sentido, a despeito da mudança no foco da responsabilidade civil verificada nos países de tradição romano-germânica – no Brasil com o advento da Constituição Federal e na França pela via jurisprudencial já no início do século XX –, com o deslocamento do eixo da obrigação *do ofensor e do seu grau de culpa pela ocorrência do dano para o direito da vítima de ver reparado a injusta perda havida* – no que comumente define-se como uma mudança da idéia da “inexistência de responsabilidade sem culpa” para a máxima de que “a vítima não deve ficar irressarcida” –, tem-se com o instituto dos *punitive damages* processo diametralmente contrário.<sup>41</sup>

Em se destituindo do critério compensatório vigente atualmente nos direitos da responsabilidade civil de tal tradição, incidem os *punitive damages* sobre a conduta execrável do ofensor, quer com a finalidade de puni-lo *por tal conduta*, quer com a finalidade de prevenir a ocorrência e reprodução *da mesma conduta*, de modo que, em contraste com tal giro conceitual verificado na responsabilidade compensatória da tradição romano-germânica, brilhantemente apreendida por Orlando Gomes como a “passagem do ato ilícito para o dano injusto”<sup>42</sup>, fundam-se os *punitive damages* exclusivamente na conduta do ofensor, pelo que impossível sua aplicação em qualquer hipótese em que não analisado o grau de culpa e a conduta do indivíduo, especialmente em casos de responsabilidade civil objetiva.

---

<sup>40</sup> SEBOK, Anthony J. **What Did Punitive Damages Do? Why Misunderstanding the History of Punitive Damages Matters Today**. p. 117-125.

<sup>41</sup> DE MORAES. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**, p. 12/29/131.

<sup>42</sup> GOMES, Orlando. **Tendências modernas na teoria da responsabilidade civil**. in: Estudos em homenagem ao prof. Sílvio Rodrigues. São Paulo: Saraiva, 1980. p 296.

Com tal foco em mente e tendo em vista as funções atribuídas aos *punitive damages*, então, faz-se mister para o correto entendimento do instituto, assim como eventual adoção deste, a verificação de suas condições de aplicação, bem como de seu controle e revisão, no seu sistema jurídico original.

## 2 DIRETRIZES, CONDIÇÕES DE APLICAÇÃO E REVISÃO

### 2.1 A PROBLEMÁTICA NOS PAÍSES DA *COMMON LAW*

Com projeção de U\$296,8 bilhões em indenizações, somente nos Estados Unidos em 2006<sup>43</sup>, bem como por vezes envolvendo quantias de U\$3 bilhões em uma única indenização<sup>44</sup>, verifica-se a intensa presença dos *punitive damages* em diversos países da *common law*, sendo admitidos em uma ampla gama de casos e hipóteses, a variar muito dependendo do país.

Nesse sentido, tanto as leis como a prática dos *punitive damages* permanecem extremamente adstritas e específicas a cada um dos países, sem que haja um adequado grau de harmonização do instituto, a despeito do que seria esperável ante a tendência mundial de globalização. Em que pese a ocorrência, em todos os países, de uma expansão nas hipóteses passíveis de aplicação dos *punitive damages*, bem como de tendência de crescimento no número de ações envolvendo tal instituto, pouco consenso existe quanto a quais casos deveria cingir-se o instituto, os critérios a serem utilizados para a atribuição de seu montante, a correta forma de orientação dos jurados quando de tal quantificação ou a sua forma de revisão pelos tribunais superiores.<sup>45</sup>

Ao contrário, os ordenamentos jurídicos de cada país diferem nos propósitos a que servem os *punitive damages*, nas hipóteses em que incidentes, nos fatores a serem considerados quando de sua aplicação e no que caracterizaria (ou não) uma indenização excessiva. Universal e unânime mostram-se apenas o progressivo crescimento no número de casos e montantes em que concedidos *punitive damages* em todo o mundo, bem como a

---

<sup>43</sup> Tillinghast-Towers Perrin. **U.S. Tort Costs: 2004 Update**: trends and findings on the cost of the US Tort System. New York, 2005. Disponível em: <[http://www.towersperrin.com/TILLINGHAST/publications/reports/Tort\\_2004/Tort.pdf](http://www.towersperrin.com/TILLINGHAST/publications/reports/Tort_2004/Tort.pdf)>. Acesso em 07 de nov. 2006. p. 11.

<sup>44</sup> V. PENNZOIL CO. v. TEXACO INC., 481 U.S. 1 (1987), quando em um raro caso de *punitive damages* envolvendo matéria contratual, restou a Texaco condenada ao pagamento de U\$7,53 bilhões a título de indenização compensatória, bem como veio a celebrar acordo extra-judicial com a Pennzoil, prevendo o pagamento de U\$3 bilhões por *punitive damages*, em caso envolvendo responsabilidade civil por indução à violação de contrato (*tort of induction into breach of contract*).

<sup>45</sup> GOTANDA. **Punitive Damages: A Comparative Analysis**, p. 04/55-58.

preocupação e os esforços de todos os países em limitar as quantias concedidas e aprimorar a revisão destes.<sup>46</sup>

Tal questão se mostra particularmente tormentosa ao verificar-se o efeito nefasto que a aplicação sem controle e arbitrária dos *punitive damages* pode acarretar, principalmente na economia, posto que atual palco central da aplicação do instituto, destinado em sua maior parte a casos de “danos de massa”, envolvendo matéria ambiental, de consumo e interesses difusos como um todo. Esta é, inclusive, uma das grandes críticas realizadas ao instituto nos Estados Unidos, dando conta do caráter inibidor que teria sobre a inovação em novos produtos e sua introdução no mercado.<sup>47</sup> Mas não somente sobre a sobre a inovação de produtos teria tal descontrole efeito nefasto, vez que com medo de ações judiciais por má prática médica – que em 2001 representou aproximadamente U\$ 21 bilhões de dólares –, 79% (setenta e nove por cento) dos médicos norte-americanos solicitam mais exames do que aqueles necessários, segundo dados do Institute for Legal Reform.<sup>48</sup>

Além disso, a perda do controle do valor das indenizações concedidas pelo júri – ainda que se saiba serem posteriormente reduzidas pelo juiz do próprio julgamento ou em sede de apelação – e a incerteza legal que sua aplicação desenfreada gera são outras das grandes críticas enfrentadas pelos *punitive damages* nos Estados Unidos e demais países.<sup>49</sup>

De tal problemática, então, deriva a necessidade de atentar-se para as diretrizes e condições de aplicação dos *punitive damages* em diversos países da *common law*, ante a divergência dos caminhos trilhados por estes, bem como para a forma de revisão das indenizações.

---

<sup>46</sup> GOTANDA. *Punitive Damages: A Comparative Analysis*, p. 04/07.

<sup>47</sup> RYAN. *Revisiting the United States application of punitive damages: separating myth from reality*, p. 76.

<sup>48</sup> **Facts and Figures**. In: Institute for Legal Reform. Washington: U.S. Chamber Institute for Legal Reform. Disponível em: < <http://www.instituteforlegalreform.com/newsroom/indexc86c.html?p=factsfigures>>. Acesso em 01 nov. 2006.

<sup>49</sup> RYAN. *Revisiting the United States application of punitive damages: separating myth from reality*, p. 76.

## 2.2 INGLATERRA

Berço dos *punitive damages*, no século XVIII, é também a Inglaterra o país da *common law* onde mais limitados são os casos de incidência dos *punitive damages*, bem como rigorosamente previstas restam diretrizes e limitações especiais, atinentes a casos particularmente envolvendo a polícia e acusações de condutas ilegais contra ela.

Com o primeiro grande caso de *punitive damages* datando de 1763 – caso *Wilkes vs. Wood*<sup>50</sup> –, houve na Inglaterra uma crescente aplicação do instituto no decorrer dos séculos XVIII a XX, até que, em 1964, a Câmara dos Lordes<sup>51</sup>, no caso *Rookes v. Barnard*<sup>52</sup>, limitou a aplicação dos *punitive damages* a três categorias de casos: i) casos envolvendo condutas opressivas, arbitrárias ou inconstitucionais de membros do governo e da administração pública; ii) casos nos quais a conduta danosa e nefasta do ofensor restou calculada de modo a acarretar em lucro para este, o qual somente com a compensação do dano não será atingido, gerando enriquecimento por tal conduta; iii) casos nos quais para certa conduta estiver especialmente autorizado por lei a aplicação de *punitive damages*.<sup>53</sup>

Para a primeira categoria, definiu a Corte de Apelação, posteriormente, em *Holden v. Chief Constable of Lancashire*<sup>54</sup>, constituírem-se as três hipóteses em previsões autônomas, pelo que não necessária a ocorrência de todas para a incidência do instituto.<sup>55</sup>

Já quanto à segunda categoria, por ocasião do próprio caso *Rookes v. Barnard*, Lord Devlin, o mentor de tal divisão, assim expôs:

*This category is not confined to moneymaking in the strict sense. It extends to cases in which the defendant is seeking to gain at the expenses of the*

---

<sup>50</sup> V. *Wilkes v. Wood*, 98 Eng. Rep. [C.P. 1763].

<sup>51</sup> Do inglês, *House of Lords*, que se constitui na *câmara alta* do Parlamento do Reino Unido, a formar, juntamente com a Coroa e a Câmara dos Comuns, o Parlamento do Reino Unido. Estabelecida no século XIV, além das funções legislativas executadas, constitui-se, na quase totalidade dos casos, na mais alta corte de apelação do Reino Unido. Função judicial, esta, executada não por todos os seus mais de 700 membros, mas sim por um grupo de 12 lordes, conhecidos como Lordes das Leis. Sua função judicial, contudo, será transferida para a futura Suprema Corte do Reino Unido, a ser criada consoante disposição do Ato da Reforma Constitucional de 2005.

<sup>52</sup> *Rookes v. Barnard*, A.C. 1129 (H.L.).

<sup>53</sup> GOTANDA. **Punitive Damages: A Comparative Analysis**, p. 09.

<sup>54</sup> *Holden v. Chief Constable of Lancashire*, Q.B. 380, 388 [1987].

<sup>55</sup> GOTANDA. **Punitive Damages: A Comparative Analysis**, p. 09.

*plaintiff some object... which either he could not obtain at all or not obtain except at a price greater than he wants to put down. Exemplary damages can properly be awarded whenever it is necessary to teach a wrongdoer that tort does not pay.*<sup>56</sup>

Posteriormente, ainda, a Câmara dos Lordes forneceu mais esclarecimentos quanto à tal categoria, indicando duas diretrizes básicas para sua aplicação, a constituírem-se: i) o conhecimento que a conduta intentada era contrária a lei ou a desconsideração negligente quanto a legalidade ou ilegalidade desta; ii) a decisão de levar adiante a ação proposta, devido à perspectiva de ganhos materiais sobre os danos a serem causados.<sup>57</sup>

Tal categorização restritiva, plenamente adequada e em harmonia com a natureza e racionalidade do instituto, contudo, veio a ser dura e irracionalmente deturpada pela Corte de Apelação em 1993, quando esta, no caso *AB v. South West Water Services Ltd.*<sup>58</sup>, veio a determinar que, à exceção da terceira categoria definida por Lord Devlin, as outras duas somente poderiam implicar na possibilidade de aplicação dos *punitive damages* quando já concedidos estes em caso análogo anterior à 1964, data da concepção das categorias.<sup>59</sup>

A decisão da Corte de Apelação, fruto, em grande parte, da tendência, à época na Inglaterra, de ver “freado” o avanço vertiginoso dos *punitive damages* – que simultaneamente ocorria nos Estados Unidos –, acabou excluindo do âmbito dos *punitive damages* casos envolvendo condutas mais lesivas do muitas daquelas anteriormente à 1964 punidas, como, por exemplo, discriminação por sexo ou raça, causando um vácuo tal no instituto, apenas em 2001 solucionado.

Em 2001, a Câmara dos Lordes, em decisão do caso *Kuddus v. Chief Constable of Leicestershire Constabulary*<sup>60</sup>, claramente manifestou-se quanto à limitação realizada em pela Corte de Apelação, considerando-a desarazoadada e irracional, vez que calcava a aplicação dos *punitive damages* não em princípios, mas no que chamou “*accidents of litigation*” ocorridos antes de 1964.<sup>61</sup>

---

<sup>56</sup> *Rookes v. Barnard*, A.C. 1129 (H.L.), apud GOTANDA. **Punitive Damages: A Comparative Analysis**, p. 09/10.

<sup>57</sup> GOTANDA. **Punitive Damages: A Comparative Analysis**, p. 10.

<sup>58</sup> *AB v. South West Water Services Ltd. Q.B. (C.A.) [1993]*.

<sup>59</sup> GOTANDA. **Punitive Damages: A Comparative Analysis**, p. 11.

<sup>60</sup> *Kuddus v. Chief Constable of Leicestershire Constabulary A.C. [2002]*.

<sup>61</sup> Para íntegra do julgamento v. <<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200001/ldjudgmt/jd010607/kuddus-1.htm>>.

Com o caso *Kuddus*, restaram as condições de aplicação dos *punitive damages* novamente adequadas à racionalidade do instituto, abrindo campo para sua aplicação em uma série de novas hipóteses, desde que inclusas dentro das três categorias em que admitidos, convindo ressaltar, contudo, a vedação do ordenamento jurídico inglês à utilização de *punitive damages* em casos envolvendo quebra de contratos, como de regra ocorre em todos os outros países da *common law*, a exceção dos Estados Unidos e Canadá.<sup>62</sup>

Além da restrição às três categorias de casos, entretanto, o direito inglês prevê ainda uma série de seis limitações à utilização dos *punitive damages*, algumas delas, inclusive, adotadas por outros países da *common law*.

A primeira limitação seria o que se convencionou chamar de teste do “se, mas apenas se” (“*if, but only if*”). Trata-se de limitação a caracterizar-se como um verdadeiro princípio dos *punitive damages*, que devem ser concedidos apenas se a indenização compensatória for inadequada para censurar o ofensor, prevenir a repetição de sua conduta e marcar o repúdio da corte para com esta. Tal teste não só é adotado na Inglaterra, mas igualmente em outros países de tradição anglo-saxã, como Austrália.<sup>63</sup>

A segunda restrição é a de que o autor da ação envolvendo *punitive damages* deve ser necessariamente a vítima da conduta execrável. Já a terceira é a de que os *punitive damages* podem não ser apropriados se o ofensor já restou punido por sua conduta, em clara aplicação do princípio de que ninguém deve ser punido duas vezes pela mesma conduta. Como quarta limitação, por sua vez, tem-se que a existência de múltiplas vítimas pode acabar por limitar a aplicação de *punitive damages*, vez que em existindo várias que se desconhece ou não estão no pólo ativo da demanda, ou ainda quando nem todas sofreram exatamente as mesmas condutas execráveis, pode-se tornar inviável ou restrita a aplicação do instituto. Com a quinta limitação verifica-se a ponderação quanto à possível não conveniência da aplicação de *punitive damages* em casos em que o ofensor agiu de boa-fé. E, por fim, como sexta restrição tem-se que, se a vítima causou ou contribuiu para a conduta censurável, então os *punitive damages* não podem ser aplicados.<sup>64</sup>

Em seu detalhado oferecimento de diretrizes para a aplicação dos *punitive damages* a Inglaterra traça, ainda, importantes critérios para a atribuição do montante a ser concedido a

---

<sup>62</sup> GOTANDA. *Punitive Damages: A Comparative Analysis*, p. 12.

<sup>63</sup> GOTANDA. *Punitive Damages: A Comparative Analysis*, p. 12/20.

<sup>64</sup> GOTANDA. *Punitive Damages: A Comparative Analysis*, p. 13.

tal título, pautando todos sob a consideração da relevância, para a atribuição do *quantum*, de tudo o que agrava ou atenua a conduta do ofensor. Entre os critérios empregados pelas cortes inglesas, então, verifica-se a capacidade econômica do ofensor, o montante inesperado que se destinaria à vítima com a concessão de *punitive damages*, se houveram múltiplas vítimas ou múltiplos ofensores, se a vítima causou a conduta do ofensor, se o ofensor agiu de boa fé e a necessidade de controle e restrição na concessão de *punitive damages*.<sup>65</sup>

Através deste último critério, especial fenômeno verifica-se na aplicação dos *punitive damages* na Inglaterra, reforçando a função de prevenção do instituto e a imagem de “freio” às práticas mercantilistas existentes na atual sociedade. Isto porque o critério da necessidade de controle e restrição na concessão do instituto é particularmente aplicado em casos contra a polícia, por conduta ilegal<sup>66</sup>. Nesse sentido, uma vez que o pagamento dos montantes indenizatórios – compensatórios ou punitivos – se dá com verbas do Fundo da Polícia, mais lesivo à comunidade seria a concessão de largas indenizações por *punitive damages*, do que uma concessão mais moderada destes, evitando-se, assim, a destinação de verbas que serviriam para o aparelhamento da polícia com o pagamento de vultosas indenizações.

Sobre a questão, ainda, não somente brilhante o pagamento de indenizações com o Fundo da Polícia, de modo a gerar no policial igualmente o compromisso de se bem conduzir e de cobrar que seus colegas também o façam, já que do contrário sentirão diretamente os resultados com a falta de equipamentos, mas principalmente a realização de tal distinção das demais hipóteses de *punitive damages*. Isto porque, em geral, ao contrário da iniciativa privada, sempre centrada na busca pelo lucro – por vezes a todo custo –, na administração pública, e especialmente na polícia, inexistente tal tipo de preocupação e lógica interna, de modo que menos necessária a concessão de *punitive damages* com finalidade preventiva, já que pouco efeito nos termos buscados teria na conduta dos servidores.

Quanto à revisão dos *punitive damages* na Inglaterra, em que pese a grande deferência cultural à figura e decisões do júri, passou o país a assegurar, com o Ato de Serviços Legal e de Corte de 1990 (*Court and Legal Services Act of 1990*), um maior poder à Corte de Apelação para revisar e alterar os montantes concedidos pelo júri, em resposta ao

---

<sup>65</sup> GOTANDA. *Punitive Damages: A Comparative Analysis*, p. 13.

<sup>66</sup> GOTANDA. *Punitive Damages: A Comparative Analysis*, p. 14.

crescente número de casos envolvendo *punitive damages* de valores excessivamente desproporcionais.<sup>67</sup>

## 2.3 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

País em que os *punitive damages* apresentam-se de forma mais intensa e abrangente, ligando-se essencialmente ao seu direito da responsabilidade civil, são os Estados Unidos o local onde mais desenvolvido e profícuo mostra-se o debate sobre tema.

Aceitos em quarenta e cinco dos cinqüentas estados norte-americanos, têm os *punitive damages*, nos Estados Unidos, as mais variadas hipóteses de aplicação, compreendendo questões envolvendo desde emprego e propriedade até direito de família, passando por responsabilidade extrapatrimonial, direito privado internacional marítimo (*admiralty law*) e contratos.<sup>68</sup> Neste último caso, a despeito dos demais países da *common law* que, com exceção do Canadá, proibem terminantemente a aplicação de *punitive damages* em matérias contratuais, nos Estados Unidos ela é admitida em caráter absolutamente excepcionalíssimo, vez que desde o início do século XX vige regra geral não admitindo sua aplicação em qualquer espécie de dano envolvendo a matéria.<sup>69 70</sup>

Sua adoção nos estados norte-americanos, ainda, varia em diversos aspectos de estado para estado. Tanto que até mesmo preocupações em linhas gerais inexistente no cenário nacional são por vezes encaradas de forma diversa por certos estados.

Como exemplo, tem-se a admissibilidade, em nível nacional, da concessão de *punitive damages* em casos em que ofensor tenha ou ainda esteja respondendo a processo criminal pela mesma conduta. Sua justificação – que no Brasil violaria a proibição constitucional de dupla punição pela mesma conduta – se dá através de dois argumentos. O primeiro, entendendo que, nos Estados Unidos, a proibição da dupla punição aplicar-se-ia apenas em casos envolvendo processos criminais diversos, de forma a assim ser possível a

---

<sup>67</sup> GOTANDA. **Punitive Damages: A Comparative Analysis**, p. 15/16.

<sup>68</sup> GOTANDA. **Punitive Damages: A Comparative Analysis**, p. 34.

<sup>69</sup> *Sobre a questão v. Trammell v. Vaughan*, 59 S.W. 79 (Mo. 1900).

<sup>70</sup> RYAN. **Revisiting the United States application of punitive damages: separating myth from reality**, p. 74.

concessão de *punitive damages* em casos onde existente apenas uma ação criminal. Já o segundo argumento, justificando através dos diferentes propósitos que teriam as penalidades criminais e as penalidades cíveis, quando as primeiras teriam objetivo de correção e punição das condutas com vistas à sociedade, ao passo que nas segundas tal correção se destinaria à vítima.<sup>71</sup> Ambos os argumentos, contudo, de nada serviram nos estados de Indiana e Nebraska, onde as Suprema Cortes de ambos posicionaram-se pela proibição da concessão de *punitive damages* em casos envolvendo condutas criminalmente tipificadas.<sup>72</sup> Posição que é até mesmo mais rígida do que àquela adotada por Austrália e Nova Zelândia, que vedam a aplicação de tal instituto quando já em curso ação penal pela mesma conduta.<sup>73</sup>

Quanto à revisão dos *punitive damages* nos Estados Unidos, esta ocorre de duas formas diversas, a variar conforme a esfera da matéria envolvida. Sobre tal questão, em que pese o intenso debate em que envolta<sup>74</sup>, em se tratando de caso envolvendo *punitive damages* considerados excessivos em relação à lei estadual, sua revisão ocorre de acordo com *standard* de “abuso de discricão” (*abuse of discretion standard*), quando os juízes de apelação, então, devem revisar a questão apenas com vistas no exame do julgamento realizado pelo próprio juiz que conduziu este, revertendo sua decisão tão-somente em caso erro claro, pelo julgador, na aplicação do princípio do devido processo legal, esculpido na 14ª Emenda da Constituição dos Estados Unidos – *Due Process Clause of the Fourteenth Amendmen*.<sup>75</sup> Em não havendo ofensa a tal princípio, então, nada podem os juízes de apelação fazer.<sup>76</sup>

Já em matéria constitucional, contudo, recentemente adotou a Suprema Corte Norte-Americana, no já mencionado caso *Cooper*<sup>77</sup>, novo padrão de revisão dos *punitive damages*, em substituição ao anteriormente utilizado *abuse of discretion standard*. Pelo novo padrão,

---

<sup>71</sup> GOTANDA. *Punitive Damages: A Comparative Analysis*, p. 35.

<sup>72</sup> SEBOK, Anthony J. *What Did Punitive Damages Do? Why Misunderstanding the History of Punitive Damages Matters Today*. p. 136.

<sup>73</sup> GOTANDA. *Punitive Damages: A Comparative Analysis*, p. 35.

<sup>74</sup> Sobre a questão envolvendo a discrepância entre a revisão dos *punitive damages* em matéria constitucional e em matéria estadual, com intenso debate acerca da Regra 59 (*Rule 59*) e a vedação realizada pela 7ª Emenda da Constituição dos Estados Unidos, v. excepcional artigo de Anthony Seebok, SEBOK, Anthony J. *What Did Punitive Damages Do? Why Misunderstanding the History of Punitive Damages Matters Today*. p. 104-116.

<sup>75</sup> “*United States Constitution. Amendment XIV. Section 1. All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the state wherein they reside. No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.*”

<sup>76</sup> SEBOK, Anthony J. *What Did Punitive Damages Do? Why Misunderstanding the History of Punitive Damages Matters Today*. p. 103.

<sup>77</sup> *COOPER INDUSTRIES, INC. v. LEATHERMAN TOOL GROUP, INC.* (99-2035) 532 U.S. 424 (2001).

chamado “*de novo standard*”, os juízes de apelação devem, quando envolvida violação direta da 14ª Emenda da Constituição, aplicar diretamente sobre o caso seus próprios posicionamentos e entendimentos, não restando adstrita a revisão do instituto, em tais casos, apenas a hipóteses de flagrante má aplicação do princípio do devido processo legal pelo juiz do julgamento. A revisão da matéria, assim, torna-se mais ampla e irrestrita, posto que incidente diretamente sobre o caso o posicionamento das cortes em grau de recurso.<sup>78</sup>

A adoção do *de novo standard* na revisão dos *punitive damages*, em que pese sua plena aceitação não só pelas cortes, mas igualmente pela doutrina norte-americana, acabou por provocar profundo debate quanto à argumentação utilizada pela Suprema Corte para justificar tal mudança. Isto porque, se utilizou tal corte não de argumento dando conta de a revisão tratar-se de matéria de interpretação, pelo que estariam os juízes de apelação impossibilitados a simplesmente adotarem exatamente a mesma interpretação da Constituição que o julgador *ad quo*, como alguns sugerem, mas sim calcou toda sua justificação no equivocado argumento da passagem dos *punitive damages* de uma função compensatória para uma função punitiva. A partir de tal argumento histórico e com vistas a viabilizar a aplicação de tal *standard* de revisão, conformando-o à restrição imposta pela 7ª Emenda da Constituição Norte-Americana<sup>79</sup>, ressaltou a Suprema Corte o caráter de *julgamento moral* atribuindo ao instituto, em contraste com a “*análise de fatos*” a ele sempre atribuída, o que, em que pese ser teoricamente correta, acabou por desenhar um abismo entre julgamentos de *punitive damages* e matéria de fato.<sup>80</sup>

Sob qualquer dos dois *standards*, contudo, somente é possível a revisão dos *punitive damages*, nos Estados Unidos, quando estes forem considerados “grosseiramente excessivos” – *grossly excessive* –, em expressão utilizada Suprema Corte do Estados Unidos e unanimemente empregada pela doutrina e demais cortes.<sup>81</sup>

---

<sup>78</sup> SEBOK, Anthony J. **What Did Punitive Damages Do? Why Misunderstanding the History of Punitive Damages Matters Today**. p. 103.

<sup>79</sup> 7ª Emenda da Constituição dos Estados Unidos que veda a revisão de matéria de fato decidida pelo júri, como segue: “*United States Constitution. Amendment VII – In Suits at common law, where the value in controversy shall exceed twenty dollars, the right of trial by jury shall be preserved, and no fact tried by a jury, shall be otherwise re-examined in any Court of the United States, than according to the rules of the common law*”.

<sup>80</sup> SEBOK, Anthony J. **What Did Punitive Damages Do? Why Misunderstanding the History of Punitive Damages Matters Today**. p. 104.

<sup>81</sup> A tal entendimento, prevendo a possibilidade de revisão da decisão do júri apenas em casos onde grosseiramente excessivos os *punitive damages*, pode-se analogamente comparar a posição defendida pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Ruy Rosado de Aguiar Dias, que em casos de reparação de danos morais entende que o STJ somente deveria reformar a decisão *ad quo* quando manifestamente excessiva ou

Considerados *grosseiramente excessivos* quando não guardam qualquer relação razoável para com a indenização compensatória decorrente da mesma conduta, são os *punitive damages*, nestes casos, revisados, tendo em vista sua inconstitucionalidade. Isto porque, em quebrando a relação de razoabilidade existente para com a compensação dos danos, acabam os *punitive damages* por ultrapassarem os legítimos interesses do estado e adentrarem na chamada “zona de arbitrariedade” (*zone of arbitrariness*), a qual flagrantemente violadora do devido processo legal assegurado na Constituição – *Due Process Clause of the Fourteenth Amendment*.<sup>82</sup> Sua conseqüência, então, seria a de, impondo uma sanção de forma completamente inovadora, ofender o princípio de que ninguém pode ser punido sem prévio conhecimento da penalidade, no que, transpondo-se para o Brasil, poder-se-ia considerar uma concepção norte-americana para o princípio da legalidade – *nulla poena sine lege*.<sup>83</sup>

E é exatamente através de caso paradigmático envolvendo *punitive damages* considerados grosseiramente excessivos que a Suprema Corte Norte-Americana, em julgamento ocorrido em 1996, traça as 3 principais diretrizes para a aplicação do instituto nos Estados Unidos, caracterizando de forma única a compreensão dos *punitive damages* no ordenamento jurídico deste país.

O caso paradigmático da aplicação do instituto nos Estados Unidos é *BMW v. Gore*<sup>84</sup>, que, em linhas gerais, envolve a compra, pelo médico Ira Gore Jr., em 1990, de um automóvel BMW 535i, por aproximadamente U\$ 40 mil. Por ocasião do negócio, foi solicitado a Gore que assinasse termo dando conta de seu conhecimento quanto à possibilidade de eventuais danos sofridos pelo veículo antes de sua venda, sem que, contudo, houvesse sido feita qualquer menção a tais danos ou apresentada uma lista de reparos. Nove meses após a compra, Gore procurou uma oficina mecânica independente, a fim de realizar algumas alterações estéticas no automóvel, quando, então, foi informado de que este havia sido parcialmente repintado. Seguindo tal informação, Gore acabou por descobrir que seu veículo tinha sofrido pequenos danos durante seu transporte da Alemanha para os Estados Unidos, em decorrência dos quais sofrerá uma pintura parcial, como parte de uma política nacional adotada desde 1983 pela BMW dos Estados Unidos, tendente a reparar e vender como novos

---

insuficiente. Sobre o entendimento do Min. Ruy Rosado, v. STJ, REsp. 269.407, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julg. em 28.11.2000 e publ. no DJ de 19/03/2001.

<sup>82</sup> RYAN. **Revisiting the United States application of punitive damages: separating myth from reality**, p. 85.

<sup>83</sup> SEBOK, Anthony J. **What Did Punitive Damages Do? Why Misunderstanding the History of Punitive Damages Matters Today**. p. 105.

<sup>84</sup> *BMW of North America, Inc. v. Gore (94-896), 517 U.S. 559 (1996)*.

veículos que sofressem danos de até 3% em relação a seu valor total. Como os estragos no veículo de Gore, provocados por chuva ácida, haviam sido de apenas 1,5% – U\$ 601,00 –, restou este repintado, o que, ante a não utilização do mesmo processo de “*super heating*” empregado pela fábrica na Alemanha, acabou tornar perceptível tal reparo e causar uma desvalorização estimada em 10% do valor do veículo, no caso, U\$ 4 mil.

Em posse de tais dados, Gore demandou a BMW buscando a compensação dos danos patrimoniais, bem como de *punitive damages* por fraude, supressão de informação acerca do produto e quebra de contrato. Uma vez demonstrado o que chegou a ser qualificado como um “programa nacional de fraude”, com a venda de, no mínimo, 983 veículos BMW com danos no montante mínimo de U\$ 300,00, restou a BMW condenada ao pagamento de U\$ 4 mil por danos patrimoniais, bem como de U\$ 4 milhões em *punitive damages*, fixados estes tendo em conta o valor total que a ofensora teria obtido com a venda de tais automóveis, em se considerando a desvalorização de quatro mil dólares como base. A decisão do júri, então, restou reformada pela Suprema Corte de Alabama, que argumentou ser inviável a consideração de todas as fraudes ocorridas nos Estados Unidos, vez que a decisão do júri deveria restar adstrita ao estado do Alabama em questão, pelo que reduzidos os *punitive damages* para U\$ 2 milhões. Neste ponto, com a apelação da BMW à Suprema Corte dos Estados Unidos, esta aceitou o caso, fazendo de seu julgamento um marco nas diretrizes e condições de aplicação do instituto no país.

Analisando o caso, considerou a Suprema Corte que ainda que fossem legítimos os interesses do estado do Alabama em ver concedidos *punitive damages*, estes eram grosseiramente excessivos<sup>85</sup>, traçando, a partir de então, as três diretrizes básicas a serem observadas quando da aplicação do instituto, da fixação de seu montante e da revisão de sua abusividade, a saber: i) o grau de reprovabilidade da conduta do ofensor (*the degree of reprehensibility of the defendant's misconduct*); ii) a relação – *ratio* – entre os *punitive damages* e o dano efetivo ou potencial sofrido pela vítima (*the relationship (or ratio) between the punitive award and the actual harm*); iii) a diferença entre os *punitive damages* e as sanções civis autorizadas ou impostas em casos similares (*the difference between the punitive damages remedy and the civil penalties authorized or imposed in similar cases*).

---

<sup>85</sup> Posteriormente o caso restou novamente remetido à Suprema Corte de Alabama, como resultado da decisão da Suprema Corte Norte-Americana, quando em nova decisão aquela fixou os *punitive damages* em U\$ 50 mil.

Quanto ao grau de reprovação da conduta, considerada pela Suprema Corte norte-americana como talvez a diretriz mais importante a ser considerada, ressalta a mais alta corte dos Estados Unidos a necessidade de sopesar-se, *a priori*, diversos aspectos, tais como a maior necessidade de repreensão de conduta envolvendo risco à integridade física de pessoas em relação àquela envolvendo apenas prejuízo econômico.<sup>86</sup> Tal consideração se desdobra, então, na exposição de uma série de fatores a serem avaliados quando da determinação da reprovabilidade da conduta, expressamente mencionados pela Suprema Corte, ainda que isoladamente não suficientes para caracterizar a necessidade de aplicação do instituto, a saber:

*(i) whether the harm caused was physical or purely economic, (ii) whether the defendant's conduct evinced an indifference to or reckless disregard for the health and safety of others, (iii) whether the plaintiff was experiencing financial difficulty or was otherwise vulnerable, (iv) whether the conduct at issue was an isolated incident or was repeatedly performed by the defendant; (v) whether the defendant's conduct exhibited malice, trickery or deceit.*<sup>87</sup>

Já quanto à disparidade entre *punitive damages* e a lesão potencial ou efetivamente sofrida, em que pese a expressa recusa da Suprema Corte dos Estados Unidos em limitar ou simplesmente aplicar uma fórmula matemática a fim de atrelar os *punitive damages* a tais danos, admite esta a necessidade de manter-se a racionalidade entre ambos. Nesse sentido, posteriormente ao caso *BMW v. Gore*, já em 2003, proviu a Suprema Corte, no caso *State Farm Mutual Automobile Insurance Company v. Campbell*<sup>88</sup>, mais esclarecimentos acerca de tal relação, considerando que, na fixação dos *punitive damages*, a utilização de “múltiplos de um único dígito” em relação à indenização compensatória, em regra, seria algo mais adequado ao devido processo legal, mantendo ainda o escopo de retribuição e prevenção.<sup>89</sup>

Já quanto à terceira diretriz, ressalta a Suprema Corte tratar-se de “substancial deferência” – “*substancial deference*”<sup>90</sup> – à posição legislativa em matérias análogas, ainda

---

<sup>86</sup> RYAN. **Revisiting the United States application of punitive damages: separating myth from reality**, p. 85.

<sup>87</sup> Em tradução livre: “a) se o prejuízo causado foi físico ou puramente econômico; b) se a conduta do ofensor evidencia indiferença ou total desconsideração para com a saúde ou segurança dos outros; c) se a vítima da conduta é pessoa financeira ou de qualquer outra forma vulnerável; d) se a consulta em análise caracterizou-se por ser um incidente isolado ou foi perpetrada repetidas vezes; e) se a conduta censurada exibia sinais de malícia, fraude, desonestidade [ou se poderia ser considerada meramente negligente]”.

<sup>88</sup> *STATE FARM MUTUAL AUTOMOBILE INSURANCE CO. v. CAMPBELL* (01-1289) 538 U.S. 408 (2003).

<sup>89</sup> RYAN. **Revisiting the United States application of punitive damages: separating myth from reality**, p. 86/91.

<sup>90</sup> *BMW of North America, Inc. v. Gore* (94-896), 517 U.S. 559 (1996).

que não deva ser tomada como forma de utilização dos *punitive damages* para substituir a punição criminal, que somente é imposta após procedimentos envolvendo maiores proteções e garantias, mormente quanto ao *standard* de culpa.<sup>91</sup>

Como reflexos aparentes de processo que recentemente vem ocorrendo no sistema de responsabilidade civil norte-americana, a adoção de diretrizes básicas e fatores auxiliares para a concessão de *punitive damages*, bem como a mudança de *standard* de revisão destes em matéria constitucional, denotam e anunciam tendência de, nos próximos anos, ocorrerem maiores e mais detidas revisões e análises sobre os *punitive damages* concedidos, a fim de assim adequá-los a padrões mais razoáveis em relação às condutas perpetradas, o que, inclusive, já vem sendo tentado de diferentes formas em vários estados norte-americanos.<sup>92 93</sup>

---

<sup>91</sup> RYAN. **Revisiting the United States application of punitive damages: separating myth from reality**, p. 44.

<sup>92</sup> Sobre o tema ressalte-se a limitação no valor dos *punitive damages*, legislativamente prevista em estados como Alabama (em 1999) e Texas (em 2001).

<sup>93</sup> RYAN. **Revisiting the United States application of punitive damages: separating myth from reality**, p. 36/45.

**PARTE II**

***PUNITIVE DAMAGES E A RESPONSABILIDADE CIVIL NO BRASIL***

*“Pode-se dizer a maior besteira, mas se for dita em latim muitos concordarão”*  
STANISLAW PONTE PRETA

### 3 A REPARAÇÃO EXTRAPATRIMONIAL E OS *PUNITIVE DAMAGES* NO BRASIL

#### 3.1 DECISÕES POLÍTICO-FILOSÓFICAS E A REPARAÇÃO EXTRAPATRIMONIAL

Delineando singela e perfeitamente a noção de responsabilidade, Savater coloca que “com a instituição social da pessoa nasce o conceito eticamente básico de responsabilidade, que é tanto a vocação de responder ante os outros, quanto ser responsável pelos outros”.<sup>94</sup>

Nesse sentido, deve-se ter em mente que, a despeito de entendimentos divergentes, centra-se a problemática da responsabilidade civil na necessidade de determinar, mediante os parâmetros da sociedade em determinando momento – *critérios temporais de conveniência* –, a quem cabe suportar o dano, o prejuízo, causado. Ou seja, tem-se como problema principal do instituto a exigência de verificar-se o que vem a ser mais conveniente para a comunidade naquele momento histórico: se o suporte do dano por seu causador ou, em caso negativo, se pela própria vítima. Isto porque o dano, por si só, não é ressarcível ou irressarcível, vindo a assumir uma das duas condições somente mediante escolha eminentemente filosófico-política da sociedade.<sup>95</sup>

A isto se deve, portanto, a conclusão de ser a responsabilidade civil muito mais balizada por decisões *político-filosóficas* do que por posicionamentos *lógicos-rationais* decorrentes de algum elemento intrínseco e universal. Acaba-se por verificar que cada época tem seus danos indenizáveis, bem como, por consequência, adota medidas teórico-práticas para a sua reparação, perscrutando, muitas vezes, não apenas o verdadeiro culpado pelo evento danoso, mas sim o estabelecimento de critérios jurídicos capazes de definir “quem, em que condições e no âmbito de que limites deve suportar o dano”.<sup>96</sup>

Tais escolhas decorrem diretamente das concepções de justiça e do princípio da responsabilidade existentes na sociedade em que incidem. Tratam-se, como visto, de decisões

---

<sup>94</sup> SAVATER, Fernando. *Ética como amor-próprio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p 149.

<sup>95</sup> DE MORAES. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*, p. 20/21/150.

<sup>96</sup> DE MORAES. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*, p. 147-154.

éticas, políticas e filosóficas, muito antes de jurídicas, a exemplo de outras escolhas como *responsabilidade aquiliana ou contratual, culpa ou risco, obrigação pessoal de indenizar ou socialização dos riscos, culpa provada ou culpa presumida*, entre outros. Em exemplos concretos, tem-se o chamado *dano morte* ou *dano à perda da vida*, que inexistia no Brasil, ao passo que não somente aceito em Portugal, mas, inclusive, previsto expressamente no Código Civil português de 1956. Ou, ainda, a reparação de dano moral em matéria contratual, raramente concedida no Brasil, em contraste ao sistema francês, onde amplamente aplicada.<sup>97</sup>

Quando da superação da problemática relativa à reparabilidade do dano extrapatrimonial nos países de tradição romano-germânica foi igualmente adotada decisão político-filosófica. A compensação de tal espécie de dano, inicialmente vista em tais países não só como de inviável aplicação prática, ante a dificuldade em mensura-se o sentimento humano, mas, sobretudo como imoral, passa a ser considerada imperiosa, sob pena da propagação de impunidades e como resultado de mudança tendente a uma maior proteção do lesado. Tal alteração advém não por uma mera mudança de técnica ou conceituação jurídica, mas sim em decorrência de uma alteração na concepção de responsabilidade e de justiça até então existente na sociedade desses países.<sup>98</sup>

Concebida inicialmente na França do final do século XIX como forma de reprovação social de condutas violadoras de bens jurídicos extrapatrimoniais, com a adoção, para isto, de uma condenação simbólica, a reparação do dano moral possuía inicialmente caráter eminentemente de exemplaridade, atinente à sua função original de prevenção. De tal origem adveio o entendimento por uma condenação efetiva, capaz de aplacar, em parte, o sofrimento tido pela vítima tanto pela forma pecuniária quanto pela forma moral, neste caso através da condenação do ofensor.<sup>99</sup>

---

<sup>97</sup> DE MORAES. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**, p. 20-24/150.

<sup>98</sup> DE MORAES. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**, p. 145-148.

<sup>99</sup> DE MORAES. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**, p. 267-269.

### 3.2 A SUPERAÇÃO DA REPARABILIDADE DO DANO MORAL E A ADOÇÃO DOS PUNITIVE DAMAGES PELOS TRIBUNAIS

Contudo, com a superação de tal problemática – inicialmente mediante construção jurisprudencial e posteriormente através de disposição expressa da Constituição Federal<sup>100</sup> e do Código Civil de 2002<sup>101</sup> –, surge, e atualmente cada vez mais se aprofunda, intenso debate em torno do *quantum* indenizatório a ser fixado por ocasião da ocorrência de tais danos.<sup>102</sup>

Enquanto que o Código Civil de 1916 dava clara indicação de critérios a serem seguidos por ocasião da reparação dos danos extrapatrimoniais, verifica-se que o atual Código Civil, em tendência trazida pela Constituição Federal de 1988 e incorporada pelos tribunais desde então, passa a considerar livre a jurisprudência para decidir tal questão, calcada principalmente no critério da razoabilidade. Esta tendência – de escassez normativa quanto aos critérios a serem utilizados na reparação dos danos extrapatrimoniais – percebe-se quando da simples análise comparativa entre artigos do antigo e do novo Código Civil, como, por exemplo, o art. 1538 do Código Civil de 1916 e seu correspondente atual, art. 949, ou, então, o antigo art. 1547 e o art. 953 do Código Civil de 2002.<sup>103</sup>

Enquanto que o art. 1547 do Código Civil de 1916<sup>104</sup> fornecia bom exemplo para o estabelecimento de critérios razoáveis para a compensação de danos imateriais, compatíveis com os princípios constitucionais e tendentes, de certa forma, a fixação de parâmetros legais<sup>105</sup>, seu correspondente atual nesse sentido nada fornece, a concluir-se, então, pela clara

---

<sup>100</sup> BRASIL. Constituição, 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. art. 5, incisos V e X.

<sup>101</sup> BRASIL, **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. arts. 186 e 927.

<sup>102</sup> DE MORAES. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**, p. 20-24.

<sup>103</sup> DE MORAES. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**, p. 281-284.

<sup>104</sup> BRASIL, **Lei nº 3.071**, de 1º de janeiro de 1916. Art. 1.547. A indenização por injúria ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido.

Parágrafo único. Se este não puder provar prejuízo material, pagar-lhe-á o ofensor o dobro da multa no grau máximo da pena criminal respectiva (art. 1.550).

<sup>105</sup> Quanto a aplicação de tal artigo, v. STJ, REsp. 123.205, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 25/11/1997 e publicado do DJ de 16/02/1998; v. também STJ, REsp 213.731, 3ª Turma, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, julgado em 06/06/2000 e publicado em 21/08/2000.

opção do legislador em deixar ao arbítrio e crivo dos julgadores as balizas utilizáveis para cada caso de reparação de dano moral.<sup>106</sup>

O livre arbitramento das indenizações de danos extrapatrimoniais tem por razão de ser o entendimento quanto à maior justiça proveniente de tal sistema, fruto de uma maior consideração do caso concreto. Entretanto, ainda que deixado o juiz livre para a atribuição de indenização pecuniária, deve o arbitramento, em via de regra, ser realizado mediante critérios preestabelecidos pela lei, doutrina ou jurisprudência, de modo a, através de fundamentação lógica e explícita, inclusive quanto aos critérios utilizados, traduzir tal liberdade de arbitramento em efetivo fator de justiça, “linha que separa o *arbitramento* da *arbitrariedade*”.<sup>107</sup>

Nessa senda, o debate acerca do *quantum* indenizatório relativo aos danos morais, que, à primeira vista, poderia ser pensado como uma simples discrepância entre valores concedidos em alguns poucos casos, atribuível ao “movimento pendular” comumente realizado pelos tribunais na aplicação da matéria<sup>108</sup>, assume, porém, contornos extremamente preocupantes ante a constatação de não se tratar meramente da questão do valor das indenizações em si, mas, principalmente, dos critérios através dos quais chegam os julgadores às somas concedidas. Utilizando-se de conceitos vagos como *razoabilidade*, *bom senso* e *proporcionalidade*, têm as decisões judiciais abandonado, em larga escala, qualquer análise e correlação entre os casos concretos e as quantias específicas concedidas, bem como a discriminação do método ou raciocínio que levou a concessão de um determinado valor que não outro qualquer.

Tal problema, enfrentado em diversos outros países de tradição romano-germânica, pelo que se percebe de dura crítica realizada por Díez-Picazo<sup>109</sup> à jurisprudência da Suprema Corte da Espanha,<sup>110</sup> ganha, no Brasil, contornos ainda mais sérios, devido a crescente

---

<sup>106</sup> DE MORAES. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**, p. 280-289.

<sup>107</sup> DE MORAES. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**, p. 269-270.

<sup>108</sup> A par da constante ampliação das hipóteses de dano moral e situações tuteladas pelo direito da responsabilidade civil em razão da consideração da personalidade como valor, realizam os tribunais concomitante movimento contrário, negando procedência a algumas possibilidades novas, de modo a impedir com isto a criação desenfreada destas e o conseqüente estímulo ao litígio irresponsável. Tal movimento pendular, contudo, eventualmente entra descompasso, apresentando soluções contraditórias ainda que para eventos semelhantes, no que na Itália chegou-se a denominar de “a comédia da responsabilidade civil (la commedia della responsabilità civile).”

<sup>109</sup> “Algo hace pensar que el Tribunal sigue criterios de justicia intuitiva, que resultan difícilmente formalizados en argumentos de técnica jurídica”. DÍEZ-PICAZO, Luis. Derecho de daños. Madrid: Civitas, 2000. *apud* DE MORAES. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**, p. 51.

<sup>110</sup> DE MORAES. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**, p. 37/51.

incorporação, pelos tribunais pátrios, do instituto dos *punitive damages* à reparação dos danos morais, com intuito notadamente dissuasório de condutas e práticas ilícitas, concretizado mediante o aumento dos valores originalmente concedidos, em natureza marcadamente punitiva.

Tal incorporação, não obstante qualquer consideração quanto à conveniência ou não da adoção de instituto punitivo na responsabilidade civil pátria, mostra-se, pela forma com que vem ocorrendo, eminentemente arbitrária e violadora do princípio da legalidade, face à aplicação de juízo punitivo sem qualquer previsão legal e desconsiderando por completo às peculiaridades não apenas do ordenamento jurídico, mas igualmente da sociedade brasileira. Nessa senda, ainda que maciçamente adotada pelos tribunais do país e a encontrar crescente apoio na doutrina, acaba por provocar um quadro de profunda crise na responsabilidade extrapatrimonial, agudamente retratado por Maria Celina Bodin Moraes:

Eis expostos alguns dos mistérios em torno do dano moral no Brasil. Trata-se de um 'mal evidente', proveniente de sentimentos de vexame, de tristeza, de humilhação, e que deve ser reparado pecuniariamente, ao 'arbítrio' do magistrado, cabendo a este, ao determinar o valor da indenização, aplicar uma 'punição' ao causador do dano, sem que necessite, porém, justificar 'como' chegou àquele valor, o 'quantum' indenizatório', bastando que descreva o que entendeu por situação danosa, a qual, na maioria dos casos, tampouco precisa ser provada pela vítima, pois é suficiente o dano 'in re ipsa'.<sup>111</sup>

Como fundamento para a adoção do instituto na reparação de danos morais, utilizam-se os tribunais das duas principais funções atribuídas aos *punitive damages* na *common law*, a saber, a função punitiva e a função de exemplaridade. Dessa forma, encontram um duplo sustentáculo, estando o primeiro calcado em sua adoção como forma de punição do ofensor, sinalizando de modo claro a reprovação da conduta pela ordem jurídica, ao mesmo tempo em que satisfazendo o ímpeto de retribuição da ofensa pela vítima.<sup>112</sup> Já o segundo, fruto da chamada *teoria do desestímulo*, sustenta a concessão de indenização em *valor significativo*, a ponto de conscientizar o ofensor a não mais realizar a conduta ilícita, nunca podendo, contudo, servir de fonte de enriquecimento para a parte lesada.<sup>113</sup>

---

<sup>111</sup> DE MORAES. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**, p. 51.

<sup>112</sup> DE MORAES. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**, p. 220/221.

<sup>113</sup> DE MORAES. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**, p. 222.

Do instituto da *common law*, porém, somente suas duas principais funções são superficialmente observadas. Primeiramente, porque inserida, no Brasil, a indenização a título de *punitive damages*, de caráter notadamente punitivo, na indenização por danos morais, marcadamente compensatória, a caracterizar, então, a mistura, dentro de um único montante, de indenizações de naturezas diversas. Tal prática, que não somente não faz parte da essência dos *punitive damages*, posto constituir-se o instituto uma indenização adicional e independente da compensatória, acaba ainda por obstar o próprio objetivo pretendido, já que, em não havendo a devida discriminação do *quantum* punitivo, pouco ou nenhum impacto há sobre o ofensor e terceiros tal punição, já que desconhecida de todos.

Em segundo lugar, porque destituída tal punição de absolutamente qualquer justificação, no máximo, por vezes, embasada nos mesmos argumentos utilizados como fundamentação da compensação. Tal justificação adicional, com a análise, por exemplo, da conduta do ofensor (ponderando agravantes e atenuantes), não só é característica e necessária a qualquer juízo punitivo, mas sua falta ou mistura com critérios nitidamente compensatórios acaba por quebrar por completo a racionalidade das decisões – condição *sine qua non* para a própria existência do ordenamento jurídico como sistema –, que não deve limitar-se, em termos de quantificação da indenização, a simples menção à razoabilidade, prudência e equilíbrio, devendo, ao contrário, claramente justificar as premissas e critérios utilizados para a quantificação, de modo a construir em tal parte – essencial da decisão judicial – um desenvolvimento lógico-racional.<sup>114</sup>

Tal confusão de critérios e funções é o que ocorre claramente quando do maciço emprego da *gradação da culpa* e da *consideração da capacidade econômica do ofensor* por ocasião da fixação do *quantum* compensatório, bem como outros critérios mais esparsamente utilizados, todos vistos adiante. Isto porque intrínseca a estes a função punitiva, claramente associada a considerações que, desconsiderando “*o que se fez (rectius, o que se sofreu)*”, acaba por priorizar *quem fez, como fez, quem é o ofensor*.<sup>115</sup>

---

<sup>114</sup> DE MORAES. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*, p. 272-275.

<sup>115</sup> DE MORAES. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*, p. 258-259.

## 4 CRITÉRIOS UTILIZADOS PELOS TRIBUNAIS BRASILEIROS NA APLICAÇÃO DOS *PUNITIVE DAMAGES*

### 4.1 *LEADING CASE HOSPITAL MIGUEL COUTO*

Constatando a atual predominância da jurisprudência na criação e amoldamento da responsabilidade civil no Brasil, ressalta Maria Celina Bodin de Moraes a maior importância que o papel da doutrina, então, adquire:

Com efeito, quando ao juiz é consentido (*rectius*, solicitado) avaliar e medir interesses contrapostos, tendo que agir como árbitro, sem parâmetros legais previamente delimitados, o papel da doutrina se torna ainda mais relevante. Cabe a ela analisar as principais orientações jurisprudenciais, encontrar os chamados casos-guias, ou 'leading cases', e, principalmente, chamar a atenção dos tribunais para as soluções mais lógicas e racionais, apontando caminhos e sugerindo respostas, sempre tendo em vista o ordenamento jurídico unificado a partir da tábua axiológica definida pela Constituição.<sup>116</sup>

Nesse sentido, dentro do atual quadro da responsabilidade extrapatrimonial brasileira, quando, mediante a adoção equivocada e confusa de um instituto, os tribunais passam a aplicar um juízo eminentemente punitivo, vislumbra-se a decisão do Eminentíssimo Ministro Celso de Mello, do Egrégio Supremo Tribunal Federal, no Agravo de Instrumento nº 455.846<sup>117</sup>, como verdadeiro paradigma da forma deturpada com que os *punitive damages* não somente encontram-se sendo incorporado ao ordenamento jurídico, mas igualmente entendidos pelos tribunais de forma geral.

Em tal caso, durante a realização de parto, no hospital público Miguel Couto, ocorreram complicações médicas que acabaram por implicar na necessidade da utilização do fórceps, a fim de auxiliar no nascimento da criança, que, infelizmente, nasceu com edema cerebral e área de contusão hemorrágica, bem como sofreu afundamento frontal do crânio.

---

<sup>116</sup> DE MORAES. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*, p. 49/50.

<sup>117</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal Agravante: União Federal. Agravado: Daniel Felipe de Oliveira Netto. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 11 de outubro de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 14 ago. 2006.

Em decorrência de tais seqüelas, o pai acionou, em nome do menor infante, a União Federal, que, uma vez pertencendo o hospital à rede pública federal, era a responsável pelos danos. Na demanda, postulou o ressarcimento das despesas médicas realizadas em razão das seqüelas havidas, bem como a reparação dos danos morais decorrentes igualmente destas.

Provida em primeira instância, com a condenação da União em R\$ 244.800,00 (duzentos e quarenta e quatro mil e oitocentos reais) só a título de danos morais, foi à ação remetida ao Egrégio Tribunal Regional Federal da 2ª Região, quando a decisão *ad quo* restou parcialmente reformada, apenas para reduzir a indenização extrapatrimonial para a cifra de R\$ 144.800,00 (cento e quarenta e quatro mil e oitocentos reais).

Deu-se, então, a interposição de Recurso Extraordinário pela União, cuja admissibilidade, uma vez negada, acarretou a interposição de Agravo de Instrumento diretamente ao Supremo Tribunal Federal, em sede da qual, por fim, se dá a decisão que de forma paradigmática representa a crescente adoção dos *punitive damages* pelos tribunais brasileiros.

Isto porque, aplicando ao caso a responsabilidade objetiva, decorrente da teoria do risco administrativo, dispensa o Ministro Celso de Mello a comprovação da culpa do agente público, presumindo – da mesma forma que os julgadores *ad quo*<sup>118</sup> – que uma vez verificada a utilização do fórceps, caracterizada estava não só a conduta comissiva deste, mas, principalmente, seu nexo causal para com o dano:

[...] Como se sabe, a teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros, desde a Carta Política de 1946, revela-se fundamento de ordem doutrinária subjacente à norma de direito positivo que instituiu, em nosso sistema jurídico, a responsabilidade

---

<sup>118</sup> “Pelo conjunto probatório carreado aos presentes autos, tem-se que está configurado fato administrativo, consubstanciado no parto realizado pelo agente do Poder Público (conduta comissiva), bem como o dano consistente na seqüela advinda da intervenção médico-hospitalar levada a termo, sendo o nexo causal o liame estabelecido entre o fato e o resultado mencionado linhas atrás.

Para o caso em tela, **não se exige culpa ou dolo do agente público**, a não ser para ação de regresso do Estado (União) contra o respectivo agente (médico), fato que desborda a presente causa.

Por seu turno, é verdade que essa teoria (risco administrativo) permite seja comprovada a culpa da vítima para excluir ou atenuar a responsabilidade do Poder Público, mas, no caso, não se comprovou nenhuma culpa da vítima.

Inferno ao que argumenta a Recorrente, não se trata de caso fortuito/força maior (um evento natural ou um acaso), por que a **previsibilidade do resultado consiste exatamente no conhecimento médico de que, se o nascituro estava na posição pélvica, maior cautela deveria ter sido destinada, para que o resultado não ocorresse.**” [grifo nosso] BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Apelante: União Federal. Apelado: Daniel Felipe de Oliveira Netto. Relator: Desembargador Federal Espírito Santo. Rio de Janeiro, RJ, 15 de agosto de 2001. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 14 ago. 2006.

civil objetiva do Poder Público, pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros (CF, art. 37, § 6º).

Essa concepção teórica, que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, faz emergir, da mera ocorrência de **ato lesivo causado à vítima** pelo Estado, o dever de indenizá-la pelos danos sofridos, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais, consoante enfatiza o magistério da doutrina (HELY LOPES MEIRELLES, “Direito Administrativo Brasileiro”, p. 561, 21ª ed., 1996, Malheiros; MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, “Direito Administrativo”, p. 412/413, 5ª ed., 1995, Atlas; DIÓGENES GASPARINI, “Direito Administrativo”, p. 410/411, 1989, Saraiva; CELSO RIBEIRO BASTOS, “Comentários à Constituição do Brasil”, vol. 3, tomo III/172, 1992, Saraiva; JOSÉ AFONSO DA SILVA, “Curso de Direito Constitucional Positivo”, p. 620/621, 12ª ed., 1996, Malheiros, v.g.). [grifo nosso]

É certo, no entanto, que o princípio da responsabilidade objetiva não se reveste de caráter absoluto, eis que admite o abrandamento e, até mesmo, a exclusão da própria responsabilidade civil do Estado, nas hipóteses excepcionais configuradoras de situações liberatórias - como o caso fortuito e a força maior - ou evidenciadoras de ocorrência de culpa atribuível à própria vítima (RDA 137/233 – RTJ 55/50 - RTJ 163/1107-1109, v.g.).

Impõe-se destacar, neste ponto, na linha da jurisprudência prevalecente no Supremo Tribunal Federal (RTJ 163/1107-1109, Rel. Min. CELSO DE MELLO), que os elementos que compõem a estrutura e delinham o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) **a causalidade material entre o “*eventus damni*” e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público**, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva imputável a agente do Poder Público, que, nessa condição funcional, tenha incidido, como na espécie, em conduta comissiva, independentemente da licitude, ou não, do seu comportamento funcional (RTJ 140/636) e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal (RTJ 55/503 - RTJ 71/99 - RTJ 91/377 – RTJ 99/1155 - RTJ 131/417). [grifo nosso]

É por isso que a ausência de qualquer dos pressupostos legitimadores da incidência da regra inscrita no art. 37, § 6º, da Carta Política basta para descaracterizar a responsabilidade civil objetiva do Estado, especialmente quando ocorre circunstância que rompe o nexo de causalidade material entre o comportamento do agente público e a consumação do dano pessoal ou patrimonial infligido ao ofendido.

Esclareça-se, por oportuno, que **todas as considerações já feitas aplicam-se, sem qualquer exceção, em tema de responsabilidade civil objetiva do Poder Público, a situações – como a destes autos – em que o “*eventus damni*” ocorreu em hospitais públicos (ou mantidos pelo Poder Público) ou derivou de tratamento médico inadequado ministrado por funcionário público** (RT 304/876, Rel. Min. Vilas Boas) ou, então, resultou

de conduta imputável a servidor público com atuação na área médica (RT 659/139 – RJTJSP 67/106-107, v.g.). [...] [grifo nosso]<sup>119</sup>

Da presunção de que a simples utilização do fórceps naturalmente bastaria para concluir-se ter sido esta a causa das seqüelas sofridas pelo autor, passa o Ministro Celso de Mello a discorrer acerca dos critérios a serem utilizados quando da reparação dos danos extrapatrimoniais, como razoabilidade, proporcionalidade, capacidade econômica do ofensor e condições pessoais da vítima, para, com isto, justificar a aplicação, no caso em tela, de *punitive damages*, entendendo-os inerentes à reparabilidade dos danos morais, ante a posição jurisprudencial dando conta da dupla finalidade – *punitiva e compensatória* – de tal espécie de reparação civil:

[...] Impende assinalar, de outro lado, que a fixação do quantum pertinente à condenação civil imposta ao Poder Público - presentes os pressupostos de fato soberanamente reconhecidos pelo Tribunal a quo - observou, no caso ora em análise, a orientação que a jurisprudência dos Tribunais tem consagrado no exame do tema, notadamente no ponto em que o magistério jurisprudencial, pondo em destaque a **dupla função inerente à indenização civil por danos morais, enfatiza, quanto a tal aspecto, a necessária correlação entre o caráter punitivo da obrigação de indenizar (“punitive damages”), de um lado, e a natureza compensatória referente ao dever de proceder à reparação patrimonial, de outro.** [grifo nosso]

Definitiva, sob tal aspecto, a lição – sempre autorizada – de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA (“Responsabilidade Civil”, p. 55 e 60, itens ns. 45 e 49, 8ª ed., 1996, Forense), cujo magistério, a propósito da questão ora em análise, assim discorre sobre o tema:

“Quando se cuida do dano moral, o fulcro do conceito ressarcitório acha-se deslocado para a convergência de duas forças: ‘caráter punitivo’ para que o causador do dano, pelo fato da condenação, se veja castigado pela ofensa que praticou; e o ‘caráter compensatório’ para a vítima, que receberá uma soma que lhe proporcione prazeres como contrapartida do mal sofrido.

.....  
**O problema de sua reparação** deve ser posto em termos de que **a reparação** do dano moral, **a par do caráter punitivo** imposto ao agente, **tem de assumir sentido compensatório.** (...). **Somente assumindo** uma concepção desta ordem **é que se compreenderá** que o direito positivo estabelece o princípio da reparação do dano moral. A isso é de se acrescentar que na reparação do dano moral insere-se uma atitude de solidariedade à vítima (Aguiar Dias).

---

<sup>119</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal Agravante: União Federal. Agravado: Daniel Felipe de Oliveira Netto. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 11 de outubro de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 14 ago. 2006.

A **vítima** de uma lesão a algum daqueles direitos **sem** cunho patrimonial efetivo, **mas ofendida** em um bem jurídico que em certos casos pode ser mesmo mais valioso do que os integrantes de seu patrimônio, **deve receber uma soma que lhe compense** a dor ou o sofrimento, a ser arbitrada pelo juiz, **atendendo** às circunstâncias de cada caso, **e tendo em vista** as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido. **Nem tão grande** que se converta em fonte de enriquecimento, **nem tão pequena** que se torne inexpressiva. Mas é certo que a situação econômica do ofensor é um dos elementos da quantificação, **não pode ser levada ela ao extremo** de se defender que as suas más condições o eximam do dever ressarcitório.” [grifo do autor]

Essa orientação – também acompanhada pelo magistério doutrinário, que exige, no que se refere à função de desestímulo ou de sanção representada pela indenização civil por dano moral, que os magistrados e Tribunais observem, no arbitramento de seu valor, critérios de razoabilidade e de proporcionalidade (CARLOS ALBERTO BITTAR, “Reparação Civil por Danos Morais”, p. 115 e 239, itens ns. 20 e 40, 2ª ed., 1994, RT; PABLO STOLZE GAGLIANO/RODOLFO PAMPLONA FILHO, “Novo Curso de Direito Civil”, vol. II/319, item n. 2, 2ª ed., 2003, Saraiva; CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO/SÉRGIO CAVALIERI FILHO, “Comentários ao Novo Código Civil”, vol. XIII/348-351, item n. 4.5, 2004, Forense; YUSSEF SAID CAHALI, “Dano Moral”, p. 175-179, item n. 4.10-D, 2ª ed., 1998, RT; SÍLVIO DE SALVO VENOSA, “Direito Civil: Responsabilidade Civil”, vol. 4/189-190, item n. 10.2, 2ª ed., 2002, Atlas; MARIA HELENA DINIZ, “Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil”, vol. 7/105-106, 18ª ed., 2004, Saraiva, v.g.) - é igualmente perfilhada pelos Tribunais, especialmente pelo E. Superior Tribunal de Justiça, cuja jurisprudência, na matéria em questão, firmou essa mesma diretriz (REsp 295.175/RJ, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA - REsp 318.379/MG, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI - REsp 355.392/RJ, Rel. p/ o acórdão Min. CASTRO FILHO, v.g.):

“I – A **indenização** por dano moral **objetiva compensar** a dor moral sofrida pela vítima, **punir o ofensor e desestimular este** e outros membros da sociedade a cometerem atos dessa natureza.” (RSTJ 151/269-270, Rel. Min. ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO) [grifo do autor]

“I – A **indenização** por dano moral **objetiva compensar** a dor moral sofrida pela vítima, **punir o ofensor e desestimular este** e a sociedade a cometerem atos dessa natureza. A **fixação** do seu valor **envolve o exame da matéria fática**, que não pode ser reapreciada por esta Corte (Súmula nº 7)(...)” (REsp 337.739/SP, Rel. Min. ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO)[...] [grifo do autor]<sup>120</sup>

Decidindo pela negativa ao Agravo de Instrumento interposto, finaliza o Ministro, então, decisão cujo ponto de partida, em si só, já encerra grave equívoco. Neste, equivocou-se

---

<sup>120</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravante: União Federal. Agravado: Daniel Felipe de Oliveira Netto. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 11 de outubro de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 14 ago. 2006.

ao presumir, em consonância com os julgadores originários, que a mera utilização do fórceps seria uma conduta, em si só, causadora das seqüelas ocorridas. Ainda que não sendo o foco do trabalho, importante mencionar tratar-se o fórceps de instrumento amplamente aceita pela Medicina<sup>121</sup>, que o recomenda em uma série de procedimentos, pelo que absurdo considerar-se ser sua utilização em um parto, por essência, ato suficiente caracterizador do nexo causal entre a conduta do agente público – no caso, o médico – e o dano causado. Mais absurdo, ainda, quando tal presunção não somente é realizada em desacordo com orientações da Associação Médica, mas corroborando decisão que, contrariamente a laudo pericial dando como efetivamente necessária a utilização do fórceps no caso em tela, decide com base em pré-conceitos pessoais erroneamente estabelecidos, como se percebe da decisão *ad quo* do Tribunal Regional Federal da 2ª Região:

[...] Proclama [a União Federal], **com base no laudo pericial**, que o fato ocorrido é um **fenômeno natural**, totalmente fora do controle dos especialistas médicos, que **se viram obrigados a intervir artificialmente para evitar um mal maior, quiçá o próprio falecimento de mãe e filho**. Neste cenário, pretende ver elidida a responsabilidade civil objetiva, ante a presença da excludente de responsabilidade, visualizada na ocorrência de caso fortuito/força maior.[...] [grifo nosso]

[...] Tem-se, ainda, que, como bem salientou o MM. Juiz a quo, na esteira do art. 436, do CPC, **o laudo pericial (fls. 127/130) não vincula o juiz**, devendo o magistrado **valer-se, tão-somente, dos elementos de relevância jurídica presentes nos autos**, para formar o “seu livre convencimento motivado” (fl. 156). [...] <sup>122</sup> [grifo nosso]

Não se intenta, com isto, revisar a matéria fática ou posicionar-se a favor ou contra a utilização correta do fórceps no caso em tela. O que se objetiva demonstrar, apenas, é a incorreta presunção realizada pelo Ministro Relator e os julgadores *ad quo*, de onde decorre a responsabilização do Hospital como prestador de serviço público. No presente caso, não se mostrava a mera utilização do fórceps como causa adequada à presunção de ser ela o ato

---

<sup>121</sup> Nesse sentido, não apenas a Medicina admite e recomenda sua utilização em diversas situações, como diversos estudos existem dando conta de sua superioridade frente a outras técnicas médicas, como demonstra pesquisa conduzida pelo St Michael's Hospital, da Universidade de Bristol, disponível em <<http://www.bmj.com/cgi/content/full/328/7451/1302?ct>>, acesso em 01 nov. 2006, e matéria publicada no jornal *The Independent*, em 12 de novembro de 2001, disponível no site <<http://www.smsudan.org/review.htm>>.

<sup>122</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Apelante: União Federal. Apelado: Daniel Felipe de Oliveira Netto. Relator: Desembargador Federal Espírito Santo. Rio de Janeiro, RJ, 15 de agosto de 2001. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 14 ago. 2006

comissivo causador das seqüelas verificas, pelo que imperiosa se fazia a análise da conduta do médico, para, então, em se verificando eventual má-prática na utilização do instrumento, se condenar a União, com base, porém, na culpa do agente público.

Não obstante tal questão, é na justificação da indenização moral que se revela o real retrato da (equivocada) aplicação dos *punitive damages* no Brasil. Isto porque, utilizando-se de critério marcadamente punitivo (menção à situação econômica do ofensor), justifica o Ministro Celso de Mello a indenização extrapatrimonial concedida, sob a luz da aplicação dos *punitive damages*. Aplica o Eminent Ministro, assim, instituto essencialmente voltado para a análise e reprovação da conduta do ofensor, como o são os *punitive damages*, em um caso de responsabilidade objetiva, onde, particularmente, em nenhum momento analisou a conduta do agente público. Ao contrário, não somente confirmou a presunção do Tribunal de origem, no início de sua decisão, como ainda expressamente embasou-a, com menção em ementa, na desnecessidade de perquirir-se o dolo ou culpa (neste caso, leia-se, a conduta) do agente público, contida no art. 37, § 6º, da Constituição Federal:

RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO. ELEMENTOS ESTRUTURAIS. PRESSUPOSTOS LEGITIMADORES DA **INCIDÊNCIA DO ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. FATO DANOSO PARA O OFENDIDO, RESULTANTE DE ATUAÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO NO DESEMPENHO DE ATIVIDADE MÉDICA. PROCEDIMENTO EXECUTADO EM HOSPITAL PÚBLICO. DANO MORAL. RESSARCIBILIDADE. DUPLA FUNÇÃO DA INDENIZAÇÃO CIVIL POR DANO MORAL (REPARAÇÃO-SANÇÃO): (a) CARÁTER PUNITIVO OU INIBITÓRIO (“*EXEMPLARY OR PUNITIVE DAMAGES*”) E (b) NATUREZA COMPENSATÓRIA OU REPARATÓRIA. DOCTRINA. JURISPRUDÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO.**<sup>123</sup> [grifo nosso]

Tal aplicação dos *punitive damages*, não somente acabam por ignorar completamente toda a origem, desenvolvimento e funções do instituto, que tem nas condutas execráveis cometidas por ofensores sua razão de ser – quer para puni-las, quer para evitar sua repetição, entre outras finalidades -, como importa que, mesmo em se tentando entendê-la como uma conformação do instituto às peculiaridades e necessidades do direito brasileiro – o que, no caso, somente se admite para efeitos de argumentação –, ainda assim seria absolutamente

---

<sup>123</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal Agravante: União Federal. Agravado: Daniel Felipe de Oliveira Netto. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 11 de outubro de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 14 ago. 2006.

equivocada a utilização de um juízo punitivo – como a capacidade econômica do ofensor, enquanto critério, e os *punitive damages*, enquanto instituto, o são –vez que no presente caso nada há a ser punido. O julgador nada menciona ou atribui à conduta do agente público, simplesmente calcando a responsabilização na responsabilidade objetiva do Estado, de onde decorre não haver qualquer racionalidade ou sentido em punir algo, ou conduta, que desconhece ou ignora.

Nesse sentido, é exatamente o que Judith Martins-Costa e Mariana Pargendler colocam, ao distinguir o arbitramento de indenização por dano moral da adoção dos *punitive damages*, quando referem que:

No primeiro caso [de dano morais], o universo é amplíssimo, abarcando os regimes de responsabilidade resultantes de quaisquer dos critérios de imputação (subjetiva ou objetiva, seja esta pelo risco, pela segurança, pela confiança, etc.). No segundo caso, (*punitive damages*) só poderia abranger a responsabilidade derivada de imputação subjetiva, sob pena de incontornável contradição: se o que é avaliado (para fixar o montante da indenização) é a maior ou menor **gravidade da conduta** do autor do dano e o maior ou menor grau de **reprovação ético-jurídica à conduta**, como fazê-la incidir às hipóteses de imputação objetiva, para a qual o exame da conduta do agente é despiciendo (examinando-se tão-só a ilicitude, o dano, a imputabilidade e onexo causal)?<sup>124</sup>

Por fim, quando da fixação da indenização, novamente mostra-se o presente caso paradigma da forma com vêm sendo concedidos os *punitive damages* pelos tribunais pátrios. Sua concessão, que na essência do instituto prevê que ocorra através de soma adicional e autônoma àquela concedida em caráter compensatório, no Brasil vem ocorrendo juntamente com a própria indenização compensatória, tornando o único montante concedido, assim, uma amálgama de valores conferidos a título punitivo e a título compensatório. Mistura, esta, agravada pelo fato de apenas em raras decisões judiciais restar devidamente discriminado o *quantum* indenizatório<sup>125</sup>, que, na esmagadora maioria das vezes, é simplesmente lançado ao final da decisão, sem que seja possível, com isto, vislumbrar-se o real montante compensatório dos danos e carga punitiva pretensamente atribuída à conduta.

---

<sup>124</sup> MARTINS-COSTA; PARGENDLER. **Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o direito brasileiro)**, p. 23/24.

<sup>125</sup> Sobre o tema, ver excelente acórdão do agora Desembargador do Estado do Rio de Janeiro, Nagib Salibi Filho, que adequadamente justifica e discrimina cada parcela a compor o *quantum debeatur*. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelante: Carmen Therezinha Solbiati Mayrink Veiga. Apelado: Editora Abril S/A. Relator: Juiz Convocado Nagib Salibi Filho. Rio de Janeiro, RJ, 09 de março de 1999. Disponível em: < [http://www.nagib.net/sentencas\\_direito\\_civil\\_texto.asp?id=142&tipo=38](http://www.nagib.net/sentencas_direito_civil_texto.asp?id=142&tipo=38) >. Acesso em: 14 nov. 2006.

## 4.2 MISCELÂNEA DE CRITÉRIO

Em que pese o atual vácuo legislativo na definição de critérios legais para a reparação do dano moral, assim como a opção do legislador pelo livre-arbítrio do juiz, tem o ordenamento jurídico brasileiro, mais notadamente a jurisprudência – nesta matéria limitando-se a doutrina a tão-somente analisar as decisões judiciais –, adotado e consolidado certos critérios objetivos, largamente utilizados, mas não cogentes.<sup>126</sup> Nessa senda, resta extremamente clara a adoção dos *punitive damages* pelos tribunais brasileiros, por vezes expressa, por vezes tácita, através da menção a funções do instituto. Claramente caracterizada, também, resta a ampla confusão existente não só quanto aos critérios utilizados, mas igualmente quanto à própria natureza das indenizações. Isto porque, como bem destacam Judith Martins-Costa e Mariana Pargendler:

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 a fixação do montante – a concreta posição da vítima, a espécie de prejuízo causado e, 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.<sup>127</sup> [grifo do autor]

Como critérios largamente utilizados pelos tribunais pátrios na reparação extrapatrimonial, possível destacar-se: i) a natureza, a gravidade e a repercussão da ofensa (amplitude do dano); ii) a intensidade do sofrimento da vítima; iii) a situação e capacidade econômicas do ofensor; iv) o grau de culpa e a intensidade do dolo do ofensor (a dimensão da culpa); v) as condições pessoais da vítima (posição social, política e econômica).

---

<sup>126</sup> DE MORAES. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**, p. 295/296.

<sup>127</sup> MARTINS-COSTA; PARGENDLER. **Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o direito brasileiro)**, p. 23.

Nesse sentido, uma vez verificados os critérios mais comuns, nota-se que sua miscelânea, mais até do que denotar a falta de utilização destes, demonstra cabalmente o desconhecimento acerca de suas naturezas.<sup>128</sup>

Nesse ponto, ao passo que a natureza, a gravidade e a repercussão da ofensa, juntamente com a intensidade do sofrimento da vítima, tratam-se de critérios eminentemente compensatórios, a situação econômica do ofensor e seu grau de culpa e intensidade do dolo, por sua vez, mostram-se critérios essencialmente punitivos.

Quanto à intensidade da culpa ou dolo do ofensor, trata-se de critério marcadamente punitivo, visto centrar-se não na extensão dos danos causados, mas sim no eventual dolo ou na maior ou menor negligência, imprudência e imperícia do ofensor. Contrário à doutrina clássica, que se posicionava pela absoluta independência entre grau de culpa e reparação do dano<sup>129</sup> – vez que calcada tal reparação unicamente na amplitude do dano –, com o advento do Código Civil de 2002 e seu art. 944<sup>130</sup> passa tal critério a ser circunstancialmente também aceito pela legislação, autorizado que está o juiz a **reduzir** a indenização em caso de grande desproporção entre o dano e a culpa. Nesse ponto, clara demonstração é dada quanto à atual repulsa legislativa à função punitiva da responsabilidade civil<sup>131</sup>, vez que o legislador somente autorizou a **redução** do *quantum* indenizatório e não sua **ponderação** ou **majoração**, pelo que tacitamente proibido o juiz de majorar o valor das indenizações em casos inversos, onde a culpa mostra-se proporcionalmente mais grave do que o dano.<sup>132</sup>

---

<sup>128</sup> Nessa senda, v. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelante: Jussara Kalikosque Laydner. Apelados: Banrisul S/A e Carrefour Comércio e Indústria Ltda. Relatora: Juíza Convocada Agathe Elsa Schmidt da Silva. Porto Alegre, RS, 06 de julho de 2006. Disponível em: < <http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 14 out. 2006, quando fundamentando o *quantum debeatur*, coloca a Eminente Relatora: “Tocante ao *quantum* fixado a título de indenização por danos morais, tenho que razão assiste à recorrente. Esta Câmara tem posicionamento firmado quanto aos parâmetros para sua fixação, a título de **reparação** por dano extrapatrimonial, considerando as circunstâncias do caso concreto. Assim, entendo que deva ser majorado o valor fixado, tendo por base os critérios utilizados por este órgão julgador, quais sejam, **a extensão do dano, o prejuízo sofrido pela vítima, a intensidade de culpa e as condições das partes, sempre afastando a possibilidade de locupletamento indevido da vítima, ou, de outro lado, a inexistência de punição ao causador do dano.**” [grifo nosso]

<sup>129</sup> Acerca do entendimento da doutrina clássica pela ausência completa de correlação entre o grau de culpa e a dimensão dos danos (e conseqüentemente a reparação destes), assim como sobre tal escolha legislativa, v. DE MORAES. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**, p. 297, para qual “uma alternativa excluía a outra, porque das duas, uma: ou bem se determinava a indenização de todo o dano, e o grau de culpa não poderia ser levado em consideração, ou bem se media a conduta, permitindo a indenização menor do que seria necessário à reparação, em caso de culpa mais leve”.

<sup>130</sup> BRASIL, **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Art. 944. “A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.”

<sup>131</sup> Sobre a questão, ainda, v. BRASIL, **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Art. 403.

<sup>132</sup> DE MORAES. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**, p. 296/297.

No tocante à capacidade econômica do ofensor, por sua vez, trata-se este, efetivamente, do critério punitivo por excelência. Isto porque sua preocupação não reside, em absoluto, na extensão do dano, mas sim na ponderação da capacidade econômica do ofensor e no *quantum* indenizatório a ser necessário para efetivamente puni-lo.<sup>133]</sup>

A par de tal critério, surge outro, extremamente controverso, a caracterizar-se na observação da posição econômica da vítima. Este critério, cuja natureza não é nem compensatória e nem punitiva, surge pretensamente fundado na vedação ao enriquecimento sem causa e mais recentemente nos denominados “bons princípios”. Tendo na equivocada suposição de que é o “sentimento”, em si, que deve ser reparado e que, ante a impossibilidade de medi-lo, deve-se julgar com base na aparência (capacidade econômica), acende tal princípio o estopim para a concessão de menores indenizações a quem tem menor capacidade econômica e maiores a quem tem maior capacidade. Nas palavras do Eminentíssimo Ministro do Superior Tribunal de Justiça César Asfor Rocha, necessário tal critério “para que [a indenização] não importe em um *prêmio* indevido ao ofendido, indo muito além da recompensa ao desconforto, ao desagrado, aos efeitos do gravame suportado”.<sup>134</sup>

Tal critério, entretanto, que tem por objetivo impor certo “freio” no número de demandas por danos morais, mostra-se claramente absurdo, vez que se preocupa em não ver a vítima indenizada além de seu sofrimento, como se em casos de perda de ente querido ou de traumas e seqüelas físicas ou psicológicas uma mera indenização pecuniária houvesse de suplantar o sofrimento daí decorrente, gerando na vítima o sentimento de haver lucrado com tal tragédia, de ter “saído ganhando” com o ocorrido, e incentivando mais demandas de tal tipo.

Nesse sentido, seguindo a lógica interna do critério, acaba-se por gerar, como última conseqüência, a terrível consideração de que certas pessoas “valem” mais ou menos do que as outras, decorrência natural da diferente quantificação de seus sentimentos.<sup>135</sup>

Por fim, não bastasse a confusão e mistura de critérios realizada pelos tribunais, relevante crítica ainda se faz quanto à forma com que vem se dando a adoção dos *punitive damages* no Brasil, relativamente à quebra do *princípio da legalidade* que ocorreria por

---

<sup>133</sup> DE MORAES. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**, p. 298-301.

<sup>134</sup> DE MORAES. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**, p. 298-301.

<sup>135</sup> Sobre a questão, ainda, v. DE MORAES. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**, p. 302., que coloca que “a sentença de um juiz, arbitrando dano moral, é a razão jurídica mais do que suficiente para impedir que se fale, tecnicamente, de enriquecimento injustificado”.

ocasião da conjugação de um *juízo punitivo* realizado mediante *arbítrio do julgador* (soma dos elementos “*punição*” e “*arbítrio do julgador*”, que seriam incompatíveis entre si).

Enquanto o delito envolveria violação a texto expresso da lei, à conduta criminalmente tipificada – *nulla poena sine lege* –, e a isto estaria adstrito à esfera penal, na esfera cível a busca seria pelo ressarcimento do dano, que necessitaria tão somente da violação da regra do *neminem laedere* para ocorrer, sendo ele, dano, apenas a consequência de delito ou mesmo de conduta meramente injusta. Nessa senda, a condenação na esfera cível, a título punitivo, com decisão ao arbítrio do juiz, acabaria por provocar a violação da regra “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”, cerceando o ofensor de várias garantias materiais e processuais necessária quando da aplicação de um juízo de punição.<sup>136</sup>

Decorrencia disto, então, o entendimento quanto à necessidade não só da aplicação excepcional da função punitiva em matéria cível, afastando seus paradigmas do campo penal, como igualmente que tal aplicação venha acompanhada de adequadas delimitações legais, tendentes a regulamentar o instituto, inclusive com o estabelecimento das necessárias garantias processuais.

---

<sup>136</sup> DE MORAES. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais, p. 259-261.

## CONCLUSÃO

O mundo mercantilista em que atualmente encontra-se imersa grande parte da sociedade incita, cada vez mais, a constituição de ambientes extremamente competitivos, onde a busca pela prevalência e supremacia sobre os demais é, na maioria das vezes, não apenas desejada ou incentivada, mas exigida. Tem lugar, então, a adoção, pelos indivíduos e, conseqüentemente, pelas empresas, de condutas e *standards* éticos e legais absolutamente questionáveis, fruto da incessante perseguição por tal supremacia que, em sendo via de regra econômica, acarreta igualmente uma valoração neste sentido de bens notadamente invaloráveis – vida, saúde, entre outros.

É neste moderno contexto cultural que os *punitive damages*, ainda que concebidos há mais de 200 anos, vêm adquirindo grande importância e prestígio, como forma de, através de uma abordagem igualmente econômica, impedir que as relações inter-pessoais, notadamente àquelas envolvendo interesses coletivos, acabem por serem pautadas única e exclusivamente por análises de custo e benefício.

Análises de custo benefício como a realizada no caso *Ford. v. Grimshaw* ou como, guardadas as proporções, as verificadas em diversas situações envolvendo danos ambientais, ao consumidor e de interesses difusos, todas nas quais, em cingindo-se a atuação do Direito tão-somente à compensação do dano, pouco contribui para a prevenção de condutas tão deploráveis ou para sua mudança, quando integrantes de uma padrão ou política de comportamento. A isto, inclusive, deve-se a moderna consideração quanto a constituir-se a prevenção na mais unânime finalidade dos *punitive damages*.

Mas a constatação quanto à conveniência da adoção dos *punitive damages* no ordenamento jurídico brasileiro, longe de autorizar sua simples incorporação, implica, primeiramente, na verificação dos traços culturais por trás destes, a fim de, entendendo suas origens, funções e racionalidade, não só poder adotá-los de forma efetiva e correta, como, inclusive, moldá-los às características culturais do país.

Tal processo, contudo, não é o que se vislumbra na atual adoção do instituto realizada pela jurisprudência nacional, que em flagrante exercício de “jornalismo jurídico”, atentou apenas para algumas questões superficiais referentes aos *punitive damages* e suas

funções, passando, em sua aplicação cega nas decisões, não só a deixar de considerar as peculiaridades do direito brasileiro, mas, no que é pior, a utilizar o instituto de forma absolutamente errante e desarazoadada, com vários de seus critérios e fundamentação simplesmente contradizendo a razão de decidir das próprias decisões.

Como conseqüência, tem-se o estabelecimento de quadro preocupante na reparação extrapatrimonial brasileira, onde as decisões, em sua grande maioria, adotam critérios e funções cujos reais impactos são absolutamente desconhecidos, vez que em momento algum restam pormenorizadamente analisados ou devidamente discriminados por ocasião do montante indenizatório.

Montante indenizatório, este, que em mais uma oportunidade revela a deturpação havida da adoção jurisprudencial do instituto, o qual, enquanto nos países da *common law* implica na concessão de quantia adicional e autônoma à indenização compensatória, no Brasil vem inserido, juntamente com esta última, em um completo “amálgama” indenizatório.

Nesse sentido, em que pese a conveniência da adoção dos *punitive damages* pelo ordenamento jurídico pátrio, sua forma vem sendo absolutamente incorreta, violando diretamente princípios fundamentais como o da legalidade, além de outros, como o concernente à equivalência entre reparação e dano, esculpido no art. 403 do Código Civil de 2002, ou da inconfundibilidade de juízos.

Necessária, assim, uma imediata correção nos rumos atualmente adotados pelos tribunais para a reparação extrapatrimonial, sem o qual, a persistir tal quadro, decorrerão ainda mais graves problemas em tal campo, cujo impacto, mais do que em outras áreas do direito, é intensa e imediatamente sentido por toda a sociedade. Já quanto aos *punitive damages*, embora bem vindos e particularmente necessários, sua adoção pelo direito brasileiro somente poderá ser cogitada após prévia manifestação legislativa, não somente instituindo e regulando-os, inclusive com a menção a garantias inerentes a um juízo punitivo, mas igualmente conformando os demais institutos já existentes no ordenamento pátrio, a fim de harmonizá-los como um todo, devendo-se encontrar, ainda, soluções e amoldamentos dos *punitive damages* a princípios basilares do direito brasileiro, tais como, por exemplo, a destinação do valor concedido – ou parte dele – a um fundo, nos moldes dos atuais Fundo do Idoso, Fundo Nacional do Meio Ambiente, Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, como

defendem inúmeros juristas brasileiros, preocupados com a vedação ao enriquecimento sem causa.

## REFERÊNCIAS

**Black's Law Dictionary**. 8th Edition. West Publishing Co: St. Paul, Minnesota, 2004.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 2ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

DE MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil, tomo I**. 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil, tomo II**. 10ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

EISENBERG, Theodore; LAFOUNTAIN, Neil; OSTROM, Brian; ROTTMAN, David; WELLS, Martin. **Juries, judges and punitive damages: an empiric study**. Cornell Law Review, v. 87, March 2002, p. 1-45. Disponível em SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=248419>>. Acesso em 10 ago. 2006.

GILISSEN, John. Introdução histórica ao Direito. 3ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

GOMES, Orlando. Tendências modernas na teoria da responsabilidade civil. *In*: Estudos em homenagem ao prof. Sílvio Rodrigues. São Paulo: Saraiva, 1980.

GOTANDA, John Y. **Punitive Damages: A Comparative Analysis**. Columbia Journal of Transnational Law, Vol. 42, August 2003. Prévia disponível em SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=439884>>. Acesso em 10 ago. 2006.

**Hammurabi's Code of Laws**. Translated by L. W. Kin. In: World Civilizations (1996). Washington: Washington State University. Disponível em: <<http://www.wsu.edu/~dee/MESO/CODE.HTM>>. Acesso em 01 nov. 2006.

HERSCH, Joni; VISCUSI, W. Kip. **Punitive damages: how juries and judges perform**. The Harvard John M. Olin Discussion Paper Series, Discussion Paper nº 362, May 2002.

Disponível em <[http://www.law.harvard.edu/programs/olin\\_center/papers/pdf/362.pdf](http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/362.pdf)>. Acesso em 25 jul. 2006.

**Facts and Figures.** *In:* Institute for Legal Reform. Washington: U.S. Chamber Institute for Legal Reform. Disponível em: <<http://www.instituteforlegalreform.com/newsroom/indexc86c.html?p=factsfigures>>. Acesso em 01 nov. 2006.

MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister; PARGENDLER, Mariana Souza. **Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o direito brasileiro).** Brasília: Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, n°. 28, jan./mar. 2005, p 15-32.

MAAKESTAD, Willilam. **Redefining Corporate Crime.** *Multinacional Monitor*, vol. 8, n° 5, May 1987. Disponível em: <<http://multinationalmonitor.org/hyper/issues/1987/05/maakestad.html>>. Acesso em 5 nov. 2006.

RYAN, Patrick S. **Revisiting the United States application of punitive damages: separating myth from reality.** *ILSA Journal of International and Comparative Law*, Vol. 10, No. 1, Fall 2003, p. 69-93. Disponível em SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=545243>>. Acesso em 10 ago. 2006.

**Ford Fuel Fires.** *In:* Safety Forum. Disponível em: <<http://www.safetyforum.com/fordfuelfires/>>. Acesso em 25 set. 2006.

SAVATER, Fernando. **Ética como amor-próprio.** São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SEBOK, Anthony J. **Punitive damages: from myth to theory.** *Iowa Law Review*, Vol. 92, 2007. Prévia disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=388861>. Acesso em 10 out. 2006.

SEBOK, Anthony J. **What Did Punitive Damages Do? Why Misunderstanding the History of Punitive Damages Matters Today.** *Chicago-Kent Law Review*, p. 101-140. Prévia disponível em SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=388861>>. Acesso em 10 ago. 2006.

SIROTTI GAUDENZI, Andrea. **I “punitive damages” nella giurisprudenza di alcuni Paesi dell’Europa continentale e della Corte dei diritti dell’uomo di Strasburgo.** Disponível em: <<http://www.diritto.it/materiali/civile/gaudenzi.html>>. Acesso em 25 set. 2006.

TILLINGHAST-TOWERS PERRIN. **U.S. Tort Costs: 2004 Update:** trends and findings on the cost of the US Tort System. New York, 2005. Disponível em: <[http://www.towersperrin.com/TILLINGHAST/publications/reports/Tort\\_2004/Tort.pdf](http://www.towersperrin.com/TILLINGHAST/publications/reports/Tort_2004/Tort.pdf)>.

Acesso em 07 de nov. 2006.

VISCUSI, W. Kip. **The Blockbuster Punitive Damages Awards.** Harvard Law and Economics Discussion Paper No. 473; AEI-Brookings Joint Center Working Paper No. 04-09, April 2004. Disponível em SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=535704>>. Acesso em 10 out. 2006.

ZIPURSKY, Benjamin C. **A Theory of Punitive Damages.** Texas Law Review. Prévia disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=705281>. Acesso em 10 ago. 2006.

## ANEXOS

### ANEXO A – Ford Pinto 1972 após colisão traseira seguida de explosão<sup>137</sup>



### ANEXO B – Análise de custo-benefício conduzida pela Ford e retirada de memorando interno<sup>138</sup>

<b>BENEFITS &amp; COSTS ANALYSIS</b>		
<i>Excerpt: Ford Inter Office Memo, September 18, 1973</i>		
<b>BENEFITS</b>		
180 burn deaths	\$200,000 per death	\$36,000,000
180 serious burn injuries	\$67,000 per injury	\$12,060,000
2,100 burned vehicles	\$700 per vehicle	\$1,470,000
		<b>\$49.5 Million</b>
<b>COSTS</b>		
11,000,000 cars	\$11 per car	\$121,000,000
1,500,000 light trucks	\$11 per truck	\$16,500,000
		<b>\$137.5 Million</b>

<sup>137</sup> Safety Forum. **Ford Fuel Fires**. Disponível em: <<http://www.safetyforum.com/fordfuelfires/>>. Acesso em 25 set. 2006.

<sup>138</sup> Safety Forum. **Ford Fuel Fires**. Disponível em: <<http://www.safetyforum.com/fordfuelfires/>>. Acesso em 25 set. 2006.