O *PUNITIVE DAMAGES* NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO: A DIVISA ENTRE O JUSTO E O ENRIQUECIMENTO ILÍCITO

Sthéfano Bruno Santos Divino[1]; Lucas André Viegas Carvalho de Siqueira[2]

[1]Graduando em Direito pelo Centro Universitário de Lavras – UNILAVRAS, Bolsista de Iniciação Científica 2015-2016 pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais.

[2]Mestre (1999) e Doutor (2006) em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Atualmente é professor titular do curso de graduação em Direito da Universidade Santa Cecilia. Advogado.

Resumo

Um dos maiores desafios para a responsabilidade civil no direito é a quantificação do dano moral em virtude de sua subjetividade. As condenações feitas pelos magistrados, normalmente, são indenizações irrisórias concedidas às vítimas para compensação deste dano. Tal empecilho fora o principal problema deste artigo e, de forma dinâmica, solucionado com base nas situações fáticas e de forma mais objetiva possível através do instituto dos *punitive damages,* tratado tanto no direito comparado quanto no direito brasileiro.

Palavras-Chave: Direito civil; Indenização punitiva*;* Responsabilidade civil; Dano moral; Direito comparado

Abstract: One of the biggest challenges for civil responsibility on the law is the quantification of moral damages because of his subjectivity. The convictions made by the judges are usually derisory compensations awarded to the victims for their damages. This check was the main problem of this article and dynamically resolved on the basis of factual situations and most objective way possible through the punitive damages institute, treated both in comparative law as in Brazilian law

Keywords: Civil law; Punitive damages; Civil responsibility; Moral damage; Comparative law

1 INTRODUÇÃO

Primeiramente, antes de dar início à essa abordagem, como condição de Bolsista de Iniciação Científica, devo agradecer a Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais, a qual forneceu os fomentos e subsídios necessários à realização deste artigo.

A ideia do justo e do legal nem sempre andam pareadas, pois, no final, nem tudo que é legal é justo e vice-versa. A sociedade, neste aspecto, clama por normas legais que a coloque em posição jurídica equivalente durante um litígio judicial. Tal requerimento, ainda, é mais utilizado na área cível em função da grande disparidade *inter pars* processual. Nesse aspecto, um instituto em especial destaca-se e é massivamente criticado pela doutrina majoritária e pelos superiores tribunais pela sua subjetividade no momento de sua valoração e quantificação, seja ele, o dano moral.

Consolidado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 5°, inciso X[1], o dano moral criou uma importância imensa nas ações em que ele se refere, principalmente, por estar associado à dignidade da pessoa humana. Contudo, nossa cultura e desenvolvimento jurídico ainda peca nessa área. Mesmo que uma parte sofra dano moral em detrimento de um ato intencional, seja de uma pessoa física, seja jurídica, ainda que o dano seja em grande escala ao lesado e tenha atingido seu patrimônio moral/intelectual e sua dignidade humana de forma intensa, as indenizações para compensação deste dano são ínfimas, acabando por premiar o agente causador do dano por não sofrer quase ou nenhuma consequência dos caráteres da indenização.

Será então, neste momento, que a doutrina dos *punitive damages* traz uma solução à este problema, dar a indenização um caráter punitivo para que o agressor sinta, de forma próxima ou semelhante, a mesma lesão que a vítima obteve em seu patrimônio moral, mas aplicada em seu patrimônio em forma de pecúnia. Tal solução vem como objetivo deste artigo juntamente com a garantia de sua aplicabilidade.

O problema encontra-se na resistência à aplicação de tal instituto doutrinário no sistema jurídico brasileiro em virtude de sua adoção ao *Civil Law* com um pensamento nitidamente conservador dos tribunais superiores e da maioria doutrinária, pois tomam como base a aplicação deste em outros países e não tentam adaptá-lo de forma congruente à nossa realidade.

2 A responsabilidade civil no *Civil Law* e no *Common Law*: uma análise comparativa à luz do Código Civil de 2002.

2.1 A responsabilidade civil no direito brasileiro

O instituto da responsabilidade civil no direito brasileiro, anote-se em primeiro lugar, evoluiu de forma surpreendente desde sua implementação. Contida somente em um único artigo do Código Civil de 1916, a regulamentação e teorização da responsabilidade civil, em virtude da grande revolução industrial, a qual trouxe um grande avanço tecnológico e cientifico para a população, traçou novos rumos e ganhou novos olhares dos juristas em todo mundo, com isso habilitando-se à solução dos novos litígios daí decorrentes.[2]

Consagrada de forma completa e complexa no Título IX, a partir do art. 927 (no *caput*, como regra, a responsabilidade subjetiva, e em seu §1°, a responsabilidade objetiva) até o art. 954 do Código Civil de 2002, essa normatização veio possibilitar uma efetiva solução dos conflitos referentes aos danos patrimoniais e morais que devem ser tratados de forma geral por este código.

Sendo caracterizada como dever jurídico secundário ou sucessivo por alguns autores, a responsabilidade civil seria constituída pela violação de uma obrigação entendida como dever originário ou primário. Ou seja, a responsabilidade civil sempre estará ligada à noção de desvio de conduta o qual deverá ter causado um dano[3].

Contudo, para que a aplicação desse instituto e desses artigos referidos anteriormente seja julgada procedente, os lesados, ao entrarem em juízo, devem ter

[1] BRASIL, Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 18/09/2015>

[2] CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil.* São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 1-3.

[3] CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op., cit., p. 14.

preenchido os elementos essenciais à responsabilidade civil preenchidos. Sejam eles: o dano; a culpa; e o nexo causal. Ao menos no que tange à regra geral da responsabilidade subjetiva.

2.1.1 O Dano

Um dos elementos indispensáveis para a caracterização da responsabilidade civil é o dano causado por uma parte à outra. Este dano poderá ter cunho patrimonial ou material, moral ou imaterial ou, ainda, ambos.

No que concerne ao dano patrimonial, será aquele que "*atinge os bens integrantes do patrimônio da vítima, entendendo-se como tal o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis economicamente"*[4]. Tal dano subdivide-se em duas espécies: o dano emergente e o lucro cessante.

O que se infere da simples leitura do art. 402 de nosso Código Civil: serão as perdas e danos devidas ao credor em toda a extensão de seus prejuízos materiais diretos. Ou seja, sem maiores ilações, serão representadas pelo que a vítima efetivamente perdeu, medindo-se o desvio em sua situação atual em relação ao estado anterior ao fato delituoso. Aplicar-se-á, simplesmente, o princípio da *restitutio in integrum*, providenciando-se para que a vítima retorne ao *status quo ante*.

Essa mensuração estaria incompleta, entretanto, se não fossem considerados os ganhos dos quais a vítima foi privada em razão do ato ilícito e aos quais auferiria razoavelmente. Esse o fundamento da indenização pelo lucro cessante, também consagrado no mesmo dispositivo, mediante a qual o agente causador do dano deverá ressarcir ao credor tudo que ele deixou de ganhar em virtude do dano causado a este por aquele. *"Consiste, portanto, o lucro cessante na perda do ganho esperável, na frustração da expectativa de lucro, na diminuição potencial do patrimônio da vítima"*[5].

Já o dano moral, de outra natureza, teve a previsão normativa de sua reparabilidade, após árdua construção doutrinária e jurisprudencial, introduzida em nosso sistema pelo art. 5°, incisos V e X da Constituição Federal de 1988, depois repercutida também por dispositivos infraconstitucionais. A dificuldade do reconhecimento e aplicação desse dano, inicialmente, devia-se ao fato de ser ele desprovido de conceitos e critérios objetivos para a sua quantificação e imputação no caso concreto.

Grande parte da doutrina apontava que o dano moral era o sentimento de dor, vexame e humilhação, dentre outras formas de expressões sentimentais da parte lesada[6]. Essa posição, contudo, foi hoje superada por uma mais correta forma de apreciação: esses sentimentos são apenas consequências do dano causado à parte, e não causa[7] dele. O dano moral decorre do próprio fato delituoso e de sua gravidade. Verifica-se "*in re ipsa*" ou "*ipso facto*".

Para haver a caracterização do dano moral, então, "*deve haver uma agressão à dignidade daquele que se diz ofendido, ou, pelo menos, se houve alguma agressão,*

[4] CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op., cit., p. 93-94
[5] CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op., cit., p. 95
[6] DELGADO, Rodrigo Mendes. *O valor do dano moral: como chegar até ele*. São Paulo: Editora Mizuno, 2011, p. 223.
[7] CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op., cit., p. 111

mínima que seja, a um bem integrante de sua personalidade"[8], devendo esse dano interferir intensamente no comportamento do indivíduo.

São duas correntes que se posicionam com relação à verificação do gravame moral. A primeira, toma essa espécie de dano como presumido, pois como ele é originário de um fato lesivo, o autor teria que provar somente a existência de tal ato agressivo ao seu patrimônio moral, neste caso, prova-se o dano apenas pela verificação do fato lesivo[9]. Posição esta seguida pelo STJ no AgRg no Ag 106288, Relator o Min. Sidnei Beneti, da Terceira turma dizendo que: *"Quanto ao dano moral, em si mesmo, não há o que falar em prova; o que se deve provar é o fato que gerou a dor, o sofrimento. Provado o fato, impõe-se o dano*[10].

A segunda posição diz ser essencial a prova do dano moral, não dispensadas incursões na esfera subjetiva da vítima a fim de verificar seu sofrimento psíquico, feita através de todos os meios legais, bem como os moralmente admitidos, estipulados pelo CPC e pelo próprio Código Civil (artigo 212) em elencos exemplificativos[11]. Sustenta, ainda, o autor que, "*em algumas situações, a prova da existência do dano moral, exsurge do arcabouço fático narrado pela vítima"*[12]. Tal posição, como já dita, não é adotada pela maioria doutrinária e, ainda que mereça respeito pelo posicionamento dos ilustres doutrinadores que aderem à essa linha de raciocínio, não deve ser aplicada em virtude da essência do dano moral e das dificuldades originadas da necessidade de adentrar na esfera subjetiva do lesado.

2.1.2 O nexo causal

O nexo causal, assim como o dano, é um elemento indispensável para a caracterização da responsabilidade civil e, por conseguinte, do dever de indenizar. Ele será o liame, a ponte, a intersecção da conduta do agente que ocasionou o fato antijurídico à outra parte e o dano que tal fato gerou. Ou seja, para aferir se houve responsabilidade por uma das partes, deverá, primeiramente, aferir se o autor realmente deu causa àquele dano. Ou, nas palavras de Cavalieri: "*não basta, portando, que o agente tenha praticado uma conduta ilícita; tampouco que a vítima tenha sofrido um dano. É preciso que esse dano tenha sido causado pela conduta ilícita do agente[...]"*[13].

Através deste posicionamento, nota-se que o Código Civil de 2002 adotou, para a caracterização do nexo causal dentro da responsabilidade civil, a Teoria da causalidade adequada. "Esta fora elaborada por von Kries e individualiza ou qualifica as condições que deram causa ao dano, ou seja, para ela, não é necessário somente o evento antecedente ter acontecido, mas ter sido causa específica daquele dano"[14]. Nesse caso, nem todas as condições necessárias de um resultado terão o mesmo valor na hora do sopesamento pelo magistrado. É necessária a análise e determinação caso a caso das circunstancias e situações congruentes àquele dano.

Entretanto, a aplicabilidade dessa teoria enfrentou desafios na área do consumidor, havendo problemas para determinar quem era o responsável pelos produtos ou serviços defeituosos distribuídos no mercado de consumo. "O legislador, então,

[8] CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op., cit., p. 112
[9] CAVALIERI FILHO, Sérgio Op., cit., p. 116
[10] CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op., cit., p. 116
[11] DELGADO, Rodrigo Mendes. Op., cit., p. 225
[12] DELGADO, Rodrigo Mendes. Op., cit., p. 228
[13] CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op., cit., p. 62
[14] CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op., cit., p. 65

adotou no art. 25 §§ 1° e 2° juntamente com o art. 7°, parágrafo único, ambos do Código de defesa do consumidor, a teoria da causalidade concorrente, simultânea ou comum, a qual responderão solidariamente todos aqueles que, de alguma forma, concorreram para o resultado[15]".

Para as partes provarem a constituição ou desconstituição do nexo causal nos autos processuais, o ônus probatório é, em regra, da vítima. Pela parte contrária recai o ônus de provar que este não houve qualquer relação entre o fato e o dano, sendo utilizadas as alegações de excludente do nexo causal, sendo elas: fato exclusivo da vítima; fato de terceiro e caso fortuito e força maior. Contudo, tais características não serão abordadas aqui.

2.1.3 A culpa

Diferentemente dos dois elementos abordados anteriormente, a culpa poderá ser um requisito dispensável para a caracterização da responsabilidade civil, sendo o caso de responsabilidade objetiva, consagrada, em nosso diploma civil, pelo parágrafo único do artigo 927. Salvo nas situações gerais definidas pelo dispositivo citado, contudo, a responsabilidade objetiva somente se dará quando houver alguma lei ou disposição normativa que a autorize, nos demais casos deverão ser aplicados os preceitos da responsabilização subjetiva, a regra geral de nosso sistema.

O conceito de culpa, portanto, *lato sensu*, é elementar ao de ato ilícito e, como regra, à responsabilização civil. Podemos entendê-lo "*por conduta ou comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas"*[16]. Através deste conceito, entende-se que o agente só responde pelo fato que ele deu causa, em virtude de uma conduta que fez ou deixou de fazer, não bastando somente o simples fato lesivo, exigindo, também, uma conduta culpável e reprovável, passível de um juízo de censura[17].

Entendida dessa maneira, assim como os outros elementos, a culpa possui alguns requisitos a serem preenchidos para atribuir o resultado do delito ao agente. São elementos inerentes à culpa: a conduta voluntária com resultado involuntário; previsão ou previsibilidade; e falta de cuidado, cautela, diligência ou atenção[18]. Tal aferição desses requisitos será importante no momento de fixação do *quantum* indenizatório, quer porque ele pode ser reduzido nas hipóteses de excessiva desproporção entre a culpa e o dano (parágrafo único do artigo 944 do Código Civil brasileiro), quer, especialmente, nas ações que versem sobre danos morais, pois, à mingua e em complemento a outros critérios, levará em consideração se foi ela levíssima, leve ou grave. No que tange à esses elementos caracterizadores da culpa, em razão de serem os demais bastante intuitivos, tratar-se-á apenas a previsibilidade.

Como limite da culpa, a previsibilidade deverá ser encarada como elemento essencial, podendo, em sua falta, ocorrer a exclusão da culpabilidade do agente se o resultado do fato não for, pelo menos, previsível[19]. Temos aqui, novamente, a consideração do *homem médio* ou do *bonus pater familias*. Caso o resultado lesivo não

[15] CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op., cit., p. 75
[16] CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op., cit., p. 38
[17] CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op., cit., p. 39
[18] CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op., cit., p. 50
[19] CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op., cit.,2014, p. 51

seja previsível a este, os limites da culpa se esvaem e tomam direção ao caso fortuito e a força maior.

Por fim, atribuído o resultado do ato ilícito ao agente, a culpa deverá ser aferida para estipular a indenização a ser paga à parte lesada. Será leve quando, em determinada situação, o agente causador do dano poderia evita-la de forma fácil, simples, levando em consideração somente sua atenção. Levíssima será caracterizada pela ausência de perícia, habilidade especial, conhecimento no determinado momento de realização do ato. Será grave, então, quando o agente atuar com descuido que o homem normal não o faria, com falta de cautela, prevendo tal resultado e mesmo assim o fazendo[20].

2.2 A responsabilidade civil no direito comparado

Antes do termo "responsabilidade civil" ser consagrado no direito comparado, outros termos eram utilizados como sinônimos deste. As principais eram tratada pelos "*romanos falavam de obrigações nascidas "ex-delicto". Os juristas anglo-saxões empregam o vocábulo "torts". Já os redatores do Código Francês empregam, por vezes, a expressão "garantie""*[21]. Esses dois sistemas atuais, contudo, garantiram ao termo grande repercussão.

Diferentemente do direito brasileiro, no direito francês a responsabilidade civil possui conceito e característica diferente. Enquanto no sistema brasileiro a responsabilidade é moral ou estritamente subjetiva e, de acordo com George Ripert, expressa-se como "*dever moral de não prejudicar outrem"*[22], no sistema jurídico francês poderá ser moral ou jurídica. Sendo moral, essa responsabilidade seria independente do seu resultado, ou seja, se há uma ação do agente dotada de má-fé, haverá a *garantie*[23]. Já a responsabilidade jurídica está ligada à noção de dano e reparação pois, ainda que se trate de culpa insignificante, o juízo moral deverá eximir-se[24]. Contudo, considerando-se a relação entre a majoração da indenização e a culpa do infrator, o sistema francês é semelhante ao sistema brasileiro, destacando-se que, enquanto aqui a sua extensão mede-se pelo dano, lá, "*o grau de gravidade da culpa não tem nenhuma relação com o montante das perdas e danos a serem avaliadas"*[25].

Já "no sistema jurídico inglês do *Common Law,* a indenização tem o mesmo caráter compensatório que se refere ao direito brasileiro, contudo, o objetivo em relação à sua origem, é diferente. No âmbito contratual, a indenização tem como objetivo colocar a pessoa lesada na situação em que ela estaria se o contrato houvesse sido cumprido. Já na responsabilidade civil, a indenização tem o caráter compensatório, na medida em que a indenização couber puder, isto é, levando a pessoa ao *status quo ante* do dano"[26]

A primeira delas é a "*indenização compensatória*. Aqui o objetivo nada mais nada menos é recompensar a parte lesada na medida do dano sofrido, cabendo exclusivamente, neste caso, a indenização contratual, não tendo um caráter punitivo; a segunda, a *indenização agravada*, a qual traz o caráter compensatório intrínseco e mais

[20] CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op., cit., p. 53
[21] NETO GARCEZ, Martinho. Responsabilidade civil no direito comparado. São Paulo. Editora Renovar, 2000, p. 42.
[22] NETO GARCEZ, Martinho. Op., cit., p. 43.
[23] NETO GARCEZ, Martinho. Op., cit., p. 43.
[24] NETO GARCEZ, Martinho. Op., cit., p. 45.
[25] NETO GARCEZ, Martinho. Op., cit., p. 54.
[26] SLAPPER, Gary; KELLY, David. O sistema jurídico inglês. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2011, p. 331.

um adicional à indenização típica, concedida, geralmente, em relação aos danos morais; a próxima é nomeada como *indenização exemplar*, remetidas à responsabilidade civil e tem um caráter além de compensatório, sendo concedida quando o agente teve a intenção de obter lucro com o evento danoso; a quarta, a *indenização nominal*, está relacionada a uma questão principiológica, em que não houve dano ou lesão ao agente, tendo como base um valor menor, já que não houve ofensa ao indivíduo; e a última, nomeada como *indenização desprezível,* a qual a quantia indenizatória é pequena, desprezível, meramente insignificante"[27]

Outra particularidade da responsabilidade civil brasileira com o direito comparado é a adoção da responsabilidade objetiva em ambos. No BGB (Código. Civil Alemão); Código Civil de Portugal; Código Civil da Itália, Código das Obrigações da Polônia, Código Civil do Peru, Código das Obrigações de Contratos do Líbano; Código Civil da Venezuela, Código Civil do México e vários outros países como França e Bélgica, neste último, especialmente em suas leis trabalhistas, a responsabilidade objetiva é aplicada de forma semelhante ao direito brasileiro[28].

De forma geral, então, a essência da responsabilidade civil é a mesma em todos os sistemas jurídicos. Seja no *Civil Law,* seja no *Common Law,* a principal função é a reparação do dano, contudo, cada sistema vai adotar uma peculiaridade de como preservar esta função de reparação e acrescentar outras que reforçam a responsabilidade do agente causador do dano naquele determinado fato, adequando este instituto a cada cultura, necessidade social e jurídica de cada país, podendo, de forma simbiótica, evoluir utilizando ideais diferentes de sua cultura jurídica e aplicando-os em sua realidade.

3 A doutrina do *punitive damages*

3.1 A origem, evolução e aplicabilidade dos p*unitive damages*

"A maioria das vezes, autores que estudam e aprofundam neste instituto, usualmente, remetem sua origem aos tempos remotos da antiguidade, como o Código de Hammurabi, o Código de Hitita, a Lei das XII Tábuas, o Código de Manu e etc. Contudo, fora na Inglaterra que o instituto moldara sua forma que se expressa atualmente"[29].

No *common law,* segundo May, Schlueter, e Redden[30], *"*a primeira aparição de forma explicita da doutrina dos *punitive damages* foi notada em 1763, no caso *Wilkes v. Wood,* em que o n° 45 do jornal semanal *The North Briton* publicou um artigo anônimo ofendendo ostensivamente à reputação do rei inglês e seus ministros. Lord Halifax, secretário de Estado do rei, agiu de forma a determinar a expedição de mandados genéricos, autorizando a prisão de todos os suspeitos no envolvimento da publicação do artigo, cujo total foram 49 pessoas, dentre as quais o próprio autor do artigo, John WIilkes, membro da oposição parlamentar. Mensageiros enviados pelo rei invadiram a casa de Wilkes, revirando e forçando suas gavetas e apreendendo livros e papeis. Assim, John ajuizou uma *action for trespass* contra Mr. Wood, o subsecretário do Estado que, no momento da invasão, supervisionava pessoalmente a execução do mandado.

[27] SLAPPER, Gary; KELLY, David. Op., cit., p. 331-332
[28] NETO GARCEZ, Martinho. Op., cit., p. 104
[29] ANDRADE, Gustavo Corrêa de. Dano moral e indenização punitiva: os *punitive damages* na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2006, p. 186.
[30] ANDRADE, Gustavo Corrêa de. Op., cit. p. 187

Declarada a sentença, John demandou *exemplary damages,* argumentando que o valor baixo da indenização atribuída ao Mr. Wood não seria suficiente para impedí-lo de praticar condutas semelhantes. O júri, então, acatou sua tese e deu-lhe uma considerável indenização à título de *punitive damages".*

Da mesma maneira, o instituto fora utilizado no caso *Huckle v. Money*[31]. "Huckle, um tipógrafo, foi detido embasado no mesmo mandado genérico do caso *Wilkes v. Wood.* Logo, Huckle ajuizou, também, uma *action for trespass, assault and imprisonment,* e o júri lhe deu a ação em seu favor e condenou Money a pagar as indenizações à título de *punitive damages.*

Mais tarde, Lagrow[32] diz que "em 1784 e 1791, os casos *Genay v. Norris* e *Coryell v. Colbaugh,* respectivamente, foram os primeiros julgados que estabeleceram os *punitive damages* nos Estados Unidos da América". O autor também traz que, em 1851, a Suprema Corte dos Estados Unidos constituiu como princípio do *common law*, a imposição do júri em casos de indenizações e em todos os casos de responsabilidade civil, de *exemplary, punitive* ou *vindictive damages.* A partir daí, então, "o instituto começara a ganhar mais encalços e sustentações e, em 1964, na Inglaterra, no caso *Rookes v. Barnard,* ficara estabelecida a natureza punitiva dos *punitive damages"*[33].

3.2 Conceito e finalidade dos *punitive damages*

Denominados também como *exemplary damages,* os *punitive damages* constitui "*uma soma variável, estabelecida em separado dos compensatory damages, quando o dano é em decorrência de um comportamento lesivo marcado por grave negligência, malícia ou opressão"*[34]. Outro conceito trazido pelo *The Free Dictionary*[35] é: "*a monetary compensation awarded to an injured party that goes beyond that which is necessary to compensate the individual for losses and that is intended to punish the wrongdoer"*, ou seja, uma compensação monetária ganha pela parte injuriada que vai além do necessário para compensar as perdas individuais e que tem como intenção punir o malfeitor.

> Para os americanos, o instituto em apreço refere-se a indenizações especiais altamente excepcionais determinadas por um tribunal contra um acusado onde o ato ou omissão por ele praticado era de natureza particularmente odiosa, maliciosa ou arbitrária[36].

Seguindo, então, esses conceitos, torna-se possível afirmar que os *punitive damages* tem a finalidade de ir além do caráter indenizatório a parte que sofreu o dano, mas, também, tem como propósito e objetivo principal, punir o ofensor, para que este fique dissuadido de comportamentos análogos e não repita o ato danoso novamente, podendo, também, dissuadir comportamentos de terceiros, ou seja, os *punitive damages*

[31] ANDRADE, Gustavo Corrêa de. Op., cit. p. 187
[32] ANDRADE, Gustavo Corrêa de. Op., cit. p. 188-189
[33] ANDRADE, Gustavo Corrêa de. Op., cit. p. 189
[34] ANDRADE, Gustavo Corrêa de. Op., cit. p. 195
[35] The Free Dictionary: by Farlex. Disponível em < http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/punitive+damages>. Acesso em: 10/06/2015
[36] RESEDÁ, Salomão. A aplicabilidade do *punitive damage nas ações de indenização por dano moral no ordenamento jurídico brasileiro.* Salvador. Universidade Federal da Bahia. 2008, p. 228. Disponível em <*https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/.../1/SALOMÃO%20RESEDÁ.pdf*> Acesso em: 14/07/2015

não afeta somente a área individual *inter pars* no processo, mas atua, também, em favor do interesse público e social.

A aplicabilidade dos *punitive damages,* então, seguindo a ideia de Schlueter e Redden[37], *"estaria demonstrada principalmente, mas não exclusivamente, em situações nas quais um ato delituoso, por razões de ordem jurídica ou prática, escapa de um processo criminal".* Através dessa ideia, tendo o direito penal como *ultima ratio*, as graves ofensas à pessoa que não estão ou que não se enquadram na tipicidade do código referido, seriam tratados pela esfera cível. Contudo, se tal ofensa for tão grande de modo que a pessoa lesada teve seus direitos gravemente atingidos, a compensação pecuniária estipulada pelo magistrado na esfera cível teria o mesmo caráter de sanção normativa da esfera penal, só que ao invés de ser alguma pena restritiva de liberdade ou de direitos, seria em pecúnia.

Todavia, a área de abrangência do instituto é ampla. "Nos Estados Unidos da América, em alguns estados, os *punitive damages,* são utilizados, como uma forma de compensar as perdas e danos que não poderiam ser compensadas de outro modo, como no caso de certas despesas processuais[38]. "Na Irlanda, as cortes irlandesas em virtude da influência do direito inglês, aceitaram e aplicaram o *exemplary damages* em todos os tipos de ilícitos, tendo como requisito principal, uma conduta extremamente reprovável por parte do ofensor, como a violação de direitos constitucionais, quando praticado por um comportamento maldoso, arrogante, insolente ou caracterizador de grave desrespeitos pelo direito da vítima[39]".

"Além desses países, os *punitive damages* também foram utilizados na Austrália desde o caso *Uren v. John Fairfax e Sons Pty. Ltd*; em 1982 na Nova Zelândia no caso *Donselaar v. Donselaar*; em 1886, reconhecido pela Suprema Corte do Canadá, mas somente utilizado de forma mais expressiva neste a partir de 1970; e, também, em Quebec desde 1994, uma das províncias canadenses que possui uma particularidade, o sistema *civil law.*

Entretanto, o sistema estabeleceu em vários artigos as indenizações punitivas. O art. 1621 que prevê que a indenização punitiva não pode exceder o valor que já seja suficiente para assegurar sua função preventiva; o art. 1899 prevê o instituto quando o locador recusar a alugar o imóvel ou impor condições especiais onerosas a mulher que esteja gravida ou tenha filhos; 1902 quando o locador ou terceiro molestar o locatário e impedí-lo ou restringí-lo de utilizar a sua moradia de forma tranquila ou com a finalidade de induzí-lo a sair do imóvel locado; e o art. 1968 que prevê a indenização punitiva por retomada do imóvel feita por má-fé do locador*"*[40].

Tais dispositivos são todos constantes do Código Civil de 1994 da província de Quebec e mostra que a aplicabilidade de tal instituto é possível tanto no *Common Law* quanto no *Civil Law,* desde que feito de forma democrática para assegurar a paridade *inter pars* tanto no processo quanto fora dele, pois um dos objetivos do instituto é evitar reiteradas condutas iguais ou análogas.

3.2 A aplicabilidade dos *Punitive Damages* no direito brasileiro

[37] ANDRADE, Gustavo Corrêa de. Op., cit. p. 196
[38] ANDRADE, Gustavo Corrêa de. Op., cit. p. 196
[39] ANDRADE, Gustavo Corrêa de. Op., cit. p. 217
[40] ANDRADE, Gustavo Corrêa de. Op., cit. p. 213-222

A aceitação do instituto da indenização punitiva no sistema jurídico brasileiro impõe-nos vários desafios. Questões como se o direito civil é capaz de punir o responsável causador de um dano; se há compatibilidade de tal instituto com o ordenamento jurídico brasileiro; se há consonância com a Constituição Federal de 1988 e o fundamento para a aplicabilidade do instituto; quais os critérios e limitações utilizados para instaurar a indenização punitiva. Essas, dentre muitas outras, são questões feitas e utilizadas para barrar a adoção dos *punitive damages* no nosso país.

Primeiramente, *"a resistência à indenização punitiva, transcende, por óbvio, o aspecto terminológico"*[41]. "Isso porquê, reparação e indenização são palavras que remetem, de acordo com a responsabilidade civil, ao estabelecimento de um *status quo ante*. Pois, então, falando-se no termo "indenização punitiva, parece-se uma contradição dos termos, assim, se é indenização, não poderá ser pena e vice versa. Contudo, tal insuficiência terminológica não deve ser levada à base teórica do instituto, e sim da incapacidade linguística de nomear de forma precisa o termo. Pode-se, então, haver a discussão da introdução de um paradigma penal na área de responsabilidade civil."[42] .

O paradigma de caráter exclusivamente reparatório contido na teoria e função da responsabilidade civil, mostrou-se ineficaz em várias situações litigiosas nas quais a reparação do dano torna-se impossível ou insatisfatória[43] (ANDRADE, 2006).

A responsabilidade civil, através do princípio da *restitutio in integrum*, tem como finalidade ressarcir um dano decorrente de um ato ilícito através de um equivalente pecuniário, ou restabelecer o *status quo ante* da parte lesada. Tal característica e função, é "*uma orientação voltada para o passado, que se ocupa de um fato já ocorrido, com vistas a eliminar, ou, ao menos, minorar suas consequências"*[44]. Nesses casos, a fixação da indenização é voltada exclusivamente à vítima, independendo da conduta do ofensor, bem como a intensidade de sua culpa ou forma e circunstâncias em que cometera o ato ilícito (ANDRADE, 2006).

Além do cunho reparatório, a responsabilidade civil possui o caráter preventivo, conhecido, também, como tutela inibitória. Tal função vai além do caráter de reparação do dano já cometido pelo agente em virtude do ato ilícito. Tal função, tem como bem jurídico a preservação e prevenir o dano para que não seja necessário repará-lo, levando em conta que a prevenção é bem menos trabalhosa do que a reparação.

Outra função característica da responsabilidade civil é a função punitiva. A pena "exerce uma função preventiva e, se, concretamente, uma pena não se mostra eficaz para prevenir o ato do agente, quer dizer que a eficácia do instrumento utilizado é baixa, e não há qualquer relação com a natureza ou essência da pena, ou seja, toda pena, incluída a de multa, é utilizada para prevenir a prática de uma conduta reprovável"[45].

Além disso, pondera o autor (ANDRADE, 2006), ainda, "que o caráter de pena não é detectável em toda medida preventiva, pois, assim, como a tutela inibitória, esta não tem como cunho principal a punição e sim a prevenção. Portanto, a pena utilizada na responsabilidade civil deve ser utilizada como resposta jurídica a determinados

[41] ANDRADE, Gustavo Corrêa de. Op., cit. p. 232
[42] ANDRADE, Gustavo Corrêa de. Op., cit. p. 232
[43] ANDRADE, Gustavo Corrêa de. Op., cit. p. 233
[44] ANDRADE, Gustavo Corrêa de. Op., cit. p. 237
[45] ANDRADE, Gustavo Corrêa de. Op., cit. p. 241

comportamentos, que lesam uma certa categoria de bens jurídicos, em situações especificas, nas quais outras medidas ou formas de sanção são inaptas ou falhas".

Vistos os aspectos da responsabilidade civil, nota-se que a aplicabilidade de alguns deles é meramente um paradigma. Explicando-se: levando em conta o Direito como um todo, como uma unidade e não separado-o em ramos, sub ramos ou classes, seja o que for, a finalidade do Direito é una, a proteção dos bens jurídicos individuais e coletivos. O caráter punitivo, previsto no Direito Penal, não é único e exclusivo de tal área do direito.

Ainda mais, *"percebe-se que há somente dois pilares de sustentação dos punitive damages, ou seja, um sancionatório e outro que busca o desestímulo a novas práticas. Ele possui uma sistemática apartada da ideia de compensação da vítima*[46]*"*. Ou seja, os mesmos elementos caracterizadores da responsabilidade civil, são encontrados como elementos essenciais dos *punitive damages.*

Há casos em que os *punitive damages* são aplicados no direito brasileiro sem a sua correta denominação utilizada. No Código Civil de 2002, vários são as normas apresentadas que tem o caráter típico de punição. A exemplo disso são: juros de mora; cláusula penal (art. 416 do Código Civil); *astreintes* (art. 461 do CPC de 1973); arras (art. 418 e 420 do Código Civil); e o pagamento em dobro (art. 940 do Código Civil). A legislação infraconstitucional também traz, de forma clara, a aplicação da função punitiva no ramo que não seja penal. Tem-se: o art. 84 da Lei 4117 de 1962 (Código Brasileiro de Comunicações) em que*:*

> *Art. 84: Na estimação de dano moral, o juiz terá em conta, notadamente, a posição social ou política do ofendido, a situação econômica do ofensor, a intensidade do ânimo de ofender, a gravidade e a repercussão das ofensas*[47].

O art. 53 da Lei de Imprensa (Lei n° 5250 de 1967), em seu inciso II, falar-se-á, também, dos aspectos punitivos da indexação, estabelecendo alguns critérios:

> Art. 53. No arbitramento da indenização em reparação do dano moral, o juiz terá em conta, notadamente: [..]
>
> II – A intensidade do dolo ou o grau da culpa do responsável, sua situação econômica e sua condenação anterior em ação criminal ou cível fundada em abuso no exercício da liberalidade de manifestação do pensamento e informação [...][48]

Esses e outros exemplos estão dispersos em várias legislações brasileiras, aquém do Código Penal. Isso demonstra que a função da responsabilidade civil junto com a indenização não é meramente reparatória e, possui sim, seu caráter punitivo, levando em consideração a unicidade do direito e a necessidade de satisfação de um processo judiciário mais justo e a equiparação *inter pars* dentro deste.

Outro meio da aplicação das indenizações punitivas, o qual favoreceria o fim do argumento do enriquecimento ilícito ou sem causa da parte lesada, é a reversão do

[46] RESEDÁ, Salomão. Op., cit. p. 229

[47] Lei 4117, de 27 de agosto de 1962. Disponível em <*www.planalto.gov.br/ccivil_03/**Leis**/L**4117**.htm*>. Acesso em: 18/09/2015

[48] Lei 5250, de 9 de fevereiro de 1967. Disponível em <*www.planalto.gov.br/ccivil_03/**lei**s/L**5250**.htm*>. Acesso em 18/09/2015.

montante do *quantum* indenizatório a fundos de interesses sociais, pois, "quando a conduta do ofensor é de acentuada reprovabilidade, não afeta somente os direitos da personalidade e o acervo jurídico pessoal da vítima, acaba por afetar o acervo jurídico social que erigiu a proteção a determinados direitos fundamentais, em especial a dignidade humana, que tem o patamar de valores fundamentais e essenciais ao convívio social[49]".*"A sociedade, diante do desrespeito e desconsideração excessivos a este sistema de valores e aos bens mais inerentes à subjetividade de cada pessoa, acaba se angustiando e, ao lado deste, é também afetada[50]"*.

Os fundos pelos quais a indenização seria convertida, poderiam ser qualquer um deles, desde os Fundos de Direitos Difusos, à entidades carentes ou até mesmo estabelecimentos locais onde o ofensor está inserido, pois, neste último caso, o caráter de dissuasão das indenizações punitivas serão de forma mais direta e eficaz e a pretensão estatal a respeito da proteção e reafirmação dos direitos da personalidade do indivíduo e da sociedade lesada, serão mais evidentes, o que, de certa forma, melhoraria o caráter preventivo deste instituto[51].

3.2.1 Finalidades da Indenização Punitiva

A indenização punitiva possui todas as características da responsabilidade civil e da indenização, contudo, duas finalidades se destacam: a punição, como função retributiva; e a prevenção, utilizada através da dissuasão.

A primeira característica, a punição, "exerce a função de punir condutas graves, utilizando um juízo de valor em relação à conduta do agente, mudando de foco da figura da vítima para a do agressor, atendendo, então, a indenização punitiva, um caráter *imperativo ético"*[52].

Neste sentido é que, segundo o autor, "a distinção da indenização punitiva da indenização compensatória será a circunstância. Enquanto na primeira, ocorrerá a fixação do montante levando em conta a gravidade do comportamento do autor do dano, enquanto na segunda, o valor indenizatório será estabelecido com base na gravidade do dano sofrido pelo lesado[53]".

A segunda, a função preventiva (ou dissuasória), Andrade (2006, p. 258), coloca que "esta seja a principal e a mais importante finalidade da indenização punitiva, pois desempenha importante papel em situações de natureza excepcional em que a mera indenização compensatória não constituiria resposta jurídica socialmente efetiva".

Então, a indenização punitiva, a partir dessas duas finalidades, busca, através da sanção na responsabilidade civil, "*a eliminação de comportamentos que não se intimidam com a indenização compensatória"*[54]

3.2.2 Requisitos da Indenização Punitiva

3.2.2.1 O dano moral

[49] ARAÚJO, Fabrício Simão da Cunha. Da destinação da parcela pedagógica da reparação por danos morais. Amagis Jurídica. Belo Horizonte. Vol IV. N° 7. Jan-jun 2012, p. 74
[50] ARAÚJO, Fabrício Simão da Cunha. Op., cit. p. 74
[51] ARAÚJO, Fabrício Simão da Cunha. Op., cit. p. 75
[52] ANDRADE, Gustavo Corrêa de. Op., cit. p. 253
[53] ANDRADE, Gustavo Corrêa de. Op., cit. p. 253
[54] ANDRADE, Gustavo Corrêa de. Op., cit. p. 259

"*A aplicação da indenização punitiva, independemente de previsão legal, deve ser reconhecida quando configurada a lesão a algum dos atributos inerentes à pessoa humana ou a ofensa a algum dos direitos correlatos da pessoa jurídica"*[55].

Neste caso, a sanção aplicada pela indenização punitiva não é meramente extraída dos elementos da responsabilidade civil, e sim dos princípios constitucionais da dignidade humana e da proteção dos direitos personalíssimos. Neste caso, também, pondera que, "se a teoria da indenização punitiva for aplicada de forma total, em sua máxima efetividade, formulada independente de limitações, ela não tem que ser necessariamente vinculada ao dano moral"[56].

Tal aplicação (inclusive no sistema jurídico brasileiro e na maioria dos países que adotam o *Civil Law*) da indenização punitiva em relação ao dano material possui dificuldade por parte doutrinária e jurisprudencial em virtude de duas posições: a primeira é pela falta de regra expressa para permitir este instituto no sistema jurídico. Enquanto a segunda tem como fundamento o caráter reparatório de que a indenização se mede pela extensão do dano[57].

Pela posição de que a indenização mede-se pela extensão do dano, então, quando ocorrido o dano moral, esta característica não é aplicável, pois este dano não tem como ser objetiva e economicamente mensurado. Além disso, como abordado anteriormente, a indenização punitiva dispensa legislação especifica em virtude de sua previsão legal estar consagrada nos princípios constitucionais da dignidade humana e da proteção aos direitos personalíssimos. "*A consagração constitucional do princípio da dignidade humana e dos direitos da personalidade não apenas legitima, mas impõe o emprego da indenização punitiva como resposta jurídica e necessária contra o ataque a tais direitos"*[58]

Por sua vez, a indenização punitiva, então, levando o seu instituto em sua totalidade, tem sua adesão na esfera dos danos morais de forma mais "fácil" e aceitável em relação aos danos patrimoniais. Conquanto, cada sistema jurídico deve modelar cada instituto que não fora criado em seu território e aplicá-lo em sua realidade, pois cada país possui suas peculiaridades.

3.2.2.2 Culpa Grave do Ofensor

Outro requisito da indenização punitiva, seguindo Andrade, e, também da responsabilidade civil, é a culpa. Difere o autor entre as duas no sentido em que, nesta, a culpa *lato sensu*, seja ela levíssima, leve ou grave, a quantia indenizatória não variará levando em consideração a gravidade da conduta do agente. Enquanto isso, na primeira, é pressuposto para a aplicação da indenização punitiva, é fundamental estabelecer o grau da culpa *lato sensu*, devendo ser reservada, principalmente, aos casos de danos morais em que a culpa fora grave ou o dano feito através de dolo[59].

O dolo, entende-se como a vontade do agente de praticar, de forma lúcida e consciente, àquele dano (dolo direto), ou simplesmente aceitar o resultado aquém dele

[55] ANDRADE, Gustavo Corrêa de. Op., cit. p. 278
[56] ANDRADE, Gustavo Corrêa de. Op., cit. p. 278
[57] ANDRADE, Gustavo Corrêa de. Op., cit. p. 279
[58] ANDRADE, Gustavo Corrêa de. Op., cit. p. 279
[59] ANDRADE, Gustavo Corrêa de. Op., cit. p. 282

(dolo indireto ou eventual), enquanto isso, a culpa grave "*é aquela em que o agente atua com grosseira falta de cautela*[60]*"*

Andrade[61] ainda pondera que "ainda que o ato lesivo seja caracterizado pela culpa leve, se a intensão do autor do ato fora, de forma maliciosa e danosa, causar o dano, ocorrerá uma desclassificação de culpa leve à grave em virtude de seu comportamento, dando, neste caso, suporte à aplicabilidade e legitimidade da indenização punitiva em virtude do *animus* de quem causou o danoso.

"*A conduta deve ser particularmente reprovável na medida em que é exatamente este grau de rejeição que irá funcionar como a mola propulsora para a imposição de uma indenização punitiva*[62]*"*.

3.2.2.3 A obtenção de lucro com o ato ilícito

Tem-se, como terceiro requisito da indenização punitiva, a vedação do lucro pela conduta do agente mediante o ato ilícito.

Gonzales diz que *"a obtenção de benefícios econômicos como motivo do ato ilícito constitui pressuposto primordial da indenização punitiva"*. Além disso, o primeiro autor apresenta a justificativa da seguinte forma "*a indenização punitiva tende a eliminar ou desmantelar aqueles frutos da arvore envenenada"*[63].

Contudo, Andrade rebate tal opinião e afirma que "a obtenção do lucro ilícito em virtude da conduta do agente não deve ser levada em consideração como pressuposto indispensável, visto que a indenização punitiva pode ser aplicada em outras situações, nas quais não se configura essa situação fática"[64]. Esta última opinião, e também a mais aceitável, demonstra que, como apresentado no item anterior, o dano causado pelo agente, ainda que moral e por culpa simples, o agente poderá ter um lucro em virtude desse ato ilícito e, também, não é escusável que o agente mantenha essa vantagem obtida em virtude da lesão causada à vítima.

Ainda, "embora a indenização mensura-se pela extensão do dano, a indenização punitiva também poderá ser aplicada nos casos de dano material que se entendesse incabível a *actio de in rem verso*[65]*"*. Esta posição do autor é sustentada no art. 3°, I, da Constituição Federal de 1988 que nega, de forma não escrita, a obtenção do proveito ilícito através de uma sociedade livre, justa e solidária. Portando, finaliza o autor esboçando a opinião de que "*a existência de lucro ilícito constituiria pressuposto independente da indenização punitiva, a dispensar a própria ocorrência de dano moral*[66]*"*.

É certo que, em nosso sistema, considerado esse requisito, já há os *punitive damages*. É que, em sede de interesses difusos, sociais e coletivos, sempre que a reiteração de uma conduta atinja várias pessoas e dê-se em função de facilidade operacional ou minoração de custos, a jurisprudência tem acertadamente se consolidado no sentido de ser possível a fixação de valor indenizatório, ainda que a título de danos

[60] CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op., cit. p. 53
[61] ANDRADE, Gustavo Corrêa de. Op., cit. p. 284-285
[62] RESEDÁ, Salomão. Op., cit. p. 262
[63] ANDRADE, Gustavo Corrêa de. Op., cit. p. 286
[64] ANDRADE, Gustavo Corrêa de. Op., cit. p. 286
[65] ANDRADE, Gustavo Corrêa de. Op., cit. p. 286-287
[66] ANDRADE, Gustavo Corrêa de. Op., cit. p. 286

morais, o qual sirva para inibir a conduta do prestador do serviço ou fornecedor do produto, por exemplo.

3.2.3 A ponderação alexyana como fundamento da aplicabilidade dos *punitive damages* no sistema jurídico brasileiro**.**

A doutrina Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy será de grande utilidade. Um esboço da parte essencial de sua teoria da colisão será aplicável a este caso e será feita uma análise para demonstrar a aplicabilidade das indenizações punitivas em função da dignidade da pessoa humana.

Primeiramente, Alexy trabalha o conceito de norma fundamental e, aqui, afirma que o conceito de norma fundamental apesar de ser estrito, parecido com o de direito fundamental, deve-se levar em conta um conceito mais amplo do que este[67]. Para o autor "*[...] normas de direitos fundamentais são aquelas normas expressas por disposições de direitos fundamentais; e disposições de direitos fundamentais são os enunciados presentes no texto da Constituição Alemã, e somente esses enunciados [...][68]*". Esse conceito é formulado de forma concreta, ou seja, feito para a Constituição Alemã. Contudo, adequando a segunda parte do conceito à realidade jurídica brasileira, pode-se dizer que seriam normas de direitos fundamentais positivadas na Constituição Federal do Brasil. Alexy também apresenta uma definição geral, da qual, "*sustenta que normas de direitos fundamentais são todas as normas para as quais existe a possibilidade de uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais"*[69].

O próximo passo para aplicação da ponderação é a distinção de norma e princípios. Alexy, de forma geral, coloca que "*princípios são normas com grau de generalidade relativamente alta, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo*[70]*"*. O autor afirma, também, que "princípios são normas mandamentais que ordenam algo a ser realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Portanto, são mandamentos de otimização, caracterizados por serem satisfeitos de diferentes maneiras e graus e pelo fato de que a medida da satisfação não depende única e exclusivamente das possibilidades fáticas, mas também jurídicas[71]".

"*Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos*[72]*"*. Nota-se, então, que as regras diferem-se dos princípios de forma qualitativa, na sua aplicabilidade, e não no seu grau, enquanto os princípios devem ser utilizados em sua máxima capacidade, tanto nas circunstancias jurídicas quanto fáticas.

Essas regras e princípios, quando aplicados, são passíveis de conflitos entre si. O conflito entre regras se resolverá adicionando uma cláusula de exceção que elimina aquele conflito em especial, ou com a declaração de invalidade de uma regra[73]. As colisões entre princípios são solucionadas de formas peculiares. Neste caso, quando há a colisão de dois princípios, um deles terá que ceder. Aqui, ocorre que um dos princípios

[67] ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. 2° Edição. São Paulo. Editora Malheiros. 2015. p. 51
[68] ALEXY, Robert. Op., cit. p. 65
[69] ALEXY, Robert. Op., cit. p. 76
[70] ALEXY, Robert. Op., cit. p. 87
[71] ALEXY, Robert. Op., cit. p. 90
[72] ALEXY, Robert. Op., cit. p. 91
[73] ALEXY, Robert. Op., cit. p. 92

tem preferência, precedência e pesos diferentes em face do outro naquelas condições analisadas[74].

Para ocorrer o sopesamento, o qual tem o objetivo de definir os interesses que abstratamente estão no mesmo nível e peso no caso concreto, deve-se, primeiramente, ocorrer a colisão dos princípios[75], situação em que *"[...] aquilo que colide e que é sopesado não é caracterizado como "princípio", mas como "dever", "direito fundamental", "pretensão" e "interesse"*[76]. Essa situação denota-se a restrição de aplicabilidade das possibilidades de um princípio ao outro, a qual não poderá ser resolvida somente com a declaração de nulidade de um deles ou introduzir uma exceção à um dos princípios, o que o tornaria uma regra que ou é realizada, ou não é[77].

Visto isso, Alexy apresenta uma fórmula para aplicação da Lei de Colisão: *"(1) P1 **P** P2; (2) P2 **P** P1; (3) (P1 **P** P2) C; (4) (P2 **P** P1) C"*[78]. A letra P é representada pelos princípios colidentes; já a **P** é a relação de precedência (in)condicionada; e por fim a letra C, as condições sobre as quais um princípio tem precedência em face do outro[79]. As situações 1 e 2 refere-se à relações incondicionadas de precedência, e as situações 3 e 4 são as possibilidades de forma condicionada e nestas a forma de análise dos interesses é inquantificavel, devendo-se aplicar a forma qualitativa de "pesos"[80]. "*Em um caso concreto, o princípio P1 tem um peso maior que o princípio colidente P2 se houver razoes suficientes para que P1 prevaleça sobre P2 sob as condições C, presentes nesse caso concreto"*[81].

As condições C desempenham um duplo papel: além de serem a condição de relação de procedência, são os pressupostos do suporte fático da regra e aqui não se faz menção à precedência de um princípio, de um interesse, de uma pretensão ou direito, e sim condições da violação de um direito fundamental, a qual, se a violou, significa que pelos ponto de vista destes direitos, ela é proibida[82].

Feito isso, Alexy apresenta a Lei da Colisão de forma menos técnica pelo seguinte: "*as condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência*[83]*"*.

Um requisito essencial à aplicação da Lei da Colisão de Alexy é saber o que é princípio e quais são as suas características. O autor coloca que há três objeções a serem feitas ao conceito de princípio. A primeira delas afirma que há colisões entre princípios que são resolvidas simplesmente pela declaração de invalidade de um deles; a segunda, é que existem princípios absolutos, que nunca poderão ser colocados em uma relação de preferência em face de outros; e a terceira, o autor diz que por ser muito amplo e abarcar todo e qualquer interesse, o conceito de princípio é inútil[84].

[74] ALEXY, Robert. Op., cit. p. 93
[75] ALEXY, Robert. Op., cit. p. 95
[76] ALEXY, Robert. Op., cit. p. 95
[77] ALEXY, Robert. Op., cit. p. 96
[78] ALEXY, Robert. Op., cit. p. 97
[79] ALEXY, Robert. Op., cit. p. 97
[80] ALEXY, Robert. Op., cit. p. 97
[81] ALEXY, Robert. Op., cit. p. 97
[82] ALEXY, Robert. Op., cit. p. 98
[83] ALEXY, Robert. Op., cit. p. 99
[84] ALEXY, Robert. Op., cit. p. 109

A invalidade refere-se a um princípio extremamente fraco, que, em uma colisão, ele seria resolvido como um conflito de regras como sendo válido ou não, e não pela ponderação[85]. *"No caso de princípios absolutos trata-se de princípios extremamente fortes, isto é, de princípios que em nenhuma hipótese cedem em favor de outros[86]"*. Neste caso, não poderá haver princípios absolutos, pois caso contrário, este não possuiria limites para a sua utilização e não poderia ser aplicado na Lei de Colisão.

Aplicando a Lei da Colisão e fazendo uma consideração nos *punitive damages*, aqui, o Direito à Dignidade humana tem um respaldo e uma maior importância. Alexy o trata de forma mais minuciosa em relação aos outros princípios, pois este é uma exceção à regra. Primeiramente, *"é necessário que se pressuponha a existência de duas normas da dignidade humana: uma regra da dignidade humana e um princípio da dignidade humana[87]*". A situação de preferência P desse princípio em face de outros, determina o conteúdo da regra, não afirmando que o princípio seja absoluto, mas a regra, que em razão da sua semântica não necessita de limitação em face de alguma possível relação de preferência[88]. Já o princípio da dignidade humana poderá ser aplicado de diferentes maneiras, devendo prevalecer sobre outros princípios quando houver um maior grau de certeza das condições relacionadas à dignidade do lesado[89]. Nos casos em que esse princípio estiver envolvido, não se deve questionar se ela prevalece sobre outras normas, mas somente constatar a sua violação[90].

Como meio de aplicabilidade da Lei da Colisão nas condições C, os princípios de direitos fundamentais também são passiveis de restrição, ou seja, não são absolutos. Alexy trabalha o conceito de restrição de direitos fundamentais de forma elaborada. Para ele, "*restrições a direitos fundamentais são normas que restringem uma posição prima facie de direito fundamental[91]"*. Contudo, o autor também afirma que essa norma, para restringir um direito fundamental, deve ser compatível com a Constituição, caso contrário, poderá até ser uma intervenção, mas não uma restrição[92].

As possibilidades de restrições desses direitos fundamentais, serão duas: restrições diretamente constitucionais e restrições infraconstitucionais ou indiretamente constitucionais. Nas restrições diretamente constitucionais, o próprio constituinte estabeleceu a restrição, cláusula expressa uma regra que restringe a realização de um princípio constitucional, mas mantém, por trás disto, a característica de princípio[93]. Já as restrições indiretamente constitucionais ou infraconstitucionais, *"são aquelas que a Constituição autoriza alguém a estabelecer[94]*".

Nas restrições indiretamente constitucionais, encontra-se um problema na sua delimitação, devendo-se distinguir o aspecto formal do material. Esse primeiro, diz respeito à competência para impor restrições, enquanto o segundo, diz respeito a competência atribuída ao legislador para impor essas restrições[95]. Quando trabalhado

[85] ALEXY, Robert. Op., cit. p. 110
[86] ALEXY, Robert. Op., cit. p. 111
[87] ALEXY, Robert. Op., cit. p. 113
[88] ALEXY, Robert. Op., cit. p. 113
[89] ALEXY, Robert. Op., cit. p. 113
[90] ALEXY, Robert. Op., cit. p. 112
[91] ALEXY, Robert. Op., cit. p. 281
[92] ALEXY, Robert. Op., cit. p. 281
[93] ALEXY, Robert. Op., cit. p. 289
[94] ALEXY, Robert. Op., cit. p. 291
[95] ALEXY, Robert. Op., cit. p. 292

pelo cunho material, deve-se levar em conta a máxima proporcionalidade e o dever de sopesamento para evitar uma submissão muito forte ou muito fraca[96]. "*O perigo de uma submissão muito forte pode ser mais claramente ilustrado a partir da tese segundo a qual as reservas conferem ao legislador apenas a competência para expressar aquilo que, de qualquer forma, já é o resultado do sopesamento [...]*[97]*"*. Partindo dessa ideia, as restrições infraconstitucionais seriam similares às restrições diretamente constitucionais, reproduzindo estas em seu conteúdo, fazendo com que a diferença entre elas desaparecesse por completo e que a legislação da reserva constitucional não seria, nada mais, que a interpretação das restrições já existentes na constituição[98].

Alexy conclui então que, *"uma restrição a um direito fundamental somente é admissível se, no caso concreto, aos princípios colidentes for atribuído um peso maior que aquele atribuído ao princípio de direito fundamental em questão*[99]*"*.

Esboçada a Teoria dos Direitos Fundamentais de Alexy, cabe agora, analisá-la em consonância com o instituto dos *puntive damages*.

Primeiramente, pode-se afirmar que a negação da aplicação desse instituto em virtude do princípio da vedação do enriquecimento sem causa e ou ilícito, torna este princípio absoluto em quase todas as situações, já que quando – e se - houver o sopesamento feito pelo magistrado levando em consideração o princípio da dignidade humana e o princípio da vedação do enriquecimento ilícito, este, quase sempre sai "vencedor".

Levando isso em consideração, baseada na teoria da colisão, o princípio da dignidade humana, além de ter caráter constitucional, tem característica de princípio "semi-absoluto" e "relação de procedência condicionada", ou seja, "*nos casos em que a norma da dignidade humana é relevante, sua natureza de regra pode ser percebida por meio da constatação de que não se questiona se ela prevalece sobre as outras normas, mas tão somente se ela foi violada ou não*[100]*"*. Pois, então, a aplicabilidade do princípio da vedação do enriquecimento sem causa, de caráter infraconstitucional, em face do princípio da dignidade humana, deve precedê-lo somente em raras situações, a exemplo das situações fáticas em que os pressupostos dos *punitive damages* não são cumpridos.

Ainda, neste sentido, há outra posição seguida pela maioria doutrinária e jurisprudencial ressaltando a inaplicabilidade dos *punitive damages* em virtude da falta de regra expressa, alegando a incidência do princípio da reserva legal e sua possível violação caso este instituto seja utilizado. Independentemente de qualquer previsão legal, como já aferido anteriormente, os *punitive damages* em relação aos danos morais tem seu fundamento diretamente do princípio constitucional da dignidade humana, estabelecido no art. 1°, inciso III, da Constituição Federal, e tem como objetivo a proteção destes direitos inerentes à dignidade da pessoa humana e os direitos da personalidade.

De outro lado, Andrade (2006, p. 306) sustenta a inaplicabilidade do princípio da legalidade às penas pecuniárias impostas fora do âmbito penal com os seguintes argumentos de que "como a indenização está sempre relacionada com o dano e sua

[96] ALEXY, Robert. Op., cit. p. 292
[97] ALEXY, Robert. Op., cit. p. 293
[98] ALEXY, Robert. Op., cit. p. 293
[99] ALEXY, Robert. Op., cit. p. 296
[100] ALEXY, Robert. Op., cit. p. 112

extensão, aquele que causou o prejuízo pode avaliar sua conduta e suas futuras consequências, não podendo alegar surpresas quanto à imposição do cunho indenizatório imposto pelo magistrado, enquanto que no direito penal, por não relacionar-se com um bem estimável pecuniariamente, a indenização deverá ser pré-estabelecida para não surpreender o réu".

Em segundo plano, *"o princípio do enriquecimento sem causa não se aplica sem grandes dificuldades à indenização por dano moral, já que compara bens de natureza distinta*[101]*"*. Ou seja, em consideração ao princípio da dignidade humana e dos direitos da personalidade, quando o magistrado realizar o sopesamento, o conteúdo destes direitos não são redutíveis à pecúnia, devendo, também, "*mesmo em relação aos bens personalíssimos de menor hierarquia, há de se considerar o valor que eles apresentam para o seu titular*[102]*"*.

Outras posições argumentam-se a inaplicabilidade da indenização punitiva em virtude do estimulo ao sentimento de vingança e o risco de produção de resultados sociais e economicamente danosos. Em relação ao primeiro, "o que o Direito deverá fazer é manter a relação de igualdade e civilidade em relação ao injusto para impedir atual e futuras injustiças. Já a segunda posição, sustenta que a condenação de empresas em valores altos colocaria em risco toda a economia do país, trazendo futuros prejuízos e encargos. Contudo, o aspecto econômico utilizado como argumento nesses casos é, na maioria das vezes, o dos países do *common law* que utilizam esse instituto.

Nesses casos, a economia de um país que não seja o nosso não deve ser utilizada como fator de inaplicabilidade do instituto pois seria fugir da nossa realidade. Uma indenização que tenha um valor X nos Estados Unidos e tenha a função punitiva aplicada com sucesso no caso concreto, no Brasil pode ter um valor muito menor que X e também pode ter a indenização punitiva aplicada com sucesso. .

"*Por outro lado, não há evidencias que justifiquem uma previsão econômica catastrófica das consequências da indenização punitiva, previsões dessa natureza frequentemente vêm baseadas em decisões isoladas, em sua maioria, não definitivas [...]"*[103].

Visto isso, analisando a situação fática dos casos, nota-se a procedência para a aplicabilidade da indenização punitiva, pois, pela Teoria da Colisão de Alexy, colocando a dignidade humana como princípio supra-estatal, adequando o instituto em nossa realidade econômica, social e jurídica, além da evolução para um sistema democrático mais efetivo, a indenização punitiva desempenha tem seu respaldo para sua aplicabilidade e um papel alicerce nas ações em que o Direito não agiu com sua máxima efetividade.

4 CONCLUSÃO

O instituto da responsabilidade civil já está praticamente consagrado em todo ordenamento jurídico, seja brasileiro ou estrangeiro. Uma das partes que ainda gera conflitos é justamente a abordada neste artigo, os danos morais. Neste contexto, o artigo demonstrou que a insuficiência do caráter pecuniário nas indenizações que são baseadas em danos morais são irrisórias e fazem com que esta perca suas características. Pois,

[101] ANDRADE, Gustavo Corrêa de. Op., cit. p. 293
[102] ANDRADE, Gustavo Corrêa de. Op., cit. p. 293
[103] ANDRADE, Gustavo Corrêa de. Op., cit. p. 298

então, as indenizações punitivas ou *punitive damages* têm como objetivo sanar este defeito nas indenizações aplicadas pelo magistrado à parte lesada. Contudo, a leva de doutrinadores e jurisprudências contra este instituto é grande em face de sua não aplicabilidade em virtude da falta de reserva legal e a possibilidade de desequilíbrio econômico no país.Tais argumentos foram rebatidos e demonstrados que, se adotado e adaptado à nossa realidade, o instituto dos *punitive damages* poderá e deverá ser aplicado para satisfazer a relação jurídica em litígio *inter pars*, garantir a aplicação de todos os caráteres da indenização e impedir que futuros comportamentos análogos sejam praticados.

Portando, o objetivo deste artigo proposto em seu início fora completo. Uma análise da responsabilidade civil no direito brasileiro até no direito comparado; uma análise do instituto das indenizações punitivas e sua aplicabilidade no direito estrangeiro e brasileiro, com seus respectivos requisitos, também fora abordada e, além disso, o mais importante, demonstrada sua reserva legal na Constituição Federal Brasileira de 1988, dando suporte à seu uso no curso processual.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. 2° Edição. São Paulo. Editora Malheiros. 2015. P. 33.

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

ARAÚJO, Fabrício Simão da Cunha. Da destinação da parcela pedagógica da reparação por danos morais. Amagis Jurídica. Belo Horizonte. Vol IV. N° 7. Jan-jun 2012, p. 74.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

DELGADO, Rodrigo Mendes. O valor do dano moral: como chegar até ele. São Paulo: Editora Mizuno, 2011.

BRASIL, Lei 4117, de 27 de agosto de 1962. Disponível em <*www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4117.htm*>. Acesso em: 18/09/2015

BRASIL, Lei 5250, de 9 de fevereiro de 1967. Disponível em <*www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5250.htm*>. Acesso em 18/09/2015.

BRASIL. Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 18/09/2015.

NETO GARCEZ, Martinho. Responsabilidade civil no direito comparado. São Paulo. Editora Renovar, 2000.

RESEDÁ, Salomão. A aplicabilidade do *punitive damage nas ações de indenização por dano moral no ordenamento jurídico brasileiro.* Salvador. Universidade Federal da Bahia. 2008, p. 228. Disponível em <*https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/.../1/SALOMÃO%20RESEDÁ.pdf*> Acesso em: 14/07/2015

SLAPPER, Gary; KELLY, David. O sistema jurídico inglês. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2011.

The Free Dictionary: by Farlex. Disponível em < http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/punitive+damages>. Acesso em: 10/06/2015