XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

CÉSAR AUGUSTO DE CASTRO FIUZA

MARIA CREUSA DE ARAÚJO BORGES

ANDRÉ FELIPE SOARES DE ARRUDA

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito civil contemporâneo [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP

Coordenadores: César Augusto de Castro Fiuza

Maria Creusa De Araújo Borges

André Felipe Soares de Arruda – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-780-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br





de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

Apresentação

O campo da pesquisa jurídica em Direito Civil tem sido marcado pelas transformações econômicas, sociais e tecnológicas com impactos na elaboração de projetos de investigação científica. Independentemente da abordagem e dos métodos utilizados, são verificadas mudanças paradigmáticas nessa seara do Direito. Mudanças que lançam um novo olhar sobre temáticas tradicionais e novos temas são alçados a centrais na agenda contemporânea. O campo de investigação em Direito Civil presenciou uma mudança paradigmática com a assunção da Constituição como um eixo interpretativo do Direito Privado, com impactos no Direito do Trabalho, Direito Empresarial, entre outros. No Direito Civil, significou que princípios e normas de fundamento constitucional passam a incidir na aplicação das regras privatistas, tais como o princípio da dignidade da pessoa humana, função social da propriedade, da empresa, dos contratos. Não obstante a contribuição da abordagem do Direito Civil Constitucional, o que se presencia, atualmente, constitui uma mudança sem precedentes. Análise econômica do Direito e Direito Digital, com suas nuances, impactam no tratamento jurídico nessa seara. O significado e os impactos teóricos, metodológicos e jurisprudenciais começam a ser sentidos, inaugurando uma agenda contemporânea de pesquisa que, partindo da Constituição de 1988, de seus princípios e normas, agrega contribuições interdisciplinares advindas da economia, das ciências tecnológicas, das ciências sociais e políticas.

Os artigos aqui reunidos simbolizam a assunção dessa nova agenda contemporânea no Direito Civil que, partindo do Direito, agrega as contribuições das ciências econômicas, sociais e políticas. O debate foi lançado no CONPEDI, no GT Direito Civil Contemporâneo, levando a inquietações de ordem teórica e metodológica. Os resultados dessa discussão não se esgotam na apresentação desses artigos. Eles constituem um ponto de partida para o re-pensar do Direito Civil no contexto societário vigente.

Prof. Dr. Cesar Augusto de Castro Fiúza - PUC/Minas

Prof. Dr. André Felipe Soares de Arruda - PUC/SP

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A IMPORTAÇÃO DOS PUNITIVE DAMAGES: UMA ANÁLISE PANORÂMICA DO INSTITUTO ATRAVÉS DE ESTUDO DE CASOS E SUA APLICABILIDADE NO DIREITO BRASILEIRO.

IMPORTING PUNITIVE DAMAGES: A PANORAMIC ANALYSIS OF THE INSTITUTE THROUGH CASE STUDIES AND THEIR APPLICABILITY IN BRAZILIAN JURISDICTION.

João Hagenbeck Parizzi [1]

Resumo

O presente trabalho realizou um estudo de direito comparado acerca dos chamados punitive damages, instituto comumente verificado na legislação alienígena, especialmente nos Estados Unidos da América, verificando os pressupostos, princípios e parâmetros que justificam sua aplicação nesse país e analisar a possibilidade de aplicação no direito brasileiro e se ela se mostra adequada, sem desvirtuação do instituto. O Artigo analisa as origens e aplicações do instituto, através da verificação de alguns casos notórios e faz um estudo da possibilidade de sua aplicação no direito brasileiro por meio de discussão de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais.

Palavras-chave: Indenização punitiva, Responsabilidade civil, Direito comparado, Aplicação no brasil

Abstract/Resumen/Résumé

This article intended to make a study of comparative law on the so-called institute of punitive damages, commonly seen in alien legislation, especially in the United States, verifying the assumptions, principles and parameters that justify their application in that country and analyze the possibility of applying it by the Brazilian law without distortions. The article analyzes the origins and applications of the institute, through verifying some major cases and making a study of its application possibility in Brazilian jurisdiction through discussion of doctrinal and jurisprudential understanding.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Punitive damages, Torts, Comparative law, Application in brazil

[1] Doutorando em direito pelo UNICEUB/DF; Mestre emm direito e políticas públicas pelo UNICEUB-DF, graduado em direito pela UNIT-SE, professor designado do Curso de Direito da UEMG em Ituiutaba/MG.

INTRODUÇÃO

O estudo da responsabilidade civil, na mais das vezes, tendo em vista a velocidade em que a sociedade se desenvolve, exige que se busquem fontes de direito estrangeiro para solucionar as questões que se propõem perante o judiciário e mesmo em âmbito extrajudicial.

É cediço que o legislador não tem condições de acompanhar a velocidade do desenvolvimento da sociedade, surgindo, diante desse quadro, situações específicas não amparadas ou regulamentadas pela Lei. A exemplo disso podemos citar teses jurídicas aceitas pela jurisprudência como o "mero aborrecimento" (a exemplo do REsp 1.234.549, de Relatoria de Massami Uyeda e do REsp 1.269.246 de Relatoria de Luis Felipe Salomão) e a responsabilidade civil pela "perda de uma chance" (a exemplo do REsp nº 788459, de Relatoria de Hélio Quaglia Barbosa).

Tais questões, postas em juízo, necessariamente necessitam de respostas, de provimento, hipótese em que o julgador, em muitos casos, necessita fundamentar sua decisão utilizando-se da analogia, costumes ou princípios gerais do direito. A analogia, na mais das vezes, se socorre de interpretações jurídicas aplicados a casos análogos (ou idênticos) ocorridos em países estrangeiros.

Nessa linha de raciocínio, cabível dentro do estudo da responsabilidade civil, o estudo dos *punitive damages*, tema este fonte de intensas discussões, não só no Brasil, como também nos países nos quais tal instituto já é tradicional e culturalmente aceito e aplicado.

A pretensão da pesquisa que resultou no presente artigo foi realizar um estudo, quanto à profundidade, de natureza exploratória acerca dos *punitive damages*, também conhecido por indenização punitiva (MARTINS-COSTA, 2005, p. 16), analisando especialmente os pressupostos, princípios, critérios jurídicos e funções verificados nos Estados Unidos, país onde a indenização punitiva possui uma extensa bibliografia. Quanto às fontes utilizadas se utilizou a pesquisa bibliográfica e documental, sendo que a conclusão se deu com a aplicação do método dedutivo.

Fixados tais pressupostos, analisar-se-ão alguns casos ocorridos nos Estados Unidos, os quais servirão de base para a definição de pressupostos e requisitos da indenização punitiva, e cujas conclusões poderemos utilizar para refletir acerca da viabilidade e correção da aplicação do instituto no Brasil.

1. CONCEITO E ORIGENS DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA.

Também chamados "*exemplar damages, vindictive damages* ou *smart money,"* consistiria na quantia paga ao lesado num valor expressivamente superior ao necessário para a

reparação ou compensação dos danos, havendo uma dupla finalidade de punição (*punishment*) e prevenção pela exemplariedade da punição (*deterrence*) diferentemente do que se verifica no caso dos *compensatory damages*, que consistem no montante da indenização compatível ou equivalente ao dano causado, estabelecido tão somente com o escopo de ressarcir o prejuízo (Martins Costa, 2005, p. 16).

Owen (1994, p. 364), por sua vez, assim conceitua os *punitive damages*:

> "PUNITIVE" or "exemplary" damages' are money damages awarded to a plaintiff in a private civil action, in addition to and apart from compensatory damages, assessed against a defendant guilty of flagrantly violating the plaintiff's rights. The purposes of such damages are usually said to be (1) to punish the defendant for outrageous misconduct and (2) to deter the defendant and others from similarly misbehaving in the future[1].

Rustad e Koenig (1993, p. 1.286), assim como Martins Costa e Pargendler (2005, p. 17), indicam que o primeiro caso moderno registrado em que se verificou a aplicação do instituto remonta a Inglaterra do século XIII, estando o mesmo previsto no *Estatute of Councester*, de 1278.

Rustad e Koenig (1993, p. 1287-1288) apontam, ainda, que a Inglaterra do século XVIII tem um caso emblemático, ocorrido em 1763. Trata-se do caso Wilkes x Wood, no qual os *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, determinou uma revista da casa e propriedade deste, sem, contudo, obter o necessário mandato. O *Chief of justice* Pratt entendeu que a concessão "*satisfies the injured person, punishs the guilty, deters such actions in the future, and shows the jury's detestation of the wrongful conduct*".

Vê-se, portanto, que a indenização punitiva, ao contrário do que poderia imaginar o senso comum, tem origens milenares e, modernamente, era aplicado na *common law*, já na Inglaterra do século XIII. Todavia, foi nos Estados Unidos da América que o instituto ganhou maior notoriedade, especialmente em função das cifras envolvidas. De acordo com Rustad e Koenig (1993, p. 1290-1291), o primeiro caso reportado de aplicação dos *punitive damages* nos Estados Unidos da América ocorreu em 1784, quando Genay ajuizou ação contra Norris, que era médico, visando ser indenizado pela sua conduta reprovável. A Suprema Corte acolheu o pedido do que chamou de "*vindictive damages*" contra um médico. O autor e o médico, ambos intoxicados, acordaram em realizar um duelo. O médico, no entanto, propôs um "*drink*" de

[1] Os danos punitivos são indenizações em dinheiro concedidos a um autor numa ação civil privada, a mais e dissociado dos danos compensatórios, a ser pago por um réu culpado de flagrantemente violar os direitos do autor. O propósito de tal indenização são comumente (1) punir o réu por ultrajante conduta ilegal e (2) evitar que a conduta volte a se repetir pelo réu ou por outros que não participaram da demanda (trad. livre)

reconciliação colocando no copo de vinho do autor uma dose de cantáridas (uma substância que causa dor excruciante em quem a toma). Outro caso que merece citação é o Corvell x Colbaugh, de 1791, ocorrido em New Jersey, no qual o júri acolheu o pedido do que chamou de "*example's sake"*, condenando um réu a indenizar a sua noiva, por quebra de promessa de casamento (RUSTAD E KOENIG, 1993, p. 1291).

Repare que, nessa época, conclusão dada por Rustad e Koenig (1993, p. 1292-1293), a indenização punitiva era aplicada contra "*bullies"* que oprimiam os social e fisicamente mais fracos, contra violência, estupro e assédio sexual contra mulheres e, em alguns remotos casos, para punir violência motivada por racismo.

A pesquisa levada desses autores concluiu que a partir do século XIX, a aplicação doutrinária deixou de visar os indivíduos poderosos passando a buscar a punição das grandes corporações que se utilizavam de seu poder econômico para obter vantagens, muitas vezes ilegais. A aplicação dos *punitive damages* era uma das poucas efetivas armas de controle social usadas para fiscalizar os mais poderosos interesses que não eram protegidos pela lei criminal. Inclusive nesta época as empresas ferroviárias sofreram inúmeras condenações diante de atos de seus funcionários que maltratavam mulheres, crianças e deficientes (CURTIS, 1978, p. 830), havendo relatos de casos em que as pessoas chegavam a ser jogadas do trem em movimento, inclusive.

Contemporaneamente os *punitve damages* nos Estados Unidos são aplicados especialmente nos casos de consumidores lesados, em que não há necessariamente o dolo dos fornecedores em causar dano, mas resta evidenciada uma falha na "*liability"* dos produtos, verificada nos casos em que as companhias se mostram descuidadas em relação ao marketing ou falham no "recall" de produtos defeituosos que são perigosos à integridade dos consumidores. Muito recentemente, segundo Rustad e Koenig (1993, p. 1.305), alguns Estados admitem os *punitive damages* não somente em relação aos casos de *torts* (responsabilidade civil extracontratual), mas também em casos de responsabilidade civil contratual, como na ação movida pela TXO Production Corp. v *Alliance Resources Corp*, julgada pela Suprema Corte em 1992.

Com isso, de antemão já se pode antecipar que, esses casos denotam que o foco dos *punitive damages* não é na reparação da vítima e sim na conduta execrável do ofensor, objetivando puni-lo, com a finalidade de prevenir a ocorrência e reprodução da mesma, sendo impossível sua aplicabilidade nos casos de responsabilidade civil objetiva, haja vista a necessidade de se comprovar o grau de culpa verificada na conduta do ofensor.

2. ESTUDO DE CASOS PARA COMPLEMENTAÇÃO DE CONCEITOS, PRESSUPOSTOS E FUNÇÕES DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA.

Para complementar os conceitos, pressupostos e funções dos *punitive damages*, entende-se necessária analisar alguns casos paradigmáticos dos quais se podem extrair, de forma ainda mais acurada, os referidos conceitos. Por este motivo, se escolheu os quatro casos a seguir para análise. As fontes obtidas para entender os fatos relacionados aos casos foram indiretas, uma vez que há uma dificuldade extrema de se obter todos os registros dos casos nas cortes americanas.

2.1 – O caso do Ford Pinto.

A partir da década de 1960 a Ford esteve envolvida numa luta comercial visando competir no mercado americano de carros compactos, iniciando em 1968, o projeto do veículo que alcunhou de Ford Pinto. Esse veículo, segundo as diretrizes da empresa deveria possuir um custo "nem um centavo maior" do que U$ 2.000,00 (dois mil dólares), de modo que foi concebido, projetado e produzido num prazo 25 meses, isto é, 18 meses menos do que os 43 comumente utilizados por todas as montadoras. Óbvio que não havia preocupação como novos dispositivos de segurança, muito menos foi instalado um novo e mais seguro sistema de tanque de combustível, sendo que a Ford vinha, desde 1970, se opondo à implementação de um padrão federal de segurança em tanques de combustível, denominado FMVSS 301, apesar dos alertas de seus próprios engenheiros (SARAIVA, 2006, p. 9).

O que a Ford queria era um veículo competitivo e com boa margem de lucro. Assim, visando a um menor custo de produção realizou uma adaptação no posicionamento do tanque de combustível que ficou particularmente deslocado para a parte traseira do veículo, a poucos centímetros da conhecida "zona de impacto" (GRIMSHAW X FORD, Corte de Apelação da Califórnia, 1981). Neste processo restou comprovado que a fase de testes constatou a falha no projeto com constantes explosões e incêndios em quaisquer colisões traseiras acima de 32 km/h. Ao invés de rever todo o projeto, a Ford promoveu uma análise de custo benefício.

Na referida análise projetou-se a ocorrência de 180 acidentes, aos quais foram atribuídos o montante indenizatório normalmente concedido pelos tribunais americanos (200 mil dólares em caso de morte e 67 mil dólares em caso de lesões graves) somada à indenização patrimonial decorrente da perda do veículo. Essas perdas gerariam um prejuízo total de cerca de 49.5 milhões de dólares. Já, para corrigir o defeito de todos os veículos comercializados, a Ford imaginava que gastaria cerca de 137.5 milhões de dólares.

A prova número um que visava realizar uma análise de custo e benefício para a produção fazia a seguinte projeção:

> **Exhibit One: Ford's Cost/Benefit Analysis**[2]
> Benefits
> Savings: 180 burn deaths, 180 serious burn injuries, 2,100 burned vehicles
> Unit cost: $200,000 per death, $67,000 per injury, $700 per vehicle
> Total benefit: (180 X $200,000) + (180 X $67,000) + (2,100 X $700) = **$49.5 million**
> Costs
> Sales: 11 million cars, 1.5 million light trucks
> Unit cost: $11 per car, $11 per truck
> Total cost: 12.5 million X $11 = **$137.5 million**
> (BIRSCH, Douglas; FIELDER, John H., 1994, p. 28)

Nesse contexto, segundo o estudo da Ford, caso realizasse um *recall* visando solucionar o problema (que tinha um custo de U$ 11,00 – onze dólares – por carro), teria um prejuízo de U$ 137 milhões de dólares, enquanto que a expectativa de indenizações, mediante a projeção da quantidade de acidentes e feridos era de U$ 49.5 milhões de dólares.

No caso Grimshaw x Ford, o júri condenou a montadora a pagar uma indenização de 125 milhões de dólares a título de *punitive damages*, sendo que após diversos recursos a Ford conseguiu reduzir o montante para 3,5 milhões de dólares. No segundo caso, o processo correu no âmbito criminal e a Ford foi considerada inocente de ter cometido homicídio (LEGGET, 1999). Percebe-se neste caso o manifesto intuito da indenização punitiva de punir a conduta abominável, nitidamente comprovada nos autos de ambos os casos (com a ressalva de que houve condenação apenas no âmbito civil). Em tese outra função que se observa evidente no presente caso é a de exemplaridade, no sentido de que se evitem condutas semelhantes no futuro.

2.2 – O caso da queimadura de Café do McDonald's.

Outro caso paradigmático foi o caso da indenização concedida para a Sra. Liebeck, citado por Ryan (2003, p. 77), fixada no valor de U$ 2.7 milhões, contra o McDonald's diante de queimaduras sofridas, decorrente do derramamento de um copo de papelão fornecido pela rede de alimentos ao sair do *drive through* de um de seus estabelecimentos.

À primeira vista se entenderia um claro exagero na quantificação da indenização, no entanto, ao se analisar os fatos, se percebe até uma certa proporcionalidade na indenização, que posteriormente foi reduzida, redundando num acordo entre as partes litigantes. No entanto, para se entender a questão se fez necessária uma análise mais aprofundada do caso.

[2] Estudo contido no memorando interno da Ford Motor Company intitulado: "Fatalities Associated with Crash-Induced Fuel Leakage and Fires

A Senhora Liebeck estava sentada no banco de passageiro do carro de seu neto, segurando um café que ela havia acabado de adquirir num *drive-through* do McDonald's. Quando a passageira abriu a tampa de seu copo de café para adicionar açúcar e creme a ele, acidentalmente derramou café em seu colo, sendo que o copo de café era feito de isopor e não era firme o suficiente (LIEBECK V. McDONALD'S RESTAURANTS, Bernalillo County, 1994).

A calça de moletom usada por Liebeck absorveu o café e o manteve próximo à sua pele. Um cirurgião vascular atestou que ela sofreu queimaduras de terceiro grau por cerca de mais de 6% (seis por cento) de seu corpo, incluindo a parte interna de suas coxas, virilha, nádegas e genitália, ficando hospitalizada por 8 (oito dias), período em que sofreu diversos enxertos de pele[3]. Como resultado das queimaduras e cirurgia, Liebeck ficou com cicatrizes permanentes em 16% (dezesseis) por cento de seu corpo (RYAN, 2003, p. 77).

O caso era de competência do Tribunal de Estado do Novo México, nos Estados Unidos, no qual restou comprovado que o café do McDonald's era servido numa temperatura entre 165-170 graus Fahrenheit (o equivalente a 73,88º a 76,66º Celsius), temperaturas estas mais elevadas que as verificadas em outras cadeias de *fastfood*[4]. Não obstante o aviso advertindo os consumidores de que o café estava quente, Liebeck arguiu como relevante as seguintes circunstâncias: (a) que o café servido o era em temperaturas mais elevadas do que as verificadas em outras cadeias de *fastfood*; (b) que os copos de isopor eram frágeis e inadequados para o manuseio de material quente; (c) que a tampa dos copos não era adequada para se utilizar no *drive-through* e (d) que o McDonald's estava ciente de que estas circunstâncias haviam causado danos a outros consumidores. Este último critério, segundo Ryan (2003), foi o decisivo quando da fixação da indenização punitiva (JOHNSON, 2001, p. 598).

Durante o julgamento a vítima demonstrou que o McDonald's já havia ignorado mais de 700 (setecentas) reclamações semelhantes envolvendo queimaduras por café. A companhia ignorou um pedido escrito do Instituto *Shrines Burn*[5] de Cincinnati para reduzir a temperatura de seu café, já que seu presidente afirmou que a temperatura do café servido era "demasiada quente para o consumo humano e extremamente perigosa[6]". Restou asseverado por esse mesmo presidente que a maior temperatura que tornava o café consumível era de 154º Fahrenheit (67,77º célsius), temperatura ainda acima do que normalmente se verificada no café caseiro,

[3]Consumer Attorneys of California, *Know the Facts: The McDonald'sCoffee Case, at* http://www.caoc.com/facts.htm (last visited Nov. 15, 2013)
[4]LIABILITY WEEK, Vol. 12, No. 38, Sept. 29, 1997
[5] Santuário dos queimados (trad. livre)
[6]Dan Shaw, *Coffee, Tea, or Ouch?*, N. Y. Times, Oct. 12, 1994, at C1 *apud* Ryan, 2003, p. 81.

geralmente servido entre 135 e 140º Fahrenheit (ou 57,22 e 60º célsius). Restou provado que houve cerca de 700 (setecentos) outros casos de queimaduras e que antes do ajuizamento desta ação o McDonald's já havia pago mais de U$ 500.000,00 (quinhentos mil dólares) em reparação de danos. Ainda assim, a rede se recusou a mudar a temperatura do café (RYAN, 2003, p. 81).

Os jurados entenderam que o McDonald's agiu de forma intencional, imprudente, maliciosa ou temerária, que são os *standards* para a aplicação da indenização punitiva. O advogado da senhora Liebeck provou que o McDonald's tinha um lucro de U$ 1,35 milhões de dólares por dia só com a venda de café. Assim, como medida dos *punitive damages* deveria ser calculado o equivalente a um ou dois dias do lucro da companhia, sendo que a corte chegou à conclusão de que o valor devido deveria ser o equivalente a dois dias. A senhora Liebeck ainda teve a seu favor a indenização de U$ 200.000,00 (duzentos mil dólares) a título de despesas médicas, honorários de advogados e danos morais, sendo que o júri entendeu que ela também era culpada, na proporção de 20% (vinte por cento), reduzindo tal indenização para U$ 160.000,00 (cento e sessenta mil dólares) (LIEBECK V. McDONALD'S RESTAURANTS, Bernadillo County, 1994). A corte de apelação reduziu a indenização dos *punitive damages* para U$ 480.000,00 (quatrocentos e oitenta mil dólares), somado aos U$ 160.000,00 (cento e sessenta mil dólares) de indenização, o que totalizava U$ 640.000,00 (seiscentos e quarenta mil dólares). Após isso, as partes fizeram acordo, sendo que algumas fontes citadas por Ryan (2003) citam que o valor foi de U$ 600.000,00 (seiscentos mil dólares).

Nesse sentido, não obstante, à primeira vista se vislumbrar um caso de exagero na indenização do caso concreto, percebeu-se que a investigação levada a cabo pelos advogados da senhora Liebeck demonstrava uma conduta temerária do McDonald's em relação à segurança dos seus consumidores, o que certamente foi alterado após a condenação em *punitive damages*, donde se denota a função de educação deste instituto.

2.3 – O caso BMW x Gore.

Ryan (2003, p. 83) delineia com um excelente nível de detalhes o caso BMW x Gore, que serve de um excelente exemplo da redução da indenização punitiva posta em prática. O autor da ação, um médico chamado Ira Gore Jr., comprara um novo BMW 535i, ano 1990, de uma revendedora no Alabama, por um valor aproximado de U$ 40.000,00 (quarenta mil dólares) à época. No dia da venda o senhor Gore assinou um "*Acknowledgement of Disclosure*" (aviso de divulgação), no qual se cientificou de que o automóvel comprovado poderia ter sofrido algum tipo de dano em algum ponto antes da compra. Também dizia que o senhor Gore havia inspecionado o carro e acordado em aceita-lo. No entanto, o formulário de aviso não

listava os reparos que foram efetuados e nem especificava a checagem do cliente em relação à qualidade da pintura.

O médico utilizou o veículo por cerca de nove meses antes de leva-lo a um outro estabelecimento para deixar a pintura ainda mais reluzente do que o normal. O funcionário deste estabelecimento informou ao Dr. Gore que o veículo havia sido parcialmente repintado, sendo que o médico, posteriormente, descobriu que a pintura do mesmo havia sido danificada por uma chuva ácida ocorrida durante o trânsito entre a fábrica da BMW na Alemanha e a fábrica de manutenção na cidade de Brunswick, estado da Geórgia. A BMW dos Estados Unidos havia adotado a política de que não iria divulgar qualquer dano aos compradores e revendedores de veículos cujo custo de manutenção não ultrapassasse o valor equivalente a 3% (três por cento) sobre o valor do seu valor de revenda. O conserto no carro do Dr. Gore foi U$ 601,00 (seiscentos e um dólares) abaixo dos três por cento estabelecidos, assim, não foi divulgado ao cliente que o veículo foi danificado e consertado antes da venda (RYAN, 2013, p. 83).

O júri, contudo, entendeu que o dano desvalorizava o veículo em U$ 4.000,00 (quatro mil dólares), o equivalente a 10% (dez por cento) do valor do veículo, baseado no fato de que a manutenção da pintura feita nos Estados Unidos não utilizava a técnica de "*superheating*" (super aquecimento) utilizada na Alemanha. A partir dessa descoberta, o Dr. Gore processou a BMW da Alemanha e dos Estados Unidos, alegando que a falha no aviso de repintura do veículo constituía fraude, supressão de fato material e uma quebra do contrato. Durante o julgamento Dr. Gore conseguiu demonstrar evidências de que o conselho executivo da BMW adotou a citada política no ano de 1983 com a deliberada e fraudulenta intenção de omitir às revendedoras e consumidores que os veículos haviam sido repintados, independentemente da extensão do dano ou do custo dos reparos. Evidências apresentadas posteriormente mostraram que, pelo menos, 983 (novecentos e oitenta e três) outros veículos, cada um com pelo menos o equivalente a U$ 300,00 (trezentos dólares) em danos, foram vendidos para consumidores americanos sem qualquer suspeita. Dr. Gore tentou demonstrar que esses números, mesmo expressivos, ainda eram inferiores e subestimados para demonstrar o programa da BMW de fraude levado à cabo em todos os Estados Unidos. Assim requereu U$ 4 milhões de dólares a título de indenização punitiva. O júri deu ganho de causa ao Gore condenando a BMW ao pagamento da indenização punitiva no valor de U$ 4 milhões, que gerou o inconformismo da BMW que apelou para a Suprema Corte do Alabama (BMW OF NORTH AMERICA, INC. v. GORE. CERTIORARI TO THE SUPREME COURT OF ALABAMA No. 94-896).

A Suprema Corte do Estado do Alabama concordou que a conduta da BMW foi repreensível e merecia ser punida. Todavia, foi considerado que os atos fraudulentos que foram

realizados fora do Estado do Alabama não poderiam ser considerados a título de *punitive damages* reduzindo seu valor para U$ 2 milhões de dólares (BMW OF NORTH AMERICA, INC. v. GORE. CERTIORARI TO THE SUPREME COURT OF ALABAMA No. 94-896).

A BMW recorreu para a Suprema Corte dos Estados Unidos, que aceitou o caso através de um precedente desta conhecido como *certiorari*[7]. A Suprema Corte dos Estados Unidos enviou o caso de volta para a Suprema Corte de Alabama, deixando em branco o valor da indenização anteriormente fixada em U$ 2 milhões de dólares, afirmando que nenhum dos fatores agravantes associados com condutada particularmente repreensiva estavam presentes.

Para auxiliar as cortes inferiores em determinar os limites constitucionais dos *punitive damages*, para este caso e futuros, a Corte ofereceu três "*guideposts*" ou requisitos para verificar se uma indenização punitiva violaria a cláusula do devido processo legal. São os seguintes: 1) O grau de repreensão da conduta do Réu; 2) a relação (ou proporção) entre a indenização punitiva e o dano atual; 3) a diferença entre os *punitve damages* e as penalidades civis aplicáveis ou impostas em casos similares (BMW, Inc. v. Gore, 701 So. 2d 507 Ala. 1997).

A Corte anotou que a proporção de 500:1 entre o dano real e a indenização punitiva concedida no caso BMW x Gore foi "de tirar o fôlego". Ainda assim, com respeito a futuros casos, a corte recusou regular o potencial valor de indenização punitiva quando a indenização compensatória é baixa. Alguns doutrinadores analisaram que depois do caso BMW x Gore algumas cortes entendem ser difícil de entender que grandes desproporções são excessivas, não obstante não haver uma regra clara.

Tal precedente se tornou um paradigma ao determinar os requisitos e elementos para a facilitação da interpretação da indenização punitiva nos Estados Unidos, conforme visto acima.

3 – INDENIZAÇÃO PUNITIVA NO BRASIL

3.1 – Entendimentos doutrinários acerca dos *punitive damages*.

Conforme visto, a indenização punitiva, conhecida nos Estados Unidas da América como *punitive damages,* constitui uma soma a mais paga em favor da vítima, com o objetivo de educar e repreender o ofensor, tendo, também, como escopo evitar que condutas semelhantes continuem sendo praticadas.

[7] Segundo Ryan (2003) *certiorari* é um direito de uma corte maior de envio, pela corte menor, de todos os documentos do caso, possibilitando que a corte mais alta reveja a decisão da mais baixa. Este instituto é mais utilizado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, que é bastante seletiva sobre quais casos ela irá ouvir no recurso. Para recorrer à Suprema Corte o apelante deve alegar o direito de "*certiorari*", que é concedido por mera discrição de pelo menos três dos membros da Suprema Corte, se entenderem que o caso envolve uma questão suficientemente significante no âmbito federal de interesse público. Se negado o direito, a Suprema Corte deixa a decisão da corte menor valer, particularmente se em conformidade com os precedentes aceitos.

Não obstante o claro conceito trazido tanto pela doutrina nacional (COSTA e PARGENDLER, 2005) quanto da alienígena (OWEN, 1994), parte dos estudiosos em nossa doutrina confundem sua aplicação, ora elencando a indenização punitiva como se dano moral o fosse, ora elencando-a como se fosse sanção civil prevista em Lei (GONÇALVES, 2005).

Este último aduz que a diferença existente entre a punição na responsabilidade civil no direito romano-germânico com o existente na *common-law*, é que neste não há uma fixação matemática do valor arbitrado, ficando a critério dos julgadores, na maior parte dos casos pelo júri. Cita diversos exemplos de indenizações punitivas múltiplas encontradas no ordenamento pátrio, como as previstas no art. 773, 939 a 941, do CC, também verificada nas cláusulas penais dos contratos, arts. 408 a 416 do CC e na resolução unilateral do contrato, prevista no art. 475, do CC, entre outras.

Gonçalves (2005, p. 199-207) elenca, ainda, como outra limitação à aplicação do instituto é o princípio da proporcionalidade, que permite ao juiz modular a pena de acordo com a falta verificada. Para ele, somente poderá ser considerada provada a culpa do réu se as provas indicarem, com quase certeza absoluta, a culpa dos réus (*evidence beyond reasonable doubt*), não apenas uma mera preponderância de evidências (*preponderance of evidence*).

Deste modo, no que se refere aos dispositivos de lei que, teoricamente, teriam caráter punitivo ou sancionatório, se verifica também que o mesmo não se amolda no conceito adotado para este estudo dos *punitive damages*. Entende-se que a indenização punitiva é aquela indenização fixada em valor bem superior à indenização devida a título de reparação, sendo que nos casos o legislador considerou tais indenizações como devidas em função do descumprimento da lei. Não obstante terem um caráter de sanção, as mesmas não atendem aos requisitos da indenização punitiva, eis que, não necessariamente decorrem de uma conduta vil, com culpa grave, maliciosa e/ou reprovável moralmente. A indenização simplesmente é devida por estar prevista em lei.

O conceito adotado por Salomão Resedá (2005, p. 225) também se mostra equivocado, tendo em vista tudo quanto estudado até aqui:

> [...] um acréscimo econômico na condenação imposta ao sujeito ativo do ato ilícito, em razão da sua gravidade e reiteração que vai além do que se estipula como necessário para satisfazer o ofendido, no intuito de desestimulá-lo à prática de novos atos, além de mitigar a prática de comportamentos semelhantes por parte de potenciais ofensores, assegurando a paz social e consequente função social da responsabilidade civil.

Vê-se que o autor, em nenhum trecho do conceito, se refere ao elemento subjetivo, qual seja, a conduta reprovável do ofensor. Gustavo Andrade, por outro lado, ao justificar a

autorização normativa para a aplicação do instituto, o confunde com a função punitiva da reparação do dano moral:

> É no princípio da dignidade humana, estabelecido no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, que a indenização punitiva encontra sua base lógico-jurídica. A aplicação dessa forma especial de sanção constitui, também, consectário lógico do reconhecimento constitucional dos direitos da personalidade e do direito à indenização do dano moral, encartados no art. 5º, incisos V e X, da Constituição brasileira. (2009, p. 237)

O mesmo equívoco é cometido por Naiara Guimarães de Cerqueira (2010, p. 34) ao concluir que "a indenização punitiva encontra seu fundamento, no ordenamento pátrio, na própria Constituição Federal de 1988, mais especificamente, nos direitos personalíssimos, no direito à indenização por danos morais e no princípio da dignidade humana". O legislador, na esteira desse entendimento deturpado da indenização punitiva pretende que a mesma esteja relacionada ao dano moral. Veja-se o projeto de Lei elaborado pelo Deputado Leonardo Alcântara, de nº 276/2007, que visa alterar o art. 944, do Código Civil, inserindo o seguinte texto:

> **§ 2º A reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante. (NR) (BRASIL, 2010)**

Serpa (2011, p.357) faz severas críticas a este Projeto de Lei, entendendo que o mais adequado seria o seguinte:

> [...] acreditamos que, para regrar eficientemente o instituto em tela, um projeto de lei deve abranger, num todo uniforme: (i) os pressupostos objetivos e subjetivos para a imposição de tal sanção punitiva [...]; (ii) os critérios a serem considerados pelo julgador para a mensuração da sanção [...]; e, ainda, (iii) aspectos materiais relacionados à introdução legislativa da indenização punitiva especialmente no que se refere às hipóteses de responsabilidade indireta e à destinação da condenação ao pagamento de indenização punitiva (p. 357).

Percebe-se, desta forma, em grande parte dos doutrinadores e do próprio legislador entendimentos equivocados acerca dos *punitive damages*, uma vez que há uma constante tentativa de classifica-lo como sendo um fator de fixação do dano moral, isto é, elemento do dano compensatório. No mais, se verifica, muitas vezes, o equívoco ao se deixar de lado o elemento subjetivo que enseja sua aplicação, qual seja, a conduta reprovável do ofensor.

Por outro lado, Serpa (2011, p. 363) bem delimita os requisitos subjetivos que admitem a aplicação da indenização punitiva, sendo que a conduta deverá ser caracterizada por particular "estado de espírito" no qual seja verificado:

> (i) a "malícia" ("*malice*"), que envolve não apenas o cometimento intencional de um ato ilícito, mas, também, o desejo de prejudicar o lesado; (ii) a "intenção" (*"inteni"*), que envolve o cometimento intencional do ato ilícito; ou, ainda, (iii) "temeridade"

> (*"recklessness"*), circunstância na qual o ofensor, embora preveja a potencial ocorrência do resultado danoso, não o deseja (p. 363).

Com efeito, há na literatura nacional uma melhor compreensão acerca do instituto, notadamente daqueles que conseguem vislumbrar sua aplicação fora do âmbito da quantificação do dano moral.

3.2 – Entendimentos jurisprudenciais acerca da indenização punitiva na Jurisprudência brasileira.

A jurisprudência pátria, via de regra, não encontra melhor êxito ao aplicar o objeto deste estudo, um dos casos mais notórios foi o ocorrido nos autos da ação de indenização movida pelos pais de uma criança que teve afundamento de seu crânio e edemas cerebrais decorrentes do uso do fórceps no Hospital Miguel Couto. Trata-se do Agravo por Instrumento de nº 455.846, o qual foi julgado no Supremo Tribunal Federal e ostenta uma aplicação completamente deturpada da indenização punitiva pelo Ministro Celso de Melo. Neste julgado se observa que o julgador inseriu a indenização punitiva como pressuposto de cálculo de arbitramento do dano extrapatrimonial, o que se mostra uma deturpação do instituto ora estudado. Ademais, não há como se extirpar dos *punitive damages* a conduta dolosa, com culpa grave, maliciosa ou reprovável, o que não se pode verificar no caso da responsabilidade objetiva.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, incorreu no mesmo equívoco no seguinte julgado:

> PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS TELEFONIA MÓVEL INSCRIÇÃO INDEVIDA NO ROL DE INADIMPLENTES DANOS MORAIS. Cobrança indevida realizada pela Ré, ensejando a negativação do nome da Autora dano presumido (*in re ipsa*) natureza compensatória e sancionatória (*punitive damages*) da indenização redução do quantum indenizatório para R$ 3.000,00, com observação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade minoração da verba honorária sucumbencial, em respeito aos elementos de apreciação dos incisos do art. 20, § 3º, do CPC. RECURSO DA RÉ PARCIALMENTE PROVIDO (BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo Apelação nº 9165158-42.2009.8.26.0000, Relator: Berenice Marcondes Cesar, Data de Julgamento: 08/05/2012, 27ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 18/05/2012)

Não obstante uma das funções da punição civil delineadas por Paolo Gallo (*apud* MARTINS COSTA e PARGENDLER, 2005)[8] estar demonstrada, é certo que a indenização punitiva serviu apenas para majorar o dano moral sofrido pelo Autor da ação.

[8] (2) situações em que o lucro obtido com o ato ilícito é superior ao dano

Já em outros julgados, nitidamente positivistas e totalmente alinhados com o Estado Liberal, chega-se a deixar de aplicar esse tipo de indenização sob a alegação de falta de disposição legal:

> APELAÇÃO- Crédito rotativo - Seguro desemprego acoplado ao crédito disponível - Denuncia unilateral do contrato em razão do desemprego involuntário - Dano moral inexistente - **Indenização punitiva sem previsão em lei** - Descabimento da restituição dos prêmios do seguro -Sentença ratificada - Regimento do TJSP, art. 252 - Recurso improvido (TJSP 1252814520098260100 SP 0125281-45.2009.8.26.0100, Relator: Maury Bottesini, Data de Julgamento: 06/07/2011, 38ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 14/07/2011).

A crítica que se faz a esse tipo de decisão é que no campo da responsabilidade civil, tendo em vista a velocidade e dinamismo das relações sociais, muitas vezes o legislador não acompanha esta evolução das necessidades sociais (a exemplo de teses doutrinárias aplicadas na jurisprudência sem previsão legal tais como "mero aborrecimento" ou "perda de uma chance" conforme demonstrado logo na introdução do presente artigo). Em outras vezes acompanha de forma equivocada (conforme exemplo citado acima).

Dessa forma, o julgador não pode ficar adstrito à elaboração de uma Lei para aplicar o direito se entender ser o caso, especialmente quando há a possibilidade de aplicação analógica, já que a indenização punitiva é consagrada em diversos países, inclusive em países que adotam o sistema da *civil law* (COSTA e PARGENDLER, 2005, 19-22). Justifica-se negar a aplicação da indenização punitiva por conta de ausência de tradição, porque não é costume brasileiro, ou porque a mesma não se coaduna com o sistema, mas não simplesmente dizer que não se aplica por ausência de Lei.

Na justiça do Trabalho, é comum a menção à indenização punitiva quando se verifica a hipótese de "*Dumping* Social". Ilustra-se a assertiva com a seguinte decisão:

> **EMENTA: DANO SOCIAL ("DUMPING SOCIAL"). IDENTIFICAÇÃO: DESRESPEITO DELIBERADO E REITERADO DA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA. REPARAÇÃO: INDENIZAÇÃO "EX OFFICIO" EM RECLAMAÇÕES INDIVIDUAIS.** Importa compreender que os direitos sociais são o fruto do compromisso firmado pela humanidade para que se pudesse produzir, concretamente, justiça social dentro de uma sociedade capitalista. Esse compromisso, fixado em torno da eficácia dos Direitos Sociais, se institucionalizou em diversos documentos internacionais nos períodos pós-guerra, representando, também, um pacto para a preservação da paz mundial. Esse capitalismo socialmente responsável perfaz-se tanto na perspectiva da produção de bens e oferecimento de serviços quanto na ótica do consumo, como faces da mesma moeda. Deve pautar-se, também, por um sentido ético, na medida em que o desrespeito às normas de caráter social traz para o agressor uma vantagem econômica frente aos seus concorrentes, mas que, ao final, conduz todos ao grande risco da instabilidade social. As agressões ao Direito do Trabalho acabam atingindo uma grande quantidade de pessoas, sendo que destas agressões o empregador muitas vezes se vale para obter vantagem na concorrência

> econômica com relação a vários outros empregadores. Isto implica dano a outros empregadores não identificados que, inadvertidamente, cumprem a legislação trabalhista, ou que, de certo modo, se vêem forçados a agir da mesma forma. Resultado: precarização completa das relações sociais, que se baseiam na lógica do capitalismo de produção. O desrespeito deliberado, inescusável e reiterado da ordem jurídica trabalhista, portanto, representa inegável dano à sociedade. Óbvio que esta prática traduz-se como "dumping social", que prejudica a toda a sociedade e óbvio, igualmente, que o aparato Judiciário não será nunca suficiente para dar vazão às inúmeras demandas em que se busca, meramente, a recomposição da ordem jurídica na perspectiva individual, o que representa um desestímulo para o acesso à justiça e um incentivo ao descumprimento da ordem jurídica. **Assim, nas reclamações trabalhistas em que tais condutas forem constatadas (agressões reincidentes ou ação deliberada, consciente e economicamente inescusável de não respeitar a ordem jurídica trabalhista), tais como: salários em atraso; salários "por fora"; trabalho em horas extras de forma habitual, sem anotação de cartão de ponto de forma fidedigna e o pagamento correspondente; não recolhimento de FGTS; não pagamento das verbas rescisórias; ausência de anotação da CTPS (muitas vezes com utilização fraudulenta de terceirização, cooperativas de trabalho, estagiários, temporários, pejotização etc.); não concessão de férias; não concessão de intervalo para refeição e descanso; trabalho em condições insalubres ou perigosas, sem eliminação concreta dos riscos à saúde etc., deve-se proferir condenação que vise a reparação específica pertinente ao dano social perpetrado, fixada "ex officio" pelo juiz da causa, pois a perspectiva não é a da mera proteção do patrimônio individual, sendo inegável, na sistemática processual ligada à eficácia dos Direitos Sociais, a extensão dos poderes do juiz, mesmo nas lides individuais, para punir o dano social identificado.** (BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO. RECURSO ORDINÁRIO No. 0049300-51-2009-5-15-0137. Rel. Jorge Luiz Souto Maior, DJE 27/04/2012). (Grifou-se).

Essa sentença merece aplausos na medida em que identificou adequadamente os elementos necessários à configuração da indenização punitiva, já que a conduta da Ré se mostra fraudulenta, maliciosa, visa lucro em detrimento aos direitos dos funcionários e ainda se deu de forma dolosa. As atitudes da ré se mostram efetivamente reprováveis e causam danos a toda coletividade, além de que, com a atitude ilícita, a Ré lucraria presumidamente mais do que pagaria em indenização ou verbas trabalhistas. Observe-se, por oportuno, que os *punitive damages* estão dissociados da verba compensatória e da verba destinada à indenização patrimonial. A crítica que poder-se-ia fazer se dá no que tange à condenação *ex officio*, isto é, sem a provocação da parte prejudicada, mas não pecha de atecnia a decisão como um todo.

Anote-se que, na maior parte dos casos, em se tratando de Justiça do Trabalho, a indenização punitiva geralmente é destinada ao FAT (Fundo de Amparo ao Trabalhados) o que, ainda assim, não desnatura a indenização em relação ao *punitive damages* aplicado no direito anglo-saxão.

Parte da doutrina brasileira compartilha do entendimento, a exemplo de Melo (2006) que defende a possibilidade de destinação da indenização punitiva para terceiros com base no art. 883[9], em seu parágrafo único.

Tal solução se mostra a mais adequada, se levarmos em consideração que o art. 884[10], do Código Civil veda o enriquecimento sem causa, argumento dos que rechaçam a aplicação dos *punitive damages* no Brasil.

Assim, tem-se que este é um excelente exemplo de aplicação do instituto, assim como concebido no direito anglo-saxão, o acórdão prolatado pelo Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo acima citado.

4. CONCLUSÃO

O presente estudo trouxe como consequência, ao revés de respostas definitivas, mais questionamentos em relação aos *punitive damages* e sua aplicação no direito brasileiro.

Primeiramente, mediante conceituação restaram estabelecidos os elementos básicos que caracterizam a indenização punitiva. O estudo de casos demonstrou que é possível haver uma racionalidade na aplicação e valoração da indenização punitiva, que existem critérios, até mesmo matemáticos, para limitar o valor da indenização.

De igual forma, chegou-se à evidência de que no Brasil a jurisprudência não aplica os *punitive damages* de forma adequada à sua concepção no direito da *common law* se o mesmo serve apenas como critério de cálculo da indenização por danos morais, como é defendido por parte da doutrina e vasta jurisprudência.

A crítica doutrinária consistente na impossibilidade de se conceber indenizações punitivas no Brasil tendo em vista a impossibilidade de enriquecimento sem causa, cai por terra se observarmos que, mesmo nos Estados Unidos, em alguns, casos a indenização, quando deveras elevada, é destinada a terceiros, como instituições de caridade. A justiça laboral no Brasil já aplica o instituto dessa forma, destinando, na mais das vezes, a indenização punitiva para o FAT (Fundo de Amparo ao Trabalhador). Ademais, mediante interpretação extensiva do parágrafo único do art. 883, do CC/2002, se concebe que a destinação da indenização seja dada a terceiros.

---

[9] Art. 883. Não terá direito à repetição aquele que deu alguma coisa para obter fim ilícito, imoral, ou proibido por lei.
Parágrafo único. No caso deste artigo, o que se deu reverterá em favor de estabelecimento local de beneficência, a critério do juiz.

[10] Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

No que pertine ao argumento de impossibilidade de aplicação do instituto em função da ausência de previsão legal, parte da doutrina, por exemplo, defende a introdução de um dispositivo no código civil que preveja o instituto (SERPA, 2011), conforme antes aludido. Esta mesma parte da doutrina entende que a indenização punitiva não se mostraria incompatível com as finalidades perseguidas pelo Direito Civil, pois não são poucas as sanções típicas deste ramo do direito. Todavia, a falta de disposição legal seria um obstáculo instransponível para a aplicação da indenização punitiva, devendo a lei a ser formulada fixar não apenas os critérios objetivos e subjetivos para sua incidência, mas os necessários à fixação da indenização.

No entanto, tal conclusão não merece guarida. A uma porque no âmbito da responsabilidade civil a jurisprudência pátria sempre andou à frente da Lei, fato este provado em relação à indenização por dano moral, concedida pelos nossos tribunais antes mesmo de sua previsão na Constituição Federal de 1988, quando a mesma era até moralmente contestada. Atualmente os Tribunais de Justiça e o STJ aplicam teses doutrinárias como a do "mero aborrecimento" e "da perda de uma chance", como demonstrado anteriormente.

A duas porque há dispositivos legais de interpretação aberta que permitem tal tipo de responsabilização civil. Como exemplo, observa-se os artigos 6º e 84 d do Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal nº 8.078/90), que preveem a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos, e a concessão de tutela específica da obrigação ou providências que assegurem o resultado prático equivalente ao adimplemento.

Nesses dispositivos se percebe claramente a possibilidade de aplicação dos *punitive damages*, vez que o Juiz deverá, ao aplicar o direito, dar efetividade à prevenção e reparação de danos (incluindo os danos coletivos e difusos), sendo que a indenização punitiva pode ser um meio de se assegurar o resultado prático desta tentativa de prevenção.

A dúvida que surge (e se exige um estudo específico para saná-la) é se tais dispositivos poderiam alcançar vítimas pertencentes a outros grupos que não os inseridos no âmbito consumerista, por meio da analogia, considerando-se situação clara de hipossuficiência da vítima em relação ao ofensor.

No âmbito contratual, não obstante alguns doutrinadores (como Costa e Pargendler, 2005) entenderem que não se aplica o instituto, o art. 421, do Código Civil antevê que o contrato deverá atender a sua "função social". Assim, temos que se determinado contrato contiver cláusulas iníquas, que prevejam situações de alto grau de reprovabilidade se ensejaria aplicação da indenização punitiva como forma de deter sua proliferação, situação que se amoldaria perfeitamente com um dos objetivos da indenização punitiva: o *deterrence*. Um exemplo de aplicação neste tipo de situação são os contratos de financiamento os quais contém cláusulas

ilegais, assim declaradas pelo STJ[11], mesmo após essa declaração. Uma indenização num valor elevado poderia estimular as instituições financeiras a evitarem cobranças claramente indevidas.

De igual sorte, o art. 422 do Código Civil prescreve a necessidade de os contratantes agirem com boa-fé, seja nos atos preparatórios, seja na execução do contrato. O que se amolda a situações como as do caso State Farm v. Campbell (anteriormente narrado), em que a indenização decorreu do descumprimento mediante fraude e má-fé deliberada em relação ao cumprimento do contrato de seguro.

Nesse contexto, verifica-se a possibilidade de aplicação dos *punitive damages*, mesmo que não haja expressa disposição legal que os prevejam. A doutrina mais qualificada já fornece todos os critérios (objetivos, subjetivos e quantificadores da indenização) para sua aplicação. A lei, mediante interpretação sistemática e analógica permite ao intérprete aplicar tal instituto, nos moldes dos dispositivos retro citados.

Assim, a falta de incidência da indenização punitiva, que já vem sendo questionada pelo próprio judiciário, se mostra uma perda de grandes oportunidades para se evitar repetição de condutas ilegais, imorais e que possuem elevado grau de reprovabilidade.

REFERÊNCIAS

_____. Consumer Attorneys of California, **Know the Facts: The McDonald's Coffee Case,** disponível em < http://www.caoc.com/facts.htm > , acesso em 03 fev, 2015.

_____. Stella Award Subscriptions, **Opportunists and Self-Described Victims,Plaintiffs v. Any Available Deep Pockets and the United States Justice System,Defendants**, disponível em < http://www.stellaawards.com/stella.html >, acesso em 02 fev. 2015.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva: Os *Punitive Damages* na Experiência do *Common Law* e na Perspectiva Do Direito Brasileiro**. 2. ed. atual. ampl. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

BIRSCH, Douglas; FIELDER, John H. **The Ford Pinto case: a study in applied ethics.** Business, and technology. Nova York: State University of New York Press, 1994.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei Federal de nº 276/2007. Autor Deputado Leonardo Alcântara, Brasília, 2007. Disponível em: < http://www.camara.gov.br/sileg/integras/438647.pdf >, acessado em: 02 mar. 2015.

[11] Exemplo da cobrança de TAC e TEC, declaradas ilegais com o fim da vigência da resolução CMN n. 3.518/2007, nos termos da Súmula 565, do STJ.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo de Instrumento nº 455846, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 11/10/2004, publicado em DJ 21/10/2004 PP-00018 RDDP n. 22, 2005, p. 160-163

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp nº 788459. Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa. DJe de 01.09.2006.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp n 1.234.549. Rel. Min. Massami Uyeda. DJe 10.02.2012.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Recurso Inominado nº 0024839-13.2011.807.0009, Relator: JOÃO FISCHER, Data de Julgamento: 13/03/2012, 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal, Data de Publicação: 21/03/2012, DJ-e Pág. 254.

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO. Recurso Ordinário No. 0049300-51-2009-5-15-0137. Rel. Jorge Luiz Souto Maior, DJE 27/04/2012.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Apelação nº 9165158-42.2009.8.26.0000, Relator: Berenice Marcondes Cesar, Data de Julgamento: 08/05/2012, 27ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 18/05/2012

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp nº 1.269.246. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. DJe 27.05.2014.

CERQUEIRA, Naiara Gumarães de. **Disciplina Jurídica dos *Punitive Damages* no Ordenamento jurídica Brasileiro.** Salvador: Revista CJF, 2010. Disponível em < http://www.cjf.jus.br/revista/numero28/**artigo**02.pdf >, acessado em 01/03/2015.

CURTIS, William. **Liability of Employers for Punitive Damages Resultling from Acts of Employees.** Chicago Kent Law Review. V. 54., jan 1978.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Liebeck v. McDonald's Restaurants**, P.T.S., Inc., No. D-202 CV-93-02419, 1995 WL 360309. Bernalillo County, N.M. Dist. Ct. August 18, 1994.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. BMW OF NORTH AMERICA, INC. v. GORE. CERTIORARI TO THE SUPREME COURT OF ALABAMA No. 94-896. Argued October 11, 1995-Decided May 20,1996, disponível em < https://supreme.justia.com/cases/federal/us/517/559/case.html >, acesso em 20.03.2016.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. SUPREME COURT. BMW, Inc. v. Gore, 701 So. 2d 507 Ala. 1997.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. STATE FARM MUTUAL AUTOMOBILE INSURANCE *CO. v.* CAMPBELL ET AL. CERTIORARI TO THE SUPREME COURT OF UTAH No. 01-1289. Argued December 11, 2002-Decided April 7, 2003, disponível em < https://supreme.justia.com/cases/federal/us/538/408/case.html >, acesso em 20.03.2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003.

GONÇALVES, Vitor Fernandes. **A indenização do dano moral e da lesão a interesses difusos**. Brasília, Brasília Jurídica: 2005.

JOHNSON, John W. **Historic U.S. Courts Cases: an encyclopedia.** 2 ed. New York: Routledge, 2001.

LEGGET, Christopher. **The Ford Pinto Case: The Valuation of Life as it Applies to the Negligence-Efficiency Argument.** 1999. Disponível em: < http://users.wfu.edu/palmitar/Law&Valuation/Papers/1999/Leggett-pinto.html >, acesso em 07.03.2015.

MA AKESTAD, William. **Redefining Corporate Crime**. Mutinacional Monitor, vol. 8, nº 5, May 1987. Disponível em: < http://www.multinationalmonitor.org/hyper/issues/1987/05/maakestad.html >, acesso em 07.05.2015

MALLOR, Jane and ROBERTS, Barry. **Punitive Damages: toward a principled approach.** Hastings Law Journal, Janeiro, 1980.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. **Usos e Abusos da Função Punitiva**: *punitive damages* e o Direito Brasileiro. Revista CEJ, Brasília, n.º 28, p. 15/32, jan./mar. 2005.

MELO, Diogo Leonardo Machado de. **Ainda sobre a Função Punitiva da Reparação dos Danos Morais (e a Destinação de Parte de Indenização para Entidades de Fins Sociais – Art. 883, Parágrafo Único, do Código Civil de 2002)**, *in* Revista de Direito Privado, vol. 26, jun-2006.

MURPHY, Colleen P. **The Bedbug Case and State Farm v. Campbell.** Roger Williams U. L. Rev. 579 (2003-2004).

OWEN, David G. **A punitive damages overview: functions, problems and reform.** Villa Nova Law Review, 1994.

RESEDÁ, Salomão. **A Função Social do Dano Moral**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

RUSTAD, Michael and KOENIG, Thomas. **The Historical Continuity of Punitive Damages Awards: Reforming the Tort Reformers**. American University Law Review 42, no. 4 (Summer 1993): 1269-1333.

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.

SARAIVA, Leonardo Freire. ***Punitive Damages* e o Direito brasileiro: critérios utilizados em sua aplicação pelos tribunais brasileiros**. Monografia (Graduação), Curso de direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006.

SEBOK, Anthony J., **What Did Punitive Damages Do? Why Misunderstanding the History of Punitive Damages Matters Today**. Chicago-Kent Law Review, Forthcoming. Disponível em < http://ssrn.com/abstract=388861 ou http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.388861 >, acesso em 09/03/2015.

SERPA, Pedro Ricardo. **Indenização Punitiva.** Dissertação de Mestrado, Curso de Direito, Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.