

O GRAU DE CULPA DO OFENSOR E A APLICAÇÃO DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA: PARALELO ENTRE O DIREITO NORTE-AMERICANO E A REALIDADE DOUTRINÁRIA BRASILEIRA

Daniela Braga Paiano¹

Indyanara Cristina Pini²

Resumo: O artigo tem por objetivo demonstrar, inicialmente, o contexto histórico da responsabilidade civil, permeando o Direito Romano, e, após, o Direito Canônico, que alterou, substancialmente, a ideia de punição inerente ao dano na civilização romana, e influenciou as modificações no tocante às indenizações dos sistemas *civil law* e *common law*. Após, será demonstrada a evolução histórica do dano moral até a sua atual acepção no ordenamento jurídico brasileiro, bem como as discussões inerentes a aplicação do dano punitivo nas indenizações. No estudo aqui desenvolvido, buscou-se analisar como o instituto de *punitive damages* é tratado nos Estados Unidos da América, especialmente no que diz respeito à gradação da culpa para fixação das indenizações, e, igualmente, invocou-se um caso emblemático, a fim de que pudesse ser possível, utilizando o método comparativo e dedutivo, obtido através da pesquisa bibliográfica, encontrar uma convergência para a implementação da indenização punitiva no direito pátrio.

Palavras-Chave: Direito Romano; Responsabilidade Civil; Dano Moral; Punição; Culpa Grave;

¹ Pós-doutoranda e Doutora em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).

² Mestranda no Programa de Mestrado em Direito Negocial da UEL; Advogada.

THE DEGREE OF GUILT OF THE OFFENDER AND THE APPLICATION OF THE PUNITIVE INDEMNITY: PARALLEL BETWEEN NORTH AMERICAN LAW AND THE BRAZILIAN DOCTRINAL REALITY

Abstract: The article aims to demonstrate, initially, the historical context of civil liability, permeating Roman Law, and, later, Canon Law, which substantially changed the idea of punishment inherent to damage in Roman civilization, and influenced the changes with regard to indemnities from the civil law and common law systems. Afterwards, the historical evolution of moral damage up to its current meaning in the Brazilian legal system will be demonstrated, as well as the discussions inherent to the application of punitive damages in indemnities. In the study developed here, we sought to analyze how the punitive damages institute is treated in the United States of America, especially with regard to the gradation of guilt for fixing the indemnities, and, equally, an emblematic case was invoked, in order that it could be possible, using the comparative and deductive method, obtained through bibliographical research, to find a convergence for the implementation of punitive damages in the national law.

Keywords: Roman Law; Civil Responsibility; Moral Damage; Punishment; Serious Guilt.

INTRODUÇÃO



Em uma sociedade os indivíduos são sempre regulamentados por normas, sejam elas deontológicas, morais ou religiosas, com determinados padrões éticos que se baseiam, sobretudo, em regras e deveres e que impõem um padrão de conduta proba, evitando causar danos aos demais, já que, havendo um

descumprimento das regras estabelecidas, como consequência, haverá o surgimento de um dever sucessivo, cujo objetivo se calca no restabelecimento da ordem abalada, resultando assim na responsabilização civil do agente causador do dano, que deverá arcar com os prejuízos causados ainda que desprovidos de valor econômico, como no caso do dano moral.

Justamente pela lesão atingir direitos de aspecto subjetivos, a reparação dos danos morais não comporta uma indenização *in natura*, de modo que se torna necessária a reparação mediante a imposição de um determinado valor pecuniário como meio de compensação pelo dano aos princípios da dignidade humana que a vítima tenha sofrido, não representando, contudo, uma valoração em pecúnia de princípios tão íntimos.

E, se a obrigação de reparabilidade se mostra tão clara após a ocorrência de um dano, as discussões pertinentes se concentram justamente nos meios para fixação dos valores correspondentes para que seja efetivada a compensação à lesão sofrida, observando que a indenização deve ser vista como tríade em detrimento ao ofensor, tendo por escopo a reparação, punição e prevenção.

Ao se invocar a possibilidade de atribuir uma função punitiva a indenização no ordenamento pátrio, imediatamente, sobrevém à memória do ouvinte os clássicos júris e indenizações milionárias fixadas nos Estados Unidos da América, e, por conseguinte, casos emblemáticos que foram discutidos nos Tribunais.

A reminiscência, contudo, não abarca as discussões que permeiam o campo indenizatório no país citado, tampouco esclarece se há pacificidade quanto à aceitação dos *punitive damages* na experiência jurídica que parece não deixar passar impune qualquer ato de violação aos direitos dos estadunidenses, especialmente aqueles decorrentes das relações de consumo.

A nível nacional, a ideia de indenização punitiva ainda se mostra controversa no meio doutrinário, embora uma parcela

considerável da doutrina reconheça a tríplice função da reparabilidade, rechaçam, sob qualquer vertente, a aplicação dos danos punitivos, e, por consequência a imposição de uma indenização voltada à punição por fundamentos que caminham entre a ausência de previsão legal e a vedação de enriquecimento ilícito da vítima.

Considerando, portanto, as particularidades de cada país e cada ordenamento jurídico, o trabalho tem por escopo se dedicar a comparação dos institutos indenizatórios, de modo a verificar se há divergências no enfrentamento da questão punitiva, ou ainda, se existem similaridades de discordâncias, e, igualmente, traçar um ponto de encontro para a aplicação da indenização punitiva no Brasil.

1 A REPARABILIDADE DO DANO EXTRAPATRIMONIAL NO DIREITO BRASILEIRO: O CONTEXTO HISTÓRICO DO DANO MORAL INDENIZÁVEL

1.1 A RESPONSABILIDADE CIVIL E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA: DO DIREITO ROMANO À IDADE MÉDIA

A fim de contextualizar o instituto da responsabilidade civil, e, por consequência, expor as questões atinentes a punibilidade inerente às indenizações, faz-se mister elaborar um breve retrospecto de referido campo, iniciando-se no Direito Romano, de onde deriva a tradição jurídica dos países de *civil law*, como, *in casu*, Brasil e Alemanha.

No Direito Romano, os atos ilícitos eram categorizados em dois tipos, quais sejam os delitos públicos e os delitos privados.

Os delitos públicos eram aqueles considerados de elevada importância social, a ponto de justificar a persecução direta, pelo próprio Estado, em Tribunais especiais, visando a aplicação de uma pena pública, que podia consistir na morte,

castigos corporais ou multa, ao passo que, os delitos privados causavam danos à honra, a integridade física ou aos bens do indivíduo, sendo que, a diferença marcante entre as duas modalidades de atos ilícitos é que neste caso, a vítima poderia intentar uma *actio* para obrigar o ofensor a pagar uma pena privada, sem prejuízo ainda do ingresso com ação para o ressarcimento do prejuízo (DAL PIZZOL, 2020).

De uma análise dos delitos em questão, verifica-se que no tocante aos delitos privados, no Direito Romano, que vigorou no período pré-clássico e clássico, assemelhava-se, em verdade, ao modelo dos danos punitivos praticados nos países da *common law*, frente ao caráter punitivo que desempenhavam.

Convém esclarecer que, em relação à ação reipersecutória (*actiones reipersecutoriae*), cujo objetivo era tão somente a compensação, sem intento punitivo (*poenale*), tinha caráter transmissível, tanto ativa como passivamente, diversamente das punitivas, e, o ressarcimento era limitado ao valor do dano, e, apenas uma vez. Desta forma, se vários fossem os autores do dano, a obrigação de ressarcir se dava de forma solidária e não cumulativa. Por fim, se houvesse mais de uma via processual para a obtenção do ressarcimento, a satisfação por qualquer das vias impedia a utilização de outras (VOCI, 1939).

O sistema em questão, contudo, muito mais parecido com o *common law*, sofreu modificação no direito pós-clássico, quando então, muitas das *actione poenales*, cuja função era exclusivamente punitiva, passaram a ser mistas, *in casu*, chamadas *actio mixta*, sendo a definição como condenações *ultra simplum*, sendo que o *simplum* seria o ressarcimento e o *plus* a pena. Também, a pena não era mais cumulativa em relação aos coautores, mas sim solidária (DAL PIZZOL, 2020).

Como mencionado, referido sistema utilizado no Direito Romano, em todos os períodos, mais se aproxima do que hoje em dia é adotado nos países da *common law*. A partir disto, indaga-se, como os países da *civil law* chegaram ao atual modelo

de responsabilidade civil?

A indagação é respondida da análise das modificações feitas nas tradições do Direito Romano durante a Idade Média, chegando, por consequência, nos países que adotam a *civil law*, ao que se conhece hoje como modelo indenizatório limitado à extensão do dano.

As razões de tais modificações são decorrentes da crescente influência do Direito Canônico e doutrina cristã, motivo pelo qual, as ideias de vingança e punição oriundas do Direito Romano foram substituídas pelos preceitos de perdão e misericórdia. Ato contínuo, os juristas medievais deram preferência ao modelo de ação *damnum iniuria datum*, onde as condenações se limitavam ao valor do dano sofrido, e, aos poucos, o sistema de responsabilidade civil foi se baseando na culpa (DAL PIZZOL, 2020).

Esse processo foi aprofundado pela Escola de Direito Natural, sendo que, ao final, as várias ações existentes no Direito Romano deram lugar ao princípio geral da responsabilidade civil, qual seja, o *neminem laedere*, sem qualquer previsão ou conotação punitiva, limitando-se a uma responsabilização compensatória e preceitos de que não se cause danos a terceiros.

1.2 OS CAMINHOS DO DANO MORAL INDENIZÁVEL NO DIREITO BRASILEIRO

Se na Idade Média houve o afastamento da punição frente à indenização pelos danos praticados a terceiros, incluindo aqueles que violavam a honra, no ordenamento jurídico brasileiro muito se discutiu até que se chegasse a reparabilidade do dano moral, ou seja, se seria ou não reparado, não existindo, de início, discussões acerca de punição ou reparação integral.

A história do ressarcimento do dano moral no cenário pátrio, contudo, não remonta a período secular como os estudos de Direito Romano, mas sim, há basicamente três décadas, já que,

até a promulgação da Constituição Federal de 1988, inexistia consenso sobre a possibilidade de ressarcimento dos danos morais em nosso ordenamento.

Isto porque, em um primeiro momento, a sistemática civil era marcada pelo critério da patrimonialidade, em muito devido à influência do Código de Napoleão, o que resultou no desprestígio do ser humano como dotado de valores em si (FEIJÓ, 2019, p. 65-66).

Vale dizer, portanto, que valores inerentes à dignidade do indivíduo, como promulgado pela Constituição de 1988 era matéria ainda intangível, destacando-se que a contemplação de tais atributos se relaciona, inclusive, aos catastróficos resultados da 2ª Guerra Mundial, em que o ser humano, em decorrência das abomináveis práticas nazistas passou a ser visto a partir de outras perspectivas, demandando também uma proteção antes ainda inimaginável.

Como mencionado, antes desta mudança de paradigma em relação ao indivíduo, o materialismo exacerbado impossibilitava uma hermenêutica assecuratória da ampla proteção ao ser humano como um valor próprio. O patrimônio funcionava como um eixo indispensável a toda engrenagem jurídica, deixando o ser humano em segundo plano, sendo-lhe reservadas apenas algumas poucas e raras previsões normativas, e, como consequência, a responsabilidade civil era encarada apenas como forma de obrigar o ofensor a garantir o *status quo ante* ao ofendido, evitando que este viesse a arcar com os prejuízos decorrentes do ato ilícito praticado por aquele. Era, portanto, inaceitável pensar na possibilidade de dano moral, já que os valores fundamentais atrelados ao indivíduo eram desprestigiados (RESEDÁ, 2009).

Sem adentrar ao período colonial, pela limitada extensão deste trabalho, partindo-se apenas do período posterior à vigência do Código Civil de 1916, não só os tribunais, como também os doutrinadores, divergiam quanto a possibilidade de se valorar, de forma pecuniária, prejuízos que não fosse aqueles de ordem

material.

Embora o Código Civil de 1916 não tratasse, especificamente, da reparabilidade do dano moral, também não o obstava, deixando em aberto alguns caminhos que serviram para o amadurecimento do instituto (FEIJÓ, 2019, p. 67).

Apesar disto, muitos eram seus críticos, e, aqui, pode-se destacar o pensamento de Lafayette Rodrigues Pereira (1956) acerca do tema, ressaltando grande descaso pelo dano moral, à medida em que asseverava o dano poderia ser físico ou moral, sem relação com o patrimônio material da vítima, como exemplo um dano físico que não impede o exercício do trabalho, ou ainda um dano à honra subjetiva, a título de exemplos, que se transformados em valor pecuniário poderão ser considerados grandes extravagâncias do espírito humano.

A pacificação do assunto só veio com o advento da Constituição Federal, que estabeleceu, em seu art. 5º, inciso V e X, de forma expressa, a possibilidade de indenização do dano moral, passando então a ser aplicada a indenização nos casos em discussão³.

O dano moral tem como causa a injusta violação a uma situação jurídica subjetiva através da cláusula geral de tutela da personalidade que foi instituída e tem como sua fonte na Constituição Federal, em particular e diretamente decorrente do princípio fundante da dignidade da pessoa humana (MORAES, 2009, p. 133).

Após, o assunto também foi sedimentado no Código Civil de 2002, ao passo que, na atualidade, inexistem discussões sobre o cabimento ou não do instituto, mantendo-se, contudo, a

³ CIVIL. DANO MORAL. O dano moral independe de prova, porque a respectiva percepção decorre do senso comum. O acidente de trabalho que resulta na perda, pelo empregado, de dois dedos de sua mão direita, gera sofrimento indenizável a título de dano moral. Recurso especial conhecido e provido.

(STJ - REsp: 260792 SP 2000/0052553-7, Relator: Ministro ARI PARGENDLER, Data de Julgamento: 26/09/2000, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 23.10.2000 p. 140 JBCC vol. 185 p. 548)

inquietude no tocante ao *quantum* indenizatório e a sua efetividade frente as violações recorrentes, motivando assim a defesa da aplicação dos danos punitivos.

2 A CONTROVÉRSIA DO DANO PUNITIVO

2.1 O DANO PUNITIVO NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

À medida que os valores e frequência das indenizações punitivas aumentavam nos Estados Unidos, crescia também o debate acerca da temática, sendo objeto de grande politização e, acima de tudo, polarização, já que, havia aqueles que defendiam, ao passo que outros, em igual medida, pretendiam pela sua extinção.

É imperioso ressaltar, inclusive, que no país citado, foram três os momentos de debates sobre a indenização punitiva, sendo o primeiro deles por insulto e humilhação, no período compreendido entre 1.750 e 1.880. Assim como na Inglaterra, os casos mais antigos dos Estados Unidos focam-se no caráter insultante e humilhante do ato ilícito do réu, caracterizados também como as tradicionais *torts* intencionais (WALKER, 2015, p. 99).

A segunda fase, no período compreendido entre 1880 e 1950, concentrava-se na punição por abuso de poder. Neste ínterim, surgem demandas pela indenização punitiva em ações envolvendo linhas férreas e transações comerciais, e as cortes começam a reconhecer a aplicabilidade do instituto nesses casos (WALKER, 2015, p. 103).

Entre os defensores, notadamente, associações de defesas de consumidores e os advogados especializados em ajuizar demandas, especialmente no campo dos *torts*, asseveram que os *punitive damages* são os únicos instrumentos capazes de dissuadir os ofensores a tomarem por base uma análise “custo-

benefício”, a exemplo do caso *Ford Pinto*. Isto porque, sem uma prévia noção da imposição dos danos punitivos, torna-se impossível que o agente calcule o custo de sua conduta danosa (DAL PIZZOL, 2020, p. 31).

Neste cenário, como bem defendido por Michael Rustad (1992), o medo se torna um fator dissuasivo especialmente efetivo quando a penalidade é indeterminada, defendendo ainda a aplicação dos *punitive damages*, pois, em sua perspectiva, os entes governamentais não estariam aptos a investigar as condutas que ensejam as indenizações, e, o ônus da dissuasão e punição recairiam aos estados e ao governo federal, lembrando ainda que promotores e polícia não disporiam dos meios necessários para processar os riscos de determinados produtos, motivo pelo qual as grandes companhias que colocam em risco a segurança da sociedade não seriam punidas.

Ainda, no panorama defensivo das indenizações punitivas, encontram-se argumentos no sentido de que, sem a incidência, muitas vítimas podem deixar de ajuizar demandas, bem como o fato de que a vítima do dano precisará cumprir o ônus de comprovar a sua alegação, e, na soma de cenários como os narrados, o ofensor pode se safar de punições, motivo pelo qual, como defendido por Richard A. Posner (*apud* DAL PIZZOL, 2020, p. 33), “se um ofensor for apanhado apenas metade das vezes em que comete um ilícito, é justamente nestes casos, em que é apanhado, que deve ser punido de forma duas vezes mais rigorosa, compensando assim as vezes em que escapa da responsabilidade”.

Em sentido oposto, entre os críticos, e, entre a crítica mais recorrente, reside o fato da imprevisibilidade dos *punitive damages*, já que para situações que podem ser consideradas ínfimas sob o aspecto econômico, para a própria vítima, a indenização pode chegar a milhões de dólares.

Qualquer que sejam seus fins últimos, a preocupação mais difundida acerca dos danos punitivos é a de que eles são imprevisíveis. [...] As pessoas têm um grau de consenso moral

notavelmente elevado no que diz respeito aos graus de indignação e punição que são apropriados nos casos de danos punitivos. [...] Este consenso desaparece, contudo, quando o sistema legal usa dólares como forma de medir a indignação moral. Mesmo quando há um consenso sobre a indenização punitiva, não há consenso sobre quantos dólares são necessários para produzir o nível de sofrimento apropriado ao réu (SUNSTEIN *et al*, 1998, p. 2075-78).

Os críticos sustentam ainda que a falta de informações claras ao júri, *in casu*, com instruções genéricas e sem informações adequadas sobre valores médios a serem fixados e sem dados para calcularem o valor necessário para dissuadir a prática do ilícito, são causas da imprevisibilidade dos montantes fixados a título de indenização.

Como parte ainda das críticas aos *punitive damages*, está o fato de que a imprevisibilidades dos valores fomentam o ingresso com demandas, cujos autores estariam na expectativa de enriquecimento, dificultando, inclusive, possíveis acordos.

Neste cenário polarizado, a indenização punitiva no país entra em sua terceira fase, cujo preceito é a atração da dissuasão eficiente, havendo a expansão do escopo da indenização punitiva, sendo a sua aplicação nos casos de *business torts* e responsabilidade por fato do produto.

Como parte da “*tort reform*”, os opositores do instituto conseguiram estabelecer, no âmbito dos Estados, nas décadas de 70, 80 e 90, inúmeras restrições aos *punitive damages*, especialmente por meio de atos legislativos (*statutes*), e por precedentes judiciais, ressaltando, a título de elucidação, a fixação de valores máximos para indenizações, bem como a proibição dos danos punitivos excederem os danos compensatórios quando nos mesmos casos, elevação de carga probatória para aplicação dos danos punitivos, maior poder de revisão aos juízes e tribunais frente às decisões arbitradas pelos júris populares, destinação de uma porcentagem das indenizações ao Erário ou fundo público, entre outras medidas. Estima-se que cerca de 30 dos 50 Estados americanos tenham estabelecido restrições como essas aos

punitive damages, por meio de *statutes*, durante o movimento da *tort reform* (DAL PIZZOL, 2020).

Destaca-se que, nos Estados Unidos, o tema dos *punitive damages* é regulamentado no plano estadual, por meio de precedentes das cortes estaduais, diferentemente, portanto, do Brasil, em que é de competência da União legislar sobre matérias de direito civil.

Vale ressaltar, ainda, que, cabendo a cada um dos Estados a aceitação ou não dos *punitive damages* nas contendas ajuizadas, tem-se que o Estado de Nebraska veda a incidência da referida indenização, e, em Massachusetts, Lousiana, Washington e New Hampshire, a incidência só é permitida nos casos em que a lei traz previsão expressa. Nos outros quarenta e três Estados os *punitive damages* são admitidos sem qualquer necessidade de previsão legal, sendo um remédio da *common law*, desde que configurado um comportamento grave da parte do ofensor (DAL PIZZOL, 2020, p. 43)

2.2 O DANO PUNITIVO NO BRASIL

Em panorama histórico, como já citado, a finalidade precípua da responsabilidade civil, no Direito Romano, fonte de inspiração para o ordenamento pátrio, era justamente a punição do ofensor.

A doutrina, explorando a natureza jurídica da indenização por dano moral elucida três teorias, a saber: a teoria da pena, a teoria da compensação e, por fim, a teoria mista, em que as duas teorias iniciais se somariam, de modo a chegar a um modelo efetivo de reparação.

Inicia-se uma breve explanação acerca das três teorias, destacando-se que, como explanado por Arthur Feijó (2019), a teoria da pena sofre grande rejeição por boa parte da doutrina pátria, notadamente pelos argumentos que, é impossível realizar uma efetiva reparação do dano e, em seguida, que seria imoral

compensar a dor com o dinheiro, já que não são equivalentes, e, por certo, jamais poderão ser.

A crítica em questão remonta mais às discussões históricas quanto a possibilidade de se fixar indenizações para situações em que não há abalo econômico da vítima, mostrando-se demasiadamente materialista e afastada dos preceitos atinentes à dignidade humana e todos os princípios vinculados ao sujeito no ordenamento vigente.

Justamente em contraponto ao argumento suscitado, Américo Luís Martins (2015) defende que o dano moral exerce duas funções, sendo a de expiação em relação ao culpado e de satisfação em relação a vítima, destacando que essa função expiatória tem sim um caráter de pena, objetivando acarretar perda ao patrimônio do culpado, estando aí o sentido punitivo, e, a vítima aplacará seu sofrimento e, inclusive, seu instinto de vingança fruindo de prazeres que também o dinheiro é capaz de proporcionar.

Lado outro, balizando entre a possível imoralidade e o cabimento, René Savatier *apud* André Gustavo Corrêa de Andrade (2009) defendia também a indenização por dano moral a partir de um aspecto punitivo, desempenhando papel de pena privada, mas, desde que baseada em situações de grande gravidade, de modo que não se tornaria possível banalizar um sofrimento oferecendo uma alegria tão vulgar, ao passo que, tendo a sanção pecuniária um aspecto real de pena, seria revelado verdadeiro instituto de justiça e equilíbrio.

A teoria da pena, portanto, parece adequada se analisada sob os prismas citados, possibilitando a sua aplicação, por exemplo, em determinados casos que se vislumbra maior gravidade da conduta danosa, mas, não encontra respaldo de parte majoritária da doutrina.

Por seu turno, parte da doutrina enxerga, na teoria da compensação, uma forma de devolução à vítima de seu contexto anímico anterior, pois, os prazeres proporcionados pelo

dinheiro, mesmo que indiretamente, seriam capazes de atenuar o sofrimento (FEIJÓ, 2019, p. 72).

Mas, é na teoria mista que, atualmente, verifica-se, do aspecto doutrinário e jurisprudencial, com críticas, é claro, de grandes doutrinadores, citando a exemplo, Anderson Schreiber, que mais se enquadram as funções buscadas pela indenização por dano moral.

Entre aqueles que criticam a teoria, pela adoção de uma função punitiva, os argumentos categóricos são a ausência de especificação do que seria, efetivamente a parcela monetária correspondente à punição, como sustenta Anderson Schreiber (2015) asseverando que os *punitive damages* não se mostram como uma parcela adicional à indenização, mas sim imbuídos na própria compensação do dano moral, fato que leva a doutrina a admitir o caráter compensatório e punitivo na indenização.

Ato contínuo, em arremate, o aludido doutrinador esclarece ainda que a combinação de critérios punitivos e compensatórios cria uma espécie bizarra de indenização, ao passo que não se sabe em que medida se compensa o dano ou que se apena o ofensor.

Outro fator que estimula as críticas quando se fala em função punitiva ao causador do dano, surge o debate quanto a ausência de previsão legal para referida aplicação, sob o argumento de que, para que haja pena se faz necessário um texto legal expresso que a comine, bem como um possível delito que a justifique, sob a égide do *nulla poena sine lege; nullum crimen sine lege*, ao passo que, para a existência de um dano basta apenas a infringência de uma regra, calcando-se no *neminem laedere*. Na responsabilidade civil se ampara na pessoa do ofendido e não na do ofensor, aliado ainda a extensão do prejuízo para fixação do *quantum* reparados e não propriamente na culpa do autor do ilícito (SILVA, 1983).

Em tal posição é possível observar ainda as críticas quanto a possível responsabilização objetiva do autor do dano,

já que, no campo penal, para imposição de uma sanção, obrigatoriamente se veicula a ação a culpa.

Apesar dos argumentos esposados, que são seguidos por outros doutrinadores, a exemplo de Orlando Gomes⁴, é certo que a discussão quanto a impossibilidade de se atribuir um caráter punitivo ao dano moral não se sustenta, mormente pelas posições majoritárias da doutrina, aliado ainda a recepção de tal função pela própria Jurisprudência Nacional notadamente pela pacificação do tema, em especial, pelo Superior Tribunal de Justiça⁵.

A indenização punitiva do dano moral surge como reflexo da mudança de paradigma da responsabilidade civil e atende a dois objetivos bem definidos: a prevenção (através da dissuasão) e a punição (no sentido de redistribuição) (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 106).

Ainda, complementando o excerto citado, André Gustavo Correa de Andrade (2009) assevera que as duas finalidades em comento estão interligadas, sendo que a punição tem justamente o propósito de prevenir.

Destaca-se que uma razão para o ressurgimento da função punitiva é a percepção cada vez mais forte de que, um modelo exclusivamente compensatório seria insuficiente para dissuadir futuros ilícitos, especialmente nos casos em que o lucro que o réu pretende obter com as práticas danosas supera o montante projetado a título de danos compensatórios a serem pagos em favor da vítima (DAL PIZZOL, 2020).

Ainda, em total distinção àqueles que ponderam pela ausência de legislação específica para que o dano moral possa ter

⁴ O citado autor se opõe à natureza punitiva da indenização por dano moral, posto que, em sua visão, a fixação da indenização não tem o condão de diminuir o patrimônio do ofensor, mas, tão somente, propiciar vantagem à vítima. (GOMES, 2000. p. 272)

⁵ Cabe ao Superior Tribunal de Justiça o controle do valor fixado a título de indenização por dano moral, que não pode ser ínfimo ou abusivo, diante das peculiaridades de cada caso, mas sim proporcional à dúplici função deste instituto: reparação do dano, buscando minimizar a dor da vítima, e punição do ofensor, para que não volte a reincidir. (STJ, RESP 487749/RS, DJU de 12.5.2003, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon)

em sua finalidade o caráter punitivo no campo do Direito Civil, André Gustavo Corrêa de Andrade, em análise específica obtém como segue:

Independentemente de qualquer previsão legal, a indenização punitiva do dano moral é aplicável em nosso ordenamento jurídico, porque retira seu fundamento diretamente de princípio constitucional. 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 indenização punitiva surge, no sistema jurídico vigente, não apenas como reação legítima e eficaz contra a lesão e a ameaça de lesão a princípios constitucionais da mais alta linhagem, mas como medida necessária para a efetiva proteção desses princípios. Com efeito, não é possível, em certos casos, conferir efetiva proteção à dignidade humana e aos direitos da personalidade se não através da imposição de uma sanção que constitua fator de desestímulo ou dissuasão de condutas semelhantes do ofensor, ou de terceiros que pudessem se comportar de forma igualmente reprovável. Não é possível contar apenas com a lei penal e com penas públicas para prevenir a prática de atentados aos direitos da personalidade. A lei tipicamente penal não tem como prever, em tipos delituosos fechados, todos os fatos que podem gerar danos injustos, razão pela qual muitas ofensas à dignidade humana e a direitos da personalidade constituem indiferentes penais e, por conseguinte, escapam do alcance da justiça criminal. Além disso, por razões diversas, nem sempre a sanção propriamente penal, oriunda de uma sentença penal condenatória, se mostra suficiente como forma de prevenção de ilícitos. Nesse contexto, a indenização punitiva constitui instrumento indispensável para a prevenção de danos aos direitos personalíssimos. (ANDRADE, 2006, p. 9)

De tais análises, forçoso concluir, que, embora existam posicionamentos totalmente contrários na doutrina pátria de que se reconheça a validade da aplicação do dano punitivo como critério a ser sopesado na fixação da indenização por dano moral, especialmente pelo aludido argumento de ausência de lei específica para tanto, visualiza-se de um contexto majoritário, especialmente, dos próprios Tribunais, pacificado pelo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que a indenização por dano

moral tem sim o escopo punitivo.

Entende-se, ainda, que a implementação da função punitiva, mesmo nos países de *civil law*, como o Brasil, fazem-se necessários a fim de dar efetividade aos direitos tutelados, de modo a impedir que, mantendo apenas o caráter compensatório, como alguns doutrinadores pretendem, o dano compense frente ao lucro que se obtém com a conduta lesiva.

3 O GRAU DE CULPA DO OFENSOR E A APLICAÇÃO DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA: PARALELO ENTRE O DIREITO NORTE-AMERICANO E A REALIDADE DOUTRINÁRIA BRASILEIRA

3.1. O CASO LIEBECK *VERSUS* MCDONALD'S⁶

Em uma manhã do dia 27 de Fevereiro de 1992, a Sra. Stella Liebeck, à época com 79 anos de idade, moradora de Albuquerque, no Novo México – EUA, adquiriu, em sistema de *drive thru* um copo de café, cujo preço era US\$ 0,49.

Sem um porta-copos, a senhora em questão posicionou o café entre as pernas, com o intuito de remover a tampa para consumi-lo, e, acidentalmente, o copo virou, o que lhe causou queimaduras severas, de terceiro grau, inclusive na região genital, e, em decorrência das lesões, precisou permanecer oito dias internada, ficando com sequelas permanentes.

Após, a citada vítima escreveu uma carta à empresa solicitando tanto a diminuição da temperatura do café, que à época era ajustada em 170 graus como o reembolso das despesas médicas, que totalizavam US\$ 2.000,00 e salários não recebidos pela filha que lhe dedicou cuidados. A empresa, contudo,

⁶ A história foi narrada por Maria Celina Bodin de Moraes no livro Danos à Pessoa Humana: uma releitura civil-constitucional dos danos morais. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017, e, igualmente, em sítios eletrônicos, especialmente <<http://estadodedireito.com.br/os-danos-punitivos-no-direito-brasileiro-e-o-caso-do-cape-do-mcdonalds-2/>>.

ofereceu apenas a quantia de US\$ 800,00, motivo pelo qual se deu início a ação judicial.

Durante o julgamento restou demonstrada que a diminuição em 10 graus da temperatura do café, de 170 para 160 graus, faria com que, em casos análogos, as queimaduras só acontecessem 8 segundos depois, e, na mesma oportunidade, ouvido o supervisor de qualidade da empresa ficou demonstrado que a temperatura do café não foi diminuída, pois, em 10 anos, apenas 700 queixas foram registradas.

Pelo júri, foi reconhecida a procedência da ação, com a consequente condenação em US\$ 200 mil por danos compensatórios e, reduzidos em 20% porque a Sra. Liebeck havia contribuído para o acidente e US\$ 2,7 milhões a título de danos punitivos, que foi, contudo, reduzido a quantia de US\$ 540 mil pelo juiz.

Nota-se, portanto, que, no caso em apreço, duas situações foram decisivas para que os jurados dessem razão à Sra. Liebeck: a insensibilidade da empresa para com ela, e, igualmente, o fato de a empresa ter conhecimento de casos anteriores e, ainda assim, não demonstrar qualquer preocupação com a segurança dos consumidores.

3.2 A GRADAÇÃO DA CULPA E A APLICAÇÃO DOS DANOS PUNITIVOS

Constante doutrina esposada por Kant, no livro *Metafísica dos costumes*, o que alguém faz, além do que poderia ser constrangido, a fazer segundo a lei, é mérito; se alguém cumpre, na estrita medida, em conformidade com a lei, faz senão aquilo que é devido; se, enfim, cumpre menos do quanto é pedido pela lei, ele atua de forma imoral (*demeritum*). O efeito jurídico de uma culpa é a punição; o de uma ação meritória é a recompensa (prêmio); a conformidade da conduta ao que se deve fazer não gera qualquer efeito jurídico (2013).

O caso da Sra. Liebeck não foi citado por acaso para a construção do trabalho. Rememorando os fatos anteriormente narrados, de início, é possível imaginar que, tanto a demanda como o valor indenizatório pareciam exagerados.

Embora, de um olhar superficial e parcialmente desatento seja possível imaginar que houve culpa concorrente, e, acima de tudo, que se tratou de acidente cotidiano, os detalhes do caso concreto demonstram um total descaso e desrespeito do Mc Donald's frente as queixas que culminaram no acidente.

Quando da quantificação das indenizações punitivas nos Estados Unidos, deve-se sopesar o nexó entre o dano punitivo e o prejuízo sofrido, a culpa do ofensor, sendo que, neste caso, deve-se considerar o grau de culpa do ofensor, com intuito de prevenir condutas semelhantes, as práticas anteriores de condutas equivalentes, o lucro obtido com a conduta, quando então o valor indenizatório deverá ser superior ao lucro, avalia-se ainda a situação financeira do réu, as custas judiciais e eventuais punições penais anteriormente sofridas, que culminará na redução do arbitramento da indenização (MORAES, 2017).

Na situação em apreço restou claro que o Mc Donald's, embora já tivesse recebido queixas semelhantes à feita pela Sra. Liebeck, simplesmente, ignorou-as, sob uma análise estritamente mercadológica/estatística, demonstrando, por consequência, total descaso para com os consumidores que já haviam sofrido e, especialmente, aqueles que sofreriam queimaduras pelo mesmo motivo.

Não obstante, restou claro que a Sra. Liebeck buscou, inicialmente, em contato administrativo, apenas a reparação dos danos efetivamente sofridos, e, novamente, o descaso para com o consumidor restou evidenciado.

Neste cenário, importar trazer a lúmen a conclusão kantiana no aspecto moralizador frente a uma conduta irresponsável. Entende-se que, quanto maiores os obstáculos naturais e menor o obstáculo moral, tanto mais o feito deve ser tido como

meritório. *In reversu*, quanto menor o obstáculo natural, e, quanto maior o obstáculo fundado no dever, maior também será a infração imputada (KANT, 2013).

Era mister, portanto, que o Mc Donald's, desde o primeiro caso de queimaduras com o café a 170°, tivesse revisto a postura e adequado a temperatura, ainda que, tal ajuste levasse a possível diferenciação do sabor da bebida, deixando claro aos consumidores os motivos da mudança. O agir de forma, senão indiferente, às queixas levou a punição exemplar.

E, o caso em questão deve servir de baliza também ao direito pátrio.

Conforme também demonstrado no presente estudo, as controvérsias e discussões acerca da validade e demais problemáticas dos *punitive damages* também é matéria de preocupação e posições divergentes na doutrina estadunidense. Contudo, foram implementadas adequações, a fim de que a aplicação do instituto se desse com maiores precauções.

A gradação da culpa e o possível descaso nas relações deve ser matéria hábil a ensinar, no direito brasileiro, a imposição de indenização punitiva.

O paradigma da culpa para a imputação da responsabilidade civil no ordenamento pátrio, de forma incontestada, é superado. Todavia, a discussão acerca do grau de culpa para aferição do valor indenizatório ainda é barreira a ser superada.

Embora se manifeste, por outros motivos, contrária à indenização punitiva, Maria Celina (2017, p. 259) admite, para situações excepcionais, a necessidade de se utilizar o fator culpa, para que se verifique a amplitude do caráter punitivo, dois critérios devem ser lavados em consideração: de um lado, a gradação da culpa, e de outro, o nível econômico do ofensor.

Assim é que, procedendo-se ao “*descolamento*” das duas sanções (a compensatória e a punitiva), tem-se que, apenas para a adequada dosimetria da segunda é que o agente deve pagar mais se agiu com dolo ou com maior negligência, imprudência

ou imperícia, independentemente da extensão do dano (SERPA, 2011, p. 321).

Em substrato semelhante, também Salomão Resedá (2009) assevera que 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, com condão de desestimulá-lo à prática de novos atos, para além de mitigar a prática de comportamentos semelhantes por parte de determinados ofensores tem viés acautelador da paz social e conseqüente função social da responsabilidade civil, calcada em seus aspectos históricos, como explicitado no primeiro capítulo.

Rememorando ainda a experiência norte americana, ao se fixar o “*grau de reprovabilidade*” (“*degree of reprehensibility*”) da conduta do ofensor para aferir a constitucionalidade do pagamento dos *punitive damages*, a Suprema Corte pontuou quatro elementos, que se mostram de imensa relevância para o direito brasileiro, no campo da indenização punitiva, para que se verifique o grau de culpa do ofensor. São os seguintes: i) se a conduta ilícita demonstrava uma indiferença, ou flagrante desconsideração, para com a saúde e segurança dos outros; ii) se a conduta ilícita demonstrava a reincidência do ofensor ou se, de outra lado, era um ato isolado, e, por fim, iii) se a conduta ilícita se caracterizava como um ato intencional, malicioso, traiçoeiro (SERPA, 2011).

É o que se vê, a exemplo, do caso da Sra. Liebeck, em que o ilícito foi previamente calculado, de modo que, por representar apenas 1 em 24 milhões os acidentes com o café na temperatura de 170°, a empresa manteve a conduta, ignorando os danos, que, mesmo inexpressivos, causavam lesões em consumidores.

O Juiz Richard Neely, no julgado TXO Production Corp. vs. Alliance Resources Corp, em 1992, descreveu que,

Originalmente, a indenização punitiva era concedida apenas com vistas a dissuadir condutas maliciosas e de má-índole.

Contudo, a definição de malícia dentro do âmbito das indenizações punitivas vem se expandindo para abarcar não só essas condutas, mas também as condutas dotadas de extrema negligência que provavelmente causarão danos sérios. Geralmente, então, em uma ação por indenização punitiva, podemos distinguir entre o réu “verdadeiramente mau”, e o réu “verdadeiramente estúpido”. Nosso intuito é continuar a desencorajar ambas as desagradáveis formas de conduta (RUSTAD, KOENIG, 1993, p. 1305).

É de se partilhar, neste ínterim, as posições de Pedro Ricardo Serpa e, igualmente, de Nelson Rosenvald, no que concerne a utilização do critério baseado na gradação da culpa também nos casos em que se incide a responsabilidade civil objetiva.

Como bem delineado pelo segundo autor, faz-se necessária a existência de três *standards* de diligência, que são: a) ausência de diligência; b) diligência ordinária; c) diligência extraordinária (2017, p. 160).

No primeiro caso, aplica-se a pena civil, de natureza preventiva/aflitiva, desencorajando-se a prática de atos negligentes (no mínimo) e desconformes ao direito, à medida que a atividade produz danos quantitativamente numerosos e/ou qualitativamente graves. Se o parágrafo único [do art. 944 do Código Civil] admite a diminuição da quantia reparatória em função da culpa, forçando-se o lesado a suportar parcialmente o dano, por que não admitir o aumento do montante, pela via da pena civil, se o lesante tiver agido com culpa grave? (ROSENVOLD, 2017, p. 160)

De se destacar, inclusive, que referida matéria foi objeto do enunciado 458, na V Jornada de Direito Civil, preceituando-se que “o grau de culpa do ofensor, ou a sua eventual conduta intencional, deve ser levado em conta pelo juiz para a quantificação do dano moral”, embora sem adentrar ao mérito no que concerne à aplicação da indenização punitiva.

Com efeito, a indenização com caráter de pena deve ser aplicada quando patentado que o ilícito foi praticado com a intenção lesiva, ou, ao menos, com desprezo e indiferença pelo direito alheio. A conduta intencionalmente dirigida à produção do dano é merecedora de reação jurídica mais áspera

(ANDRADE, 2006, p. 17).

Será, portanto, nos casos em que se identifica a conduta eivada de culpa grave, característica daquela culpa consciente, em que o agente prevê a possibilidade da ocorrência do resultado, mas, acredita que não ocorrerá, que a indenização punitiva deverá ser aplicada, a exemplo do narrado no caso da Sra. Liebeck.

Como esposado por Sérgio Cavalieri Filho (2013, p. 39), a culpa será grave se o agente atuar com grosseira falta de cautela, com descuido injustificável ao homem normal, impróprio ao comum dos homens. É a culpa com previsão do resultado, também chamada culpa consciente, que se avizinha do dolo eventual do Direito Penal.

Destaca-se ainda a necessidade de que se verifique a maior gravidade da culpa quando há reiteração da conduta do agente, ou, no caso, de um padrão de conduta negligente, que acarretará, embora o ato possa se afigurar como aquele decorrente de culpa leve, será caracterizado como culpa grave, por estar permeado no padrão de comportamento. É o caso, por exemplo, de empresas que não se preocupam em aperfeiçoar seus produtos e serviços, apesar dos reiterados danos causados aos consumidores em decorrência do referido padrão mencionado (ANDRADE, 2006).

À luz, portanto, do regramento existente no instituto dos *punitive damages*, a doutrina favorável a introdução da indenização punitiva nos países da *civil law*, e *in casu* se pode incluir uma parcela da doutrina brasileira, admitem a sua incidência tanto nas hipóteses de cometimento intencional de um ilícito, como quando se verifica a desconsideração do ofensor para com os direitos alheios, caracterizando assim a culpa grave (SERPA, 2011).

Faz-se necessário, portanto, frente a convergência entre as situações ensejadoras da aplicação dos danos punitivos no direito norte-americano e, igualmente, a recepção da função

punitiva no direito pátrio, que, em casos como os mencionados, seja aplicado ao *quantum* indenizatório maior severidade, partindo-se de critérios a serem considerados quando da análise do caso concreto pelo julgador, com fito de se punir, de fato, o ofensor, e, sobretudo, resguardar a paz social.

CONCLUSÃO

Ao término do estudo, imperioso destacar, inicialmente, que, assim como no Direito Brasileiro, também no Direito Estadunidense, a indenização punitiva encontra seus críticos mais feroces, com argumentos, inclusive, semelhantes aos lançados na doutrina nacional.

Todavia, a grande diferença entre os institutos nos Estados Unidos e no Brasil é que, para além de pensamentos divergentes, buscou-se tutelar, de maneira satisfatória, concluindo as situações em que as indenizações punitivas deveriam ser aplicadas, com o rigor característico, objetivando tutelar o direito dos mais vulneráveis, notadamente, consumidores, evitando assim que as condutas danosas sejam causas de violação de direitos *versus* obtenção de lucros calculados.

Há, portanto, o intuito de punir e, acima de tudo, mostrar-se que se está punindo, de modo a garantir, não só àquele que pagará pelo dano sinta os efeitos da punição, mas, que, igualmente, sirva de exemplo aos demais, que, cogitem, inicialmente, agir da mesma forma.

No Brasil, contudo, ao passo de muita discussão doutrinária, ainda se percebe um receio muito grande de punir, de fato, mesmo àqueles que se utilizam das violações sistemáticas dos direitos alheios para obter lucros. E, neste cenário, portanto, faz-se necessário a possibilitação da aplicação da indenização punitiva, utilizando, de parâmetro, com espeque no direito comparado, a culpa grave ou a reiteração sistemática da conduta como baliza.

A adoção de critérios punitivos, ao lado dos critérios compensatórios, na fixação do montante indenizatório atuará como forma de prevenção de comportamentos lesivos dirigidos contra a dignidade da pessoa humana, e, por consequência, os direitos da personalidade.



REFERÊNCIAS

- ANDRADE, André Gustavo Correa de. *Dano Moral e Indeni-zação Punitiva: Os Punitives Damages na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- ANDRADE, André Gustavo Correa de. Indenição Punitiva. *Revista da EMERJ*, v. 9, nº. 36, 2006.
- BERNARDI, Raquel Grellet Pereira. *Danos punitivos: Eficácia isonômica do direito fundamental de reparação integral dos danos*. 2012. 236 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontificia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/6040>>
- BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- DA SILVA, Américo Luís Martins. *Dano Moral e sua Repara-ção Civil*. 5ª ed. Edição do Kindle.
- DAL PIZZOL, Ricardo. *Responsabilidade civil: funções puni-tiva e preventiva*. Indaiatuba: Editora Foco, 2020.
- FEIJÓ, Arthur Nogueira. *Direito Civil Punitivo: do dano moral punitivo à cláusula geral de multa civil*. Curitiba: Juruá, 2019.

- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- GONÇALVES, Vitor Fernandes. *A punição na responsabilidade civil: a indenização do dano moral e da lesão a interesses difusos*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.
- KANT, Immanuel. *Metafísica dos Costumes*. Tradução [primeira parte] Clélia Aparecida Martins, tradução [segunda parte] Bruno Nadai, Diego Kosbiau e Monique Hulshof. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2013.
- MENDONÇA, Diogo Naves. *Análise Econômica da Responsabilidade Civil: O dano e sua quantificação*. São Paulo: Atlas, 2012.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2017.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. Punitive Damages em sistemas Civilistas: Problemas e Perspectivas. *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 18, 2004.
- PEREIRA, Laffayette Rodrigues. *Direito das coisas*. 6 ed. Rio de Janeiro: Editora Freiras Bastos, 1956.
- RESEDÁ, Salomão. *A função Social do Dano Moral*. São José: Conceito, 2009.
- ROSENVALD, Nelson. *Cláusula Penal (A pena nas relações negociais)*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.
- ROSENVALD, Nelson. As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- RUSTAD, Michael L. In Defense of Punitive Damages in Products Liability: Testing Tort Anecdotes with Empirical Data (1992). *Iowa Law Review*, Vol. 78, p. 1, 1992, Suffolk University Law School Research Paper, Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2529126>>
- RUSTAD, Michael; KOENIG, Thomas. The Historical Continuity of Punitive Damages Awards: Reforming the Tort

- Reformers. *American University Law Review*. Washington, v. 42, n. 4, p. 1269-1333, 1993. Disponível em < <https://digitalcommons.wcl.american.edu/aulr/vol42/iss4/12/>>.
- SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros à diluição dos danos*. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- SERPA, Pedro Ricardo. *Indenização Punitiva*. 2011. 387f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Mestrado em Direito, Departamento de Direito Civil, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011. Disponível em <www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde.../Dissertacao_Indenizacao_Punitiva.pdf>
- SILVA, Wilson de Melo da. *O dano moral e sua reparação*. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1983.
- SUNSTEIN, Cass R.; KAHNEMAN, Daniel; SCHKADE, David. Assessing Punitive Damages (with Notes on Cognition and Valuation in Law), 107 *Yale Law Journal*, 2071, 1998. Disponível em < https://chicagounbound.uchicago.edu/journal_articles/8307/>
- WALKER, Mark Pickersgill. *O modelo jurídico dos punitive damages nos ordenamentos jurídicos da Inglaterra e dos Estados Unidos*. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito. Florianópolis, 2015. Disponível em < <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/167801>>