



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

INDENIZAÇÃO PUNITIVA: APLICABILIDADE E CRITÉRIOS DE ACORDO COM A
LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Bruna Moreira da Silva

Rio de Janeiro
2019

BRUNA MOREIRA DA SILVA

INDENIZAÇÃO PUNITIVA: APLICABILIDADE E CRITÉRIOS DE ACORDO COM A
LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2019

INDENIZAÇÃO PUNITIVA: APLICABILIDADE E CRITÉRIOS DE ACORDO COM A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Bruna Moreira da Silva

Graduada pela Faculdade de Direito da
Universidade do Estado do Rio de Janeiro.
Advogada.

Resumo – Embora a indenização punitiva já seja aplicada pela maioria dos tribunais, muitos juízes costumam evitar tal nomenclatura, tendo em vista tratar-se de um tema controvertido e alvo de muitas críticas, principalmente da doutrina. Considerando que tal fenômeno é fruto do conhecimento superficial ou do desconhecimento sobre a matéria, o presente trabalho busca dissolver concepções equivocadas acerca dos *punitive damages*. Afastamento do *bis in idem*, constitucionalidade do instituto e critério para aplicação são os temas pesquisados com o fim de, ao cabo, se chegar à conclusão de que a indenização punitiva deve ser aplicada sem temores pelos tribunais brasileiros.

Palavras-chave – Direito Civil. Responsabilidade Civil. Dano. Indenização. Direito Constitucional. Indenização Punitiva. Dano Moral

Sumário – Introdução. 1. Institutos semelhantes à indenização punitiva. *Bis in idem*? 2. Legalidade e constitucionalidade da indenização punitiva. 3. Critérios objetivos para aplicação da indenização punitiva. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

É inconteste que temas que influenciam na esfera patrimonial dos indivíduos são recorrentes alvos de disputas judiciais, refletindo assim, no número de processos em tramitação e controvérsias tanto nos tribunais quanto na doutrina. Nessa esteira, o presente trabalho explora o inesgotável assunto das indenizações, com enfoque em seu aspecto punitivo e preventivo, que teve origem no direito romano e se desenvolveu e consolidou no direito norte americano – *punitive damages*. Contudo, o instituto da indenização punitiva ainda encontra resistência no direito brasileiro, seja em razão da confusão da indenização punitiva com outros institutos de direito civil e outros ramos do direito, do alegado conflito com o ordenamento nacional, e sobretudo em decorrência do déficit de critérios que auxiliem na aplicação da indenização punitiva. Questões que compõem o objetivo e que serão tratadas nos capítulos deste trabalho.

O dano moral punitivo é uma espécie de indenização que permite elevação no *quantum* indenizatório por razões exteriores ao dano concreto, atinentes à maior reprovabilidade da conduta danosa, permitindo que haja maior individualização na fixação do valor, sem, contudo, levar ao enriquecimento sem causa. Mostra-se importante pois, com a maior interação entre pessoas e com danos surgindo a todo momento, a sociedade possui interesse em que estes sejam

evitados e, caso não seja possível, que sua ocorrência seja punida de modo a evitar repetições futuras. Dessa forma, pode ser visualizado como um instituto que incentiva, pela indenização, o respeito às relações humanas.

A estruturação deste artigo, o qual versa sobre a compatibilidade entre uma figura jurídica e o direito brasileiro, foi inspirada pela célebre Escada Ponteana, teoria oriunda do direito civil e formulada por Pontes de Miranda, que enxerga três planos de concretude no negócio jurídico: existência, validade e eficácia. Na discussão do negócio jurídico, a existência diz respeito aos requisitos mínimos do negócio, como agentes, objeto e manifestação de vontade. A validade refere-se à compatibilidade com o ordenamento jurídico. E a eficácia se materializa na capacidade de modificar a esfera de direitos e deveres das partes, ou de influir na realidade. O presente trabalho não discute um negócio jurídico, e sim um instituto da responsabilidade civil. Ainda assim, a escada Ponteana será de utilidade para organizar a argumentação.

O primeiro capítulo será dedicado à existência, no Brasil, da indenização punitiva. Trata-se de mostrar que punições de outros ramos do direito, como as multas administrativas e criminais que são impostas nos processos daquelas naturezas, e que são mencionadas pelos críticos dos *punitive damages* como causando uma situação de *bis in idem*, não se confundem com o tema deste trabalho. Pois, tal como será demonstrado oportunamente, os *punitive damages* são indenizações autônomas, de natureza extrapatrimonial, mas diversas dos danos morais. Dessa forma, não podem ser confundidos com nenhum outro instituto do direito brasileiro.

Na sequência, em analogia ao plano da validade, serão apresentadas e dirimidas controvérsias acerca da constitucionalidade e legalidade da indenização punitiva como a afronta ao art. 5º, V e X, da Constituição Federal. Pretendendo, ao fim, provar que o instituto aqui defendido está de acordo não só com o texto constitucional, mas com todo o ordenamento jurídico, sendo uma forma, inclusive, de efetivação dos princípios deste.

Por fim, fechando o artigo, o trabalho buscará critérios para que a indenização punitiva seja efetivamente aplicada pelos tribunais. Essa atenção ao plano da eficácia é um diferencial deste artigo, assentando-se na propositura de critérios que não se limitam a um rol taxativo. Busca-se, de outra maneira, trazer maior objetividade à indenização punitiva, pretendendo remover a discussão da esfera simplista da possibilidade de aplicação do instituto para dar luz a questões novas, como os critérios de aplicação. Norteadores como a reiteração da conduta geradora do dano, a negligência ante o risco provocado, capacidade econômica do ofensor e

extensão do dano, serão defendidos, de modo que, satisfeito algum desses, seja possível aplicar a indenização punitiva para alcançar as funções punitivas e preventivas buscadas.

A pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, tendo em vista que o presente trabalho visa comprovar a hipótese exposta. Isso se fará por meio de um procedimento dialético em que as críticas a respeito do dano moral punitivo serão apresentadas, discutidas e, ao fim, respondidas. O conteúdo da pesquisa orbitará na análise da legislação, doutrina e jurisprudência, sempre observados qualitativamente, buscando, ao fim, alcançar base suficiente para que a tese principal defendida venha a prevalecer.

1. DISTINÇÃO DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA DE INSTITUTOS SEMELHANTES

Nos países que adotam a *common law*, doutrina e jurisprudência se desenvolveram no sentido de conceituar os *punitive damages* como uma indenização que visa a contrabalançar o dano sofrido pela vítima com a punição do ofensor por tal conduta ilícita. A diferença crucial nessa indenização orbita no plano do valor indenizatório, que deve ser vultuoso a fim de compensar o sofrimento mental da vítima, sua dignidade e seus sentimentos feridos. O foco dessa indenização não é mais o dano em si, mas sim a conduta do agente, que deve ser obrigatoriamente dolosa.¹

No Brasil o tema é controvertido. Trata-se de instituto do Direito Civil, inserido na temática de responsabilidade civil, que sustenta que a indenização decorrente do dano moral tem função punitivo-pedagógica, a qual leva ao aumento do valor indenizatório como forma de dissuadir a reiteração da conduta.

Ao longo do tempo, muitas críticas foram direcionadas à indenização punitiva, sobretudo no que tange ao suposto *bis in idem*, já que há punição dos agentes por outros mecanismos jurídicos, sendo incabível, portanto, a ocorrência de nova punição. Os parágrafos seguintes compararão a indenização punitiva com institutos que costumam ser mencionados como geradores de *bis in idem* quando aplicados aos mesmos fatos dos *punitive damages*.

Primeiramente, não se pode confundir a indenização punitiva com multa administrativa. As sanções de polícia decorrem do exercício do poder de polícia e estão adstritas ao princípio da legalidade. Portanto, somente podem ser executadas se previstas em lei. Elas são aplicadas quando o agente infringe norma administrativa. Trata-se de gênero do qual

¹ COSTA, Ana Carolina Gusmão de Souza. *Dano Moral e Indenização Punitiva*. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2009/direito_civil/direito_civil.html>. Acesso em: 15 mar. 2019.

decorrem diversas espécies previstas em lei, como multa, interdição ou embargo. Já os *punitive damages* não estão sujeitos à auto executoriedade, uma vez que sua existência é condicionada à via judicial.

Em relação à multa administrativa, é certo que não há dupla cobrança ante o arbitramento concomitante com a indenização punitiva.

Ab initio, verifica-se que o objeto tutelado pelos institutos é diverso: enquanto a multa administrativa promove o interesse coletivo, traduzido pelo respeito às normas impostas pelo Estado, que foram descumpridas pelo indivíduo alvo da multa, a indenização punitiva tutela o interesse privado mediante punição efetiva, para dissuadir o causador do dano a reiterar a conduta, mostrando que a prática não será tolerada.

Além disso, a multa depende de atuação estatal, pois, apesar de carecer do Poder Judiciário para perceber o valor correspondente, o Poder Executivo é o responsável por exercer o poder fiscalizatório estatal, anotar os ilícitos cometidos pelo particular e puni-los com a lavratura da multa. Dessa forma, a ação estatal é indispensável para que tais ilícitos sejam notados. A indenização punitiva, por outro lado, depende de ação da vítima, que ingressa no Judiciário ao ver seu direito violado, possibilitando que os atos ilícitos dos agentes sejam notados e, conseqüentemente, punidos.

A distinção mais clara entre os institutos está no momento em que são aplicados. Enquanto a tutela administrativa ocorre independentemente da materialização do dano, bastando que alguma determinação administrativa não tenha sido efetivada, a tutela cível advém após a efetivação do dano, sendo inclusive o objetivo dos *punitive damages* fazer com que o dano não mais ocorra – seja mediante a cessação das atividades que o causaram, seja pela maior atenção à segurança dos demais, de modo a não gerar mais danos.

Já em relação à multa penal, nota-se que Fernando Galvão² estabeleceu a distinção para com a indenização punitiva ao enunciar que “a pena pecuniária criminal não possui qualquer natureza indenizatória dos danos causados pelo crime, não se confundindo com a prestação pecuniária em favor da vítima, que é pena restritiva de direitos, conforme o art. 43, I, do Código Penal”.³

A pena pecuniária criminal depende de previsão legal no tipo penal incriminador referente ao crime cometido, diferenciando-se da indenização punitiva por necessitar que, além da descrição da conduta cometida como crime no Código Penal, o tipo comine a pena de multa.

² GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: parte geral* 9. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017, p.692.

³ BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 1 out. 2019.

A indenização, por outro lado, depende apenas do nexo de causalidade entre o dano e a conduta, não sendo necessário que tal conduta cometida seja criminosa, nem mesmo ilícita.

A principal diferença entre os institutos assenta na destinação do valor percebido. No processo penal, o valor da multa é destinado ao fundo penitenciário, conforme previsto no art. 49 do Código Penal.⁴ Tal destinação deixa claro que a função dessa punição é única e exclusivamente a punição do agente, sem qualquer relação com a vítima. Já a figura do processo civil destina-se a reequilibrar o *status quo* anterior. Ou seja, a prestação, da qual é alvo o agente, é destinada à vítima.

No que tange à pena restritiva de direitos correspondente à prestação pecuniária, algumas das diferenças anteriormente descritas são diluídas, pois, conforme previsto no art. 45, parágrafo 1º do Código Penal⁵, tal prestação consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública. Logo, a destinação da indenização punitiva e da pena de prestação pecuniária é a mesma.

Contudo, a prestação pecuniária, assim como a multa, é uma alternativa à pena de prisão que leva em consideração, para sua quantificação, a extensão do dano. Por outro lado, a indenização é um instituto de Direito Civil que visa a reparação e tem como quantificador não somente a extensão do dano, mas também, e principalmente, a conduta específica do agente.

Por fim, cabe atrelar a multa penal ao princípio da intervenção mínima, que entende a persecução penal como *ultima ratio*, devendo apenas ser acionada em caso de extrema necessidade e após a falha de outros meios de resolução do conflito. À indenização não se impõe tal necessidade. Em razão do princípio da intervenção mínima, a multa penal não pode ser aplicada a todos os casos em que incidiria a indenização.

É preciso ainda diferenciar os *punitive damages* do instituto do dano moral em sentido estrito. Assim, é sabido que o direito civil brasileiro condicionou o pagamento de indenização à prova de culpa e à existência de dano, reflexo da adoção da responsabilidade civil subjetiva como regra geral.

Dentre as diversas classificações do dano, verifica-se a existência de divisão entre danos materiais ou patrimoniais e danos morais *latu sensu* como sendo a principal delas. Enquanto o dano material observa os prejuízos referentes às perdas efetivas no patrimônio concreto e corpóreo, o dano moral *latu sensu* tem relação ao prejuízo imaterial, que fere os direitos da personalidade do indivíduo, em suma, os danos não materiais.

⁴ Ibidem.

⁵ Ibidem.

Nesse contexto, os danos morais também são alvo de subdivisões. Como gênero, o dano moral *latu sensu* refere-se à lesão aos direitos da personalidade. Espécie deste, é o dano moral *strictu sensu* que alude ao sentimento da pessoa, sua dor, sofrimento, vexame, tristeza e humilhação. Este último é objeto de diversas causas de pedir em processos corriqueiros que tramitam em todos os tribunais.

Os críticos da indenização punitiva defendem sua não adoção com argumentos que demonstram a clara confusão entre o objeto do instituto com os danos morais *strictu sensu*, conforme se infere nas palavras de Maria Celina Bodin;⁶ “Também não parece útil atrelar à reparação a ideia de punição, porque são muitos os casos em que não se conseguirá aplicar a punição”.

Há que se clarificar que a intenção da indenização punitiva é justamente desassociar o objeto da indenização fruto do dano moral *strictu sensu*, que traz a ideia de reparação efetiva do dano imaterial, da indenização que é instrumento do instituto da indenização punitiva, ou seja, aquela que se baseia na ação do agente, e tem o dano como objeto secundário.

A punição aplicada decorre de deveres objetivos que devem ser observados independente de relação jurídica entre as partes. São deveres anexos à boa fé, que são cogentes em qualquer ação que possa repercutir na esfera dos demais indivíduos. Logo, não é possível sustentar que o agente seria surpreendido com a punição à uma ação que desrespeita o princípio da boa-fé, pois tal conduta já é vedada pelo ordenamento jurídico.

Por fim, outra confusão comum entre os institutos – dano moral *strictu sensu* e dano punitivo – é a respeito da previsão legal. Parte da doutrina⁷ entende que a indenização punitiva é inviável em razão de interpretação do art. 403 do Código Civil, que garante que as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes, e do art. 944, também do Código Civil⁸, que possibilita a redução da indenização e não o seu aumento. Contudo, tais artigos não discorrem a respeito do dano punitivo-pedagógico, mas sim do dano moral *strictu sensu*. A indenização punitiva não tem previsão expressa no ordenamento, podendo ser extraída da interpretação sistemática e teleológica de todo o sistema jurídico nacional, o que será mais aprofundado em outro capítulo.

⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil – constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 329.

⁷ *Ibidem*. p. 323.

⁸ BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 ago. 2019.

A indenização punitiva pode ser considerada um instituto *sui generis*, enquadrada no tema da responsabilidade civil no que tange os danos morais *latu sensu*, sendo espécie deste, assim como como o dano moral *strictu sensu*.

A importância dessa classificação reside tanto na sua quantificação quanto no seu arbitramento no caso concreto em processos judiciais. A respeito da quantificação, sua separação dos danos morais permite que ela possa ter critérios próprios que possibilitem que não haja injustiças, como a imputação ao agente de valores que não seriam devidos. Ou seja, a indenização punitiva poderá ser arbitrada na exata medida da ação do agente que causou o dano e não em observância a princípios e razões que regem o dano moral, instituto diverso.

Além disso, a possibilidade de pedidos distintos permite que o magistrado analise a ocorrência do dano moral e do dano punitivo utilizando critérios correspondentes aos institutos e em momentos separados, levando ao, inclusive, deferimento de um dano e indeferimento de outro, se for o caso. A importância dessa separação é de extrema utilidade para que, cada vez mais, os tribunais, ao julgarem danos não afetos ao patrimônio, possam se sentir seguros. Com um objeto mais detalhado, o grau de abstração do juiz será menor, representando segurança tanto para os julgadores quanto para os jurisdicionados.

Assim, no presente trabalho, o instituto da indenização punitiva – *punitive damages* – será tratado como instituto próprio, *sui generis* e autônomo, de modo que, apesar de sujeito aos princípios do direito civil, concentra critérios e modos de interpretação próprios.

2. LEGALIDADE E CONSTITUCIONALIDADE DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA

Há muito tempo se discorre sobre teses a respeito de uma norma superior que serviria de fundamento a todas as demais normas do ordenamento jurídico. O notório precursor de tal tese é Hans Kelsen⁹, notório idealizador da Norma Fundamental Hipotética. Sua asserção propunha que:

todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma e mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa. A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum. O fato de uma norma pertencer a uma determinada ordem normativa baseia-se em que o seu último fundamento de validade é a norma fundamental desta ordem. É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas

⁹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 4. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1979, p. 269.

enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa.

Logo, a Norma Fundamental Hipotética seria uma norma superior, não positivada e que serviria de fundamento de validade a todas as demais normas e por consequência, estabeleceria hierarquia entre as espécies normativas, em esquema representado graficamente por uma pirâmide, que tem como norma superior a Constituição. Nessa esteira, a Constituição da República Federativa do Brasil é tida como fundamento de validade de todos os atos jurídicos que desejem ingressar no ordenamento jurídico.

Dispõe o artigo 5, inciso V da Constituição da República Federativa do Brasil:

Art. 5º CRFB Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]
V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;¹⁰

O texto constitucional, no que tange o direito de resposta ser proporcional ao agravo, é capaz de gerar controvérsias a respeito da constitucionalidade da indenização punitiva. Tal como qualquer norma, a constitucional também é passível de interpretação. Nesse prisma mostra-se incorreta a interpretação de que a proporcionalidade tratada no comando constitucional busque uma equivalência milimétrica entre o dano sofrido e a resposta. É cediço inclusive que, em relação ao dano moral, não há reparação, mas sim compensação. Isto porque o mesmo não é passível de restituição em razão do seu caráter imaterial, assim como sua quantificação também decorre de análise subjetiva.

A proporcionalidade na aplicação dos *punitive damages* reside tanto na análise de se é caso de aplicação da referida indenização, quanto na quantificação da mesma, que deve ser em patamar suficiente para desestimular a conduta, porém não pode atingir montante incompatível com a razoabilidade e proporcionalidade, exigível independente da natureza da reparação.

Logo, a indenização punitiva vai ao encontro do artigo 5º, inciso V, assim como também não conflita com o inciso XXXIX do mesmo artigo¹¹. Apesar de haver posicionamento entendendo pela existência de tal conflito¹², este não deve prosperar pois, embora a

¹⁰ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 ago. 2019.

¹¹ “XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. *Ibidem*.

¹² “No entanto, ao se adotar sem restrições o caráter punitivo, deixando-o ao arbítrio unicamente do juiz, corre-se o risco de violar o multissecular princípio da legalidade, segundo o qual *nullum crimen, nulla poena sine lege*;

nomenclatura utilizada remeta à natureza jurídica de pena, instituto do Direito Penal, na verdade a natureza se assemelha à da indenização, ao instituto do Direito Civil, que está sujeita ao processo previsto no Código de Processo Civil, em total respeito ao devido processo legal.

No que toca à legalidade, a divergência é ainda maior.

A incompatibilidade do instituto do *punitive damages* é arguida por não encontrar respaldo nos artigos relacionados à indenização no Código Civil. Inclusive, para incompatibilizar o instituto com a lei, aqueles que são contrários a sua aplicação utilizam como base legal o artigo 944 do Código Civil¹³, tanto no seu *caput* quanto no parágrafo único, os quais dispõem que a indenização mede-se pela extensão do dano e que, havendo excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, a indenização poderá ser reduzida equitativamente. A ausência de positividade expressa também serve de motivação para que parte da doutrina rechace a indenização punitiva.

Contudo, parece que a melhor doutrina caminha no sentido oposto. Embora a indenização punitiva não tenha um dispositivo a ela vinculado, ela se coaduna com o todo o ordenamento jurídico. Há no mundo jurídico muitos institutos que, apesar de não positivados, são de extrema importância para seu regular funcionamento, tal como a boa-fé objetiva, que não tem previsão clara no ordenamento, mas pode ser extraída de uma série de dispositivos. A mera ausência de dispositivo expresso a respeito da boa-fé objetiva não retira a importância da aplicação do instituto nos contratos. Da mesma forma ocorre com o *punitive damages*.

A mera majoração da indenização, por si só, não leva à desproporção em relação ao dano. O *punitive damages*, como qualquer espécie de indenização, está vinculado à proporcionalidade e razoabilidade. O valor é majorado de acordo com critérios, tais como a culpa do agente, de forma que não cabe sustentar que há violação ao artigo 944 do Código Civil.¹⁴

A principal crítica quanto à legalidade reside na vedação ao enriquecimento sem causa ou ilícito. Para boa parte da doutrina¹⁵, devido ao fato de não haver correspondência direta entre

além disso, em sede civil, não se colocam à disposição do ofensor as garantias substanciais e processuais, como, por exemplo, a maior acuidade quanto ao ônus da prova, tradicionalmente prescritas ao imputado no juízo criminal.” MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 258.

¹³ BRASIL, op. cit., nota 8.

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ MARINANGELO, Rafael. *A evolução por dano moral e a aplicação da indenização punitiva*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, p. 669. 2010. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/18822/2/Rafael%20Marinangelo.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2019.

o dano e o valor pago a título de indenização, estaria configurado o enriquecimento ilícito vedado no artigo 884 do Código Civil.¹⁶

Entretanto, é necessário observar que o vulto da indenização não tem como fundamento que a vítima se beneficie às custas do autor, embora seja inegável admitir que haverá algum ganho. A indenização é vultuosa a ponto de estimular o autor do dano a ser diligente, de modo que evite tantas ocorrências ou que preveja danos extremos e irreparáveis.

3. CRITÉRIOS OBJETIVOS PARA APLICAÇÃO DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA

Sendo certa a compatibilidade e necessidade da aplicação da indenização punitiva às sentenças que tratam dessa matéria, subsiste uma última apreciação que deve ser realizada como forma de dissolver qualquer dúvida a respeito da utilidade do referido instituto. Embora se tenha provado que a indenização punitiva é meio singular de reparação no ordenamento jurídico brasileiro e que guarda inteira compatibilidade tanto com as normas infraconstitucionais quanto com a própria Constituição, que lhe serve de fundamento, se os *punitive damages* não puderem ser objetivamente executados, não passarão de mais um tema perdido no âmbito acadêmico e, com as devidas vênias àqueles que os apreciam, sem qualquer relevância jurídica, uma vez que, sendo o direito um conteúdo ligado às matérias humanísticas, devem servir à sociedade e não nascer, viver e morrer nos debates da academia.

Muito se questiona a respeito da ausência de critérios e que tal vácuo impossibilitaria que a indenização punitiva seja aplicada. Da mesma forma, se teme que a adoção definitiva da punição resulte em estímulo da chamada “indústria do dano moral”, com indenizações desconectadas de seu fato gerador. Não obstante tais temores se revelarem respeitáveis e legítimos, não é possível sustentar com base em tais alegações que a indenização punitiva não deve ser aplicada.

Conforme já mencionado, o instituto dos *punitive damages* nasceu nos Estados Unidos, onde, tendo em vista a adoção do *common law*, os tribunais fixaram três índices que se prestam a nortear sua aplicação, quais sejam: a reprovabilidade da conduta, a proporcionalidade entre danos compensatórios e punitivos e a comparação com condutas semelhantes já enfrentadas pelo tribunal¹⁷.

¹⁶ BRASIL, op. cit., nota 8.

¹⁷ ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 214.

No Brasil, não há parâmetros tão claros vez que, conquanto tenhamos nos filiado ao *civil law*, tal seara não foi alvo de atividade legislativa, sendo necessário utilizar os parâmetros fixados não uniformemente na jurisprudência e na doutrina. Segundo André Gustavo Corrêa de Andrade¹⁸, tais critérios seriam: o grau de culpa ou a intensidade do dolo do agente, a extensão ou gravidade do dano, a situação econômica do ofensor e o lucro (atual e futuro, comprovado e presumido) auferido com o ato ilícito do agente.

Tais parâmetros, somados à evidente e indispensável proporcionalidade e razoabilidade, mostram-se exatos para a objetiva fixação do *quantum* indenizatório, quando necessário. Faz-se necessário salientar que cada medida pode, por si só, gerar aplicação da indenização punitiva, logo não precisam estar presentes cumulativamente no caso. Logo, cada um dos critérios representam um motivo isolado que serve de razão para aplicação da majoração do valor indenizatório. Se fosse possível traçar um paralelo, por exemplo, cada parâmetro corresponderia a uma causa de aumento de pena, caso se estivesse diante de uma lide na esfera penal.

O grau de culpa do agente é um dos fatores capazes de ensejar elevação do valor, pois está diretamente ligado à conduta gerador do dano. É um dos critérios mais relevantes dentre os que foram expostos. A análise da ação do agente pode ter o condão de demonstrar se houve desídia na ação geradora de dano que, em razão do maior grau de reprovabilidade da conduta, merece ter a indenização majorada.

Quanto à gravidade do dano causado, sua importância é da mesma forma indiscutível. Se no critério anterior, a conduta do agente ganhou relevo, nesse critério a lesão causada é verificada objetivamente. Quanto maior e mais intenso o dano, maior deve ser a reprimenda do direito, tendo em vista que em virtude da capacidade lesiva da conduta do agente o dever ser do agente deveria ter sido mais diligente.

Saliente-se que, nas duas hipóteses acima, o que é observado é a anormalidade da hipótese. É indiscutível que, diante de casos concretos, se espera que haja alguma culpa por parte do agente, caso contrário se estaria diante de responsabilização objetiva, que é exceção no ordenamento jurídico. Da mesma forma, já é esperado que haja gravidade no dano causado, sendo certo que, se o dano for ínfimo, muito provavelmente desaparecerá a relevância jurídica da conduta. No entanto, o que há de ser observado na indenização punitiva é a exacerbação,

¹⁸ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Indenização Punitiva*. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=dd10e43d-25e9-478f-a346-ec511dd4188a>. Acesso em: 20 ago. 2019.

tanto da culpa quanto do dano, que deve ser capaz de retirar a responsabilização do patamar normal para alcançar o nível da responsabilização especial do *punitive damages*.

Tendo o agente auferido lucro com a ação que gerou o dano, a jurisprudência têm entendido que se trata de hipótese capaz de aplicar a indenização punitiva.¹⁹

O critério mais discutível da lista, sem dúvida, é a situação econômica do ofensor. De acordo com ele, o valor da indenização pode ser majorado no caso de o agente ter alta capacidade econômica. Nesta hipótese, mais uma vez se majora o valor em razão da inobservância dos deveres objetivos de cuidado, mas neste caso isso se deve em virtude da presunção de que aquele que tem boas condições financeiras disporia de mais meios materiais para evitar o dano, mas não o fez.

Como forma de espancar qualquer dúvida acerca das hipóteses de aplicação da indenização punitiva, insta expor casos para rápida análise de como tal instituto pode ser aplicado.

Em 8 de fevereiro de 2019, um incêndio atingiu o centro de treinamento dos jogadores das divisões de base do Flamengo.²⁰ No evento, dez atletas morreram e três ficaram feridos²¹.

Apesar de se tratar de hipótese real e, por isso, estar sujeita a diversas nuances que o pequeno relatório acima não expôs, o exemplo se destina a traçar um paralelo entre as multas administrativas já sofridas pelo clube anteriormente²² e eventual indenização punitiva que poderia ser imposta. A reiteração de multas que não evitaram o incêndio confirma os argumentos já trazidos em outros capítulos que sustentam que a multa não é capaz de atingir a função a que a indenização punitiva se destina. Ademais, resta patente que, tendo em vista a ausência de regularização do local, inclusive após diversas notificações estatais, há elevada culpa na conduta do clube.

¹⁹ Neste caso, entende-se que além de ter causado o dano a outrem, o agente obteve vantagem com tal conduta lesiva. Logo, em tese, agiu com inobservância dos deveres objetivos de cuidado visando unicamente a vantagem, razão pela qual o valor pago não pode ser fixado em patamares normais. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. *Apelação nº 0007456-24.2014.8.11.0003*. Relator: Des. João Ferreira Filho. Disponível em: <<http://servicos.tjmt.jus.br/ViewDocumento.aspx?key=9e762c5f-75f9-4db5-a387-5e9904aa347>>. Acesso em: 11 nov. 2019.

²⁰ O alojamento que funcionava em contêineres, servia de dormitório para atletas adolescentes entre 14 e 17 anos. Tal centro de treinamento não tinha alvará de funcionamento nem certificado do Corpo de Bombeiros, a estrutura que pegou fogo não constava no projeto enviado à prefeitura para o licenciamento de edificações e o clube já havia sido multado 31 vezes pelo poder municipal por manter o CT aberto de forma irregular. ESTADÃO. *Flamengo defende contêineres em CT*: ‘era um alojamento confortável’. Notícia publicada em: 9 fev. 2019. Disponível em: <<https://esportes.estadao.com.br/noticias/futebol,flamengo-defende-conteineres-em-ct-era-um-alojamento-comfortavel,70002714820>>. Acesso em: 10 nov. 2019.

²¹ VEJA. *Flamengo: R\$ 200 mi em contratações e sem acordo com vítimas de incêndio*. Notícia publicada em: 9 ago. 2019. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/placar/flamengo-r-200-mi-em-contratacoes-e-sem-acordo-com-vitimas-de-incendio/>>. Acesso em: 10 set. 2019.

²² 31 ocorrências. *Ibidem*.

Em 25 de janeiro de 2019, uma barragem da empresa Vale do Rio Doce, em Brumadinho (MG), despejou 13 milhões de metros cúbicos de rejeitos minerais sobre a região do rio Paraopeba. O ocorrido deixou 200 mortos e 93 desaparecidos. Tal desastre ocorreu três anos depois do caso do rompimento da barragem do Fundão, em Mariana (MG), envolvendo também a Vale²³.

Neste caso, o ponto importante é a reiteração da conduta, assim como a extensão do dano é proeminente. Não há dúvida que a dimensão do dano é imensurável e, por isso, haveria preenchimento de critério para aumento do valor indenizatório. Porém salta aos olhos que, pouco tempo antes, um desastre semelhante ocorreu em outra barragem da mesma empresa, o que conduz a entender que houve negligência na conduta, atraindo, portanto, a indenização punitiva.

Por fim, resta proceder à análise das 30 empresas mais acionadas nos Juizados Especiais Cíveis do Rio de Janeiro em 2018²⁴. A indenização punitiva assume papel essencial nas demandas com natureza consumerista, tendo em vista que, em diversos casos, as empresas privadas violam sucessivamente cláusulas contratuais e legais, mas tal ação evidentemente atentatória contra o consumidor não tem a devida punição. A reiteração de causas com mesmo pedido e causa de pedir, além da comum identidade do réu, deixam claro que tais empresas agem com culpa, e a resposta judicial, até o presente momento, não tem sido satisfatória em coibir o descumprimento consciente dos direitos do consumidor. Como meio de combater tal incongruência, a indenização punitiva parece uma resposta correta.

CONCLUSÃO

Ao longo da presente pesquisa, foram abordados aspectos intrínsecos da indenização punitiva, como a inovação que esta representa a tutela de direitos conversíveis em indenização, bem como sua compatibilidade com o ordenamento jurídico pátrio, e ainda aspectos objetivos do tema, como sua aplicabilidade. Claro restou que o instituto é alvo da desconfiança, principalmente dos doutrinadores que temem que a chamada ‘indústria da indenização’ seja incentivada na hipótese dos *punitive damages* passarem a ser reiteradamente aplicados.

²³ ALVIM, Mariana. *Vale sempre negou outras barragens em risco, diz promotora no caso Mariana e Brumadinho sobre novo alerta em MG*. Notícia publicada no portal da BBC News Brasil em 24 mai. 2019. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-48406013>>. Acesso em: 11 set. 2019.

²⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Light lidera a lista das empresas mais acionadas na Justiça em 2018*. Notícia publicada em 3 jan. 2019. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/6069074>>. Acesso em: 13 set. 2019.

Além da desconfiança acerca dos efeitos que a aplicação dos *punitive damages* poderiam gerar, o tema também suscita debates jurídicos.

A convicção na existência de outros institutos com a mesma função acarretou o temor de que a mesma conduta pudesse ser punida duas vezes, gerando o chamado *bis in idem*. Este trabalho mostrou, contudo, que os institutos frequentemente relacionados ao *punitive damages*, quais sejam multa administrativa, multa penal e dano moral *stricto sensu* não se assemelham àquele. Tanto no viés conceitual quanto na aplicação dos institutos, eles são diferentes. Mas a diferença crucial assenta na finalidade dos institutos, que é completamente diversa. Tendo objetivos diversos, fica, portanto, incabível a alegação de suposto defeito na existência da indenização punitiva.

No tocante à validade, os *punitive damages* são contestados quanto a sua constitucionalidade. Embora se sustente que haja afronta direta ao texto constitucional e ao Código Civil, conforme visto, tal argumentação não se sustenta. Tanto o texto constitucional quanto o Código Civil estão sujeitos à interpretação, sendo certo que a interpretação literal nem sempre é a mais indicada para que seja garantida a eficiência máxima da lei. Dessa forma, a indenização punitiva está sujeita à Constituição como qualquer outro instituto jurídico e nesse contexto serve como forma, inclusive, de concretizar os princípios e objetivos ali perseguidos.

Por fim, a aplicabilidade da indenização punitiva confirma a eficácia de tal instituto no âmbito do direito brasileiro. O presente trabalho se propôs a ser atividade não meramente passiva de exposição de ideias acerca do tema, mas também ativa no que tange o delineamento de critério para aplicação do referido instituto. Foram propostos parâmetros como o grau de culpa do agente, gravidade do dano causado, recebimento de lucro com a ação que gerou o dano e a situação econômica do ofensor.

Conforme exposto, embora os *punitive damages* tenham sido alvo de desconfiança no passado, é importante que os tribunais passem a aplicá-los expressamente, tendo em vista sua inegável importância para o Direito Civil e para o bom funcionamento das relações sociais, cada vez mais complexas.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Indenização Punitiva*. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=dd10e43d-25e9-478f-a346-ec511dd4188a>. Acesso em: 20 ago. 2019.

ALVIM, Mariana. 'Vale sempre negou outras barragens em risco', diz promotora no caso Mariana e Brumadinho sobre novo alerta em MG. Notícia veiculada no portal da BBC News

Brasil em 24 mai. 2019. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-48406013>>. Acesso em: 11 set. 2019.

BRASIL. *Código de Direito Civil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 27 ago. 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 27 ago. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso. *Apelação nº 0007456-24.2014.8.11.0003*. Relator: Des. João Ferreira Filho. Disponível em: <<http://servicos.tjmt.jus.br/ViewDocumento.aspx?key=9e762c5f-75f9-4db5-a387-5e9904aa347>>. Acesso em: 11 nov. 2019.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Light lidera a lista das empresas mais acionadas na Justiça em 2018*. Notícia veiculada em 3 jan. 2019. <<http://www.tjrj.jus.br/web/guest/noticias/noticia/-/visualizarconteudo/5111210/6069074>>. Acesso em: 13 set. 2019.

COSTA, Ana Carolina Gusmão de Souza. *Dano Moral e Indenização Punitiva*. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2009/direito_civil/direito_civil.html>. Acesso em: 15 mar. 2019.

ESTADÃO. *Flamengo defende contêineres em CT: era um alojamento confortável*. Notícia publicada em: 9 fev. 2019. Disponível em: <<https://esportes.estadao.com.br/noticias/futebol,flamengo-defende-containeres-em-ct-era-um-alojamento-confortavel,70002714820>>. Acesso em: 10 nov. 2019

GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: Parte Geral*. 9. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 4. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1979.

MARINANGELO, Rafael. *A evolução por dano moral e a aplicação da indenização punitiva*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, p. 669. 2010. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/18822/2/Rafael%20Marinangelo.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2019.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil - constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. São Paulo: Atlas, 2013.

VEJA. *Flamengo: R\$ 200 mi em contratações e sem acordo com vítimas de incêndio*. Notícia publicada em: 9 ago. 2019. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/placar/flamengo-r-200-mi-em-contratacoes-e-sem-acordo-com-vitimas-de-incendio/>>. Acesso em: 10 set. 2019.