

A APLICABILIDADE DA FIGURA DOS *PUNITIVE DAMAGES* E A UTILIZAÇÃO DE CRITÉRIOS PUNITIVO-PEDAGÓGICOS PARA QUANTIFICAÇÃO DA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL: ANÁLISE DA APELAÇÃO CÍVEL N. 5053531-87.2019.8.21.0001 JULGADA PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL

PUNITIVE DAMAGES APLICABILITY AND THE UTILIZATION OF PUNITIVE-EXEMPLARY CRITERIA TO QUANTIFY GENERAL DAMAGES AWARDS: ANALYSIS OF APPEAL N. 5053531-87.2019.8.21.0001 JUDGED BY TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL

Rafaela Garcez Nunes *
Igor Dias de Oliveira **

RESUMO: Estes comentários analisaram julgamento proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em matéria de responsabilidade civil. O caso tratou sobre danos materiais, morais e estéticos decorrentes de câncer causado por implante mamário, fundamentando a indenização por dano moral na reparação do dano e na sua função punitivo-pedagógica. Este trabalho busca analisar a figura dos *punitive damages* e sua aplicabilidade no Brasil, bem como a incidência da função punitivo-pedagógica do dano moral no julgado analisado.

Palavras-chave: responsabilidade civil; defeito; dano moral; função punitivo-pedagógica; indenização punitiva.

ABSTRACT: These comments analyzed the judgment pronounced by the Justice Court of Rio Grande do Sul in matters of civil liability. That case involved actual, general, and esthetic damages due to cancer caused by breast implant, awarding general damages in its compensatory and punitive-exemplary functions. This paper aims to analyze the punitive damages doctrine and its applicability in Brazil, as well as the punitive-exemplary function of general damages in this case.

Keywords: civil liability; defect; immaterial damage; punitive-exemplary function; punitive damages.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Relato do julgado analisado. 2. Noções gerais sobre os *Punitive Damages*. 3. A figura dos *Punitive Damages* e a aplicação do “caráter punitivo-pedagógico” da Indenização por dano moral. 4. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

Este texto analisa a decisão da 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (“TJRS”) na Apelação Cível 5053531-87.2019.8.21.0001. Em linhas gerais, o TJRS condenou a Sociedade Empresária Ré, fabricante de implantes mamários, ao pagamento do

* Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Pós-graduada em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Advogada. E-mail: rafaelagarceznunes@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0009-0000-7600-5949>

** Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Advogado. E-mail: igor@gersonbranco.com.br ORCID: <https://orcid.org/0009-0005-2372-8322>

montante de R\$100.000,00 (cem mil reais) a título de reparação de dano moral a uma mulher que desenvolveu câncer mamário desencadeado pelo uso de próteses de fabricação da demandada.

Em especial, investigar-se-ão os critérios e fundamentos utilizados para fixação do *quantum* indenizatório para a compensação do dano moral que foi concedida à vítima do dano.

Dentre os fundamentos utilizados pelo juízo de origem e pelo TJRS para justificar o montante arbitrado, está a função punitivo-pedagógica da responsabilidade civil, a qual se aproxima da figura do *punitive damages*. Ainda que não se conteste a importância concedida, uma vez que o mal experimentado pela Autora da ação foi muito grave, o questionamento que é apresentado neste trabalho diz respeito à existência de uma função punitivo pedagógica na legislação atual no que tange ao arbitramento de indenização e a real necessidade de invocação de uma suposta função punitivo-pedagógica para justificar o montante fixado judicialmente a título compensatório.

Assim sendo, há duas perguntas que permeiam este trabalho: (I) a figura dos *punitive damages* é aceita no ordenamento jurídico brasileiro? (II) foi efetivamente aplicada a figura dos *punitive damages* no julgado analisado? Para responder a essas perguntas, este trabalho é dividido em três partes. Na primeira parte, será realizado um breve relato do caso e da decisão a ser comentada. Na segunda parte, se responderá à primeira pergunta, analisando-se a receptividade da figura do *punitive damages* no direito brasileiro. Por fim, na terceira parte será feita uma análise da utilização ou não da figura pela decisão comentada.

Para a análise da decisão e perquirição das respostas às perguntas acima, será realizado um estudo bibliográfico a respeito da matéria pelo método dedutivo. Ainda que não seja pretensão deste trabalho utilizar o método de estudo de direito comparado, a fim de analisar as noções gerais da figura dos *punitive damages* recorrer-se-á também à bibliografia e decisões judiciais estrangeiras como subsídio complementar ao desenvolvimento do raciocínio apto a responder aos questionamentos apresentados.

1. RELATO DO JULGADO ANALISADO

O acórdão analisado foi lavrado pela 9ª Câmara Cível do TJRS em julgamento de recurso de Apelação Cível.¹ A Autora ajuizou ação pelo procedimento comum com pedido de indenização por danos materiais, estéticos e morais contra a Sociedade Empresária Ré, fabricante de implantes mamários².

A Autora realizou cirurgia plástica em 15 de maio de 2012 para implantação de prótese mamária fabricada pela Sociedade Empresária Ré. A cirurgia correu bem; porém, em maio de 2019, a autora percebeu inchaço anormal no seio esquerdo e procurou orientação médica. Foram

¹ BRASIL. TJRS. Nona Câmara Cível. Apelação Cível n. 5053531-87.2019.8.21.0001. Relator Desembargador Carlos Eduardo Richinitti. Data de julgamento: 04.10.2023. Data de publicação: 17.10.2023. Trânsito em julgado: 08.11.2023. Disponível em: www.tjrs.jus.br, acesso em 02 fev. 2024.

² Neste texto será utilizada a expressão “indenização” como gênero, que abrange tanto a reparação por danos materiais quanto a compensação de danos imateriais.

realizados exames e foi diagnosticado que a paciente havia desenvolvido Linfoma de Grandes Células T Anaplásico, comumente relacionado a implantes mamários (nexo causal). A Autora retirou o implante mamário, por orientação médica, em 12 de junho de 2019, recebeu alta no dia seguinte e seguiu em recuperação até o dia 27 de junho do mesmo ano.

Em razão desses fatos, a Autora ingressou em juízo em 18 de dezembro de 2019 pedindo a condenação da Sociedade Empresária Ré ao ressarcimento de danos materiais de R\$212.062,65; à reparação de dano estético em R\$40.000,00 e de dano moral em R\$252.062,65. Considerando a delimitação da análise deste caso, será objeto de apreciação apenas a fixação do *quantum indenizatório* a título de dano moral. Assim, exclui-se do escopo deste trabalho a análise dos pressupostos da responsabilidade civil para a condenação, bem como os elementos e critérios de quantificação dos danos material e estético.

Na sentença, o juízo de origem arbitrou o dano moral em R\$26.000,00. De acordo com a fundamentação, no arbitramento do dano moral deveria o julgador não deveria se limitar a analisar ao interesse individualmente considerado, mas igualmente ater-se aos interesses coletivos envolvidos porque a matéria versa sobre questão cujo interesse é geral.

O trecho abaixo transcrito do acórdão demonstra essa ilação:

28 - No arbitramento, não se deve circunscrever apenas às partes, mas, sim, ater-se ao interesse coletivo de que incorram ofensas iguais outras aos direitos subjetivos. Assim, a indenização, afora o caráter compensatório individual, também, deve ter um plus dissuasório ou inibitório, pois toda violação de direito atinge a coletividade no seu grau de confiança e respeito na ordem jurídica. Não só isso. A indenização deve possuir conteúdo econômico suficiente para repercutir individual e socialmente o seu caráter sancionatório e, desse modo, didaticamente inculcar ao ofensor e, de resto, a todos agentes que atuem no comércio jurídico, especial cautela na execução de suas atividades comerciais ou industriais.

A Autora apelou da sentença, requerendo a majoração do *quantum indenizatório*. No julgamento do recurso de apelação, a 9ª Câmara Cível do TJRS elevou o montante da condenação da Ré ao patamar de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) a título de indenização por danos morais. Dentre os argumentos da fundamentação, destaca-se o trecho citado na própria ementa, no sentido de que, no arbitramento, há de ser levado em conta “não só o caráter reparatório da verba, mas também a sua função punitiva e pedagógica”.

No voto do relator, consta que o caso representa situação atípica, a ensejar indenização financeira diferenciada. Em seguida, destaca a disparidade da situação econômica entre a Sociedade Empresária e a consumidora. Ao referir haver uma função pedagógica punitiva da responsabilização pelos prejuízos extrapatrimoniais, o julgador indica que esta teria como objetivo dissuadir que fatos similares sejam novamente cometidos, como é possível constatar do seguinte trecho do acórdão:

A responsabilização, objetiva que é, não pressupõe culpa, mas acho que se deve levar em conta não só os danos de ordem moral que são sim de grande monta, digo eu irreparáveis. Deve-se também considerar o caráter punitivo, de modo que empresas como a demandada repensem seriamente fatores de segurança

antes de colocar produtos no mercado que tragam riscos ao ser humano.

A função punitivo-pedagógica para quantificação do dano moral se assemelha à figura dos *punitive damages*. Em razão disso, respeitado o entendimento da Câmara julgadora, analisar-se-á neste trabalho a aplicabilidade da figura do *punitive damages* no ordenamento jurídico brasileiro. Isso porque, via de regra, a responsabilidade civil no Brasil exerce apenas função compensatória (item 2., *infra*). Na sequência, será analisado se foi efetivamente aplicada a figura dos *punitive damages* no caso comentado. Isto é, será analisado se os critérios punitivo-pedagógicos significam a aplicação dos *punitive damages* (item 3., *infra*).

2. NOÇÕES GERAIS SOBRE OS *PUNITIVE DAMAGES*

A figura dos *punitive damages* ou indenização punitiva, conforme a doutrina brasileira a denomina,³ trata de conceito importado da *common law*, em que também é denominada *exemplary damages*. A figura foi primeiro articulada na Inglaterra⁴ e depois levada aos Estados Unidos, onde foi desenvolvida.⁵

Ainda em 2005, em artigo específico sobre o tema, Mariana Pargendler e Judith Martins-Costa assim definiram os *punitive damages*, também conhecidos como *exemplary damages*, *vindictive damages* ou *smart money*:

Consistem na soma em dinheiro conferida ao autor de uma ação indenizatória em valor expressivamente superior ao necessário à compensação do dano, tendo em vista a dupla finalidade de punição (*punishment*) e prevenção pela exemplaridade da punição (*deterrence*) opondo-se – nesse aspecto funcional – aos *compensatory damages*, que consistem no montante da indenização compatível ou equivalente ao dano causado, atribuído com o objetivo de ressarcir o prejuízo⁶.

Na *common law*, os *punitive damages* estão inseridos na *law of torts*, o que, para o Direito brasileiro, seria a responsabilidade extracontratual, e só podem ser concedidos quando forem demonstradas circunstâncias subjetivas semelhantes ao dolo do Direito romano-germânico, como a *malice*, *wantonness*, *willfulness*, *oppression* e *fraud*. A negligência, portanto, não enseja *punitive damages*, embora a *gross negligence*, sim⁷. Nos contratos, somente são admitidos quando for alegado e provado um ilícito extracontratual que tenha conexão com a violação do contrato.

³ PARGENDLER, Mariana Souza; MARTINS-COSTA, Judith. Usos e abusos da função punitiva (*punitive damages* e o direito brasileiro). *Revista CEJ*, n. 28, p. 24, Brasília, jan.-mar. 2005, p. 19. Disponível em: [https://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/643/823]. Acesso em: 17.02.2024.

⁴ Os casos paradigmáticos do direito inglês foram Huckle v. Money e Wilkes v. Wood, datados de 1763.

⁵ GATTAZ, Luciana de Godoy Penteado. Punitive Damages no Direito Brasileiro. *Revista dos Tribunais*, vol. 964/2016, p. 191-214, fev. 2016, p. 1.

⁶ PARGENDLER, Mariana Souza; MARTINS-COSTA, Judith. Usos e abusos da função punitiva (*punitive damages* e o direito brasileiro). *Revista CEJ*, n. 28, p. 24, Brasília, jan.-mar. 2005. Disponível em: [https://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/643/823]. Acesso em: 13.02.2024.

⁷ PARGENDLER, Mariana Souza; MARTINS-COSTA, Judith. Usos e abusos da função punitiva (*punitive damages* e o direito brasileiro). *Revista CEJ*, n. 28, p. 24, Brasília, jan.-mar. 2005. Disponível em: [https://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/643/823]. Acesso em: 13.02.2024. P. 19.

A fim de se estabelecer um breve histórico do instituto, é importante observar que suas raízes remontam à época de Eduardo I⁸, no *Statute of Gloucester*, de 1278, que previa a indenização por dano por meio da imposição de reparação equivalente a um múltiplo do montante correspondente ao dano sofrido pela vítima. Essa tradição foi especialmente desenvolvida no século XVIII, quando se criou a doutrina dos *exemplary damages* como um meio que justificasse a atribuição de indenização quando não havia prejuízo tangível, leia-se, em casos de danos extrapatrimoniais⁹, vindo a se consolidar com os casos *Huckle v. Money* e *Wilkes v. Wood*, de 1763, apontados como originários dos *punitive damages* na Inglaterra¹⁰.

Ambos os casos, ocorridos em um período político turbulento na Inglaterra, decorreram de ordens do rei George III, que concedeu poderes aos funcionários da Coroa para prender e revistar suspeitos de publicaram um artigo anônimo e ofensivo a ele, publicado no jornal *The North Briton*. Em ambos os casos, em razão de tais ordens reais, os autores das ações tiveram suas casas invadidas por oficiais do rei e foram presos. Ao ajuizarem as ações, alegaram que os funcionários públicos entraram em suas residências e apreenderam documentos pessoais ilegalmente.

No caso *Huckle v. Money*, cujo julgamento ocorreu em julho de 1763, os jurados deliberaram por apenas onze minutos e fixaram a indenização em £300, uma soma considerada muito alta para a época. A ilegalidade do mandado de busca e apreensão emitido foi um ponto crucial para a fixação do valor da indenização, servindo como fator de convencimento do júri, que analisou as características pessoais do autor da ação, que apenas trabalhava na gráfica que teria impresso os jornais, em contraposição à arbitrariedade da Coroa sobre seus súditos, considerada uma violação à Magna Carta e uma tentativa de destruir a autodeterminação dos cidadãos através de um mandado de busca e apreensão geral e indeterminado¹¹. O termo “*exemplary damages*” teria sido cunhado pelo magistrado, o *Chief Justice of the Court of Common Pleas*, Sir Charles Pratt, que, ao comentar a decisão do júri, referiu “*I think they have done right in giving exemplary damages*”.¹²

Já no caso *Wilkes v. Wood*, julgado em dezembro de 1763, o autor pediu indenização no valor de £5.000 e, em seus argumentos, destacou a “irreparabilidade” dos danos sofridos. Nesse julgamento, o mesmo magistrado, Pratt, ao comentar a decisão do júri, referiu que a indenização por danos serve não somente como satisfação à pessoa que sofreu o dano, mas

⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa: uma leitura civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. P. 228-229.

⁹ Exemplary damages in the Law of Torts. *Harvard Law Review*, n. 70, 1957, p. 518-519. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1337816> Acesso em: 17.02.2024.

¹⁰ Embora a doutrina não seja unânime neste sentido, conforme demonstrado por Nicholas Sinanis. SINANIS, Nicholas. The North Briton no. 45 and the doctrinal origins of exemplary damages. *The Cambridge Law Journal*, vol. 82, n. 2, jul. 2023, p. 321 – 349. Disponível em: <https://doi.org/10.1017/S000819732300020X> Acesso em: 17.02.2024.

¹¹ SINANIS, Nicholas. The North Briton no. 45 and the doctrinal origins of exemplary damages. *The Cambridge Law Journal*, vol. 82, n. 2, jul. 2023, p. 321 – 349.

Disponível em: <https://doi.org/10.1017/S000819732300020X> Acesso em: 17.02.2024.

¹² *Ibidem*, p. 337.

também como punição ao culpado, de forma a impedir que ele agisse da mesma maneira futuramente, além de demonstrar o repúdio do júri quanto a conduta do ofensor.¹³

Logo em seguida, os *punitive damages* foram exportados para os Estados Unidos. Lá, o primeiro registro de utilização da doutrina foi em 1784, no caso *Genay v. Norris*, julgado pela Suprema Corte da Carolina do Sul, e que resultou na condenação do ofensor, um médico que, após aceitar um desafio para um duelo de pistolas, inseriu na taça de vinho de seu adversário uma dose considerável de um veneno, a cantaridina, e propôs um drinque de reconciliação. A Suprema Corte do estado entendeu que as dores extremas provocadas à vítima pela malícia do médico mereciam, naquelas circunstâncias, uma “punição exemplar”, a que denominou de “*vindictive damages*”.¹⁴

Em outro caso, *Coryell v. Colbaugh*, de 1791, julgado em Nova Jersey, o júri condenou o réu a indenizar a autora pelo descumprimento da promessa de casamento, tendo o magistrado instruído o júri a não estimar os danos por nenhuma prova de sofrimento ou perda real em particular, mas sim que estes tivessem o fim de servir como exemplo para prevenir ofensas similares no futuro.¹⁵

De acordo com Rustad e Koenig, nesses primeiros casos de *punitive damages*, as cortes costumavam utilizá-los em casos em que os réus cometiam atos que feriam a ordem social, utilizando a doutrina como fundamento para a indenização a vítimas de agressão por ofensores física ou socialmente mais fortes, bem como às mulheres que sofriam agressão e lesão corporal, estupro e assédio sexual, ou até mesmo em casos que envolviam racismo¹⁶.

Ao final do século XIX, entretanto, houve uma mudança no direcionamento da aplicação dos *punitive damages*, que passaram incidir nos julgados envolvendo grandes empresas, comumente aquelas que administravam ferrovias,¹⁷ em consonância com a situação econômica do país. O uso da doutrina contra as grandes corporações levou a um caloroso debate, com seus opositores, capitaneados por Simon Greenleaf, que defendiam que os *punitive damages* eram inconsistentes, do ponto de vista lógico, com a função compensatória da *tort law*¹⁸. Greenleaf, inclusive, durante uma palestra na Faculdade de Direito de Harvard, em 1834, manifestou-se no seguinte sentido:

¹³ “I have formerly delivered it as my opinion in another occasion, and I still continue of the same mind, that a jury have it in their power to give damages for more than the injury received. Damages are designed not only as a satisfaction to the injured person, but likewise as a punishment to the guilty, to deter from any such proceeding for the future, and as a proof of the detestation of the jury to the action itself.” *Ibidem*, p. 344.

¹⁴ *Genay v. Norris*, 1 S.C.L (1 bay) 6 (1784) in: KOENIG, Thomas; RUSTAD, Michael. In *Defense of Tort Law*. New York University Press, 2001, p. 1269.

¹⁵ *Coryell v. Colbaugh*, 1 N.J.L. 77, 77 (1791) in: KOENIG, Thomas; RUSTAD, Michael. In *Defense of Tort Law*. New York University Press, 2001. P.1269.

¹⁶ *Ibidem*. p. 1291-1293.

¹⁷ *Lake Shore & Mich. S. Ry. Co. v. Prentice*, 147 U.S. 101, 106 (1893). “If a public corporation, like an individual, acts oppressively, wantonly, [or] abuses power, and a citizen in that way is injured, the citizen, in addition to strict compensation, may have, the law says, something in the way of smart money; something as punishment for the oppressive use of power.” Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/147/101/> Acesso em: 17.02.2024.

¹⁸ GREENLEAF, Simon. *A Treatise on the Law of Evidence* 240 n. 2 (16th ed. 1899). The Lawbook Exchange Ltd.

A indenização pelos danos é concedida como uma compensação, recompensa ou satisfação ao autor da ação, por um dano verdadeiramente sofrido por ele e cometido pelo réu. Ela deve ser precisamente correspondente ao dano, nem mais, nem menos, e isso independentemente de o dano ter sido à pessoa ou à sua propriedade.¹⁹

De outro lado, Theodore Sedgwick, editor de uma revista jurídica e advogado, era o principal defensor dos *punitive damages*, reiterando que a doutrina deveria ser usada em casos de fraude, devassidão, malícia ou opressão muito graves, nos quais o júri deveria emitir um veredito mais severo, impoñto uma punição ao réu e utilizando-o como exemplo para a comunidade²⁰. Embora o debate entre Greenleaf e Sedwick fosse até citado nas decisões, poucas cortes repudiavam a doutrina dos *punitive damages*, apesar das variações entre os estados.²¹

Ao final do século XIX e início do século XX, as críticas à doutrina passaram a abarcar o direito constitucional e, dentre seus argumentos, havia referências ao destino dos valores pagos, pois as indenizações eram pagas aos indivíduos e não à comunidade, e à sua aplicação pelos jurados, que os concediam sem quaisquer limites. Com isso, as Cortes passaram a apresentar resistência à utilização dos *punitive damages* em alguns casos, como os de erros médicos, que eram quase sempre julgados improcedentes.²²

Pelo início do século XX, os *punitive damages* passaram a ter um papel maior no direito do consumidor, com a concessão de indenizações nos casos em que havia malícia, fraude, ofensa, devassidão ou desrespeito pelos direitos do consumidor²³. Cada vez mais, os *punitive damages* passaram a ser um instrumento de proteção do consumidor contra a utilização de práticas negociais moralmente reprováveis e ilícitas, como, por exemplo, em casos de venda de ações sobre a exploração de petróleo inexistente²⁴, de vício construtivo²⁵, de venda de relógios usados como se fossem novos²⁶, entre muitos outros.

A situação de relativa inconsistência teórica na aplicação do instituto, entretanto, perdurou, havendo alguns casos relevantes a serem mencionados, a fim de se demonstrar que sequer no país onde a tradição os ampara, os *punitive damages* causam dificuldades ao julgador.

O primeiro deles, *Taylor v. Superior Court* (1979)²⁷, merece destaque pela fundamentação adotada pela corte. Nele, a parte autora pediu indenização compensatória e por *punitive damages* por danos decorrentes de acidente de carro causado por um motorista

¹⁹ *Ibidem*. §253.

²⁰ KOENIG, Thomas; RUSTAD, Michael. In *Defense of Tort Law*. New York University Press, 2001.

²¹ *Ibidem*.

²² Como exemplo, *Braunberger v. Cleis*, 4 Am. L. Reg. 587, 594 (Pa. 1865), no qual a Corte negou a concessão de *punitive damages* à vítima morta, por compreender que o cirurgião não teria agido com malícia. O mesmo foi decidido em *Hyatt v. Adams*, 16 Mich. 180, 198-200 (1867), *Van Meter v Crews* 148 S.W. 40, 42 (Ky. 1912), dentre vários outros referidos por Rustad e Koenig.

²³ KOENIG, Thomas; RUSTAD, Michael. In *Defense of Tort Law*. New York University Press, 2001. P. 1303.

²⁴ *Greene v. Keithley*, 86 F. 2d 238, 242 (8th Cir. 1936). Disponível em: <https://casetext.com/case/greene-v-keithley> Acesso em 17.02.2024.

²⁵ *Luikart v. Miller*, 48 S.W. 2d 867, 871 (Mo. 1932). Disponível em: <https://case-law.vlex.com/vid/luikart-v-miller-no-899189841> Acesso em: 17.02.2024.

²⁶ *Saberton v. Greenwald*, 66 N.E.2d 224, 229 (Ohio 1946). Disponível em: <https://casetext.com/case/saberton-v-greenwald> Acesso em: 17.02.2024.

²⁷ Disponível em: <https://law.justia.com/cases/california/supreme-court/3d/24/890.html> Acesso em: 17.02.2024.

embriagado, que sofria de alcoolismo. O autor sustentou que o réu, ainda que soubesse ser alcoólatra e estivesse ciente dos riscos de dirigir embriagado, passou a trabalhar como motorista de veículo que transportava bebidas alcoólicas, dirigindo por toda a cidade e parando em lojas de bebidas, sujeitando-se, com isso, a tentações incontroláveis em razão da sua moléstia. A Corte Superior do Condado de Los Angeles entendeu que o réu agiu com consciente desconsideração pela segurança de terceiros e malícia implícita, afastando, com isso, a alegação do réu de inimizabilidade por alcoolismo.

Em *Grimshaw v. Ford Motor Co.* (1981)²⁸, os *punitive damages* foram concedidos após ter restado comprovado que a fabricante de automóveis não modificou a localização do tanque do veículo para ter uma economia de 15 dólares por automóvel, sendo esta a razão para a explosão de um carro após uma colisão, o que causou a morte de três pessoas. O júri considerou o comportamento da Ford altamente reprovável, pois a empresa fez uma análise de custo e benefício que não levou em conta o custo social da localização do reservatório de combustível dentro do automóvel, mas sim a probabilidade baixa de alguém ajuizar ação contra a empresa por este motivo.

Outro caso a merecer referência, este pelo valor da indenização concedida, foi *Texaco v. Pennzoil* (1984)²⁹. Neste caso, Pennzoil e os principais acionistas da Getty Oil negociavam para que Pennzoil e Sarah C. Getty Oil Trust passassem a ser os únicos acionistas da Getty Oil, tendo inclusive assinado memorando de entendimentos, pelo qual a Pennzoil pagaria 110 dólares por ação. O acerto entre as partes foi tornado público, observando-se que elas tinham entre si um acordo de princípios. Ao mesmo tempo, a Texaco, principal concorrente da Pennzoil, passou a negociar secretamente com os acionistas da Getty Oil um plano de aquisição da empresa, pelo qual pagaria 128 dólares por ação, firmando o acordo e anunciando-o na imprensa. A Pennzoil ajuizou ação contra a Texaco por responsabilidade pela indução à violação de contrato, que foi julgada procedente para condenar a Texaco a uma indenização de 7,53 bilhões de dólares, dos quais 3 bilhões foram por *punitive damages*, em razão da interferência ilícita da empresa na relação negocial alheia.

Já no caso *Pacific Mutual Life Insurance v. Haslip* (1991)³⁰, motivado pelo inadimplemento, por um corretor de seguros da Pacific Mutual, de obrigações assumidas em nome da empresa perante os clientes, os *punitive damages* teve como fundamento a fraude cometida pelo agente da empresa, que se apropriou do prêmio pago pelo segurado, e a responsabilidade da seguradora pelo princípio *respondeat superior*. Neste caso, a Suprema Corte dos Estados Unidos fixou fatores a serem considerados quando se analisa se uma indenização baseada em *punitive damages* está razoavelmente ligada aos objetivos do instituto de dissuasão e retribuição.

²⁸ Disponível em: <https://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/3d/119/757.html> Acesso em: 17.02.2024.

²⁹ Disponível em: <https://www.casebriefs.com/blog/law/contracts/contracts-keyed-to-california/the-agreement-process/texaco-inc-v-pennzoil-co/> Acesso em: 17.02.2024.

³⁰ Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/499/1/> Acesso em: 17.02.2024.

Seriam eles: (a) se existe uma relação razoável entre a indenização por *punitive damages* e o dano provavelmente resultante da conduta do réu, bem como o dano com o dano que realmente ocorreu; (b) o grau de reprovabilidade da conduta do réu, a duração da conduta e a existência e a frequência de condutas similares pretéritas; (c) a obtenção de lucro pelo réu com o ato danoso e a vontade de se remover este lucro e fazer com que o réu também suportasse uma perda; (d) a posição econômica do réu; (e) todos os custos do litígio; (f) a imposição de sanções criminais ao réu pela sua conduta, a serem mitigadas; e (g) a existência de outras indenizações por responsabilidade civil contra o réu pela mesma conduta, também a serem mitigadas³¹.

Outro caso importante a ser destacado é o *TXO Production Corp. v. Alliance Resources Corp.* (1993)³², em que as partes eram parceiras em negócio de extração e processamento de petróleo e a TXO teve comportamento fraudulento em relação a Alliance, com a finalidade de acrescentar uma modificação no acordo para que este fosse mais favorável a ela. A decisão que condenou a TXO fixou o montante indenizatório em US\$ 19 mil de *compensatory damages* e em US\$ 10 mil a título de *punitive damages*, cuja fundamentação foi baseada na má-fé da TXO e evidenciou os fatores já considerados em *Pacific Mutual Life Insurance v. Haslip*.

Por fim, cumpre destacar caso julgado pela Suprema Corte estadunidense, *BMW of North America, Inc. v. Gore* (1996)³³, em que os julgadores entenderam pela inconstitucionalidade dos *punitive damages* em patamares não razoáveis, em razão de afronta a *due process clause*, fixou diretrizes a fim de uniformizar a fixação do montante indenizatório, que vêm orientando os julgamentos desde então³⁴, seguindo os seguintes parâmetros:

- I. o grau de reprovabilidade da conduta do réu, o que pode ser aferido por cinco fatores:
 - (1) se o prejuízo causado foi físico ou meramente econômico;
 - (2) se o ato ilícito foi praticado com indiferença ou total desconsideração pela saúde ou segurança dos outros;
 - (3) se o alvo da conduta é uma pessoa com vulnerabilidade financeira;
 - (4) se a conduta envolveu ações repetidas ou foi um incidente isolado; e
 - (5) se o prejuízo resultou de uma ação intencional ou fraudulenta, ou foi um mero acidente.
- II. a disparidade entre o dano efetivo ou potencial sofrido pelo autor e os *punitive damages*;
- III. a diferença entre os *punitive damages* concedidos pelo júri e as multas civis autorizadas ou impostas em casos semelhantes.

O breve histórico apresentado serve para demonstrar que, mesmo no direito anglo-saxão, em que há vasto arcabouço teórico sobre o instituto, a aplicação dos *punitive damages* não é unanimidade. Isso porque há a indesejada combinação de conceitos do Direito civil e criminal e a possibilidade de enriquecimento sem causa (*windfall*) do indenizado³⁵.

³¹ KOENIG, Thomas; RUSTAD, Michael. In *Defense of Tort Law*. New York University Press, 2001. p. 1311.

³² Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/509/443/>. Acesso em: 17.02.2024.

³³ Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/517/559/>. Acesso em: 13.02.2024.

³⁴ PARGENDLER, Mariana Souza; MARTINS-COSTA, Judith. Usos e abusos da função punitiva (*punitive damages* e o direito brasileiro). *Revista CEJ*, n. 28, p. 24, Brasília, jan.-mar. 2005. Disponível em: <https://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/643/823>. Acesso em: 13.02.2024.

³⁵ ANDRADE, André Gustavo de. *Dano Moral e Indenização Punitiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 197.

3. A FIGURA DOS *PUNITIVE DAMAGES* NO BRASIL E A APLICAÇÃO DO “CARÁTER PUNITIVO-PEDAGÓGICO” DA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL

No Brasil, a aplicação da figura dos *punitive damages* é controversa, por trazer ao direito civil a ideia de punição civil atuante no direito penal. Admitir a figura dos *punitive damages* seria admitir a existência de pena privada sem que haja autorização legal para tanto. No entanto, não são poucos os julgados e doutrinadores que defendem um “caráter punitivo-pedagógico” para fixação da indenização de danos morais. A partir disso, cabe neste tópico fazer uma distinção entre a figura dos *punitive damages* e a utilização de uma suposta “função punitivo-pedagógica” para a fixação da indenização por dano moral.

A figura dos *punitive damages*, tal qual desenvolvida nos países de tradição anglo-saxônica, não encontra guarida no ordenamento jurídico brasileiro. A primeira explicação para tal recusa está na “dicotomia entre ilícito civil e ilícito penal”.³⁶ A segunda objeção está na vedação à imposição de pena sem que haja crime previamente tipificado, tutelada pelo princípio da legalidade (*nullum crimen nulla poena sine lege*).³⁷ O terceiro obstáculo encontrado pela figura no ordenamento jurídico brasileiro é a vedação ao enriquecimento sem causa.³⁸ Por fim, há um quarto, e quiçá mais controvertido, empecilho, que é a função da responsabilidade civil: o art. 944 do Código Civil brasileiro sedimenta a função compensatória da responsabilidade civil ao delimitar que a indenização se mede pela extensão do dano.

Alguns doutrinadores, entretanto, mostram-se favoráveis à aplicação da denominada “indenização punitiva”. É o caso de Sérgio Cavalieri Filho, que entende que o instituto pode ser aplicado “quando o comportamento do ofensor se revelar particularmente reprovável – dolo ou culpa grave – e, ainda, nos casos em que, independentemente de culpa, o agente obtiver lucro com o ato ilícito ou incorrer em reiteração da conduta ilícita”³⁹.

Há também quem justifique a aplicabilidade dos *punitive damages* com base no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e na proteção dos direitos da personalidade e no direito à indenização do dano moral, previstos nos arts. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal.⁴⁰ Todavia, o próprio texto Constitucional veda também a aplicação de pena sem que haja “prévia cominação legal” (art. 5º, XXXIX, CF). Nesse sentido, em parecer a respeito da legalidade da condenação de dano moral com efeito punitivo-pedagógico, Arruda Alvim Netto defende que “[é] certo que a função punitiva (indo além da reparadora) guarda identidade com uma pena, e

³⁶ SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 205. MARÇAL, Sérgio Pinheiro. *Reparação de danos morais – teoria do valor do desestímulo*. Nº 7. Juris Síntese.

³⁷ MIRAGEM, Bruno. *Responsabilidade Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021, p. 231.

³⁸ SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 205.

³⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 16ª ed., ver. e ampl., São Paulo: Atlas, 2023, p. 123.

⁴⁰ GATTAZ, Luciana de Godoy Penteadó. Punitive Damages no Direito Brasileiro. *Revista dos Tribunais*, vol. 964/2016, p. 191-214, fev. 2016.

aceitar 'indenização' fundada no critério punitivo é criar espécie de pena privada".⁴¹ Em razão disso, Arruda Alvim Netto defende a inaplicabilidade dos *punitive damages* no direito brasileiro sob pena de violação à garantia constitucional de inexistência de pena sem prévia cominação legal (art. 5º, XXXIX, CF).⁴²

Apesar a divergência, o Superior Tribunal de Justiça ("STJ") já teve a oportunidade de se manifestar no sentido de que: "a indenização por danos morais possui tríplice função, a compensatória, para mitigar os danos sofridos pela vítima; a punitiva, para condenar o autor da prática do ato ilícito lesivo, e a preventiva, para dissuadir o cometimento de novos atos ilícitos".⁴³

A decisão do STJ, no entanto, não significa que o ordenamento jurídico brasileiro tenha adotado a indenização punitiva (*punitive damages*). Até mesmo os doutrinadores que reconhecem a função "punitiva" e "preventiva" do dano moral as distinguem da figura dos *punitive damages* (indenização punitiva). Nesse sentido, vide as lições do saudoso Ministro Paulo de Tarso Sanseverino:

As referências feitas pelos tribunais, no arbitramento de indenizações por danos extrapatrimoniais, à sua natureza punitiva não enseja, por si só, que elas se enquadrem como modalidades de *punitive damages*. Trata-se apenas, na realidade, de fundamentação voltada ao arbitramento equitativo da indenização calcada na sua função satisfatória [...].⁴⁴

No mesmo sentido, Judith Martins-Costa e Mariana Pargendler explicam que não é preciso recorrer à figura dos *punitive damages* para extrair um caráter "exemplar" e "punitivo" da condenação por danos morais.⁴⁵ O professor Bruno Miragem também ressalta tal distinção ao afirmar que: "a comparação entre as *punitive damages* no direito norte-americano e a função punitiva ou dissuasória da indenização não permite que sejam tratadas como um mesmo fenômeno. Suas diferenças são expressivas e devem ser destacadas".⁴⁶ O professor explica que, ao contrário da figura dos *punitive damages*, a função punitivo-pedagógica do dano moral prescinde a existência de culpa, bem como não é outorgada como parcela adicional.⁴⁷

A partir dessa distinção entre os fenômenos, o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino defende a utilização de critérios punitivo-pedagógicos para a fixação da indenização por dano extrapatrimonial com base na função satisfativa da responsabilidade civil:

A função preponderante, na responsabilidade civil em geral, é ressarcitória ou compensatória, o que transparece na própria consagração pelo ordenamento jurídico do princípio da reparação integral em relação aos prejuízos econômicos

⁴¹ ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. Responsabilidade Contratual Inaplicabilidade do Efeito Pedagógico Punitivo do Dano Moral. *Soluções Práticas*, Vol. 2, p. 1.037-1.056, 2011, p. 7.

⁴² *ibidem*.

⁴³ BRASIL. STJ, REsp 1440721/GO, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 11/10/2016, DJe 11/11/2016

⁴⁴ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da Reparação Integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 75/76.

⁴⁵ PARGENDLER, Mariana Souza; MARTINS-COSTA, Judith. Usos e abusos da função punitiva (*punitive damages* e o direito brasileiro). *Revista CEJ*, n. 28, p. 24, Brasília, jan.-mar. 2005, p. 22. Disponível em: [https://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/643/823]. Acesso em: 17.02.2024.

⁴⁶ MIRAGEM, Bruno. *Responsabilidade Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021, p. 229.

⁴⁷ MIRAGEM, Bruno. *Responsabilidade Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021, p. 231.

ou patrimoniais. No caso específico dos danos extrapatrimoniais, em face da dificuldade de se quantificar a indenização correspondente, a função preponderante é satisfatória, visto que não é possível estabelecer uma precisa relação de equivalência entre os prejuízos sem conteúdo econômico e a reparação pecuniária. Isso, porém, não afasta a exigência de que a reparação pecuniária deva corresponder a um razoável ressarcimento da vítima pelos prejuízos sofridos, mesmo sem cunho econômico.⁴⁸

Assim, o que justificaria a adoção de critérios punitivo-pedagógicos seria a função satisfativa da responsabilidade civil. Entretanto, reitera-se, o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino não defendia a adoção de indenização punitiva (*punitive damages*), vez que: “Outra limitação ensejada pela função de teto indenizatório do princípio da reparação integral está na ausência de espaço, no direito brasileiro, para a indenização punitiva (*punitive damages*).⁴⁹

No entanto, a utilização de critérios “punitivo-pedagógicos” para fixação do *quantum* indenizatório para o dano moral também sofre críticas por parte da doutrina em razão da limitação da responsabilidade civil à função compensatória. Nesse sentido, o professor Anderson Schreiber firma que a função punitivo pedagógica adotada no Brasil se trata de “uma espécie bizarra de indenização, em que o responsável não é dado conhecer em que medida está sendo apenada, e em que medida está simplesmente compensando o dano”.⁵⁰

Por outro lado, há autores que defendem a superação do dogma da função meramente compensatória da responsabilidade civil patrimonial e extrapatrimonial. Dentre eles o professor Nelson Rosenvald defende que: “É necessário levantar o véu reparatório, que encobre toda a plasticidade da responsabilidade civil”.⁵¹ Nesse sentido, o enunciado 379 da IV Jornada de Direito Civil defende que “o art. 944, *caput*, do Código Civil não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil”⁵².

Atualmente o art. 944 do Código Civil fortifica a defesa da função compensatória da responsabilidade civil, apesar da sua reiterada mitigação para fixação de critérios para quantificação de indenização de danos extrapatrimoniais por parte da doutrina e dos tribunais. Todavia, há em trâmite a proposta de alteração do Código Civil de 2002, e, de acordo com o Parecer n. 1 – Subcomissão de Responsabilidade Civil e Enriquecimento Sem Causa integrante da Comissão de Jurista responsável pela revisão e atualização do Código Civil, criada pelo Ato do Presidente do Senado n. 11, de 2023, discute-se a possibilidade de inclusão da função preventiva e punitiva no dispositivo legal:

Para além de uma contenção de danos, há a necessidade de uma contenção de comportamentos antijurídicos, mediante a introdução das funções preventiva e

⁴⁸ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da Reparação Integral*: indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 271.

⁴⁹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da Reparação Integral*: indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 68.

⁵⁰ SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil*: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 203.

⁵¹ ROSENVALD, Nelson. *As Funções da Responsabilidade Civil*: a reparação e a pena civil. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 81.

⁵² Vide, igualmente, VAZ, Caroline. *Funções da Responsabilidade Civil*: da reparação à punição e dissuasão. Os *punitive damages* no Direito Comparado e Brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 97-102.

punitiva, com seguros parâmetros de aplicação para a moderação de poderes judiciais, contrabalançados por uma função promocional aos agentes econômicos que investirem em governança e *accountability*.⁵³

Nesse sentido, de acordo com o proposto art. 926-A e 951, §2º, do projeto de alteração:

Art. 926-A. As disposições deste Título são aplicáveis às funções preventiva, punitiva, e reparatória de danos.

Art. 951, Art. 951. Na quantificação do dano extrapatrimonial, observar-se-á: [...]

§2º Ao estabelecer a indenização por danos extrapatrimoniais, o juiz poderá acrescentar uma sanção pecuniária, em caráter dissuasório, pedagógico e punitivo, nos casos de especial gravidade, em situação de culpa grave ou quando o ofensor manifestar indiferença perante a situação da vítima, sua segurança, tendo-se também em vista a irreversibilidade das consequências danosas.⁵⁴

A partir dos debates que seguirão ocorrendo a respeito da proposta acima é que será possível verificar qual será a posição atual do legislador sobre o assunto. De todo modo, são oportunos os questionamentos de Soares a respeito das questões que devem ser enfrentadas quando se está diante da aplicabilidade prática objetiva da função punitiva:

Assim, torna-se conveniente e necessária uma reflexão e escolha axiológica no direito brasileiro a respeito do tema, partindo-se para a confecção de uma legislação que deixe clara essa escolha, partindo das seguintes opções cuja seleção é imprescindível:

I. definir para quais condutas a sanção pecuniária com finalidade punitiva é aplicável (exige-se dolo? a culpa deve ser grave? é relevante o tipo e relevância do interesse jurídico violado?);

II. estabelecer se a sanção pecuniária com finalidade punitiva incide somente na hipótese de danos patrimoniais, ou se ela se estende aos danos extrapatrimoniais;

III. esclarecer se a sanção pecuniária com finalidade punitiva incorre nas hipóteses em que não haja dano;

IV. indicar quem será o destinatário da sanção pecuniária com finalidade punitiva fixada e se (ou em quais situações) essa quantia deverá ter destinação específica (é da parte? É de um fundo? é de ambos? em qual medida?);

V. explicitar se é necessário haver pedido independente da parte, para fixação da sanção pecuniária com finalidade punitiva;

VI. esclarecer que a quantia a ser fixada a título de sanção pecuniária com finalidade punitiva não guarda relação com a figura jurídica do enriquecimento sem causa e também não se vincula do disposto no art. 944 do Código Civil.⁵⁵

⁵³ Subcomissão de Responsabilidade Civil e Enriquecimento Sem Causa integrante da Comissão de Jurista responsável pela revisão e atualização do Código Civil, criada pelo Ato do Presidente do Senado n. 11, de 2023. Parecer n. 1, p. 07.

Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento/download/b02f40e3-8cb9-4c02-8a13-98bdd1a05d93>. Acesso em: 17/02/2024.

⁵⁴ Subcomissão de Responsabilidade Civil e Enriquecimento Sem Causa integrante da Comissão de Jurista responsável pela revisão e atualização do Código Civil, criada pelo Ato do Presidente do Senado n. 11, de 2023. Parecer n. 1, p. 07.

Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento/download/b02f40e3-8cb9-4c02-8a13-98bdd1a05d93>. Acesso em: 17/02/2024.

⁵⁵ SOARES, Flaviana Rampazzo. Revisitando o tema *punitive damages*, o ideal indenizatório e a função punitiva no direito de danos contemporâneo. In: Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/9105o6b2/ve2g1rgp/KDE64QRcRd3R00TS.pdf>, acesso em: 17/02/2024. p. 78-98. Trecho da p. 96.

No estado atual da arte, entendemos que a responsabilidade civil tem apenas função compensatória, em razão do art. 944 do Código Civil⁵⁶, não sendo recepcionada a figura dos *punitive damages* no ordenamento jurídico brasileiro. Contudo, em se tratando de responsabilidade civil por danos extrapatrimoniais, há defensores da flexibilização da função compensatória pela função satisfatória com a utilização de critérios com intento punitivo-pedagógicos para fixação do *quantum* indenizatório. Tal condenação, porém, não seria adicional ou distinta da indenização que visa à compensação, ou seja, haveria um único valor de condenação que visa compensar, punir e prevenir.

Essa é a situação que vem sendo aplicada pelos Tribunais, apesar de remanescerem críticas, e foi aplicada no caso em análise. Neste caso, entendemos que não foram aplicados os *punitive damages*. Em que pese a compensação ter sido elevada no julgamento do recurso para o importe de R\$100.000,00 (cem mil reais) e a utilização da expressão “função punitivo-pedagógica” para a quantificação do *quantum* indenizatório, não houve a aplicação da figura em sua faceta característica de indenização punitiva.

Isso porque não houve um acréscimo à indenização de dano moral, mas uma utilização de critérios punitivo-pedagógicos para alcançar um valor que melhor compensasse a vítima e, ao mesmo tempo “punisse” e “prevenisse” a reiteração da ilicitude. O seguinte trecho do acórdão se destaca para reformar essa afirmação:

O poderio econômico da ré, e, ainda, o resultado danoso terrível que acabou por comprometer a saúde da autora, impondo a realização de cirurgias e convivência permanente com o medo, tudo somado ao caráter sancionatório e pedagógico, entendo como justa e adequada a fixação de uma indenização por danos morais no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

Apesar de ser criticada a utilização de critérios “punitivo-pedagógicos”, vez que não abarcados pela função compensatória da responsabilidade civil, no caso em análise, o *quantum* fixado poderia ser obtido mesmo sem a pretensão punitiva e preventiva. Isso porque o montante atribuído ao dano moral não parece ultrapassar o dano sofrido pela vítima, neste caso em específico.

No entanto, faz-se necessária uma reflexão mais precisa quanto à utilização do critério “punitivo-pedagógico”. Esse limbo entre aplicabilidade e inaplicabilidade da figura do *punitive damages*, fazendo incidir apenas critérios comuns para fixação de indenização para danos extrapatrimoniais, traz mais insegurança jurídica do que prevenção de futuros ilícitudes. Isso porque na maioria das vezes o montante arbitrado sequer pode representar uma punição, tampouco influir na intenção de prevenir novas ilícitudes.

⁵⁶ Conforme Soares: “Para esse fim, assume relevância o disposto no artigo 944, o qual estabelece a medida da indenização, que deve corresponder à “extensão do dano”. Portanto, o Código, lido a *contrario sensu*, afirma que a indenização vincula-se e é aferida segundo a medida do *dano* e não da *culpa*, e não indica explicitamente a possibilidade de a indenização possuir componente sancionatório.” SOARES, Flaviana Rampazzo. Revisitando o tema *punitive damages*, o ideal indenizatório e a função punitiva no direito de danos contemporâneo. In: Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/9105o6b2/ve2g1rgp/KDE64QRcRd3R00TS.pdf>, acesso em: 17/02/2024. p. 78-98. Trecho da p. 82.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dito isso, o que se pode concluir, neste momento, é que a utilização da figura dos *punitive damages* com a imposição de indenização punitiva adicional é vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro. É controvertida a adoção de critérios punitivo-pedagógicos para quantificar a condenação à reparação de dano extrapatrimonial, sendo vedada pelo teor do art. 944 do Código Civil. Apesar disso, ambos os critérios são amplamente utilizados pela jurisprudência, com respaldo de parcela significativa da doutrina, embora essa utilização seja cercada de atecnias, porque a própria figura jurídica no cenário doutrinário e jurisprudencial pátrio atual é *fluida* e *abstracta* em sua caracterização e aplicabilidade prática, a permitir que cada julgador a utilize segundo os seus próprios critérios, que inclusive podem ter bons propósitos mas, como dito, estão cercados de desafios tanto teóricos quanto práticos.

Para mais, existe a possibilidade de alteração significativa do ordenamento jurídico brasileiro por força da revisão e atualização do Código Civil de 2002. Dentre as possíveis alterações, há a previsão legal para adoção da função punitivo pedagógica da responsabilidade civil, com a autorização expressa para utilização da figura dos *punitive damages*.

A decisão comentada fundamenta-se no caráter punitivo-pedagógico da responsabilidade civil ao condenar a ofensora ao pagamento de R\$100.000,00 a título de indenização de danos morais. Entretanto, a utilização de tais critérios não significa que a decisão aplicou, de fato, a figura dos *punitive damages*.

A decisão analisada se socorre de tais critérios para justificar o valor arbitrado. Contudo, entendemos que o montante concedido à autora não destoa do plausível para compensar o dano sofrido com base nos critérios meramente compensatórios. Por outro lado, o *quantum* fixado não cumpre a função dos *punitive damages* ao passo que não são utilizados os critérios próprios da figura, tampouco é possível distinguir o *quantum* compensatório e punitivo-preventivo. Antes de adotar a figura alienígena em sua integralidade ou parcialmente, é necessário analisar os remédios jurídicos próprios do ordenamento jurídico brasileiro para verificar se há alternativas mais adequadas para tingir a finalidade almejada.

REFERÊNCIAS

U.S. CONGRESS. *Constitution Annotated*, 2024. AMDT4.2 Historical Background on Fourth Amendment. Disponível em: https://constitution.congress.gov/browse/essay/amdt4-2/ALDE_00013706/ Acesso em: 17.02.2024.

ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. Responsabilidade Contratual Inaplicabilidade do Efeito Pedagógico Punitivo do Dano Moral. *Soluções Práticas*, Vol. 2, p. 1.037-1.056, 2011, p. 7.

ANDRADE, André Gustavo de. *Dano Moral e Indenização Punitiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 197.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 16ª ed., ver. e ampl., São Paulo: Atlas, 2023, p. 123.

Exemplary Damages in the Law of Torts. *Harvard Law Review*, vol. 70, no. 3, 1957, pp. 517–33. JSTOR, Disponível em: <https://doi.org/10.2307/1337816>. Acesso em: 17.02.2024.

GATTAZ, Luciana de Godoy Penteado. Punitive Damages no Direito Brasileiro. *Revista dos Tribunais*, vol. 964/2016, p. 191-214, fev. 2016.

GREENLEAF, Simon. *A Treatise on the Law of Evidence 240 n. 2* (16th ed. 1899). The Lawbook Exchange Ltd.

KOENIG, Thomas; RUSTAD, Michael. *The Historical Continuity of Punitive Damages Awards: Reforming the Tort Reformers*. *The American University Law Review*, Summer, 1993, n. 4, p. 1269-1333.

KOENIG, Thomas; RUSTAD, Michael. In *Defense of Tort Law*. New York University Press, 2001. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=FZP-YII8RvMC&pg=PA292&lpg=PA292&dq=braunberger+v+cleis+1865&source=bl&ots=gytsLY48TN&sig=ACfU3U1A493qLzjf5Nxp-m0DUwcfW_tA3Q&hl=pt-BR&sa=X&ved=2ahUKEwiA2ezj1LOEaxUXppUCHZ54DkYQ6AF6BAghEAM Acesso em: 17.02.2024.

MARÇAL, Sérgio Pinheiro. Reparação de danos morais – teoria do valor do desestímulo. Nº 7. *Juris Síntese*

MIRAGEM, Bruno. *Responsabilidade Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021, p. 231.

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

PARGENDLER, Mariana Souza; MARTINS-COSTA, Judith. Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o direito brasileiro). *Revista CEJ*, n. 28, p. 24, Brasília, jan.-mar. 2005, p. 19. Disponível em: [<https://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/643/823>]. Acesso em: 17.02.2024.

POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. *3700 Punitive Damages*. *Encyclopedia of Law and Economics*, vol. II, p. 764-781, Boudewijn Bouckaert & Gerrit De Geest (Eds.), Cheltenham, UK: Edgar Elgar, 2000. Disponível em: http://www.law.harvard.edu/faculty/shavell/pdf/Punitive_damages_764.pdf Acesso em: 17.02.2024.

ROSENVALD, Nelson. *As Funções da Responsabilidade Civil: a reparação e a pena civil*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 81.

SALES, James; COLE JR, Kenneth. *Punitive Damages: a relic that has outlived its origins*. *Vanderbilt Law Review*, vol. 37, n. 5, oct. 1984. Disponível em: <https://scholarship.law.vanderbilt.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2795&context=vlr> Acesso em: 17.02.2024.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da Reparação Integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 75/76.

SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 205.

SINANIS, Nicholas. The North Briton no. 45 and the doctrinal origins of exemplary damages. *The Cambridge Law Journal*, vol. 82, n. 2, jul. 2023, p. 321 – 349. Disponível em: <https://doi.org/10.1017/S000819732300020X> Acesso em: 17.02.2024.

SEDWICK, Theodore. A Treatise on the Measure of Damages. Outlook Verlag GmbH, Frankfurt, Deutschland. 1st edition 2023, reprint of the original, first published in 1874. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=BuCzEAAAQBAJ&pg=PA696&lpg=PA696&dq=braunberger+v+cleis+1865&source=bl&ots=pWy2cZbiQD&sig=ACfU3U20StwSTWuRmO40xW25f_uy5wYe6g&hl=pt-BR&sa=X&ved=2ahUKEwj438rTiLOEAxXbppUCHUU_DpAQ6AF6BAgEEAM#v=onepage&q=braunberger%20v%20cleis%201865&f=false Acesso em: 17.02.2024.

SOARES, Flaviana Rampazzo. Revisitando o tema *punitive damages*, o ideal indenizatório e a função punitiva no direito de danos contemporâneo. In: Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/9105o6b2/ve2g1rgp/KDE64QRcRd3R00TS.pdf>

VAZ, Caroline. Funções da Responsabilidade Civil: da reparação à punição e dissuasão. Os *punitive damages* no Direito Comparado e Brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

DECISÕES JUDICIAIS CITADAS

BRASIL. STJ. Quarta Turma. REsp 1440721/GO, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, julgado em 11/10/2016, DJe 11/11/2016.

BRASIL. TJRS. Nona Câmara Cível. Apelação Cível n. 5053531-87.2019.8.21.0001. Relator Desembargador Carlos Eduardo Richinitti. Data de julgamento: 04.10.2023. Data de publicação: 17.10.2023. Trânsito em julgado: 08.11.2023.

BMW of North America, Inc. v. Gore (1996) Disponível em: [<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/517/559/>]. Acesso em: 13.02.2024.

Braunberger v. Cleis, 4 Am. L. Reg. 587, 594 (Pa. 1865)

Coryell v. Colbaugh, 1 N.J.L. 77, 77 (1791).

Genay v. Norris, 1 S.C.L (1 bay) 6 (1784)

Greene v. Keithley, 86 F. 2d 238, 242 (8th Cir. 1936). Disponível em: <https://casetext.com/case/greene-v-keithley> Acesso em 17.02.2024.

Grimshaw v. Ford Motor Co. (1981) Disponível em: <https://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/3d/119/757.html> Acesso em: 17.02.2024.

Lake Shore & Mich. S. Ry. Co. v. Prentice, 147 U.S. 101, 106 (1893). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/147/101/> Acesso em: 17.02.2024.

Luikart v. Miller, 48 S.W. 2d 867, 871 (Mo. 1932). Disponível em: <https://case-law.vlex.com/vid/luikart-v-miller-no-899189841> Acesso em: 17.02.2024.

Pacific Mutual Life Insurance v. Haslip (1991) Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/499/1/> Acesso em: 17.02.2024.

Saberton v. Greenwald, 66 N.E.2d 224, 229 (Ohio 1946). Disponível em: <https://casetext.com/case/saberton-v-greenwald> Acesso em: 17.02.2024.

Taylor v. Superior Court (1979) Disponível em: <https://law.justia.com/cases/california/supreme-court/3d/24/890.html> Acesso em: 17.02.2024.

Texaco v. Pennzoil (1984) Disponível em: <https://www.casebriefs.com/blog/law/contracts/contracts-keyed-to-calamari/the-agreement-process/texaco-inc-v-pennzoil-co/> Acesso em: 17.02.2024.

TXO Production Corp. v. Alliance Resources Corp. (1993) Disponível em:

<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/509/443/>. Acesso em: 17.02.2024.

Como citar: NUNES, Rafaela Garcez; OLIVEIRA, Igor Dias de. A aplicabilidade da figura dos punitive damages e a utilização de critérios punitivo-pedagógicos para quantificação da indenização por dano moral: análise da apelação cível n. 5053531-87.2019.8.21.0001 julgada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Revista IBERC**, Belo Horizonte, v. 7, n. 1, p. 195-212, jan./abr. 2024.

