

Artigo

## A Doutrina dos *Punitive Damages* e a Teoria do Desestímulo no Ordenamento Pátrio

*A Doutrina dos Punitive Damages e a Teoria do Desestímulo no Ordenamento Pátrio*

Rafael Adachi<sup>1</sup>

<sup>1</sup>Servidor Público. Pós-Graduando *lato sensu* em Direito e Processo Civil pelo Complexo Educacional Damásio de Jesus, Campo Grande, Mato Grosso do Sul. ORCID: 0009-0000-2620-566X. E-mail: [adachi.adv@gmail.com](mailto:adachi.adv@gmail.com).

Submetido em: 03/04/2025, revisado em: 04/04/2025 e aceito para publicação em: 07/04/2025.

**Resumo:** Permeia-se, com o presente trabalho, pela doutrina estrangeira dos *punitive damages*, nas questões tocantes à responsabilidade civil extracontratual. Busca-se entender a origem histórica do referido instituto como garantidor suficiente dos direitos violados, bem como seu papel preventivo às condutas reprováveis adotadas pelos ofensores. Analisa-se ainda, em apertada síntese, a adequabilidade do referido instituto aos moldes do ordenamento jurídico pátrio.

**Palavras-chave:** *Punitive Damages*; Teoria do Desestímulo; Responsabilidade civil.

**Abstract:** Permeates up, with this work, the foreign doctrine of punitive damages, in matters touching the tort. We seek to understand the historical origin of this institute, as guarantor sufficient rights violated and their preventive role reprehensible conduct adopted by the offenders. Analyzes are still in tight synthesis, the suit ability of this institute along the lines of legal paternal.

**Keywords:** Punitive Damages; Theory unincentive; Tort Liability.

### 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A prática de ato que resulta em dano, seja de qual proporção for, enseja a inequívoca e inescusável obrigação de repará-lo, imputando-se tal dever àquele responsável pelo seu cometimento. Busca-se então retomar o *status quo ante* daquele que restou prejudicado com a prática do ato ilícito.

O dever de reparar o dano causado atine ao estudo da responsabilidade civil, que abordaremos em apertada síntese nesta etapa introdutória, visto que o tópico a ser especificamente detalhado diz respeito à teoria anglo-saxônica do *Punitive Damage*, impressa nas situações que pertinem à análise da responsabilidade civil.

No entanto, recapitular o contexto da Responsabilidade Civil é de fulcral importância para adentrarmos no estudo minucioso do instituto jurídico estrangeiro, título do presente trabalho.

É preciso que tenhamos assente os contornos jurídicos Responsabilidade Civil em âmbito pátrio a fim de que possamos identificar o liame entre os nossos dispositivos e os institutos alienígenas que acobertam juridicamente as relações envoltas sobre o tema da responsabilidade civil.

O ordenamento jurídico brasileiro tutela o indivíduo face a um descumprimento obrigacional, quer pelo inadimplemento de uma regra determinada em contrato, quer por olvidar a observância a um preceito normativo que regula a vida em sociedade. Nesta seara, tratamos da responsabilidade civil contratual e da responsabilidade civil extracontratual, respectivamente, também atribuindo-se a esta última a nomenclatura de responsabilidade civil aquiliana.

Imprime maior relevância ao presente trabalho a responsabilidade civil extracontratual, sendo que essas tratativas iniciais servirão de trampolim para a matéria objeto deste estudo.

Os comandos legais civis especificam que “aquele que, por ação omissão voluntária, negligência ou

imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito (art. 186, CC/02)”, bem como que, “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico e social, pela boa-fé ou pelos bons costumes (Art. 187, CC/02)”. O normativo reparador vem insculpido na literalidade do art. 927 do CC/02, discorrendo que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Portanto, certo de que dano se trata de lesão a bem jurídico devidamente tutelado, seja patrimonial ou moral, sua incursão na esfera íntima de cada indivíduo lhe garante o direito de reparação, sendo as indenizações, destarte, o gatilho reparatório dos direitos violados.

Advindo um dano, emerge-se o dever de repará-lo, cristalizando-se, desta maneira, a doutrina da responsabilidade civil.

No ordenamento pátrio, as indenizações decorrentes da responsabilidade civil extracontratual, na qual inserem-se os casos de danos morais, detêm um caráter meramente reparatório/compensatório. É a busca do *status quo ante* do ofendido.

O ponto nodal do nosso trabalho traz à baila uma teoria jurídica estrangeira que imprime aos casos de responsabilidade civil um caráter punitivo, além do caráter compensatório, com a finalidade de inibir as reiteradas práticas ilícitas, ou aquelas que detêm em seu bojo uma gravíssima reprovabilidade de conduta.

Esse ponto de embate faz surgir acirradas discussões sobre o tema do *punitive damage*, nascendo neste ínterim a discussão acerca da e seus vieses reparatório/compensatório e inibitório/punitivo.

É nesta seara que se encontram as diferentes tradições jurídicas que possibilitam discutir um tema tão permeado de controvérsia quanto à aplicabilidade e compatibilidade do instituto estrangeiro junto ao nosso, mas cujas argumentações e debates enriquecem as discussões acadêmicas e profissionais sobre o tema.

Passamos, destarte, à apreciação principiologicamente das origens do referido instituto, bem como suas nuances jurídicas e fáticas inseridas no contexto social.

## 2 DA ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS PUNITIVE DAMAGES

Os *punitive damages* são constantemente relacionados à doutrina norte americana, por terem ensejado naquele ordenamento jurídico os grandes e acalorados casos judiciais que tomaram o instituto alvo de apreciação, adoção e críticas nos debates jurídicos. Apesar dessa correlação com o Direito norte americano, os *punitive damages* têm origem no Direito inglês, sendo que seus primórdios datam do século XVIII.

O *leading case*, ou seja, o caso que encabeçou e deu início a essa discussão jurídica ficou conhecido como *Wilkes v. Wood*.

Em 1763 o periódico semanal *The North Briton* publicou um artigo considerado ofensivo contra o então rei, George III e sua cúpula. Como não havia autoria definida, foi expedido pelo monarca um mandado genérico que culminou com a prisão de cerca de cinquenta pessoas, que eventualmente pudessem estar envolvidas com a famigerada publicação, dentre eles *John Wilkes*, opositor da monarquia e autor do sobredito artigo. Supervisionados pelo subsecretário de Estado, *Mr. Woods*, os emissários da realeza invadiram e reviraram a residência de *Wilkes*, além de confiscar seus livros e anotações.

*Wilkes*, por sua vez, tentou uma ação contra *Mr. Wood*, requerendo a aplicação da *exemplary damage*, sob o argumento de que uma condenação em valores irrisórios não seria medida capaz de impedir que práticas semelhantes ocorressem novamente com outros cidadãos. Observou-se a seguir alguns desdobramentos desse precedente que assentou as bases da teoria do *punitive damage* que “poderiam ser invocados para punir os ofensores em casos de malícia, opressão ou fraude, ou seja, em casos nos quais o ato ilícito foi praticado de forma especialmente ultrajante” (Resedá, 2009, p. 228).

Certamente arraigada à tradição jurídica da *Common Law*, os *punitive damages* continuam fortemente presentes no sistema jurídico inglês. Entretanto, foi no ordenamento norte americano que o referido instituto ganhou inegável projeção, solidificando tal dispositivo na forma como atualmente é conhecido.

Em solo americano, a primeira notícia que se tem acerca da utilização dos *punitive damages* remonta aos idos de 1791, no caso intitulado *Coryell v. Colbough*, cujo objeto era a promessa de casamento não cumprida.

Considerando a postura intolerável para os costumes da época, e ainda o sofrimento indescritível da mulher rejeitada, os jurados orientaram-se no sentido de definir indenizações sob o caráter preventivo. Assim, esses vultosos valores serviriam como forma de desestimular o ofensor ou qualquer outra pessoa à prática de ato similar. Vê-se, portanto, o latente o caráter preventivo insculpido na decisão adotada como forma de inibir reincidências nesse sentido.

Com o passar dos tempos, foi possível observar a solidificação do referido instituto na doutrina norte

americana. O caráter punitivo das indenizações equiparou-se ao caráter compensatório e por vezes até sobrelevado.

Certo é, no entanto, que após severas críticas às cifras teratológicas advindas de algumas condenações mais recentes, o instituto dos *punitive damages* foi se amoldando a contornos mais precisos e menos abertos, como se verá adiante.

Nos Estados Unidos essa teoria não é adotada unanimemente na integralidade de seu território em vista da autonomia legislativa de cada um dos Estados.

Naquele país, os Estados que utilizam a doutrina ora em comento como ferramenta asseguradora de direitos violados conferem aos jurados o poder para quantificarem a indenização no montante que julgarem ideal para a sua efetivação.

Na esteira da tradição presente no ordenamento inglês, o sistema jurídico americano atribui ao Tribunal do Júri a responsabilidade pela imposição de uma indenização que satisfaça os anseios do *exemplary damage*.

Nas palavras de Judith Martins-Costa e Mariana Souza (2005, p. 19), vê-se que:

[...] Ao júri, cabe, em primeiro lugar, decidir se é conveniente a imposição de danos punitivos. Em caso afirmativo, deverá, então, estabelecer o *quantum* devido, todavia, sem que, para tanto, receba instruções coerentes e seguras. Comumente, nada se diz além de: “façam o que acharem melhor”. Não é necessário muito para concluir que isto contribui de forma relevante para encorajar o júri a decidir de acordo com suas crenças e predileções, penalizando de forma mais severa réus impopulares e abastados. Não há parâmetros objetivos para guiar a atividade do júri, de modo a assegurar julgamentos imparciais. [...]

Percebe-se das palavras das autoras certa contrariedade à adoção da doutrina dos *punitive damages*, em especial por conferir ao júri a tarefa de meramente quantificar o valor indenizatório livre de qualquer supedâneo jurídico, mas tão somente, motivados pelos anseios e convicções ítimas. Assim, e especialmente a partir da década de 60, alguns casos tomaram-se marcos para o estudo dos *punitive damages*, certo de que condenações nunca antes vistas passaram a fazer parte do cotidiano de processos envolvendo questões indenizatórias. Aliás, é também nesse momento que se suscitam questões atinentes à indústria do dano moral, sendo esta, uma das alegações utilizadas pela corrente contrária à adoção desse instituto.

Alguns casos dotados intrinsecamente pela doutrina dos *punitive damages* merecem menção, visto exemplificarem literalmente o posicionamento do instituto em questão. Abordaremos apenas dois, de forma sucinta, mas precisa o suficiente para compreendermos o debate ora em comento.

O *Ford Pinto Case* é comumente citado nos artigos, textos e doutrinas que tratam dos *punitive damages*.

O fato ocorreu em 1972, quando o recém lançado *Ford Pinto* envolveu-se em um acidente ao trafegar em

uma autoestrada. Um abaloamento na parte traseira do veículo provocou o rompimento do seu tanque de combustível ocasionando sua explosão. Do acidente, faleceu a condutora do veículo, Lily Gray, e sofreu gravíssimas lesões o menino Richard Grimshaw, de apenas 13 anos.

Durante o julgamento do *Ford Corporation v. Grimshaw* ficou comprovado que durante os testes de colisão os engenheiros da Ford descobriram que um eventual acidente envolvendo a traseira do veículo poderia romper o tanque de combustível causando um incêndio. No entanto, como a linha de produção da Ford já estava montada ao tempo da descoberta, os executivos da companhia preferiram prosseguir com as vendas, mesmo sabendo que as intervenções necessárias corrigiriam as falhas e evitariam acidentes. Constatou-se ainda que o reservatório de combustível, no local em que se encontrava instalado, permitiria uma economia de 15 dólares por automóvel produzido.

Um estudo interno da própria Ford envolvendo os gastos aproximados com as eventuais indenizações atinentes a óbitos e lesões corporais e com os gastos necessários para corrigir o problema a partir de um *recall* de todos os veículos comprovou que aqueles seriam mais vantajosos para as finanças da empresa.

Diante dessas robustas provas de ganância e descaso, o Júri condenou a Ford no pagamento de US\$ 560.000,00 aos herdeiros da senhora Gray e de US\$ 2.500.000,00 para Richard Grimshaw a título de *compensatory damage*. E, sob o caráter de *punitive damage* a empresa foi condenada a US\$ 125.000.000,00, sendo tal valor reduzido para US\$ 3.500.000,00 em decisão posterior.

Outro caso que tornou-se expoente nos *cases* acerca dos *punitive damages* foi o *McDonald's Coffee Case*.

Em 1992, no Estado do Novo México a Sra. Stella Liebeck, de 76 anos, foi atendida no *drive-thru* da referida rede de lanchonetes e solicitou um café que lhe foi servido numa xícara de *styrofoam*. Ao manusear o recipiente, derramou o líquido sobre a perna acarretando queimaduras de segundo e terceiro graus.

Em decorrência dos ferimentos a vítima permaneceu internada no hospital por sete dias e mais três semanas em regime domiciliar, sendo que, neste ínterim, a vítima entrou em contato com a rede de *fast-food* para que essa arcasse com as despesas médicas, que somavam cerca de US\$ 2.000,00. A empresa recusou-se a cobrir a integralidade das despesas oferecendo apenas US\$ 800,00, momento em que a vítima intentou ação reparatória requerendo US\$ 100.000,00, em razão do *compensatory damage* e o triplo desse valor a título de *punitive damages*.

Em análise ao caso, apresentou-se um estudo que demonstrou a ocorrência de mais de setecentos casos similares ao da Sra. Liebeck. A rede de *fastfood*, a seu turno, informou que a manutenção da temperatura a 180 graus era responsável por manter o inigualável sabor do produto e que estes casos de queimadura eram incidentes isolados, visto que diante da quantidade dos cafés vendidos por dia, tais ocorrências representavam uma porcentagem irrisória.

Peritos comprovaram que se a temperatura da bebida fosse reduzida para 155 graus, essa diminuição representaria uma redução exponencial na possibilidade de ferimentos de graves proporções.

Ao final do processo, a rede *McDonald's* foi condenada no pagamento de US\$ 200.000,00 por danos compensatórios e de US\$ 2.700.000,00 por danos punitivos. Posteriormente esse valor foi reduzido para US\$ 540.000,00, representando algo em torno do triplo do *compensatory damage* previamente definido.

Além desses, outros casos foram expoentes na demonstração cabal dos *punitive damages* nas ações indenizatórias, no entanto, nos ateremos aos dois acima citados, a fim de não delongarmos demasiadamente no assunto.

### 3 OS PUNITIVE DAMAGES – CONCEITO E NOMENCLATURA

Aquele que atinge a esfera jurídica de outro indivíduo, causando-lhe dano há de ser obrigado a reparar os prejuízos causados na proporção em que concorreu para sua ocorrência. Trata-se, nestes casos, de restituir, ou ao menos compensar, à vítima, seu *status quo ante*. Ou seja, busca-se trazer uma compensação à vítima de um dano de modo que lhe diminua os efeitos negativos da prática do ato danoso até o ponto da neutralidade em que se encontrava.

E quando tratamos da doutrina dos *punitive damages* as indenizações apresentam um outro viés, que não apenas o compensatório, mas um punitivo, que repele a ocorrência de fatos semelhantes e que expõe, através de uma pena pecuniária, a reprovabilidade da conduta adotada pelo agressor.

Vê-se patente, portanto, a figura de duas pilastras-mestras que sustentam a doutrina dos *punitive damages*, sendo uma a sancionatória, e a outra que busca o desestímulo para novas práticas. Assim, caminham sempre *pari passu* os *punitive damages* e o *compensatory damage*, alinhando-se paralelamente para o deslinde dos casos que impliquem análise de danos e respectivas indenizações.

Sob essa natureza indenizatória, busca-se imputar àquele que praticou o dano, além da necessidade de reparação diante dos reais prejuízos advindos à vítima, a obrigação de arcar com o pagamento de um valor majorado.

Trata-se de uma indenização elevada que se vale como exemplo aos demais membros da sociedade no sentido de expor que determinado comportamento ou conduta é de tal modo condenável que, para tanto, merece uma sanção complementar.

Nas palavras de Salomão Resedá (2009, p. 225):

[...] conceitua-se *punitive damage* como sendo um acréscimo econômico na condenação imposta ao sujeito ativo do ato ilícito, em razão da sua gravidade e reiteração que vai além do que se estipula como necessário para satisfazer o ofendido, no intuito de desestimulá-lo à

prática de novos atos, além de mitigar a prática de comportamentos semelhantes por parte de potenciais ofensores, assegurando a paz social e consequente função social da responsabilidade civil. [...]

O mesmo autor continua:

[...] O instituto dos *punitive damages*, meio de reparação de danos próprio da *Common Law*, constituiu-se, em sistemas jurídicos como o nosso, numa figura anômala, intermediária entre o direito civil e o direito penal, pois tem o objetivo precípua de punir o agente causador de um dano, embora o faça através de uma pena pecuniária que se paga à vítima. [...]

No tocante à nomenclatura deste instituto, a doutrina americana atribui diversos sinônimos, podendo-se encontrar a referida teoria como sendo *exemplary damage*, *vindictive damage*, *smart damage*, ou ainda, *smart money*. Esta última denominação em referência à indústria do dano moral erigida nos Estados Unidos, cujos processos pertinentes a danos morais atingiam cifras milionárias.

A tradução literal impede que adotemos a teoria dos *punitive damages* no Brasil como sendo “danos punitivos” por uma incongruência óbvia. Como aduz Salomão Resedá (2009, p. 260), “não se trata de um purismo doutrinário, mas sim da adequação correta da nomenclatura ao perfil do instituto, evitando-se, com isso, que haja interpretações distorcidas da realidade”. Dizer que o dano é punitivo, dá-se a ideia de que o ordenamento jurídico estaria imprimindo um peso ainda maior ao sofrimento da vítima.

Valorizando o caráter desestimulador/inibidor do instituto em questão, é necessário buscar-se uma denominação para o instituto que permita repelir o sentido de punição trazido no bojo terminológico de “dano punitivo” ou “indenização punitiva”. Traz mais clareza e confere maior congruência lógica com nosso ordenamento adotarmos para esse instituto a denominação de “Teoria do Desestímulo”, na medida em que este é o objetivo central de toda construção doutrinária.

#### 4 DAS RESISTÊNCIAS À ADOÇÃO DOS *PUNITIVE DAMAGES* NO ORDENAMENTO NORTE AMERICANO E DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA SUA APLICAÇÃO

A doutrina dos *punitive damages* não é incólume a críticas, especialmente

por envolver nos casos de indenizações valores que montam cifras milionárias. Soma-se a essa posição adversa àquele instituto o fato de que tal sanção é aplicada e dosada por jurados, e não por um magistrado que, notadamente, possui uma capacidade técnica mais abrangente e apurada do que os membros do Tribunal do Júri.

Uma das correntes norte-americanas contrárias à aplicação do instituto em comento suscita questões de incompatibilidade com a Constituição, conferindo, portanto, àquela doutrina, a condição de inconstitucional.

Destacam que o instituto não se coaduna com a Emenda Oitava, que proíbe a imputação de pagamento de fianças ou multas excessivas para condenados, e muito menos com a Emenda Décima, que se refere à garantia existente no princípio do *in dubio pro reo*.

Um outro questionamento que se faz à aplicação da *exemplary damage* diz respeito à preocupação com o enriquecimento sem causa do ofendido em razão da aplicação dos *punitive damages*. Para os adeptos dessa corrente, a utilização dessa doutrina traria um benefício injustificado por parte da vítima, que teria à disposição um valor muito além do que aquele que representaria a reparação do dano efetivamente sofrido.

As indenizações milionárias justificam o temor dos americanos em transformar as cortes em loterias, incentivando, de certa forma, a indústria do dano moral.

Diante das gritantes cifras que vinham sendo aplicadas como sanção civil, a própria Suprema Corte Norte-Americana tratou de definir alguns parâmetros para balizar os jurados no momento da quantificação da indenização, devendo observarem: o grau de reprovabilidade da conduta do réu; a disparidade entre o dano sofrido pelo autor e os *punitive damages*; e a diferença entre os *punitive damages* concedidos pelo júri e as multas civis autorizadas ou impostas em casos semelhantes.

Ao analisar a possibilidade de invocação desse instituto dentro da reparação civil, busca-se evidenciar um requisito indispensável, qual seja, a gravidade da conduta.

A conduta há de ser reprovável na exata proporção de rejeição que irá funcionar como mola propulsora para a imposição do *exemplary damage*. Ademais, situações envolvendo má-fé; dolo; reincidência do agressor; manifesta vantagem econômica experimentada pelo ofensor; ou uma atitude moralmente culpável são qualidades que quando adicionadas à conduta ofensiva, deságuam na aplicação da doutrina em apreço.

#### 5 OS *PUNITIVE DAMAGES* NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Há de se ressaltar que a denominação que melhor se assenta ao nosso ordenamento seria a da Teoria do Desestímulo, na medida em que este é o objetivo central de toda aquela construção doutrinária.

No Brasil, as indenizações decorrentes de responsabilidade civil cingem-se apenas na tentativa de estabelecer o *status quo ante* do ofendido, muito embora se saiba que, nas demandas que envolvam danos morais, em razão da subjetividade quanto à efetiva comprovação do tamanho do prejuízo, sua reparação é de difícilíssima apuração, visto não haver tratamento linear sobre o *quantum* indenizatório.

A aferição do dano moral é realizada, principalmente, com o foco em satisfazer a vítima sob o argumento de se evitar a proliferação da chamada “indústria do dano moral”, uma vez que a concessão de altos valores configuraria ao ofendido enriquecimento sem causa. Contudo, a Teoria do Desestímulo não visa conceder valores desarrazoados como forma de

indenização, até por que esse comportamento nem de longe poderia ser considerado como aplicação da justiça.

Apesar de a doutrina em questão ter raiz em países que seguem a *Common Law*, diferentemente do que ocorre no Brasil, o instituto da *exemplary damage* é flexível o suficiente para ser utilizado nas decisões jurídicas pátrias. Pode-se considerá-lo como um acesso a uma nova forma de encarar as indenizações em razão de danos morais, seja no âmbito do direito civil, do direito do consumidor ou do direito trabalhista.

Mudanças de paradigmas serão necessárias para que a Teoria do Desestímulo tome lugar em nosso ordenamento jurídico.

Os Tribunais, e em especial o STJ, encaram os casos de responsabilidade civil de danos morais com exagerada limitação e prudência, aplicando as indenizações unicamente sob o caráter satisfativo, e deixando de atentar para pontos relevantes como a situação econômica do ofensor, o dolo com que o ato censurável foi praticado, e a intensidade do dano sofrido pela vítima.

Carlos Alberto Bittar (1990, p. 77-78 apud Resedá, 2009, p. 268), também adepto da Teoria do Desestímulo, assim dispõe:

[...] Recomenda-se, também, em atos ofensivos a aspectos morais, que a fixação do *quantum* obedeça a critério de sancionamento rigoroso, como meio de desestímulo a novas investidas (como, por exemplo, no âmbito de violações a aspectos da personalidade humana, ou a criações intelectuais, em que o valor da indenização deve ser fixado em níveis que desestimulem a repetição da prática: assim, por exemplo, no uso abusivo de determinada criação – falta de autorização autoral, ou extrapolação – deve a reparação compreender soma que ultrapasse os valores habituais da contratação normal, exatamente como sanção ao ilícito. [...]

Percebe-se, em alguns processos judiciais, que para o causador do dano é economicamente mais vantajoso indenizar os danos reivindicados judicialmente do que evitá-los.

Destarte, certo é que o montante da indenização não pode ser aplicado desarrazoadamente a ponto de implicar problemas estruturais para o ofensor. Em contrapartida, há de ser considerada inaceitável a indenização determinada pelo magistrado em quantias irrisórias, a ser considerada simbólica diante da capacidade econômica daquele que agride.

Há de se ter assente que as indenizações decorrentes de responsabilidade civil não devem cuidar apenas de compensar os danos carreados à vítima, mas também, servir de desestímulo a práticas agressivas ou reiteradamente adotadas pelos ofensores. Cuida-se aqui do caráter preventivo, capaz de repelir a concretização de novas agressões.

## 5.1 AS RESISTÊNCIAS QUANTO À APLICABILIDADE DA TEORIA DO DESESTÍMULO

Como se viu em apontamentos anteriores, a aplicação da teoria dos *punitive damages* não é pacífica nem mesmo nos Estados Unidos, país de onde surgiram os mais emblemáticos casos envolvendo esse instituto.

Um dos fundamentos contrários a essa doutrina diz respeito à ambivalência entre o direito privado e público, ou seja, para as situações voltadas ao caráter sancionador haveriam de ser aplicados os preceitos de direito público. Assim, a censura ao ato ilícito estaria restrita à responsabilidade penal, afastando-se a civil. No entanto, manter esta dicotomia entre o direito público e privado revela-se um retrocesso da evolução da norma jurídica perante a sociedade.

Salomão Resedá (2009, p. 274) afirma que:

[...] a tendência moderna do dano moral está na conexão ao seu valor indenizatório da confluência entre a punição e a compensação, ou, em outras palavras, na incidência da Teoria do Desestímulo e da indenização compensatória. Somente dessa forma, seria possível abarcar a moderna orientação que deve ser vinculada à responsabilidade civil, ainda mais em se tratando de danos morais. [...]

Outro fundamento utilizado para refutar a Teoria do Desestímulo no ordenamento jurídico brasileiro seria o princípio da *nulla poena sine lege* que, conforme o normativo inserto no inciso XXXIX do art. 5º da Constituição, determina que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Entretanto, suscitar esse princípio para mitigar a aplicação da Teoria do Desestímulo não parece ser a postura mais adequada. Primeiro porque o princípio abrange apenas as relações inseridas no âmbito penal e, segundo, por que não se pode considerar a Teoria do Desestímulo como uma pena no sentido estrito da expressão.

Nessa esteira, quanto às indenizações decorrentes da Teoria do Desestímulo não há se falar em pena, isto porque o dano considerado grave ou a repetição de um comportamento traz consigo uma instabilidade social. Ou seja, o ofendido não é apenas aquele contra quem se praticou o ato danoso, mas toda a coletividade, que se junta a essa relação como polo passivo da mesma.

A doutrina do *exemplary damage* não se consubstancia no momento mesmo do pagamento da “pena pecuniária” à vítima, visto não ser esse seu real escopo. Busca-se, sim, desestimular o agressor de reiteradas condutas agressivas ou desleais, bem como apresentar a potenciais ofensores a rejeição social à determinada prática.

Há ainda o pensamento pouco apurado de que a aplicação da Teoria do Desestímulo ensejaria única e tão somente o enriquecimento sem causa do ofendido.

Olvida-se, quando da análise desta corrente imediatista, que o instituto procura, acima de tudo, reprimir graves condutas ofensivas ou as que sejam praticadas com habitualidade pelo ofensor. Insere-se nesse contexto, como objetivo primordial da Teoria do Desestímulo, a manutenção da paz e integridade social, repelindo as práticas que invadem a esfera íntima dos indivíduos, perturbando, por conseguinte, a sociedade em geral.

Não há óbice para que as balizas utilizadas para a quantificação do valor indenizatório se vinculem à capacidade econômica do ofendido. No entanto, é necessário que se aponte como fato determinante para a apuração do *quantum* o volume financeiro que detém o agressor, de modo a garantir a efetividade social desse instituto.

É de extrema importância, para a apreciação do *exemplary damage*, a condição do autor do dano.

Torna-se eficaz a inclusão do sujeito ativo do ato ilícito como paradigma, ou seja, como parâmetro de análise, para o devido exame da indenização a título de danos morais, ainda mais quando considerarmos que diversas ações, em especial as de cunho consumerista, apresentam as mesmas nuances da prática ilícita, demonstrando a inequívoca reiteração em condutas negligentes e prejudiciais.

## 6 DA APLICABILIDADE DA TEORIA DO DESESTÍMULO NO BRASIL.

A doutrina estrangeira, ainda permeada de controvérsias, não é ílesa a críticas em território brasileiro, e as alegações contrárias ao instituto são diversas.

Pode-se entender que o normativo constante no art. 944 do Código Civil de 2002 torne possível a abordagem da Teoria do Desestímulo em nosso ordenamento quando afirma que “a indenização se mede pela extensão do dano”.

Salomão Resedá (2009, p. 292) ressalta que:

[...] Tratando-se de uma análise mais acurada, a ofensa moral não é desprovida de gradação, na medida em que ela parte de atos materiais que podem ser classificados, a critério do magistrado, de leve a grave. Além do mais, o reflexo no âmbito imaterial da pessoa também poderá ser majorado na mesma linha de entendimento.

Como exemplo, pode-se citar uma situação verídica na qual uma senhora, após se desentender com a gerente de determinado banco, em razão de uma nota de cinquenta reais não computada pelo caixa, teve a promessa de devolução do dinheiro por aquela funcionária. Ao receber a quantia, a senhora retirou-se da agência quando, minutos depois, foi abordada por um policial que a conduziu algemada à delegacia sob a acusação de pertencer a uma quadrilha de estelionatários que agia na rede bancária. Na delegacia, a senhora descobriu que

quem fez a acusação foi a mesma gerente que a atendera minutos antes na agência bancária.

Em razão da falsa acusação, a ofendida intentou ação de dano moral em face da instituição financeira. Na audiência de oitiva de testemunhas, todos os depoentes afirmaram que a senhora possuía boa índole. Ou seja, a sua imagem retrato foi arranhada com a situação fática. O juiz de primeiro grau determinou certa quantia que foi duplicada pelos julgadores do segundo grau com o argumento de necessidade de desestimular tal reiteração da conduta.

[...]

Observa-se ser possível, guardadas as limitações já mencionadas, a adoção da Teoria do Desestímulo em nosso ordenamento.

As incompatibilidades, que podem ser facilmente contornadas, não esgotam o fundamento de que seu conceito axiológico possui plena compatibilidade com o ordenamento jurídico.

Para que haja a efetiva adoção da Teoria do Desestímulo no Direito brasileiro é necessário que aconteça uma mudança na forma de abordagem do dano moral, tirando o foco das condições do ofendido, que embasam as formulações a respeito do enriquecimento sem causa e passando-se a analisar mais pormenorizadamente as condições do ofensor, além das circunstâncias envolvidas no dano gerado.

Busca-se, desta forma, evidenciar que a aplicação da responsabilidade civil da forma como é aplicada hodiernamente, já não é mais suficiente para atender satisfatoriamente a todos os conflitos, em especial, àqueles atinentes aos direitos de personalidade.

É preciso transmutar para o direito brasileiro a lógica funcional da teoria norte-americana dos *punitive damages*, adequando-a aos contornos procedimentais do nosso ordenamento. Não seria possível, portanto, que um Tribunal do Júri se incumbisse de aplicar a sobredita teoria, mas sim, que o próprio magistrado legalmente designado para a ação “destrinchasse” o valor da indenização compensatória do valor correspondente à sanção.

Vê-se, com clareza hialina, que se torna necessária a imposição de uma reprimenda mais severa por parte do Poder Judiciário, em decorrência da natureza grave do comportamento ou da sua reiteração, cumprindo ao julgador perquirir preliminarmente qual o montante financeiro que o ofensor detém e, em alguns casos, qual o lucro por ele experimentado em razão do seu comportamento.

É a única forma de tocar o ofensor com a rispidez necessária para que o faça repensar suas atitudes. Cristaliza-se, assim, o âmago da Teoria do Desestímulo, que, diferentemente do que querem fazer crer os opositores dessa doutrina, não busca punir indiscriminada e desarrazadamente, sem qualquer supedâneo jurídico, aqueles que ofendem o direito alheio, mas sim, sopesar a gravidade e reiteração de uma conduta inaceitável, juntamente com os caracteres financeiros do ofensor, e atribuir ao autor do dano uma reprimenda capaz de fazê-lo repensar a postura adotada para um caso isolado, ou para as práticas que já vinham sendo habituais.

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É possível constatar que as indenizações decorrentes dos casos envoltos em responsabilidade civil, cujo caráter é meramente compensatório, já não são suficientes para a satisfação do direito daquele indivíduo violado por uma conduta reprovável. É necessário que se imponha, nestes casos, uma medida que ultrapasse o caráter meramente reparatório da indenização do dano.

Também é de fácil aferição que o instituto dos *punitive damages* não deve ser aplicado para todo e qualquer caso, visto imbuir-se de um caráter de excepcionalidade. Essa característica lhe garante assento nas situações justificadas pela gravidade e reiteração da conduta reprovável, que podem trazer uma inegável instabilidade social.

Assim, a responsabilidade civil passa a adotar um novo viés, além do já assentado caráter reparatório. Trata-se do caráter preventivo, oriundo de uma postura sancionatória do Estado, que afasta das relações sociais a possibilidade de ocorrência de graves danos aos direitos alheios, ou da reiteração de condutas tidas como reprováveis.

A Teoria do Desestímulo, tradução interpretada da doutrina dos *punitive damages*, visa impor um *plus* indenizatório àquelas relações jurídicas que resultem em danos extrapatrimoniais. Funciona, portanto, como medida de desestimular o ofensor.

A aplicação desse instituto, quando dotado de razoabilidade e atinência aos requisitos norteadores, como visto alhures, se mostra eficaz, tanto no sentido de repelir práticas danosas, como acaba servindo de paradigma como forma de se evitar novas condutas de natureza ilícita

Nota-se que a importação do instituto estrangeiro para a realidade jurídica pátria não encontra óbices para a efetiva funcionalização, visto não haver impropriedades jurídicas que não se amoldariam ao nosso ordenamento.

Ademais, a referida doutrina mostra-se plenamente viável por conter em seu bojo caráter não imediatista de soluções de conflitos, pois serve como freio para as reiteradas práticas que resultam em danos. Dada a sua natureza pedagógica, a Teoria do Desestímulo é medida que se impõe, visto que, a longo prazo, evita que eventuais lides e controvérsias batam às portas do Poder Judiciário requerendo seu deslinde.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. **Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil**. Brasília, DF: Senado, 2002.

CARVALHO, Acelino Rodrigues. **Pressupostos da responsabilidade Civil**. São Paulo: Editora de Direito, 2005.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva: *Punitive damages* e o Direito brasileiro. 2005. **REVISTA CEJ**, América do Norte, n. 28, p. 15-32, jan./mar, 2005. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/revista/numero28/artigo02.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2013.

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

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 3 ed. São Paulo: Método, 2011.