INDENIZAÇÃO PUNITIVA – *PUNITIVE DAMAGES*

PUNITIVE INDEMNIFICATION

MARCELLA GOMES DE OLIVEIRA[1]
MARCOS ALVES DA SILVA[2]

RESUMO
O presente artigo visa demonstrar por meio da responsabilidade civil a evolução da indenização partindo da utilização do dano moral e também da aplicação da indenização punitiva, com a intenção de verificar o caráter compensatório e punitivo das indenizações através da menção das figuras da proporcionalidade, razoabilidade, dignidade da pessoa humana e, inclusive os direitos da personalidade, de modo a alcançar os indivíduos em dimensões individuais e sociais sem distinção. Faz-se também um comparativo entre os sistemas de *civil law* e *common law*, aplicados no Brasil e Estados Unidos da América, respectivamente, intensificando o foco para o instituto do *punitive damages.*
PALAVRAS-CHAVE: responsabilidade civil, indenização punitiva, dano moral, *punitive damages.*

ABSTRACT
This present article intents to demonstrate through the civil responsibility the evolution of the indemnification, starting with the utilization of moral damages and also the application of the punitive indemnity, verifying its types of compensation and punitive use about the usage of the indemnification, mentioning the aspects of proportionality, reasonability, dignity of the human person and rights of personality, reaching the individuals in both social and individual dimensions without distinction. It also makes a comparative between the systems civil law and common law, applied in Brazil and United States of America, intensifying the central point which is the institute of punitive damages.
KEYWORDS: civil responsibility, punitive indemnification, moral damages, punitive damages.

---

[1] Mestranda do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania pelo UNICURITIBA e membro do Grupo de Pesquisa "Direito Empresarial e Cidadania", liderado pela Profª Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr, registrado no CNPQ.
[2] Doutor em Direito Civil pela UERJ. Mestre em Direito pela UFPR. Professor do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA.

1 INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil engloba vários aspectos em nosso ordenamento jurídico e pelo foco do direito obrigacional podemos mencionar as indenizações decorrentes de dano ilícito.

O dano pode ser configurado como patrimonial ou extrapatrimonial. Em relação aos danos extrapatrimoniais, chamados também de danos morais, verifica-se uma grande dificuldade da mensuração daqueles que se baseiam na dor, sofrimento e na humilhação que é sofrida pelo indivíduo em seu foro íntimo ou na esfera social ou também na afetação da sua honra, seu sistema de crenças e valores, causando uma diminuição na figura projetada pela personalidade humana.

Em decorrência dessa mensuração aparece a dificuldade de reparar e quantificar a indenização em pecúnia, pois visa não somente compensar o dano causado à vítima, mas também repreender a reiteração da prática delitiva por parte do agressor.

Neste sentido pode ser mencionado o instituto dos *punitive damages*, que possui utilização no sistema do *common law*, com prática nos Estados Unidos da América que se utiliza dos precedentes como uma forte fonte do direito.

Já no Brasil é adotado o *civil law* que tem por base a interpretação legislativa decorrente de modo intrínseco aos códigos e ao nosso sistema constitucional, assim no entendimento do *common law* não poderia existir um Código que eliminasse a possibilidade do juiz interpretar a lei.

Desta forma é possível mencionar o instituto *punitive damages* que aparece como a figura da indenização punitiva, conhecida também como indenização milionária que busca em seu critério o caráter compensatório, preventivo e punitivo, tanto na perspectiva individual como nos valores almejados pela sociedade, evidenciando um inter-relacionamento entre o *civil law* e o *common law*.

2 CONSIDERAÇÕES SOBRE RESPONSABILIDADE CIVIL E A DISCUSSÃO SOBRE DANO MORAL

A responsabilidade civil é um instituto integrante do direito obrigacional, pois tem como principal consequência a prática de um ato ilícito, sendo que a obrigação acarreta para o autor a reparação do dano (GONÇALVES, 2002, p. 02), desta forma:

> As obrigações derivadas dos "atos ilícitos" são as que se constituem por meio de ações ou omissões culposas ou dolosas do agente, praticadas com infração a um dever de conduta e das quais resulta dano para outrem. A obrigação que, em consequência, surge é a de indenizar ou ressarcir o prejuízo causado,
> O Código Civil brasileiro dedicou poucos dispositivos à responsabilidade civil. Na Parte Geral, nos arts. 186, 187 e 188, consignou a regra geral da responsabilidade aquiliana e algumas excludentes. Na Parte Especial, estabeleceu a regra básica da responsabilidade contratual no art. 389 e dedicou dois capítulos, um à "obrigação de indenizar" e outro à "indenização", sob o título "Da Responsabilidade Civil". (GONÇALVES, 2002, p. 02)

Assim, quem pratica um ato ou incorre em uma omissão que acabe por resultar um dano deve arcar com as consequências de seu procedimento. Trata-se de uma regra elementar do equilíbrio social, que se resume no problema da responsabilidade, que pode ser caracterizada como um fenômeno social, pois o dano ou prejuízo que incide a responsabilidade não é somente o material, de modo que o direito não deixa desprotegidas as vítimas das ofensas morais. (GONÇALVES, 2002, p. 03-04)

Verifica-se que a discussão sobre o dano moral reflete o problema da verdade sobre a moral e sobre o comportamento, fomentando os elementos essenciais da justiça (CARNEIRO, 2013, p. 17), e que:

> De qualquer modo, sendo o dano moral caracterizado como a dor, o sofrimento e a humilhação que a pessoa sofre na sua esfera íntima ou social, ou como a afetação à sua honra, seu sistema de crenças e valores, acarretando uma diminuição no âmbito projetado pela personalidade humana, é inequívoca a vinculação existente entre o dano moral e as ciências da mente. (CARNEIRO, 2013, p. 18)

Devendo de todo o modo a obrigatoriedade legal coincidir com a obrigatoriedade moral (CARNEIRO, 2013, p. 20), observando o Código Civil, que recomenda de forma expressa em seu texto os critérios de proporcionalidade estabelecidos entre a extensão do prejuízo e a razoabilidade para a reparação do dano moral.

Cumpre frisar que para materializar a "verdadeira" proporcionalidade e mensuração da extensão do dano deve ser utilizado o critério da razoabilidade para fixar indenizações que abrangem tanto a ciência, a lógica e o direito, não deixando somente a critério do legislador. (CARNEIRO, 2013, p. 21)

A indenização deve ser medida pela extensão do dano e não pelo grau de culpa, mas:

> No caso do dano moral, entretanto, o grau de culpa também é levado em consideração, juntamente com a gravidade, extensão e repercussão da ofensa, bem como a intensidade do sofrimento acarretado à vítima. A culpa concorrente do lesado constitui fator de atenuação da responsabilidade do ofensor.
> Além da situação patrimonial das partes, deve-se considerar, também, como agravante o proveito obtido pelo lesante com a prática do ato ilícito. A ausência de eventual vantagem, porém, não o isenta da obrigação de reparar o dano causado ao ofendido.
> Aduza-se que notoriedade e fama deste constituem fator relevante na determinação da reparação, em razão da maior repercussão do dano moral, influindo na exacerbação do *quantum* da condenação.
> Carlos Alberto Bittar sustentava que o dano moral dispensa prova em concreto. Trata-se de presunção absoluta. (GONÇALVES, 2002, p. 572)

Passa-se a mencionar agora sobre as indenizações por dano moral de valor consideravelmente elevado, de forma a desestimular novas agressões, assim, a atribuição de valor elevado visa constituir advertência não só ao ofensor, mas também à própria sociedade, levando em consideração as circunstâncias do caso, gravidade do dano, situação do ofensor, condição do lesado e a ideia de sancionamento ao lesado.

A reparação pecuniária, desta forma, tanto no dano patrimonial como no dano moral, tem caráter duplo, o compensatório para a vítima e punitivo para o ofensor, sendo o caráter punitivo reflexo ou indireto. (GONÇALVES, 2002, p. 573)

3 A EVOLUÇÃO DA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E A APLICAÇÃO DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA

Pode-se compreender a evolução da indenização por dano moral de uma forma intensa, pois o Direito em sua característica de ciência social busca acompanhar as transformações dos fatos sociais, para que assim, possa organizar a sociedade de forma justa e segura, neste aspecto encontra-se a proteção à pessoa humana. (LOTUFO; NANNI; MARTINS, 2012, p. 669-670)

Deste modo, releva-se o respeito à dignidade humana como tônica do sistema constitucional, como se verifica no art. 1º, III da Constituição Federal e em relação à responsabilidade civil a tutela figura-se pela representação da reparação do dano moral, alcançando os indivíduos em dimensões individuais e sociais sem distinção. (LOTUFO; NANNI; MARTINS, 2012, p. 670)

A reparação por dano moral possui correspondência no art. 5º, incisos V e X da Constituição Federal, baseando-se nos direitos intangíveis sobrepondo-se aos direitos patrimoniais, trazendo a dificuldade de estabelecer a verba indenizatória como função reparatória da responsabilidade civil por danos materiais, discutindo o caráter compensatório da indenização e também seu caráter punitivo. (LOTUFO; NANNI; MARTINS, 2012, p. 671)

A se fazer uma menção à evolução histórica do dano moral deve-se considerar o respeito à dignidade da pessoa humana como um princípio fundamental, que funciona como prerrogativa e fundamento valorativo na interpretação das normas. (LOTUFO; NANNI; MARTINS, 2012, p. 674)

A dignidade da pessoa humana foi incorporada ao sistema constitucional brasileiro em 1988 como fundamento do Estado Democrático de Direito, conforme o art. 1º, III da CF, o que foi essencial para a repersonalização do direito, permitindo a consagração da reparação de danos morais.

Por meio disso surgiram várias leis que contemplavam e viabilizavam a ocorrência da propositura de ações de reparação por dano moral, que se exprime, por exemplo, pelo Código de Defesa do Cosumidor, bem como o Estatudo da Criança e do Adolescente. (LOTUFO; NANNI; MARTINS, 2012, p. 675)

A tutela da personalidade e a reparação do dano moral foi contemplada também pelo Código Civil de 2002 conforme os artigos 12, 186 e 927, trazendo uma nova ideia de dano indenizável diferente do que anteriormente foi reconhecido pela CF, causando um salto na evolução do que era considerado dano moral, retirando o conceito negativo interligado ao estado anímico, alcançando a compreensão do dano imaterial intrínseco aos direitos da personalidade. (LOTUFO; NANNI; MARTINS, 2012, p. 675)

Pela fórmula redundante a qual se utilizava do dano moral por expressões que traziam alusão ao aspecto moral do dano não havia uma explicação satisfatória, deixando de estabelecer nos casos concretos a ocorrência do dano imaterial, de forma que a definição passou a englobar o sofrimento do indivíduo, sua dor, angústia, humilhações e padecimentos que atingissem vítimas de um evento danoso. (LOTUFO; NANNI; MARTINS, 2012, p. 676)

Por meio dessa imprecisão conceitual a qual o dano moral sofria pode se dizer que:

> [...] ganhou força uma nova vertente de pensamento, segundo a qual o dano moral consubstancia um prejuízo sem conteúdo econômico, derivado de uma violação aos direitos da personalidade (vida, integridade psicofísica, liberdade, honra, privacidade). (LOTUFO; NANNI; MARTINS, 2012, p. 676)

Importante trazer o que defende Paulo Luiz Netto Lôbo, que enfatisa a inexistência de danos morais que não sejam derivados da violação dos direitos da personalidade e segundo o autor:

> Os danos morais se ressentiam de parâmetros materiais seguros, para sua aplicação, propiciando a crítica mais dura que sempre receberam de serem deixados ao arbítrio judicial e à verificação de um fator psicológico de aferição problemática: a dor moral. A jurisprudência dos tribunais, para obviar a dificuldade, vem delineando situações de autêntica inversão do ônus da prova, na medida em que estabelece presunções que a dispensam, como tem decidido o STJ no cado da perda de um filho (direito à integridade psíquica) ou da deformidade física (direito à integridade física) (R. Esp. nº 50.481-1-RJ) e no caso de inscrição irregular de inadimplentes do SPC (R. Esp. nº 165.727-DF). Em outro julgado, o mesmo Tribunal (R. Esp. nº 17.073-0-MG) entendeu ser desnecessária a demonstração de que a perda de um membro inferior (direito à integridade física e à integridade psíquica) acarreta graves sofrimentos, além de eventuais prejuízos econômicos; essa consequência seria da natureza das coisas, de ciência comum. De modo mais amplo, os direitos de personalidade oferecem um conjunto de situações definidas pelo sistema jurídico, inatas à pessoa, cuja lesão faz incidir diretamente a pretensão aos danos morais, de modo objetivo e controlável, sem qualquer necessidade de recurso à existência da dor ou do prejuízo. A responsabilidade opera-se pelo simples fato da violação

> (*damnu in re ipsa*); assim, verificada a lesão a direito da personalidade, surge a necessidade de reparação do dano moral, não sendo necessária a prova do prejuízo, bastando o nexo de causalidade. Por exemplo, a instituição financeira que promove a indevida inscrição de devedor em bancos de dados responde pela reparação do dano moral que decorre dessa inscrição; basta a demonstração da inscrição irregular. (LOTUFO; NANNI; MARTINS, 2012, p. 79-98)

Compreende-se portanto que não há direito moral que não seja derivado da violação do direito de personalidade. (LOTUFO; NANNI; MARTINS, 2012, p. 677)

4 O INSTITUTO *PUNITIVE DAMAGES* E OS SISTEMAS *COMMON LAW* E *CIVIL LAW*

Os *punitive damages* podem ser identificados como a teoria seguida pelos países que se utilizam do sistema *common law* (ANDRADE, 2006, p. 176). Deve ser considerado que a responsabilidade civil possui outros objetivos que não a função compensatória, mas também a função pedagógico-sancionadora, pois busca impedir que a prática delitiva ocorra repetidamente, deste modo surgiu a teoria dos *punitive damages*, que podem ser definidos como indenização determinada em conjunto à indenização compensatória, nos casos negligência, malícia ou dolo praticados pelo ofensor.

Pode também ser denominado *exemplary damage*, destacando-se os valores variáveis, estabelecidos separadamente do *compensatory damage*, que ocorre nos casos em que o dano decorre de um comportamento lesivo estabelecido por negligência grave, malícia ou opressão, assim se a conduta, ainda que culposa, não é necessariamente reprovável, assim, mostra-se imprópria a imposição do instituto dos *punitive damages.* (ANDRADE, 2006, p. 195)

Ainda os *punitive damages* possuem tanto o caráter de interesse social como o interesse público, pois objetivam ao mesmo tempo punir o agente do fato danoso e também desestimular a conduta ofensiva de forma reiterada tanto pelo próprio autor do dano ou terceiros, entendimento que foi uma resposta criada pelo ordenamento jurídico ao causador de um dano a outro. (ANDRADE, 2006, p. 195)

Punitive damages significariam portanto as indenizações milionárias, conhecidas no direito norte-americano em determinados casos paradigmáticos, tal expressão consiste em ensejar a suposição da criação de “novos ricos” pela quantia altíssima fornecida, o que deve

ser relevado é que as indenizações milionárias não são recorrentes se analisada a jurisprudência norte-americana, constituem, portanto, exceção pelo sistema *common law*. (LOTUFO; NANNI; MARTINS, 2012, p. 672)

Cabe ainda diferenciar os sistemas *common law* e *civil law*, primeiramente pelo surgimento em circunstâncias políticas e culturais completamente divergentes, veja-se:

> O *civil law* carrega, a partir das bandeiras da Revolução Francesa, dogmas que ainda servem para negar coneitos e istitutos que, muito embora não aderentes à sua teoria e tradição, mostram-se indispensábeis diante da prática e da realidade de países que se formaram a partir da doutrina da separação estrita entre os poderes e da mera declaração judicial da lei.
> Não obstante as transformações que se operaram no *civil law* – inclusive nas concepções de direito e de jurisdição, marcadamente em virtude do impacto do constitucionalismo – e as especificidades do sistema brasileiro – que se submete ao controle difuso da constitucionalidade da lei – há notória resistência, para não se dizer indiferença, a institutos do *common law* de grande importância ao aperfeiçoamento do nosso Direito, como é o caso do respeito aos precedentes. (MARINONI, 2009, p. 176)

Ainda é possível fazer referência entre os juízes, pois:

> Nos dias que correm, a diferença entre o juiz do *common law* e o juiz do *civil law* não está na elasticidade das suas elaborações ou interpretações, mas sim na importância que eles assumem em cada um dos sistemas, e, por consequência, no respeito que lhes é devotado. E não é equivocado dizer que um dos principais responsáveis pelo traço forte da figura do juiz do *common law* é justamente o sistema de precedentes.
> [...] comparou-se o juiz do *civil law* marcado pelo constitucionalismo com o juiz americano – que possui o poder para controlar a constitucionalidade da lei – e, de forma tímida e cautelosa ao juiz inglês, que, nas palavras de Coke, podia controlar a lei a partir do *common law*. (MARINONI, 2009, p. 189)

Assim, verifica-se que o que varia entre o *civil law* e o *common law* é a significação atribuída aos Códigos e também à função exercida pelo juiz ao considerá-los, de modo que no *common law* os Códigos não fecham o espaço para o pensamento do juiz, pois acredita-se que não poderia existir um Código que pudesse eliminar a possibilidade do magistrado interpretar a lei, intensificando a diferença entre os dois institutos pela valoração ou ideologia baixo a ideia de Códigos. (MARINONI, 2009, p. 199)

Importante frisar que a Suprema Corte Americana em 2003 determinou a inconstitucionalidade do arbitramento de *punitive damages* que fosse superior a quatro vezes o valor da indenização compensatória (State Farm Mutual Automobile Insurance Company v. Campbell, 2003). Os *punitive damages* não consistem em fonte de enriquecimento em benefício da parte lesada, mas os valores arbitrados são razoáveis no sentido de punir a parte agressora, desta forma, não exagerados. (LOTUFO; NANNI; MARTINS, 2012, p. 673)

Acerca do enriquecimento sem causa deve-se considerar a função punitiva da reparação civil através da condenação do agressor que ultrapassa a quantia que serviria de compensação do dano considerado imaterial. (LOTUFO; NANNI; MARTINS, 2012, p. 673)

Desta forma a responsabilidade civil perderia sua faceta individualista, pois compreendida como instituto que visa à satisfação da vítima pela forma da condenação do agressor em pecúnia, para deter uma feição social, hábil a difundir valores almejados pela sociedade, modifica-se de simples instrumento ressarcitório para sustentáculo de uma conduta ética, configurando uma enorme evolução na teoria da responsabilidade civil. (SAMPAIO JÚNIOR, 2009, p. 230)

5 O CARÁTER PUNITIVO ATRIBUÍDO À REPARAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL

A função da indenização por danos morais se exprime tanto no sentido compensatório quanto punitivo, ambos reconhecidos pela doutrina e jurisprudência, pode-se considerar que ainda que haja o reconhecimento do caráter punitivo da indenização por danos morais, ele possui aplicação subsidiária e tem sua limitação mais ao campo teórico do que ao campo prático. (LOTUFO; NANNI; MARTINS, 2012, p. 684)

Desta forma:

> Parece claro que o caráter punitivo atribuído à reparação do dano extrapatrimonial no ordenamento jurídico brasileiro difere, significativamente, daquele relacionado aos *punitive damages*. A verdade é que não há, efetivamente, a imposição de uma

> pena no nosso ordenamento jurídico brasileiro, mas, tão somente, um critério valorativo para se justificar os contornos da verba indenizatória, sem criar-se a pecha de enriquecimento sem causa.
> É por isso que ao acolher a função punitiva ou mista da indenização por danos morais, nossa jurisprudência utiliza, "para a fixação do *quantum* indenizatório, a combinação de dois, e, por vezes, de três distintos critérios: o grau de culpa do ofensor; a condição econômica do responsável pela lesão; e o enriquecimento obtido com o fato ilícito". Acresça-se, em complemento a estes critérios, a condição social da vítima que, frequentemente, serve de contrapeso ao arbitramento do *quantum* indenizatório. (LOTUFO; NANNI; MARTINS, 2012, p. 686)

Traz-se então uma nova função da responsabilidade civil, pois com o reconhecimento da aplicabilidade da indenização punitiva no ordenamento jurídico brasileiro reflete-se sobre o papel que a responsabilidade civil exerce (LOTUFO; NANNI; MARTINS, 2012, p. 688). Portanto:

> No campo da proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos da personalidade a função punitiva exerce papel ainda mais decisivo e importante, merecendo a reflexão sobre a aplicabilidade de indenizações punitivas inspiradas nos *punitive damages*. Os *punitive damages* são comumente definidos como uma indenização complementar, acrescida à indenização compensatória, nos casos de danos derivados de um comportamento gravimente negligente, malicioso ou opressivo, com o objetivo de punir o ofensor e dissuadir a prática da conduta lesiva. Fora destas hipóteses, os *punitive damages* não são aplicáveis. (LOTUFO; NANNI; MARTINS, 2012, p. 691-692)

Assim, verifica-se que, em nosso ordenamento jurídico admite-se a utilização, ainda que de forma subsidiária, de um caráter punitivo nas indenizações por danos morais, desta forma, parece que a finalidade da indenização punitiva não se destoa da que preconiza a indenização por dano moral, seja por sancionar ou dissuadir. (LOTUFO; NANNI; MARTINS, 2012, p. 693)

Tem aqueles que entendem que a indenização punitiva estaria descolada da indenização por danos morais. Enquanto a última teria somente o condão de promover a reparação pelo sofrimento e dor experimentado pelo ofendido, a primeira diz respeito exclusivamente à sanção, procurando evitar a reincidência daquele ato lesivo. Nesse sentido, Fábio Ulhoa Coelho:

> Quanto ao segundo desvirtuamento, deve o valor da indenização moral destinar-se unicamente à compensação da dor experimentada. A liquidação dos danos morais não presta à sanção dos devedores da obrigação de indenizar. Se a conduta do demandado for particularmente reprovável, pode o juiz até mesmo fixar indenização punitiva, mas convém deixar claro, na decisão, que o valor correspondente à sanção não integra os danos morais. A responsabilidade civil não tem o caráter sancionatório quando objetiva, porque os danos objeto de indenização (inclusive morais) decorrem de atos ilícitos. Os acidentes inevitáveis da era contemporânea não deixarão de acontecer pelo aumento no valor das indenizações. Eles continuarão ocorrendo enquanto homens e mulheres foram falíveis. Indenizações elevadas apenas importarão, na maioria das vezes, carestia e inflação, porque serão, sempre que possível, socializadas. (COELHO, 2012, p. 445)

Afasta-se a ideia de que uma indenização pautada nos parâmetros *punitive damages* ocasione enriquecimento sem causa, pois tal instituto baseia-se na vantagem ocorrida em prol de uma pessoa sem a contraprestação devida, figurando uma atribuição indevida, injustificada, obtida à custa alheia. Diferentemente do que ocorre nas indenizações pautadas no dano patrimonial que não possui um dano incomensurável e se reduz em termos pecuniários. (LOTUFO; NANNI; MARTINS, 2012, p. 694)

Desse modo, ressalta-se a atribuição de qualquer quantia à vítima de dano moral que terá uma causa legítima, qual seja o arbitramento da verba indenizatória na defesa de valores caros ao direito e à sociedade por meio de uma sentença judicial. (LOTUFO; NANNI; MARTINS, 2012, p. 695)

Já nos casos de abuso do poder judiciário pelos réus ou autores que perseguem um fim não prestigiado pelo direito ou que queiram impedir sua aplicação efetiva, a solução àqueles que visam adquirir alguma vantagem da “indústria do dano moral” devem ser aplicadas rigorosamente as penas por litigância de má-fé com fulcro no art. 18 do Código de Processo Civil, pois não se pode admitir a criação de dificuldades de acesso ao Judiciário ou excluir um instrumento tão importante de defesa da cidadania, como é, por exemplo, a indenização punitiva (LOTUFO; NANNI; MARTINS, 2012, p. 696). Em conformidade com Paula Meira Lourenço:

> Entendemos que o reforço da tutela dos valores relativos à pessoa humana pode ser alcançado pela responsabilidade civil, desde que esta assuma a sua dupla função punitiva (retribuindo o mal) e preventiva (prevenindo ofensas), a qual assume particular relevância na avaliação dos danos não patrimoniais, em relação aos quais é necessário, por um lado, aligeirar a verificação dos seus pressupostos, dado que

> esses danos são insusceptíveis de avaliação em dinheiro, pelo que a sua difícil determinação passa pela ponderação de critérios ligados à conduta do agente, e à sua situação econômica. E por outro lado, importa reforçar as indemnizações, ou seja, aumentar os montantes das compensações punitivas por danos não patrimoniais, em face da importância dos calores em causa, erigindo o Direito Civil como "o direito constitucional das pessoas". (LOTUFO; NANNI; MARTINS, 2012, p. 384-385)

Para a aplicação da indenização punitiva em nosso ordenamento jurídico no caso de ofensa aos direitos da personalidade devem ser estabelecidos alguns parâmetros, de modo a proteger à dignidade da pessoa humana, não havendo necessidade da introdução de uma norma infraconstitucional expressa que autorize a aplicação da indenização punitiva, pois esta aparece como um instrumento necessário à tutela eficaz dos direitos da personalidade e da dignidade da pessoa humana. (LOTUFO; NANNI; MARTINS, 2012, p. 697-698)

Aglobando os escopos preventivo e punitivo pensa-se que a indenização punitiva deve ser aplicável aos danos imateriais para punir o ofensor que age por meio de dolo ou culpa grave, dissuadindo-o a incorrer no ilícito bem como dissuadindo terceiros, de forma a preservar o caráter social da norma e também a coercibilidade, evitando o pagamento de indenizações compensatórias irrisórias por seus valores muito inferiores aos lucros que o lesante pode obter, tornando mais vantajoso o ato ilícito em vista do lucro e dos baixos valores das condenações. (LOTUFO; NANNI; MARTINS, 2012, p. 698-699)

Entendendo como função punitiva aquela com a intenção de punir alguém por uma determinada conduta praticada, que ofenda de forma grave o sentimento ético-jurídico que prevalece em uma comunidade e, a função preventiva, como exemplar que não faz referência a uma certa ação pretérita, mas visa evitar condutas semelhantes que possam ocorrer no futuro. (FACCHINI NETO, 2003, p. 163-164)

6 CONCLUSÃO

Pode-se concluir com o exposto que no sistema do civil law as normas vinculam-se a uma obrigacionaridade, de modo que o Poder Judiciário prende-se aos dispositivos legais e assim perde a legitimidade para inovação das matérias estabelecidas em nosso ordenamento jurídico.

Já no sistema docommon law ocorre um aperfeiçoamento do Direito pelo respeito aos precedentes, de forma que as normas, os Códigos não fecham espaço para os pensamentos dos juízes.

No caso dos *punitive damages* deve ser afastada a ideia de que uma indenização que seja pautada pelo referido instituto venha a ocasionar enriquecimento sem causa, pois tal tem como base a vantagem ocorrida em prol de uma pessoa sem a devida contraprestação, se exprimindo como uma atribuição indevida obtida à custa alheia, diferente do que ocorre nas indenizações pautadas no dano patrimonial que parte da premissa de um dano mensurável reduzido a termos pecuniários.

A aproximação entre os sistemas do civil law e do common law pode ser observada pelo processo de transformação das concepções de direito e jurisdição, atribuindo uma maior autonomia aos magistrados detentores da possibilidade de moldar a lei ao caso concreto, preservando direitos não necessariamente protegidos pelo sistema legal, mas intrínsecos aos valores estabelecidos na Constituição Federal, confirmando direitos nela presentes.

Assim, assevera-se que não se pode admitir criação de dificuldades ao acesso ao Poder Judiciário ou excluir um instrumento tão importante de defesa da cidadania, como é, por exemplo, a indenização punitiva.

Deste modo, frente a incorporação pelo civil law de características identificadas no common law, a aproximação ocorre como a faculdade de complementação da lei pela consideração dos costumes nos casos em que a lei é omissa, bem como com a capacidade de se julgar, ante a ausência legislativa, pela analogia, costumes, e princípios gerais de direito.

Os punitive damages devem ser observados não só pela análise do direito comparado, e sim como uma possibilidade de sua utilização no ordenamento jurídico brasileiro, não por meio de normas infraconstitucionais mas de forma subsidiária, pois a indenização deve deter o caráter compensatório, preventivo e punitivo, respeitando a dignidade da pessoa humana, bem como os direitos da personalidade visando a proteção individual e social e também dos valores pautados e almejados na sociedade, de forma a descaracterizar as indenizações que possuem cunho irrisório para uma análise de um valor mensurável que desestimule o ofensor à prática reiterada de um determinado ato por parecer ser mais vantajoso.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Gustavo Corrêa. **Dano moral e indenização punitiva: os *punitive damages* na experiência do *common law* e na perspectiva do direito brasileiro.** Rio de Janeiro: Forense, 2006

CARNEIRO, Maria Francisca. **Dano moral e problema de verdade: questões para o direito, para a lógica e para a ciência.** Revista Bonijuris v. 25, n. 2, fev. 2013.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil.** v. 7. São Paulo: Saraiva, 1993.

FACCHINI NETO, Eugênio. **Da responsabilidade civil no novo código.** In: SARLET, Ingo Wolfgang. **O novo código civil e a constituição.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil: doutrina, jurisprudência.** 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues. **Temas relevantes do direito civil contemporâneo – reflexões sobre os 10 anos do Código Civil.** São Paulo: Editora Atlas S.A., 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common* law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil.** Revista de Processo n. 172. São Paulo: RT, jun. 2009.

SAMPAIO JÚNIOR, Rodolpho Barreto. **O princípio do pleno ressarcimento e a indenização punitiva.** In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquatro de Oliveira (Orgs.). **Direito Civil: Princípios Jurídicos de Direito Privado: Atualidades III.** Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 230.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil.** 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

TAPAI, Giselle de Melo Braga. **Novo código civil brasileiro Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002: estudo comparativo com o código civil de 1916.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.