

PUNITIVE DAMAGES: A INDENIZAÇÃO DE CARÁTER PUNITIVO POR DANOS MORAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Rogério Coutinho Beltrão *
Fernando Antônio de Vasconcelos **

RESUMO: O presente artigo tem por finalidade esclarecer a possibilidade jurídica da aplicação das indenizações punitivas por danos morais, os chamados *punitive damages*, tecendo considerações acerca da falta de previsão legal e da necessidade da aplicação do instituto em casos específicos, não mais em face do ofendido, mas como garantia a preceitos Constitucionais Sociais e Coletivos, haja vista o princípio da legalidade e da vedação expressa do nosso ordenamento jurídico ao enriquecimento ilícito.

Palavras-chave: Punitive damages. Dano moral indenizável. Responsabilidade civil. Aplicação no direito brasileiro. Tradicionais. Diversidade cultural. Sustentabilidade.

1 INTRODUÇÃO

A partir do momento em que o ser humano passa a conviver em sociedade, a fim de se proteger das forças naturais, cria-se a noção de conflito e de vingança privada, sendo, assim, a justiça realizada de maneira particular através da força. Esse momento foi caracterizado por Thomas Hobbes como Estado de Natureza, no qual a não existência de Estado levaria à máxima “o homem é o lobo do homem”.

* Graduando em Direito pela Faculdade Federal da Paraíba (UFPB) / Extensionista associado da Escola Modelo da Advocacia (EMA).

** Mestre e Doutor em Direito Civil pela UFPE. Professor da UFPB e do Unipê.

Noutro momento, devido à insegurança gerada pelo Estado de Natureza, o homem, deparando-se com a necessidade de garantia de justiça, celebra um Contrato Social, através do qual, nas lições do filósofo Jean-Jacques Rousseau, cria-se o Estado a fim de retirar da órbita privada a busca pela justiça, criando-se, assim, a ideia de reparação do dano na mesma medida em que fora prejudicado o ofendido. Esclarece Carlos Roberto Gonçalves (2013, p. 19) que “[...] *responsabilidade* exprime ideia de restauração de equilíbrio, de contraprestação, de reparação de dano”.

Assim, através da necessidade de o Estado regular a vida privada por força de normas, surge o Direito e, conseqüentemente, a noção de reparação pelos danos causados, sendo esta desenvolvida durante os tempos, iniciando-se pelo Código de Hamurabi, passando pelo Direito Romano, culminando na teórica clássica adotada pelo Código Civil Brasileiro, que se orienta no sentido de restaurar a conduta danosa ao momento *a quo*, sendo apenas possível a reparação do dano, sem considerar a conduta do ofensor, a intensidade de sua culpa e, tampouco, a sua condição financeira, conforme se extrai da leitura do Art. 944 do Código Civil Brasileiro: “A indenização mede-se pela extensão do dano”.

De igual modo, com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil, em 1988, surgiram inúmeras garantias fundamentais ao cidadão, sendo uma delas, se não a mais importante, a garantia à dignidade da pessoa humana, que fundamenta a possibilidade jurídica de indenizar por danos morais, matéria reforçada pelo art. 5º, inciso X, da Carta Magna: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Portanto, não mais se discute a possibilidade jurídica de indenizar pelos danos morais causados, mas a amplitude, extensão e dimensão deste conceito, que não foi consolidado pela doutrina, gerando grande divergência jurisprudencial

pelos tribunais brasileiros.

Nesse contexto, surge a problemática do artigo em tela, considerando que muitos magistrados hoje se utilizam da indenização moral de cunho punitivo, os chamados *punitive damages*, sem a devida previsão legal, como instrumento jurídico para tutelar a dignidade da pessoa humana constitucionalmente assegurada, haja vista a não existência de outro instrumento adequado para tal.

2 O CONCEITO DE DANO MORAL NO DIREITO BRASILEIRO

A primeira teoria utilizada para a conceituação do dano moral fundamenta-se no entendimento negativo de que todo dano que não seja patrimonial será moral, ou seja, danos morais são danos extrapatrimoniais. Nesse sentido, Orlando Gomes (2001, p.332) entende que a expressão “dano moral” deve ser reservada exclusivamente para designar o agravo que não produz qualquer efeito patrimonial, ou seja, se há consequências de ordem patrimonial, ainda que mediante repercussão, o dano deixa de ser extrapatrimonial.

Todavia, tal conceituação caiu em desuso pela larga doutrina por não esclarecer o tema quanto ao seu conteúdo, abrangendo como se dano moral fosse inúmeras hipóteses que, na realidade, não passam de meros descasos da vida cotidiana, ou até rechaçando hipóteses de danos morais por estarem vinculadas a lesões patrimoniais.

Entre as correntes majoritárias na doutrina, se destacam os que defendem o dano moral como a “dor” *latu sensu*, aquela profunda alteração na *psique* humana, ou seja, a alteração na naturalidade psíquica do indivíduo; e os que defendem que o dano moral se caracteriza pelo dano proveniente da simples violação de direitos personalíssimos constitucionalmente tutelados.

A doutrina que segue o entendimento de dano moral como

dor ou alteração no estado anímico, psicológico ou espiritual da pessoa humana rechaça qualquer hipótese de ocorrência de dano moral sem que se vislumbre a alteração na *psique* do indivíduo, o que pode ser muito perigoso, conforme se demonstrará adiante.

Dentre os muitos que defendem tal posicionamento, José Aguiar Dias (1995, p. 730) preleciona que:

[...] para caracterizar o dano moral impõe-se compreendê-lo em seu conteúdo, que não é dinheiro nem coisa comercialmente reduzida a dinheiro, mas a dor o espanto, a vergonha, a injúria física ou moral, em geral uma dolosa sensação experimentada pela pessoa, atribuída à palavra dor o mais largo significado.

Decerto, tal conceituação sofre críticas haja vista que o dano, nessa teoria, estará vinculado aos efeitos da conduta danosa, e não à conduta danosa em si, o que pode acarretar prejuízos em sua constatação.

Nesse sentido, é salutar recordar o entendimento de André Gustavo C. de Andrade (2009, p. 36) de que as dores, angústias, aflições, humilhações e padecimentos que possam atingir a vítima de um evento danoso não chegam a constituir mais do que a consequência ou repercussão do dano, seja ele moral ou material.

Portanto, na vinculação do dano moral aos efeitos causados pela conduta danosa reside um grande perigo, qual seja a impossibilidade de tutelar-se o dano moral quando deste não resultar malefícios subjetivos à vítima, como é o caso das pessoas jurídicas e das total ou parcialmente incapacitadas civilmente. Fundamentando-se nessa crítica, surge com muita força no direito brasileiro a corrente doutrinária que assegura o dano material como todo aquele proveniente de uma conduta danosa a direitos personalíssimos.

Para melhor entendimento de tal doutrina mister se faz compreender que os direitos personalíssimos são os inerentes

ao homem, existentes independentemente de previsão legal, que no ordenamento jurídico brasileiro estão dispostos no texto constitucional, mais especificamente no art.1º, III, ao estabelecer a *dignidade da pessoa humana* como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, além das inúmeras alusões a tais direitos inseridas no art. 5.º da mesma Carta, como a liberdade, a intimidade, a honra, a imagem, a integridade física e moral, entre tantos outros.

Assim, a referida doutrina sustenta que a dor anímica sofrida pela vítima do dano não seria o dano em si, mas a sua consequência naturalística. Portanto, o dano moral não está vinculado à dor d'alma, mas sim a ruptura de direitos personalíssimos, tais como a vida, o corpo, a saúde, a honra, entre outros.

Tal posicionamento nos parece o mais correto, apesar das divergências doutrinárias, haja vista que, superadas as teorias restantes, apenas esta consegue elidir a problemática de segregar o que seria dano material – todo dano que resulta em prejuízo patrimonial – do dano moral – o que resulta de uma violação de direitos personalíssimos –, havendo, portanto, possibilidade de existir um dano material resultante de um dano moral e vice versa, sem que os institutos se confundam, consoante explica André Gustavo C. de Andrade (2009, p.45):

A constatação de que os bens personalíssimos são aptos a gerar vantagem econômica desfaz a antiga polêmica acerca da cumulabilidade dos danos moral e material decorrentes do mesmo fato. [...] A ofensa à integridade física pode, a um só tempo, causar dano moral e patrimonial, este último consistente nas despesas de tratamento e na eventual incapacidade laborativa da vítima.

Nesse sentido, a doutrina classifica o dano moral em subjetivo ou objetivo, individual ou coletivo, entre outras

tantas formas. Todavia, para melhor entendimento do assunto *a posteriori* tratado, apenas serão destrinchadas as classificações supracitadas. Assim, entende-se por dano moral subjetivo aquele no qual a vítima é ferida na sua intimidade, na sua individualidade psíquica, havendo de tal evento danoso ser considerado uma violação a direitos personalíssimos e não um mero dissabor da vida.

Por outro lado, o dano moral objetivo é aquele no qual o indivíduo sofre uma violação de direitos personalíssimos perante o meio social em que vive, como um gravame a sua imagem ou honra objetiva, implicando em um dano à sua dignidade, não sendo necessária a comprovação de alteração na sua *psique* para que seja demonstrado o dano. Ademais, ainda podem ser classificados em coletivos ou individuais na medida em que os direitos personalíssimos violados sejam individuais ou coletivos e difusos.

Assim, vislumbra-se que o conceito de dano moral no ordenamento jurídico brasileiro encontra-se inacabado, haja vista a profunda modificação da doutrina e, principalmente, da jurisprudência, que não mais diverge quanto à existência do dano moral, mas quanto à sua incidência e aplicabilidade, adentrando-se, assim, na temática principal deste artigo, qual seja a dos *punitive damages*.

3 OS PUNITIVE DAMAGES NO DIREITO NORTE-AMERICANO

O instituto conhecido como *punitive damages* tem sua origem natural nos países que adotam o sistema jurídico da *common law*, em que a jurisprudência, o chamado *precedent*, atua de forma vinculante ao magistrado, sendo norma jurídica propriamente dita, o que não ocorre nos países que utilizam a *civil law*, pois a jurisprudência funciona como forma de fundamentação não vinculante. Sendo assim, na *common law* a criação do direito não surge a partir de um poder autônomo,

como se faz através do Poder Legislativo no Brasil, mas através da atividade jurisdicional do Estado, Poder Judiciário, através da atuação dos magistrados em casos concretos.

Segundo relato de André Gustavo C. de Andrade (2009), o surgimento do instituto dá-se na Inglaterra do século XVIII, quando no caso *Wilkes v. Wood* o autor recebeu uma indenização a título de *punitive damages* por ter sua liberdade ceifada através de um mandato de prisão genérico, aquele no qual não se especifica a parte passiva, ou seja, quem deve ser preso. No caso em epígrafe, o júri entendeu por danosa a conduta do Estado, devendo este ser punido além do valor reparatório para desestimular a reiteração da prática danosa.

Todavia, apesar de sua origem no direito britânico, a doutrina dos *punitive damages* consolidou-se no direito norteamericano com as inúmeras demandas visando o chamado *smart money*, assim denominado o acréscimo patrimonial causado pelas indenizações punitivas milionárias concedidas pelo júri.

A experiência estadunidense nos mostra que os *punitive damages* podem gerar uma grande incerteza jurídica se aplicados de maneira incoerente, gerando enriquecimento sem causa e indenizações hipervalorizadas, tais como a do *leading case* *Liebeck v. McDonald's*. Neste caso em concreto, a Sra. Stella Liebeck encontrava-se no banco traseiro do carro quando, ao tentar abrir o copo de café que acabara de comprar no *drive through* da empresa supramencionada, derramou o líquido quente nas suas pernas causando queimaduras de 3º e 2º grau em cerca de 6% (seis por cento) e 16% (dezesesseis por cento) do corpo, respectivamente.

Foi alegado que o café encontrava-se quente em demasia, havendo, desta forma, o júri entendido que a empresa McDonald's agiu com culpa ao manter o café em temperatura acima do necessário, o que gerava centenas de casos idênticos àquele todo ano, motivo pelo qual estipulou o valor de US\$ 160.000,00 (cento e sessenta mil dólares) de indenização

reparatória para custas médias e US\$ 2.700.000,00 (dois milhões e setecentos mil dólares) a título de danos punitivos, corretamente minorados pela corte americana ao valor, ainda excessivo, de US\$ 600.000,00 (seiscentos mil dólares).

Dessa maneira, ainda seguindo o pensamento de André Gustavo C. de Andrade (2009), salienta-se que o ordenamento jurídico americano, visualizando a insegurança jurídica causada pelas indenizações punitivas, limitou a matéria dos *punitive damages* através do *Federal Tor Claim Act* e do *Equal Credit Opportunity Act*, tendo este impossibilitado a aplicação de danos punitivos ao Governo Federal e aquele limitado os valores indenizatórios a US\$ 10.000,00 (dez mil dólares) nos casos de lesão contra a religião, cor, raça, sexo, nacionalidade e idade.

Dissertando acerca da fundamentação dos danos punitivos no direito norte-americano, Leonardo Saraiva (2006, p.18) aduz que a finalidade educativa desempenhada pelos *punitive damages* se relaciona ao impacto instrutivo e disciplinador que a concessão de uma quantia adicional e autônoma àquela compensatória tem, tanto no ofensor quanto em terceiros, de modo a, gradualmente, induzir no agir dos indivíduos as condutas aceitas ou esperadas pela sociedade, ou, pelo menos, extirpar àquelas veementemente rechaçadas.

Nesse sentido, existe um caráter bifásico dos *punitive damages*, ou seja, a punição e a prevenção pela exemplaridade, através da concessão de uma indenização adicional e autônoma, fundamentado na necessidade de evitar condutas carregadas de culpa grave, malícia ou mesmo dolo, evitando a reiteração destas no seio social.

Todavia, apesar das bases sólidas e da necessidade da aplicação de indenizações de cunho punitivo, visualizou-se no direito norte-americano uma grande quantidade de indenizações excessivas, criando-se, a partir do *leading case BMW v. Gore*, paradigmas para a fixação do dano punitivo. No referido caso, a BMW foi acusada de vender carros com a pintura reparada, o que desvalorizava o veículo em cerca de

10% (dez por cento), sendo condenada a pagar uma indenização compensatória de US\$ 4.000,00 (quatro mil dólares) referentes à desvalorização do veículo e uma indenização punitiva no valor de US\$ 2.000.000,00 (dois milhões de dólares), já minorada pela Suprema Corte.

Nesse sentido de modificação do direito norte-americano a fim de garantir uma melhor aplicação do instituto, Leonardo Saraiva (2006, p. 36) conclui acertadamente:

Como reflexos aparentes de processo que recentemente vem ocorrendo no sistema da responsabilidade civil norte-americana, a adoção de diretrizes básicas e fatores auxiliares para a concessão de *punitive damages*, bem como a mudança de *standart* de revisão destes em matéria constitucional, denotam e anunciam tendência de, nos próximos anos, ocorrerem maiores e mais detidas revisões e análises sobre os *punitive damages* concedidos, o que, inclusive, já vem sendo tentado de diferentes formas em vários estados norte-americanos.

Portanto, os *punitive damages* se apresentam, na atualidade, como um conceito em formação, haja vista a dificuldade de se alcançar com destreza a linha tênue que separa as punições necessárias às empresas infratoras de direitos da personalidade daquelas indenizações absurdas a que tem dado azo tal instituto.

4 A INCOMPATIBILIDADE DOS *PUNITIVE DAMAGES* COM O ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

Entendido o funcionamento do instituto dos *punitive damages* no ordenamento jurídico norte-americano, passamos a tratar do tema em relação à sua compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro e com o posicionamento da doutrina e da jurisprudência pátrias.

A priori, é importante salientar que, não obstante a evolução dos direitos personalíssimos ocorrida com o advento da Carta Magna de 1988, que consolida o direito às indenizações de cunho moral através do princípio da dignidade da pessoa humana¹, nenhuma permissiva ao uso de indenizações de cunho punitivo foi realizada por tal diploma. De igual modo nada consta em qualquer outro diploma inserido na ordenança jurídica pátria, motivo pelo qual qualquer utilização daquelas ficaria imerso no limbo jurídico-legal.

Todavia, apesar da omissão do legislador acerca da matéria, a doutrina passou a compreender a responsabilidade civil sob a ótica bifásica, que segundo Carlos Roberto Gonçalves (2013, p.406), possui duplo caráter: compensatório para a vítima e punitivo para o ofensor. Ao mesmo tempo em que serve de lenitivo, de consolo, de uma espécie de compensação para atenuação do sofrimento havido, atua como sanção ao lesante, como fator de desestímulo, a fim de que não volte a praticar atos lesivos à personalidade de outrem.

Neste sentido, discorre André Gustavo de Andrade (2009, p. 29):

A indenização punitiva surge como instrumento jurídico construído a partir do princípio da dignidade da pessoa humana, com a finalidade de proteger essa dignidade em suas variadas representações. A ideia de conferir o caráter pena à indenização do dano moral pode ser justificada pela necessidade de proteção da dignidade da pessoa e dos direitos da personalidade, pelo menos em situações especiais, **nas quais não haja outro instrumento que atenda adequadamente a essa finalidade.** (Grifo nosso).

Assim, não obstante a teoria clássica da responsabilidade civil acolhida por nosso ordenamento jurídico, limitando-se

¹ Cf. CF/88, art.5º, inciso V - “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”.

apenas ao caráter compensatório da indenização, conforme se extrai da leitura singular do art.944², não se pode negar a mudança no paradigma da responsabilidade civil que se criou na doutrina e na jurisprudência pátria, qual seja a inserção da dupla função da indenização moral. Tal teoria não rechaça a doutrina clássica da reparação compensatória, mas a engloba, possibilitando o surgimento de outras faces da reparação civil nos casos em que a mera compensação pelo dano não constitui resposta satisfatória ao agressor, possibilitando, assim, a aplicação de uma sanção civil em casos determinados, ou seja, o *punitive damage*.

Nesse norte, André Gustavo C. de Andrade (2009, p. 29) novamente nos ensina que quando se trata de reparação civil, baseada apenas na necessidade de se reparar o dano causado, tem aquela se mostrado ineficaz em diversas situações conflituosas. Constata-se isso, principalmente, nas situações onde a reparação do dano é impossível ou não constitui resposta jurídica satisfatória, como ocorre, por exemplo, quando o ofensor obtém benefício econômico com o ato ilícito praticado, mesmo depois de pagas as indenizações pertinentes, de natureza reparatória e/ou compensatória. Outra situação exemplificatória se dá quando o ofensor se mostra indiferente ao tipo de sanção, vista, então, como um preço que ele se propõe a pagar para cometer o ilícito ou persistir na sua prática.

Para Caio Mário da Silva Pereira (1998, p. 316), ao tratar da responsabilidade civil, se no dano material a indenização consiste na ideia de sub-rogar a coisa no seu equivalente, no dano moral o que predomina é a finalidade compensatória. Fernando Gamburri (2012, p. 117) comunga do mesmo pensamento e vai mais além. Para ele, em relação ao fundamento da reparação (ou compensação) do dano moral, duas principais posições se manifestam: a teoria da sanção e a teoria do ressarcimento.

² Art. 944: A indenização mede-se pela extensão do dano.

Na primeira, a reparação do dano moral não se justificaria em relação à vítima, mas, sim, em relação ao ofensor, merecedor de uma punição. Já a segunda teoria propala que o dinheiro na reparação do dano moral tem a função de compensação, enquanto no dano material sua função é a de equivalência material.

Seguindo essa linha doutrinária, o Superior Tribunal de Justiça (RESP 487749/RS. 2ª Turma) se posicionou no sentido de que cabe a esse Órgão o controle do valor fixado a título de indenização por dano moral, que não pode ser ínfimo ou abusivo, diante das particularidades de cada caso, mas sim proporcional à dúplici função deste instituto: reparação do dano, buscando minimizar a dor da vítima, e punição do ofensor, para que não volte a reincidir.

Portanto, as cortes brasileiras seguem o critério bifásico do dano moral, considerando este em seu âmago compensatório e punitivo, fundamentando a valoração de tal punição na proporcionalidade e razoabilidade, observando, nas lições de Carlos Roberto Gonçalves (2013, p.406), as circunstâncias do caso, a gravidade do dano, a situação do ofensor, a condição do lesado, preponderando, em nível de orientação central, a ideia de sancionamento do lesante (*punitive damages*).

Todavia, esse caráter punitivo tem sido por vezes mal utilizado, haja vista a falta de fundamentação legal, tendo os magistrados se justificado nos mais diversos argumentos, doutrinas e precedentes para aplicar os danos punitivos, motivo que gera muita incerteza e contrariedade nas decisões.

Assim, é passível de crítica o mencionado posicionamento adotado pela larga doutrina e pelos tribunais brasileiros, haja vista que nem todo dano moral há de cumprir com a dupla função – compensatória e punitiva – sendo apenas razoável a possibilidade de tal adequação àquele dano cometido a uma coletividade, conforme se demonstrará ainda no decorrer deste artigo. Dessa forma, é temerária a utilização dos *punitive damages* no ordenamento

jurídico brasileiro por violação ao princípio da legalidade absoluta.

Nesse sentido, apesar de alguns doutrinadores defenderem que ao caso se aplica a hermenêutica jurídica da legalidade material, interpretando o direito a partir dos princípios, como da dignidade da pessoa humana, e a partir de uma ponderação de interesses, devendo este princípio sobrestar ao da legalidade, entendemos que uma norma regulamentadora da matéria ora ventilada surge como fundamental para espantar qualquer dúvida acerca da aplicação do instituto.

Ademais, por expressa determinação do art. 944 do Código Civil, observa-se que o dano deverá ser indenizado na medida de sua extensão, não havendo brechas para o enriquecimento ilícito, consoante vedação, também de forma expressa pelo art. 884 do mesmo Código.

Logo, facilmente, se percebe que ao estender o caráter punitivo à responsabilidade civil por danos morais individuais, por via oblíqua se caracterizará o enriquecimento ilícito, haja vista que o ofendido irá perceber quantia maior àquela reparadora do dano sofrido.

Observa-se, também, que o enriquecimento através de indenizações punitivas de valor exacerbado, como aquelas vistas na *common law*, desencadearia grandes riscos à ordem jurídica, haja vista as características sociais e econômicas do povo brasileiro, o que poderia redundar numa situação de caos jurídico, desencadeado por demandas infundadas ou com exacerbação lucrativa do instituto do dano moral.

Entretanto, não obstante os impedimentos impostos, as indenizações punitivas emergem como algo necessário à ordem jurídica e social, bem como à defesa de direitos personalíssimos, pois se caracterizam como um método de controle, que deve ser utilizado a fim de combater as reiteradas condutas ilícitas, principalmente de grandes empresas em face ao consumidor, polo fragilizado na relação de consumo.

Nesse diapasão, e com o advento da Carta Magna

de 88, faz-se necessário uma tutela especial aos direitos da personalidade, em função da observância ao princípio da dignidade da pessoa humana, bem como aos direitos fundamentais, motivo pelo qual será bastante razoável que as indenizações punitivas devam vigorar, sim, no ordenamento jurídico, sob a forma adiante explanada, sendo, todavia, necessária a sua internalização nos moldes adequados.

5 A ADAPTAÇÃO DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Vencida a necessidade imperiosa de se legislar acerca da matéria em cumprimento ao princípio da legalidade, resta-nos sugerir como se poderia aplicar o instituto dos *punitive damages* no ordenamento jurídico pátrio.

Partindo do entendimento de que o Código Civil de 2002 veda, expressamente, o enriquecimento ilícito, bem como que o critério de responsabilidade civil adotada pelo mesmo Código é aquele meramente compensatório, entendemos que a legislação específica que regulamentará o instituto em discussão deverá atribuir casos específicos para a sua aplicação, de preferência aqueles onde houver violação a direitos personalíssimos, coletivos ou difusos.

Interessante recordar-se que, segundo o entendimento de José dos Santos Carvalho Filho (2011, p. 980), a expressão interesses difusos e coletivos assumia anteriormente noção eminentemente doutrinária, pois a Constituição a eles se referiu sem, contudo, conceituá-los.

Urgiu, portanto, a necessidade de demarcar com maior precisão o sentido de tais interesses, e assim o fez o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), definindo os interesses difusos como aqueles transindividuais de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstância de fato; e os interesses ou direitos coletivos como aqueles transindividuais de natureza

indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.

Neste norte, percebe-se que as problemáticas aqui abordadas estariam simplesmente vencidas com o advento de uma lei inovadora, haja vista o cumprimento ao princípio da legalidade, bem como à vedação ao enriquecimento ilícito. Tal perspectiva se fundamenta no art.13 da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85)³, bem como no entendimento de Vitor Fernandes Gonçalves (2005, p.241), que vislumbra vantagem do uso de indenizações punitivas no contexto da proteção aos interesses difusos. Para ele, como o valor da condenação civil é, no âmbito de interesses difusos, entregue a um fundo, não ocorre o possível enriquecimento do *ideological plaintiff*. Não há, *in casu*, o favorecimento da parte na ação oposta, mas, sim, o interesse da tutela do interesse difuso.

Firmando esse entendimento, Maria Celina Bodin de Moraes (2009, p.263):

É de se admitir, pois, como exceção, uma figura semelhante à do dano punitivo, em sua função de exemplaridade, quando for imperioso dar uma resposta à sociedade, isto é, à consciência social, tratando-se, por exemplo, de conduta particularmente ultrajante, ou insultuosa, **à consciência coletiva, ou ainda, quando se der o caso, não incomum, de prática danosa reiterada.** (Grifos nossos).

Assim, abrindo o legislador exceção à responsabilidade civil compensatória, possibilitando os *punitive damages* quando da violação de direitos personalíssimos coletivos ou

³ Art.13: Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.

difusos, estaria ao mesmo tempo se tutelando tais direitos, em cumprimento do princípio da dignidade da pessoa humana e garantindo maior segurança jurídica através da tutela do Ministério Público como real defensor da ordem jurídico-social. O *parquet*, por força de mandamento constitucional⁴, é possuidor da legitimidade *ad causam* para requerer, através da Ação Civil Pública, a punição das empresas que, através de condutas reiteradas, violarem direitos personalíssimos de uma coletividade e ferindo a função social do contrato. O MP pode, inclusive, valer-se do Inquérito Civil, como peça preparatória da Ação Civil.

Logo, tal ação legislativa se demonstra extremamente necessária porque, além da insegurança jurídica causada por sua omissão, vige atualmente um grande desrespeito aos direitos personalíssimos, justamente por estes não possuírem um método severo de tutela.

Nesse diapasão, é impressionante o número de demandas que chegam ao Poder Judiciário pela prática ilegal de cobranças indevidas por serviços não prestados ao consumidor. Essa prática demonstra, de forma patente, como as grandes empresas violam diariamente os direitos personalíssimos, atingindo a integridade psíquica de inúmeros compradores, ao taxá-los de devedores, normalmente através da inserção de seus nomes no SPC e SERASA, configurando-se esta uma prática muito perniciosa ao bom andamento das relações fornecedor-consumidor.

No mesmo norte, observamos que muitas montadoras automobilistas, mesmo sabendo da irregularidade de seus veículos, os colocam no mercado não obstante o risco de atingir a integridade física dos consumidores, pelo simples fato de que o cancelamento da linha de produção geraria

⁴ Cf. CF/88, art.129: “São funções institucionais do Ministério Público: III- promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

prejuízo maior que as indenizações pagas pelos acidentes. Assim ficou demonstrado no caso público da montadora Ford (década de 70, Estados Unidos), quando aquela empresa, mesmo constatando o risco de seu novo modelo (Ford Pinto) entrar em combustão ao sofrer uma colisão traseira, não cessou sua produção, pois as indenizações pelas mortes e queimaduras não seriam superiores aos prejuízos causados pelo cancelamento daquela.

Coadunando com o que foi acima exposto, André Gustavo C. de Andrade (2008, p.17) pondera que nas relações de consumo, onde são frequentes as condutas ilícitas movidas pelo intuito de lucro, a indenização punitiva pode revelar-se instrumento de grande eficácia. Alguns fornecedores, para elevar sua margem de lucros, deixam de investir em mecanismos de prevenção e controle de qualidade mais rigorosos sobre os serviços prestados, enquanto outros colocam no mercado produtos de qualidade inferior ou que não atendem a determinados padrões de segurança, preferindo arcar com a reparação de danos causados aos consumidores, na certeza de que os valores indenizatórios serão muito inferiores ao investimento que teriam de realizar para o aperfeiçoamento de seus produtos e serviços.

Observa-se, pois, na linha de pensamento de Vincenzo Franceschelli (2007, p. 577), que o dano moral não deve ter o condão de refazer nenhum patrimônio, mesmo porque, salvo situação expressa diversa, este permaneceu incólume diante das lesões extrapatrimoniais. Faz-se imperioso observar que o ressarcimento do dano moral não deve ter a função de reintegração patrimonial mediante um correspectivo equivalente pecuniário do direito violado, mas, sim, assegurar ao prejudicado uma utilidade substitutiva que o compense da violação moral.

Mesmo se considerando que a reparação por dano moral não deve ter a força de fixação de um *pretium doloris*, preservando a dignidade do ofendido, deve-se entender

que os sistemas de reparação civil, seja o patrimonial ou o extrapatrimonial, devem se revestir, por um lado, de caráter pedagógico mas, por outro, a compensação financeira, apesar de não ter a finalidade de “compra da honra alheia”, deve proporcionar ao lesado a sensação de bem-estar diante do mal que lhe foi infligido.

Portanto, nestes termos, entendemos que as possíveis alterações na legislação apontada é o método mais eficaz de se perseguir uma melhor tutela aos direitos personalíssimos que, conforme se demonstrou pela limitação dos *punitive damages* à vedação ao enriquecimento ilícito, não possuem um instrumento de defesa consolidado de forma eficaz a impedir a sua constante violação.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o advento da Carta Magna de 1988 em defesa não só do patrimônio, mas da dignidade da pessoa humana, os direitos à personalidade se consolidaram no ordenamento jurídico brasileiro, criando a grande problemática de como se objetivar a sua tutela adequada, haja vista que as meras indenizações morais de cunho compensatório não conseguiam desmotivar a sua constante violação.

Como a doutrina e a jurisprudência pátrias passaram a adotar um novo paradigma no entendimento da responsabilidade civil, verificou-se a omissão do legislador originário, em seu caráter bifásico, ou seja, tanto na forma compensatória quanto punitiva. Todavia, demonstrou-se que a experiência norteamericana não poderia ser transposta ao Direito Brasileiro, pois esse tipo de indenização punitiva se encontra em discordância com muitos dos princípios e normas vigentes na ordenança jurídica posta, tais como a vedação ao enriquecimento ilícito e a observância à estrita legalidade.

Nesse contexto, o presente artigo propõe a criação, por

parte do Poder Legislativo, de uma norma regulamentadora que estabilize a utilização de indenizações punitivas dentro do ordenamento jurídico pátrio, visando à aplicação destas aos casos de violação a direitos personalíssimos coletivos e difusos, sendo o Ministério Público detentor da legitimidade *ad causam* para perseguir tais reparações.

Desse modo, enquanto não se processar a modificação sugerida, mantém-se a impossibilidade jurídica de aplicação dos *punitive damages* em sua real faceta, com indenizações realmente capazes de abalar o patrimônio de grandes empresas, não podendo, com o destorcido pretexto de proteger a dignidade da pessoa humana, rechaçar tantos outros princípios consolidados no ordenamento jurídico brasileiro, tais como o da legalidade e do devido processo legal, além da condição do pedido juridicamente possível para se acionar.

The punishment for moral damages in Brazilian law

This article aims to clarify the legal possibility of the request for punitive damages, with considerations about the lack of legal provisions and the need for implementation of the institute, in specific cases, not individualizing the victim, but as a social constitutional guarantee, on the principle legality and the prohibition of illicit enrichment.

Keywords: Punitive Damages. Moral damage indemnification. Civil liability. Application at Brazilian law.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, André Gustavo. **Dano moral e indenização punitiva: os punitive damages na experiência do common Law e na perspectiva do direito brasileiro.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- BITTAR, C. A. **Responsabilidade Civil: teoria e prática.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo.** 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- DIAS, José de Aguiar Dias. **Da responsabilidade civil.** vol. II, 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- FRANCESCHELLI, Vincenzo. **Diritto Privato.** 2. 3. ed. Milano: Giuffrè. 2007.
- GAMBURRI, Fernando. **Responsabilidade civil.** Curitiba, Editora Juruá, 2012.
- GOMES, Orlando. **Obrigações.** 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais.** 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil.** 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SARAIVA, Leonardo Freire. *Punitive damages e o direito brasileiro*: critérios utilizados em sua aplicação pelos tribunais brasileiros. 2006. Trabalho de conclusão de curso (monografia), Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2006.