



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Aplicação Efetiva dos *Punitive Damages* no atual Ordenamento Jurídico Brasileiro

Rafael dos Santos Ramos Russo

Rio de Janeiro

2009

RAFAEL DOS SANTOS RAMOS RUSSO

Aplicação Efetiva dos *Punitive Damages* no atual Ordenamento Jurídico Brasileiro

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientadores: Prof^a. Neli Fetzner
Prof. Nelson Tavares
Prof.^a. Mônica Arcal

Rio de Janeiro

2009

APLICAÇÃO EFETIVA DOS *PUNITIVE DAMAGES* NO ATUAL ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Rafael dos Santos Ramos Russo

Advogado.

Resumo: O foco deste trabalho gira em torno da fixação dos valores a título de dano moral, sendo analisada a aplicação dos *punitive damages* no direito brasileiro. Abordar-se-ão os atuais requisitos utilizados para quantificar o dano moral, bem como se, ainda, são eficientes bastante a obstaculizar as condutas lesivas à dignidade da pessoa humana. Para tanto, será abordada a moderna visão civil-constitucional da responsabilidade civil, a qual garante, não somente uma proteção legal, mas, também, o amparo constitucional. Passando pelo histórico e conceito do instituto, chegar-se-á ao estudo de sua real aplicação e efetividade diante do atual ordenamento jurídico brasileiro, quando será verificado que não mais subsistem razões para que doutrina e jurisprudência pátria deixem de abraçar os *punitive damages*.

Palavras-chave: Direito Civil. Responsabilidade Civil. Dano Moral. *Punitive Damages*.

Sumário: Introdução; 1. Da Responsabilidade Civil; 2. Dano moral sob a atual visão civil-constitucional; 3. *Punitive* ou *Exemplary Damages*; 3.1. Breve Histórico; 3.2. Conceito e Finalidade; 3.3. Avaliação e Quantificação do Dano; 3.4. Aplicação efetiva dos *punitive damages*; 4. *Punitive damages* e o dano social; 5. Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

O tema abordado neste trabalho gravita na órbita da possibilidade de aplicação da teoria dos *punitive damages* no direito brasileiro, devendo, assim, necessariamente abordar o caráter punitivo-pedagógico do dano moral, o qual se encontra estreitamente ligado ao campo da responsabilidade civil.

Inicialmente, cumpre registrar a incidência da responsabilidade civil nas relações entre os homens que compõem a sociedade, vindo a surgir, principalmente, para delimitar os anseios situados na subjetividade de cada indivíduo formador do grupo em que vive. Com isso, cria-se o instituto do dano material e, posteriormente, do dano moral, para uma melhor regulamentação do comportamento humano. Dentre esses, são criados outros inúmeros ramos, cada vez mais específicos, norteadores da atividade humana. Ademais, a análise será realizada sob a moderna visão civil-constitucional que acompanha a responsabilidade civil.

O dano material se atém, a rigor, às questões patrimoniais, tendo como principal finalidade impor regras às relações de cunho, normalmente, patrimonial.

O instituto do dano moral, por sua vez, tradicionalmente apresenta natureza jurídica dúplice, ou melhor, uma dupla finalidade, tendo em vista que, ao mesmo tempo em que deve atuar de forma pedagógica perante o autor do evento danoso, deve ainda compensar o lesado.

Uma de suas finalidades se traduz na compensação daquele dano suportado, sendo apenas uma forma de minimizar o sofrimento, a perda, dor de alguém em face àquela conduta lesiva. Importante salientar que não há, diante do ordenamento jurídico pátrio, como quantificar com exatidão o dano moral, já que este circula sempre na órbita subjetiva do autor.

Ressalta-se que, no direito brasileiro, o dano moral observa, a princípio, alguns critérios criados pela doutrina e jurisprudência, quais sejam: reprovabilidade da conduta ilícita; intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima; capacidade econômica do causador do dano; e, por fim, as condições sociais do ofendido. Por outro lado, a jurisprudência e doutrina traçam novos parâmetros à fixação do valor estipulado a título de dano moral.

Todavia, modernamente, surge uma terceira função do dano moral, que é a punitiva, tendo por finalidade desestimular a prática reiterada da conduta danosa. Assim, face do dano moral tem, por fim, sancionar aquela que gerou o dano, diminuindo, portanto, seu patrimônio

mediante indenização paga ao lesado, desde que observados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Não obstante, essa terceira função da aplicação do dano moral, parece não estar atingindo seu principal objetivo, já que encontra óbice nas limitações dos valores aplicados a título de dano moral, ou seja, não é conferido ao dano moral um valor suficiente a, de fato, desestimular aquele praticante costumeiro de determinado comportamento lesivo, sendo, ainda, um “bom negócio” a este pagar a quantia comumente fixada a título de dano moral, do que adotar uma conduta lisa perante aqueles que são alvo das referidas práticas. Essas, por sua vez, tem sido cada vez mais comuns, principalmente, nas relações de consumo.

Dessa forma, os *punitive damages*, atualmente adotado por diversos países, tem por fim criar um novo mecanismo de aplicação do dano moral, em que se objetiva a punição daquele que pratica o ato ilícito, de maneira a desestimulá-lo a, novamente, adotar a mencionada conduta. Assim, sendo certo de que incidirá como uma pena privada traduzida em grande montante pecuniário, busca-se uma compatibilização do instituto com ordenamento jurídico brasileiro para que não esbarre no princípio da vedação do enriquecimento sem causa, viabilizando, assim, uma maior eficácia da função desestimulante da conduta ilícita. Exatamente, nesse ponto, encontra-se o foco deste trabalho.

Diante da aparente incompatibilidade, o presente trabalho tem por justificativa, principalmente, a novidade do tema enfrentado pela doutrina e jurisprudência. Os tribunais pátrios, ainda, abordam o tema de forma esparsa e a doutrina é bem restrita quanto ao assunto.

Há, contudo, uma justificativa secundária do tema, tendo em vista que a indenização punitiva não teria somente uma função desestimulante, mas, também, seria dotada de função social, pois uma das possibilidades de destinação daquele valor aplicado como multa à entidade praticante do dano social seria a conversão em renda para um fundo de amparo da respectiva área

em que o dano ocorreu, como um dano social à consumidores ensejaria a aplicação dos *punitive damages*, na qual o valor seria convertido não à parte lesada, mas sim àquele fundo. Passo contínuo, abordar-se-á a aplicação indenização punitiva diante da ocorrência do dano social.

Resta saber assim, se há possibilidade de ser aplicada esta teoria diante do atual ordenamento jurídico brasileiro, bem como quais seriam os limites dos valores aplicados como multa. *A contrario sensu*, abordaria a ineficácia da quantia fixada a título de dano moral atualmente aplicado pela jurisprudência, a qual não contém um caráter desestimulante, nem tampouco sancionatório, tal como deveria, chegando, às vezes, ser um fator motivador à empresa dar continuidade aos atos lesivos praticados costumeiramente.

1. DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Inicialmente, antes de adentrar no cerne da questão objetiva do presente trabalho, há que se passar, ainda que brevemente, por noções gerais da Responsabilidade Civil, berço ao qual repousa o dano moral e, por consequência, a teoria do valor do desestímulo ou *punitive damages*.

O primeiro é expressamente positivado no artigo 186 do Código Civil, definido como “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral” e, ainda, “comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

O artigo 927 do atual Código Civil aponta a responsabilidade civil como decorrência do artigo supracitado ao dispor “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem,

fica obrigado a repará-lo.” Diante da conjugação dos artigos então expostos, artigo 186 e 927, ambos do Código Civil, a conclusão não destoia da afirmativa que, em regra, a prática do ato ilícito tem como consequência o surgimento da obrigação de indenizar, importando registrar que, diante de eventuais exceções, haverá o dever de reparação, mesma quando da prática de um ato lícito.

A bem da verdade, muito embora a doutrina apresente diversas classificações que se perfazem nos contornos da responsabilidade civil, o presente trabalho, em breve explanação, atentar-se-á mormente aquela de cunho subjetivo, onde há campo de discussão da culpa, *lato sensu*, se contrapondo, assim, a objetiva, quando há responsabilização sem os debates em torno daquela.

Desse modo, com o fito de retratar o panorama geral da responsabilidade civil subjetiva em poucas linhas, cumpre trazer à baila os pressupostos frequentemente traçados pela doutrina, identificando-os no artigo 186 do Código Civilista, como a conduta culposa do agente, nexos causal e dano.

Consoante descrito no artigo 927 do Código Civil, quando alguém culposamente violar direito de outrem lhe causando dano, cometerá ato ilícito e, por consequência, deverá indenizá-la. Ressalta-se que a expressão culpa, neste âmbito, é empregada no sentido *lato*, ou seja, na dimensão de sua amplitude, abrangendo tanto o dolo quanto a culpa *stricto sensu*.

Nas lições de CAVALIERI FILHO (2008, p. 18), encontra-se conceituada a violação de direito ao asseverar que “deve-se entender todo e qualquer direito subjetivo, não só os relativos, que se fazem mais presentes no campo da responsabilidade contratual, mas também e principalmente os absolutos, reais e personalíssimos, nestes incluídos o direito à vida, à saúde, à liberdade, à honra, à intimidade, ao nome e à imagem.”

Percebe-se que, com o advento da Constituição Federal de 1988 e, posteriormente, com o auxílio do Código Civil de 2002, o foco de proteção do lesado se dá não mais somente quanto

ao panorama estritamente patrimonial, mas também sob o viés da dignidade humana, que quando violada, faz nascer o dano moral. Desde então, os primeiros traços da moderna leitura civil-constitucional já eram traçados.

2. DANO MORAL SOB A ATUAL VISÃO CIVIL-CONSTITUCIONAL

Tendo em vista o tema a ser tratado no presente trabalho, não há como deixar de explanar, ainda que sumária e genericamente, o instituto do dano moral sob o ângulo civil-constitucional.

Como decorrência da responsabilidade civil, surge o dano, podendo ser ou não de cunho moral. A rigor, caso atinja a esfera subjetiva do indivíduo, estar-se-á diante do denominado dano moral, o qual se traduz em dever de indenizar, como forma não de suprir a lesão à personalidade, ao âmago e à honra da pessoa que teve sua moral atingida, mas sim a estreita via de amenizar o sofrimento gerado.

A professora MORAES (2003, p. 145) aborda a questão afirmando que o direito à satisfação de cunho compensatório surge da ocorrência de um dano moral, sendo certo que “diz-se compensação, pois o dano moral não é propriamente indenizável; ‘indenizar’ é palavra que provém do latim, ‘in dene’, que significa devolver (o patrimônio) ao estado anterior, ou seja, eliminar o prejuízo e suas consequências”. O mesmo não seria possível no caso de uma lesão extrapatrimonial, razão pela qual se prefere dizer que o dano moral é compensável, embora o próprio texto constitucional, em seu artigo 5º, V e X, se refira à indenização do dano moral.”

O dano moral é atualmente visto, primariamente, como decorrência da violação do postulado da dignidade da pessoa humana, uma vez que modernamente a doutrina aponta para uma visão civil-constitucional do instituto.

ROSENVOLD (2005) bem salienta a disseminação dos princípios e postulados constitucionais por todo o sistema, sendo certo que as regras de direito civil deverão ser interpretadas conforme a Constituição, com a finalidade de preservar o princípio da unidade do ordenamento.

Assim, como forma de concretizar uma proteção, ainda maior, do referido preceito, a doutrina cita como principal instrumento a denominada cláusula geral de tutela da pessoa, que, por sua vez, decorre daquele balizativo, possibilitando o frequente diálogo do código civilista com a Constituição da República de 1988.

Desta forma, cumpre ressaltar que, em se tratando de situações jurídicas subjetivas não patrimoniais, a tutela será sempre do valor da pessoa, motivo pelo qual não há como aferir e taxar quais seriam os interesses passíveis de uma predisposição legal, ou seja, em se tratando de valor humano, este é ilimitado, sempre direcionado a um dos fundamentos da Constituição Federal de 1988, o qual se define na dignidade da pessoa humana, expressamente previsto no inciso III, do artigo 1º, do texto constitucional.

Neste mesmo sentido, MORAES (2003), manifesta seu entendimento sustentando que sempre quando relação de cunho particular apresentar um conflito entre uma situação jurídica subjetiva existencial e uma situação jurídica patrimonial, a primeira deverá prevalecer, preservando, desta forma, o postulado constitucional da dignidade da pessoa humana como o norte do sistema.

A *contrario sensu*, pode-se afirmar que o dano moral ou extrapatrimonial nasce da violação do direito à dignidade da pessoa humana, definida em sentido amplo, ou seja, existirá

sempre que alcançado um de seus pressupostos, sumariamente definidos como liberdade, igualdade, integridade psicofísica e solidariedade. Por consequência, antes de se chegar à conclusão exposta, deve ser mencionado o natural alargamento do conceito de nexo causal, sob pena de não atingir a finalidade que o Constituinte pretendia quando da promulgação da magna Carta.

Contudo, ressalta-se a não configuração do dano moral quando se tratar de mero aborrecimento, dissabor ou irritação, ou seja, a dignidade humana não for propriamente atingida, pois certos fatos fazem parte do dia a dia da sociedade, sob pena de banalização do dano moral, se assim não fosse entendido.

Cumprir mencionar que a doutrina, em sua grande maioria, classifica o dano moral, de forma não exaustiva, em sete categorias, no que diz respeito à origem do dano, a saber: causados ao crédito de uma pessoa, criando, conseqüentemente, dificuldades para a realização de negócios jurídicos bilaterais de natureza civil ou de natureza comercial; causados à honra de qualquer ser humano; causados aos direitos de personalidade do ser humano; causados à moral e aos bons costumes a serem cumpridos pelos cidadãos em sociedade; causados ao ser humano com repercussão na sua vida social e profissional; de natureza estética; e morais ao meio ambiente.

Assim, muito embora o entendimento doutrinário dominante aponte a classificação em sete categorias, esta jamais poderia se dar de forma taxativa, tendo em vista que a evolução acelerada da sociedade não permite ao legislador a astúcia de acompanhar o dinâmico conceito de dignidade da pessoa humana, sendo frequentemente alvo de ilação do seu alcance.

3. PUNITIVE DAMAGES OU EXEMPLARY DAMAGES

3.1. BREVE HISTÓRICO

A teoria dos *punitive damages* ou *exemplary damages*, atualmente denominada pela doutrina pátria, teoria do valor do desestímulo ou indenização punitiva, encontra origem em Roma e, posteriormente, no século XVIII, adentra as terras do Reino Unido, porém ganha notoriedade e reiterada aplicação no direito norte-americano, no sistema da *Common Law*. Na atualidade, tem espaço conquistado em grande parte do continente europeu, em especial na França, Itália e Portugal.

Ainda no referido século, quando os *punitive damages* foram exportados para os Estados Unidos da América, há registro do primeiro episódio que oportunizou sua aplicação, intitulado como caso *Genay versus Norris*, o qual teve como desfecho a aplicação dos *exemplary damages*. Em 1784, aquele último ofereceu um drinque ao rival, propondo uma suposta reconciliação. Todavia, por detrás da encorpada taça de vinho que ilustrava uma aparente situação amistosa, maquiavelicamente inseriu, de forma sorrateira, alta dose de toxina capaz de gerar inflamação nos tecidos humanos, o que se traduziu em fortes dores em seu desafeto.

A Suprema Corte da Carolina do Sul (EUA) entendeu que, no emblemático caso, as dores extremas provocadas à vítima pela malícia do médico mereciam, naquelas circunstâncias, uma punição exemplar (Disponível em: <<http://www.entrepreneur.com/tradejournals/article/121646101.html>>. Acesso em: 13 set. 2009).

Posteriormente, outros casos fizeram parte da história evolutiva da teoria dos *punitive damages*, o que trouxe um refinamento em sua aplicação, como forma de não banalizar sua incidência, nem tampouco dar azo a um enriquecimento sem causa por parte dos demandantes.

Um dos principais marcos, senão o principal *leading case*, ocorreu quando a Corte Americana se deparou com o caso *Grimshaw vs. Ford Motor Company*.

O notório caso, também apelidado de *Pinto Case* ou *exploding Pinto*, tem início quando, em meados do mês de maio de 1968, a *Ford Motor Company*, decidiu introduzir um novo carro no cenário automobilístico, denominado *Ford Pinto*.

O intuito do projeto era criar um conforto interno maior e, com isso, posicionaram o tanque de combustível situado atrás do eixo traseiro, ao invés de acima. O problema com esse projeto se tornou evidente, tendo em vista que o *Pinto* se tornou vulnerável a uma colisão traseira. Essa vulnerabilidade foi reforçada por outros fatores, como a distância entre o tanque de gasolina e o eixo traseiro, separados por apenas nove polegadas, tanto quanto o posicionamento dos parafusos, que ameaçavam o compartimento de combustível. Ademais, a mangueira que alimentava tanque de gasolina continha grande probabilidade de se romper diante da ocorrência de eventual acidente, provocando o derramamento de combustível, aumentando, assim, a chance da ocorrência de um fatídico incêndio. Devido a essas inúmeras falhas de projeto, surgia a polêmica em torno do *Ford Pinto*.

Em maio 1972, *Lily Gray* acompanhada de *Richard Grimshaw* viajavam em um *Ford Pinto*, quando um outro carro colidiu em sua traseira. O impacto provocou um incêndio no *Pinto*, ocasionando a morte de *Lily Gray*, bem como sérios ferimentos em *Richard Grimshaw*.

Durante o processo, foi apurado que esses fatos eram de conhecimento da empresa condenada, a qual tinha encomendado um estudo para analisar o problema e apurar o montante que seria necessário despendido para resolvê-lo. Porém, a *Ford* não o solucionou, mantendo o *design* original e, por consequência, comercializando-o. Posteriormente, semelhantes casos surgiram, sendo estimado um número final de aproximadamente 500 óbitos decorrentes da falha de produção do automóvel. Como justificativa, alegou que o custo-benefício de não adequar o

veículo às regras de segurança a pagar as eventuais indenizações pelos danos causados que poderiam surgir; e, de fato, surgiram, seria compensatório, pois os lucros seriam bem maiores que os prejuízos. Esta tese aduzida em juízo demonstra a banalização da vida humana, em detrimento das cifras astronômicas advindas da política adotada pela empresa.

Com efeito, nem a sociedade nem o direito suportariam essa desvalorização humanística. Assim, o Tribunal da Califórnia proferiu sentença condenando a empresa *Ford* fixando uma quantia indenizatória à família de *Lilian Gray* e a título de danos compensatórios à *Richard Grimshaw*. Contudo, o ponto surpreendente veio quando a citada Corte condenou a empresa automobilística ao pagamento de numerosa quantia a títulos de danos punitivos, em face ao descaso que tratava o bem maior (Disponível em: <<http://www.wfu.edu/~palmitar/Law&Valuation/Papers/1999/Leggett-pinto.html>>. Acesso em: 16 set. 2009).

Como forma de evitar a banalização da aplicação do instituto, a jurisprudência norte-americana passou a distinguir os *punitive damages* das demais situações causadoras do dano moral, sendo consequentemente adotado expressamente pelo ordenamento jurídico alienígena. Como base, destaca-se a função preventiva do instituto, servindo primordialmente a impedir a prática de reiteradas condutas gravosas que atingem inescrupulosamente a dignidade da pessoa humana, aplicando uma severa punição ao agente causador do dano, ou seja, sua atribuição tinha o norte de punir o causador do dano, com o objetivo e prevenir condutas idênticas pelo agente, tal como pelos demais membros da sociedade.

3.2. CONCEITO E FINALIDADE

O instituto, ora abordado, tem por finalidade, além de analisar a pretensão autoral, exercer uma função em prol do interesse público e social, aplicando uma punição de grande monte pecuniário, com o intuito de desestimular o agressor a cometer outra vez aquele mesmo ato lesivo que antigamente havia realizado, servindo de exemplo tal punição a toda sociedade, o que a jurisprudência alienígena convencionou denominar de *punitive damages*, também chamados *exemplary damages*, *vindictive damages* ou *smart money*.

ANDRADE (2006, p. 195) diferencia de forma técnica e conclusiva os *punitive damages* dos *compensatory damages* ao afirmar que aqueles “constituem uma soma de valor variável, estabelecida em separado dos *compensatory damages*, quando o dano é decorrência de um comportamento lesivo marcado por grave negligência, malícia ou opressão”. Acrescenta-se, ainda, que estes são definidos como uma compensação em valores das perdas e danos comprovados, enquanto os *exemplary damages* são uma “adição à indenização compensatória quando o ofensor agiu com negligência malícia ou dolo.”

MARTINS-COSTA (2005, p. 31), por sua vez, também distingue os institutos acima mencionados, definindo a indenização punitiva como um valor fixado expressivamente além daquele suficiente a compensar o dano, atingindo, assim, um primeiro objetivo, de cunho punitivo, bem como traduz uma segunda função, de aspecto preventivo, desenhada na exemplaridade da pena aplicada. Os *compensatory damages*, ao contrário, não desempenham esse duplo papel, pois o valor fixado a título indenizatório se limita a ressarcir o prejuízo.

Ressalta-se que a tradução do referido instituto quando ao pé da letra tem o significado de danos punitivos; entretanto, ao ser incorporada no ordenamento jurídico brasileiro teve sua nomenclatura alterada pela doutrina pátria, denominando-a indenização punitiva ou, ainda, teoria do Valor do Desestímulo, a qual se encontra intimamente atrelada ao dano moral.

Na verdade, com o advento da Constituição Federal de 1988, pode-se concluir que o referido instituto foi abraçado pelo constituinte, ainda que de forma reflexa, ao tratar de maneira expressa em seu texto a reparação do dano moral, especificamente em seus incisos V e X do artigo 5º, deixando a cargo dos operadores do direito os limites de sua quantificação.

Assim, há que se constar a passagem de CAVALIERI FILHO (2008, p. 94) que, em face de uma nova visão acerca da responsabilidade civil, bem define o advento da indenização punitiva do dano moral ao dispor que “surge como reflexo da mudança de paradigma da responsabilidade civil e atende a dois objetivos bem definidos: a prevenção (através da dissuasão) e a punição (no sentido de redistribuição)”.

Portanto, razão há em se afirmar que a indenização por danos morais deve obedecer, a princípio, um duplo viés ressarcitório com a finalidade compensatória e preventivo-pedagógico, de modo a indicar ao agente violador que, no futuro, outra deve ser sua conduta, evitando-se, assim, sua prática reiterada.

Contudo, atualmente, as tradicionais finalidades não mais alcançam seus objetivos, sendo certo que outros instrumentos devem ser buscados a fim de obstaculizar as atuações desprezadoras da dignidade humana, isto é, prevenir que as mesmas ocorrem ou voltem a ocorrer. Esta é a função primordial dos *punitive damages*.

Nesse aspecto, REIS (2002) entende que o caráter punitivo abrange a finalidade preventiva, exercendo grande serventia no papel da pedagogia da aprendizagem social, sendo este, na verdade, o verdadeiro sentido pretendido pelo *mens legislatori*.

3.3. AVALIAÇÃO E QUANTIFICAÇÃO DO DANO

Dispõe o artigo 944 do Código Civil que a indenização será mensurada pela extensão do dano, aclamando o princípio da *restitutio in integrum*, o qual se define como o dever de reparar integralmente o dano ocasionado, fazendo com que a vítima retorne ao *status* que se encontrava antes de amargar aquele malefício.

No entanto, conforme expressamente previsto no artigo 947 daquele diploma legal, ter-se-á a reparação por equivalência ou compensação, que ocorrerá sempre diante da impossibilidade da reparação *in natura*.

Com efeito, em se tratando de dano moral, impossível será sua reparação naqueles moldes, uma vez que não há como mensurar com exatidão a profundidade da lesão à dignidade humana, nem tampouco quantificar os bens que a integram. Desse modo, a indenização dos danos extrapatrimoniais somente poderia se dar como satisfação, ou seja, a entrega de determinada monta em pecúnia ao lesado teria o condão de aliviar ou amenizar o abalo a sua moral.

Como principal baliza de quantificação do dano moral aponta-se a vedação do enriquecimento ilícito, isto é, o *quantum debeat* da indenização não poderá se dar com inobservância da equidade, razoabilidade e proporcionalidade, sob pena de estar gerando um enriquecimento indevido ao lesado.

Nesse viés, ensina CAVALIERI FILHO (2008, p. 93) que ao arbitrar o valor do dano moral, deverá o magistrado fixar quantia de acordo com seu prudente arbítrio, desde que “seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizessem presentes”.

Dando continuidade ao raciocínio, conclui não vislumbrar que uma indenização pelo dano moral possa ser superior àquilo que a vítima ganharia durante toda a sua vida.

Em contrapartida, buscando maior efetividade ao caráter punitivo-pedagógico, NUNES e CALDEIRA (1999), trazem novos critérios utilizados pela jurisprudência para quantificar o dano moral, sendo eles: a natureza específica da ofensa sofrida; intensidade real, concreta, efetiva do sofrimento do ofendido; repercussão da ofensa no meio social em que vive o ofendido; existência de dolo por parte do ofensor na prática do ato dano e o grau de sua culpa; situação econômica do ofensor; posição social do ofendido; capacidade e possibilidade real e efetiva de o ofensor voltar a praticar e vir a ser responsabilizado pelo mesmo fato danoso; prática anterior do ofensor relativa ao mesmo fato danoso, ou seja, se ele já cometeu a mesma falha; práticas atenuantes realizadas pelo ofensor com vistas a diminuir a dor do ofendido.

Dentre os critérios mencionados, destaque para os três últimos, os quais buscam verificar se houve emprego de desmedidos esforços com a finalidade de não gerar ou evitar que se repita a conduta lesiva, isto é, giram em torno da postura do ofensor, tanto adotada antes da ocorrência lesiva, atuando de forma preventiva, quanto a conduta posterior, evitando que a mesma volta a ocorrer.

3.4. APLICAÇÃO EFETIVA DOS *PUNITIVE DAMAGES*

Atualmente, a aplicação dos *punitive damages* se dá em praticamente todo território dos EUA, salvo raras exceções como ocorre nos Estados de Louisiana, Massachusetts, Nebraska, Washington e New Hampshire. Não obstante, muitas das legislações estaduais limitam o valor dos *punitive damages*, como, por exemplo, ocorre no Alabama, Colorado e em New Jersey.

MARTINS-COSTA (2005) salienta que nos Estados Unidos cabe ao júri fixar os *exemplary damages*, motivo pelo qual levou a Suprema Corte, visando evitar eventuais exageros, apontar três diretrizes para fixação da indenização punitiva, sendo eles: o grau de reprovabilidade da conduta do réu; a desproporcionalidade entre o dano causado e o valor arbitrado a título de *punitive damages*; similaridade entre as multas civis autorizadas ou impostas em semelhantes casos e os *punitive damages* arbitrados pelo júri.

Ainda nesse país, diversas são as espécies de *damages* ou *substantial damages*, os quais não se confundem com o instituto abordado neste trabalho, podendo citar as seguintes espécies: *compensatory damages* ou *actual damages*; *nominal damages*; *general damages* ou *direct damages*; *special damages*; e, por fim, os *multiple damages*.

A doutrina norte-americana, a rigor, geralmente utiliza o instituto de maneira larga, sendo, porém, frequentemente aplicada quando há: responsabilidade pelo fato do produto, *product liability*; difamação, *defamation*; erro médico, *medical malpractice*; acidentes de trânsito, *transportation injuries*; responsabilidade de profissionais em geral, *liability of the Professional*; fraude, *fraud* ou *misrepresentation*; invasão de privacidade, *invasion of privacy*; assédio sexual, *sexual harassment*, dentre outros inúmeros ilícitos intencionais, *intentional torts*.

Outros ordenamentos jurídicos alienígenas também admitem e aplicam os *exemplary damages* como ocorre na Inglaterra, Irlanda, Austrália, Nova Zelândia, Canadá, bem como praticamente em todos os países que adotam o sistema da *common law*.

Em terras nacionais, sua aplicação ainda é tímida, sendo por muitas vezes rechaçadas pela doutrina e jurisprudência. Na verdade, para que possa vir a ser corretamente aplicado, deverá ser compatibilizado com o princípio da vedação do enriquecimento sem causa, o que por parte da jurisprudência é visto como óbice absoluto ao instituto, tendo em vista que inviabilizam a sua incidência de maneira radical, utilizando como escopo o artigo 884 do Código Civil.

No direito civil brasileiro, não há entendimento consolidado das Cortes Superiores acerca da aplicação efetiva dos *punitive damages*. Entretanto, considerável parte da doutrina entende que a defesa da indenização punitiva seria equivocada, principalmente, por três razões.

Um primeiro argumento, bastante frágil, se funda diante da hipótese de uma condenação penal, na qual seja fixado um valor de dano compensatório, seguida de uma condenação no juízo cível, onde se arbitra um segundo valor em caráter punitivo, a qual caracterizaria *bis in idem*, pois o ofendido já teve sua condenação esgotada no juízo penal.

Como contra argumento, diz-se que a tendência do direito penal contemporâneo é a *ultima ratio*, ou seja, só age em casos extremos. Assim, quando as situações são de baixo interesse penal, essa punição é transferida para o direito civil. Então, hoje raramente pode-se falar em uma incidência conjunta de direito penal e civil. Ademais, a pena do direito penal não tem o mesmo caráter ontológico daquela aplicada na seara civil, visto que aquela pretende punir por um aspecto de reprimenda, enquanto para o código civilista, a pena significa apenas um aspecto inibitório, preventivo, de desestímulo a outras condutas que esta pessoa poderia praticar.

Outro ponto no qual a doutrina se baseia para negar a aplicação dos *punitive damages* se encontra na ausência de previsão legal do instituto, arguindo que não poderia aplicar-se uma pena no direito civil se não existe dispositivo prevendo o dano punitivo. Além disso, no direito brasileiro vigora o brocardo *nullum crimen, nulla poena sine lege*, isso é, só se pode aplicar pena, se prevista em lei.

Todavia, esse argumento cai por terra, tendo em vista que, em se tratando de fixação de reparação por dano moral, não há necessidade de expressa disposição legal, pois essa somente é exigida quando a pena tiver sua natureza de restrição da liberdade. Salienta-se, neste ponto, que o direito penal limita seu campo de atuação às ofensas mais graves à ordem social, por força do

princípio da fragmentariedade ou intervenção mínima, sendo, então, papel da responsabilidade civil trabalhar a ideia de pena privada.

Ressalta-se, ainda, que no direito civil não se aplica a noção rígida de tipicidade, tal como ocorre no direito penal, uma vez que a ilicitude prevista nesta seara é uma cláusula aberta geral de ilicitude.

Por fim, a doutrina, em grande parte, apresenta um terceiro fundamento, baseado na assertiva que fixado um valor de compensação para a vítima, este seria suficiente. Do contrário, haveria enriquecimento sem causa por parte da vítima.

Na verdade, rebatendo esse argumento, salienta-se que se houver algum enriquecimento da vítima, será com causa, pois surge de uma decisão judicial, ou seja, é uma sentença proferida pelo Poder Judiciário que lhe concede esse patrimônio, a rigor, com base numa cognição exauriente da matéria, num procedimento em que é assegurado o princípio constitucional do devido processo legal. Nitidamente, observa-se um locupletamento diverso do enriquecimento sem causa.

O ponto mais forte dos contra argumentos tem por fundamento o próprio Código Civil. Para evitar a alegação de que haveria enriquecimento sem causa, parcela do dano moral punitivo seria destinada a entidades sociais, quando então realizaria a função social da responsabilidade civil. Esta ideia é retirada do parágrafo único do artigo 883 do CC, o qual dispõe que “não terá direito a repetição aquele que deu alguma coisa para obter fim ilícito, imoral, ou proibido por lei”, e caso ocorra, “o que se deu reverterá em favor de estabelecimento local de beneficência, a critério do juiz”.

Insta salientar que a Lei 7.347/85, disciplinadora das ações civis públicas, dispõe em seu artigo 13 que “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”. Como é possível observar que, em se tratando de danos transindividuais, a multa aplicada será mantida em um fundo público, isto é, o valor da punição aplicada terá como destinatário a coletividade.

Essa tem sido a orientação de alguns estados norte-americanos, como ocorre na Flórida, Iowa e Missouri, onde estabelecem que determinada parte dos valores fixados a título de *punitive damages* será reservada ao respectivo fundo estadual.

Logo, verifica-se que não mais subsistem razões suficientes a afastar a aplicação dos *exemplary damages* em terras tupiniquins, ao contrário, deve a teoria ser abraçada pela doutrina e jurisprudência para atender as novas perspectivas e finalidades da responsabilidade civil, franqueando, assim, a nova visão civil-constitucional do direito brasileiro. Por essa razão, MARTINS-COSTA (2005) fala numa progressiva aceitação dos *punitive damages* pela doutrina e jurisprudência pátria.

Por outro lado, poderá a indenização punitiva servir de instrumento protetivo aos que se encontram em relação de inferioridade, na qual se insere, como regra, os consumidores, trabalhadores assalariados, dentre outros vulneráveis.

Necessário se faz mencionar os pressupostos dos *punitive damages*, os quais se desenham pouco além daqueles da responsabilidade civil, isto é, a conduta, o dano, nexos de causalidade, o dano moral decorrente da violação de algum direito inerente a dignidade da pessoa humana, obtenção de lucro com o ilícito e, por fim, a culpa grave do ofensor ou, mesmo, o dolo.

Nesse viés, desenha-se a indenização punitiva quando, presentes os pressupostos da responsabilidade civil, se somam certas peculiaridades como a intenção lesiva de praticar o ato ilícito ou, ainda, quando este ocorre com desprezo ou indiferença pelo direito alheio, em especial, aqueles inerentes à pessoa humana.

Por outro lado, não estaria caracterizada a hipótese capaz de incidir a pena civil quando o dano decorresse de culpa leve, sob pena de banalizar o instituto, sendo certo que, nesse caso, a desproporcionalidade estaria patente, violando a base primordial de qualquer sanção.

Dentre as já mencionadas finalidades do instituto ora abordado, cumpre destacar a de face social, qual seja, a de obstar a denominada indústria do dano moral. Assim, além de evitar a enxurrada de ações que atualmente emperram o maquinário judicial, também tem por função repelir as constantes pretensões ajuizadas, principalmente por consumidores, nas quais, em sua maioria das vezes, buscam a indenização por dano moral, o que gera uma indústria desse, sendo, até mesmo, rotina para grande parte dos brasileiros.

Porém, as altas Cortes nacionais têm rechaçado veementemente a aplicação da indenização punitiva, servindo o princípio da vedação do enriquecimento sem causa como principal fundamento para sua negação.

A jurisprudência fluminense, contudo, vem adotando, ainda que de forma tímida e prematura, a aplicação dos *punitive damages*. O desembargador SILVA (2009), costumeiro utilizador do instituto no tribunal carioca, realiza uma abordagem diversa da visão ora trabalhada, uma vez que invoca o instituto em seus julgados, mas não lhe dá a conotação desejada, ao passo que os valores fixados a título de *punitive damages* ainda não alcançam patamares suficientes a dar o verdadeiro caráter desestimulador.

4. PUNITIVE DAMAGES E O DANO SOCIAL

Muito embora a doutrina traga argumentos, ainda que frágeis, para afastar a aplicação da indenização punitiva, esses não mais se manteriam diante da tese criada por JUNQUEIRA (2004, p. 214-215), ao conectar as quantias aplicadas a título desestímulo com uma nova espécie de dano, denominado dano social. Assevera que um “ato, se doloso ou gravemente culposo, ou se negativamente exemplar, não é lesivo somente ao patrimônio material ou moral da vítima mas sim, atinge a toda a sociedade, num rebaixamento imediato do nível de vida da população, causa dano social”.

O citado autor defende expressamente o agravamento da indenização a título de desestímulo, atingindo tanto um fato pretérito, com a devida punição, bem como um comportamento futuro, atuando como forma de prevenção, quando o Poder Judiciário estiver diante de um dano social. Na verdade, noutras palavras, nada mais seria que a aplicação dos *punitive damages* aplicados a esse novo tipo de dano.

Como exemplo, uma empresa aérea que comumente faz uso do chamado *overbooking* não terá uma sanção com caráter punitivo e suficientemente desestimulante, caso venha a ser condenada em sede de ação indenizatória movida pela vítima, tendo em vista que, seguindo a atual linha adotada pela jurisprudência nacional, o valor seria insignificante perante o robusto patrimônio da empresa. Esta, por sua vez, optará em manter a conduta ilícita e pagar eventuais indenizações, pois caso contrário, ao tentar adequar sua conduta ao sistema legal, despenderá alta monta pecuniária, jamais alcançada por aqueles valores ocasionalmente pagos.

Assim, os corriqueiros atos, frequentemente, praticados por pessoas jurídicas devem ser combatidos, sendo inclusive uma maneira encontrada para enxugar o judiciário, atualmente sobrecarregado de ações preenchidas em seu polo passivo por aquelas empresas que por costume desprezam a dignidade da pessoa humana de considerável parcela da sociedade em detrimento de

interesse econômico próprio mediante a prática de condutas corriqueiras que causam mal estar social.

REIS (2003, p. 48) salienta que, modernamente, a indenização não mais é restrita ao interesse particular da vítima, mas sim de toda sociedade, qual tem interesse ainda maior no restabelecimento do equilíbrio social. Nesse sentido, destaca que “atrás do ofendido se encontra um conjunto de regras e pessoas interessadas no equacionamento dos delitos, que ferem a sua estabilidade e contribuem para o desequilíbrio da ordem”.

No quadro de fornecedores de produtos e serviços mais acionados nos Juizados Especiais Cíveis, de longa data, algumas empresas ocupam as primeiras colocações no *ranking* divulgado no site do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, sendo certo que, na grande maioria das vezes, há apenas modificação em relação ao polo ativo, permanecendo intacto o polo passivo, bem como a causa de pedir. Assim, verificam-se os frequentadores do topo daquele rol não exemplar.

Dessa forma, se não houver motivos suficientes a bancar o afastamento da aplicação do instituto na seara individual, muito menos existirão para afastá-los quando da ocorrência do dano social. Logo, não há como a doutrina e jurisprudência não abraçarem a teoria abordada no presente trabalho, tendo em vista que a linearidade do princípio da reparação na sociedade atual, não mais comporta a eficiência inicial em obstar um comportamento danoso à sociedade.

5. CONCLUSÃO

Conforme a exposição realizada no presente trabalho, torna-se de simples identificação a atual ineficiência do caráter punitivo do dano moral, pois a linha seguida pela jurisprudência brasileira, bem como pela doutrina tradicional, não permite inibir a prática reiterada de condutas que prezam o lucro, em detrimento da dignidade humana, tanto quanto da ordem social.

Diante da moderna visão civil-constitucional que é conferida a responsabilidade civil, empenho maior deve ser dado com vistas a proteger a pessoa humana, sendo certo que não há mais espaço para que condutas lesivas continuem fazer parte da rotina das pessoas jurídicas que compõem o cenário atual.

Os tradicionais critérios utilizados para mensuração e aplicação do dano moral não mais são eficazes, uma vez que a evolução da sociedade faz surgir a exigência de novos parâmetros que tragam a efetividade da dissuasão suficiente a obstaculizar a reiterada prática de condutas lesivas à dignidade da pessoa humana.

Verifica-se, com isso, que os atuais valores fixados a título de dano moral são ínfimos e nada desestimuladores, ao contrário, apenas fomentam uma conduta ilícita, principalmente, das grandes empresas, sendo que, em seu balanço financeiro, o desprezo para com a pessoa humana tem atuado como “vantajosa” fonte de economia, privilegiando seus interesses egoísticos e parcimoniosos em detrimento de toda a ordem social.

Por consequência, incontáveis ações são, diariamente, propostas diante do Poder Judiciário, o qual, retraído pelo princípio da vedação do enriquecimento sem causa, bem como amarrado a conceitos arcaicos de fixação do dano moral, busca aplicar irrisórias quantias com receio de afetar o ditado princípio. Contudo, pelos argumentos apontados no presente trabalho, constata-se que o espírito dos *punitive damages* ultrapassa as barreiras, até então, expostas na linha que repudia a aplicação da indenização punitiva.

Dessa forma, parcela da doutrina, principalmente a alienígena, utiliza da aplicação dos *punitive damages* para combater as mazelas que acompanham a evolução da sociedade. Essas, não somente podem, como devem, ser introduzidas por completo no ordenamento jurídico brasileiro, servindo de instrumento reestruturador da paz social, atualmente rompida em face a sua corriqueira violação.

Sob outro aspecto, o Judiciário se viria livre das ações repetitórias, nas quais, a rigor, somente se alteram o polo passivo da relação jurídica, abrindo espaço para que as demais causas, não solucionadas pelos *exemplary damages*, pudessem vir a ser apreciadas e solucionadas em tempo, de fato, razoável.

Nesse contexto, a conclusão desemboca na lucidez que a candura não será incorporada, num “pisar de olhos”, nas atuações maliciosas e contínuas dos agentes manejadores de ilícitos que, na busca incessante de um enriquecimento veloz, atropelam a sociedade, sendo certo que o freio para tais condutas desenha-se nos *punitive damages*.

REFERÊNCIAS

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

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, v. 5 , n.19, p. 211-218, jul./set. 2004.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Consulta às Empresas Mais Acionadas. Disponível em: <www.tjrj.jus.br>. Acesso em: 03 dez. 2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação n. 2009.001.55290. Relator: Des. Ricardo de Abreu e Silva. Publicado no DO de 07.12.09.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

CELINA BODIN DE MORAES, Maria. *Danos à Pessoa Humana: Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FURNISS, Jerry; et al. *Punitive damages: courts set limits to restore fair play*. Disponível em: <<http://www.entrepreneur.com/tradejournals/article/121646101.html>>. Acesso em: 13 set. 2009.

LEGGETT, Christopher. *The Ford Pinto Case: The valuation of life as it applies to the negligence-efficiency argument*. Disponível em: <<http://www.wfu.edu/~palmitar/Law&Valuation/Papers/1999/Leggett-pinto.html>>. Acesso em: 16 set. 2009.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (“punitive damages” e o direito brasileiro). *Revista da AJURIS*. Porto Alegre, v. 32, n.100, p. 229-262, dez. 2005.

NUNES, Luiz A. Rizzatto; CALDEIRA, Mirella D’Angelo. *O Dano moral e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Saraiva, 1999.

REIS, Clayton. *Avaliação do dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

REIS, Clayton. *Os novos rumos da indenização do dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.