

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO

**A APLICAÇÃO DA DOUTRINA DOS *PUNITIVE DAMAGES* NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Vitor Mizuno Cotes

Presidente Prudente/SP
2015

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO

**A APLICAÇÃO DA DOUTRINA DOS *PUNITIVE DAMAGES* NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Vitor Mizuno Cotes

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Especialista em Direito Civil e Processo Civil, sob orientação do Prof. Jesualdo Eduardo de Almeida Junior.

Presidente Prudente/SP
2015

**A APLICAÇÃO DA DOUTRINA DOS *PUNITIVE DAMAGES* NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Monografia aprovada como requisito parcial
para obtenção do Grau de Especialista em
Direito Civil e Processo Civil.

Jesualdo Eduardo de Almeida Júnior
(Orientador)

Banca Examinadora 1

Banca Examinadora 2

Presidente Prudente, ____ de março de 2015

“... Para que o povo não faça o papel do velho cão estúpido que morde a pedra que nele bate, em vez de procurar a mão que a arremessou...”.

(Tobias Barreto, *apud* BONFIM, Edílson Mougnot. Direito Penal da Sociedade. São Paulo: Oliveira Mendes, Livraria Del Rey, 1997, notas do autor).

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por me dar forças a vencer cada batalha diária na busca de meus objetivos.

Agradeço aos meus pais, Cíntia e Lorival, os quais abdicaram de seus sonhos para que os meus pudessem se tornar realidade.

Agradeço ao meu irmão, Bruno, que mesmo sem perceber, me inspira a seguir em frente e não esmorecer.

Agradeço aos meus avós, Odília e Syozo, que nunca me negaram qualquer tipo de ajuda.

Agradeço aos meus tios Fabiano e Patrícia, e à sua filha Beatriz; aos meus tios Marcelo e Vanderlice e seus filhos, Lucas e Rafael, os quais, apesar do pouco convívio, são parte de minha família.

RESUMO

O presente trabalho tem como escopo analisar a teoria dos *punitive damages*: sua origem, desdobramentos, casos práticos e aplicação no Brasil. Predominante nos países da *commom law*, a teoria se mostra, muitas vezes, eficaz e razoável no combate a abusos e má-fé de grandes empresas. Ainda que seja possível encontrar condenações em danos punitivos enleada com os danos morais, sua aplicação ainda é muito tímida e excepcional, talvez pela falta de regulamentação legal expressa. Desse modo, buscamos aferir se a teoria é adequada para o nosso ordenamento jurídico, se se coaduna com os princípios de nossa Constituição, se sua aplicação encontra impedimentos legais e se se mostrará útil em nossa realidade, educando os ofensores, combatendo a morosidade e a quantidade de processos desnecessários. Para tanto, é preciso antes encontrar balizas legais para sua aplicação, para que casos semelhantes não recebam tratamento diferenciado, nem haja empobrecimento ou enriquecimento demasiado de uma das partes. Observamos também que a teoria, apesar de ter sua aplicação debatida e citada em alguns julgados próprio do Direito Civil, fora transportada, até mesmo, para o Direito do Trabalho.

Palavras-chave: *Punitive damages*. Dano moral. Extensão do dano. Expansão da teoria.

ABSTRACT

This work aims to analyse the punitive damages theory: its origins, deployments, practical cases and application in Brazil. Prevailing in countries that use the common law system, the theory displays to be, many times, effective and reasonable in striking corporations abuses and bad faith. Although it is possible to find punitive damages convictions entangled with moral damages, its application is still shy and exceptional, maybe because it lacks express legal regulation. Thereby, we try to assess if the theory suits our law, if it is consistent with our Constitution principles, if its application bumps into legal impediments and if it will show to be useful in our reality, educating the offenders, fighting morosity and the amount of unnecessary processes. Therefore, we need to find legal beacons for its application, so that similar cases don't receive distinct treatment, nor there is over impoverishment or enrichment of a party. We also noticed that the theory, despite its application be debated and quoted in some judged inherent of Civil Law, it has been transported, even, to Labor Law.

Keywords: Punitive damages. Moral damage. Extent of damage. Expansion of theory.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 DANO MORAL	12
2.1 Breve Escorço Histórico	12
2.2 A Indenização do Dano Moral Como Proteção de Direitos Fundamentais	16
2.3 Direitos da Personalidade	22
3 PUNITIVE DAMAGES	31
3.1 Conceito	31
3.2 Breve Escorço Histórico	32
3.3 Casos Práticos	35
3.3.1 O Caso “Ford Pinto”	36
3.3.2 O Caso do Lutador de Jiu-Jitsu que Espancou seu Desafeto	40
3.3.3 M. Officer e os Escravos Bolivianos	43
4 APLICAÇÃO DA TEORIA: PROBLEMÁTICA	47
5 CONCLUSÃO	55
BIBLIOGRAFIA	58

1 INTRODUÇÃO

Para o presente trabalho foram adotados os seguintes métodos: dedutivo, pois a análise partiu de premissas gerais do direito civil para focar a indenização em danos punitivos; o método indutivo, pois da análise de casos isolados se fixou premissas gerais e o método dialético, pois houve comparação e confrontação de diversos pontos de vista.

A velocidade com que as relações se desenvolvem no século XXI é impressionante. Sejam essas conexões privadas ou comerciais, diariamente se concretizam centenas de milhares de compras, vendas, empréstimos, contratações, demissões e tantos outros fenômenos interessantes ao Direito.

Como consequência quase que inevitável, na mesma medida surgem os danos.

Contrata-se muito. Dos bens mais banais àqueles indispensáveis, o cidadão moderno se vê praticamente obrigado a se relacionar com outrem para adquirir alimentos, transporte, educação, saúde, lazer e os serviços mais diversos.

Quanto mais desenvolvida for a economia de um País, com maior frequência as relações ocorrem, obrigando o Estado a criar soluções justas e eficazes na solução dos litígios que venham a surgir.

É incrível como a sociedade moderna criou a necessidade de consumir vorazmente. Até mesmo para guardar e gastar seu próprio dinheiro é mais coerente (e fácil!) contratar os serviços de uma instituição financeira, que lhe cobrará para tanto.

Não há nada de errado, entretanto, em cobrar pelos serviços prestados. Desde que haja pessoas dispostas a pagar, não há limite de valor, muito menos um teto pré-estabelecido.

Impera a lei da oferta e demanda, a magia do capitalismo.

É claro que há certas ressalvas, como questões de capacidade das partes e objeto do contrato, mas, em linhas gerais, é possível, por exemplo, pagar quinhentos mil reais pelos serviços de um advogado, de um *chef* de cozinha ou num relógio de alto luxo.

A problemática a que estamos dispostos a enfrentar surge quando o cidadão se vê diante de descomedidos abusos.

Mas não é só.

Numa ótica consumerista, os princípios éticos e morais têm sido preteridos pelo lucro absurdo. Prefere-se fornecer um serviço ruim e lucrar muito a prestar um bom serviço com uma margem menor.

A satisfação pessoal do consumidor parece ter perdido a importância.

E, diante da impossibilidade de controlar a natureza humana, evitando condutas lesivas à ética e moral, ao menos se pode pensar em soluções satisfatórias de reparar, indenizar e, como se defenderá, punir os danos cometidos.

Neste contexto, o Direito não pode ignorar um paradoxo que ele mesmo criou: é mais lucrativo ser processado e condenado do que evitar o surgimento de tais demandas ou resolvê-las em sua gênese.

A matemática das grandes empresas constatou que, na grande maioria dos casos, é mais lucrativo cruzar os braços aos interesses do consumidor e resolver a lide judicialmente, apresentando defesas e recursos infundados, de pouca técnica e contendo argumentos, muitas vezes, ridículos.

Esse fato, somado à constatação de escritórios de advocacia que defendem “causas perdidas”, com o mero intuito de “ganhar tempo” (atrasando a solução da lide o máximo possível) e um Poder Judiciário que não se liberta das amarras de uma indenização tímida, resultaram neste cenário deplorável.

Reconhece-se que nosso Código Civil e de Defesa do Consumidor realiza um bom papel na proteção dos direitos que regulamentam. Mas é preciso mais, é preciso se aproximar da utópica perfeição.

Digo utópica porque o Direito é uma ciência tão complexa e dinâmica que, se hoje conseguíssemos criar Leis perfeitas, que trouxessem paz social em todos os seus ramos, amanhã já não o seria mais. Mudam-se as paixões, os desejos. O ser humano evolui, todos os dias.

Noutra concepção, este trabalho também visa fornecer soluções para situações não abrangidas nas relações de consumo.

O abuso, a má-fé, a conduta reprovável e a vontade de prejudicar podem surgir também do particular, que merece uma reprimenda exemplar.

Enfrentar a questão envolve dois grandes problemas a destrinchar: a permissão legal na aplicação do aspecto punitivo e a quantificação do dano.

Há quem defenda a tese de que o instituto dos *punitive damages* somente seria possível se houver expressa previsão legal, esmiuçando cada situação e estabelecendo valores mínimos e máximos para tanto, ou seja, teria que se respeitar o princípio da legalidade penal.

Tal argumento leva em consideração o fato de que, se a condenação em danos morais contiver um aspecto punitivo, então tal punição deve ser anteriormente prevista, pelos mesmos motivos que justificam a previsão da pena restritiva de liberdade.

A discussão colide frontalmente com outros princípios e regras já estabelecidos em nosso ordenamento jurídico, especialmente o da dignidade humana e os arts. 186 e 927 do Código Civil.

Não obstante tal controvérsia, a quantificação dos valores devidos é um problema que remonta desde à aceitação do dano moral.

A inclusão do aspecto punitivo fomenta ainda mais a questão.

São tantas as especificidades de cada caso concreto que, para arrematar um valor justo e razoável, o problema exigirá do magistrado um profundo conhecimento do Direito e das partes, impondo-lhe um grandioso esforço.

A complexidade da teoria, porém, não pode ser óbice à sua aplicação.

Outro ponto importante é a irradiação da teoria, eminentemente civil, para outros ramos do Direito.

Se o empregador mantém verdadeiros escravos em sua linha de produção, seja através de empresas terceirizadas ou até mesmo “quarteirizadas”, é inegável que deve ser condenado numa quantia significativa, para que não incorra na mesma conduta e o risco não valha a pena.

É preciso estabelecer normas sólidas em nosso país para desencorajar condutas desse tipo. Parece estar enraizado em nossa cultura o famoso “jeitinho brasileiro”, em que se quer obter vantagem de qualquer modo, seja pagando menos, furando fila, trabalhando pouco ou sonegando impostos.

É bem verdade que não é possível reunir as melhores regras e lacrá-las num *bunker* normativo. A flexibilização e evolução das normas é reflexo da própria inquietação humana. O que hoje se considera justo e razoável, talvez não o seja amanhã.

Assim, se o aspecto indenizatório dos danos morais não se mostra suficiente e razoável para impedir novas condutas lesivas, é no Direito inglês e países do *commom law* que buscamos inspiração.

Não deixamos, contudo, de analisar os princípios, direitos e garantias fundamentais próprios de nosso ordenamento jurídico. Não há como transportar uma teoria estrangeira sem antes dissecarmos sua aplicabilidade dentro de nosso sistema: deve ser feita uma análise empírica e finalística.

Será que nosso ordenamento jurídico e toda sua interpretação legal comportam a possibilidade de aplicação de tal instituto?

Seria possível afirmar que a doutrina dos *punitive damages* pode se mostrar adequada em diversas situações no Direito brasileiro? Teria o aspecto punitivo a capacidade de coibir abusos e transgressões de direitos, proporcionando relações mais justas e enleadas de boa-fé?

É o que passaremos a estudar.

2 DANO MORAL

2.1 Breve Escorço Histórico

A indenização do dano moral nem sempre foi tema pacífico. Os defensores da sua irreparabilidade, dentre os vários argumentos, alegavam que não seria possível compensar a dor com dinheiro. Por outro lado, os favoráveis à ideia de indenização se opunham, alegando que, mesmo que a dor não seja compensada com dinheiro, tal bem lesado deve ser respeitado, devendo haver certa atenuação da intempérie sofrida através do dinheiro, uma vez que seria pior deixar a vítima indene.

Com a necessidade de se adequar às pretensões sociais, evoluir o Direito e torná-lo apto a acompanhar as ânsias da população por uma justiça moderna, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiu, nos anos 1970, que “o dano moral é indenizável, tanto quanto o dano patrimonial”.¹

A surpreendente decisão se deu em vigência do Código Civil de 1916, em que muitos negavam a indenização por dano moral, tendo em vista ser esta a interpretação dominante do Código.

A Constituição de 1988 extinguiu a celeuma, elevando a reparabilidade dos danos morais em garantia de direitos individuais, estatuinto em seu artigo 5º, inciso V que “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”; e no inciso X, em que “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”.

Eximindo qualquer dúvida sobre sua cumulatividade, especialmente no que tange à utilização da conjunção *ou* no inciso X supra, o Superior Tribunal de Justiça consolidou a Súmula 37, em que “são cumuláveis as indenizações por dano moral e material oriundos do mesmo fato”.

¹ TJRS, 2.ª Câmara, 29.09.1976, *RJTJRS* 64/198; 1.ª Câmara, 02.05.1978, *RJTJRS* 72/309.

Superadas as discussões acerca da indenizabilidade do dano moral, independentemente do dano material provocado, seu conceito se alarga e possibilita uma concepção mais ampla no que tange à sua reparação.

Os aplicadores do Direito devem buscar atenuar ao máximo os danos sofridos em diversas situações a quais estamos sujeitos, uma vez que, em muitos casos, é impossível se retornar ao *status quo ante*.

Atento a esta realidade, ANDRADE demonstra as dificuldades encontradas em reparar os danos morais:

Na maioria das vezes, impõe-se reconhecer que o dano moral não comporta a reparação *in natura*, de modo que a resposta jurídica para essa modalidade de dano vem, usualmente, sob a forma de indenização em dinheiro. De modo geral, é impossível a recomposição ou reparação, ainda que parcial, do bem personalíssimo lesado, como no caso de dano à vida, de lesão grave consistente na perda de um membro ou de um sentido, da injúria real e de outras tantas situações, para as quais resta apenas o sucedâneo da indenização pecuniária. Mesmo em se tratando de danos em relação aos quais é teoricamente cogitável a reparação *in natura*, muitas vezes a repercussão concreta do dano pode tornar inócua essa forma de reparação. Assim, por exemplo, certos casos de ofensa à honra por meio da imprensa podem ganhar uma proporção tão grande que nenhum desmentido posterior será capaz de reduzir os danos sofridos. Resta, assim, a indenização pecuniária como a única resposta do ordenamento jurídico ao dano moral.²

É justamente por não comportar reparação *in natura* que o Direito deve se ocupar em possibilitar atenuar ao máximo os danos morais sofridos, pois não são facilmente esquecidos, superados ou consertados como os danos materiais.

É fácil perceber tal distinção, para o que me utilizo dos seguintes exemplos: quando sofremos uma batida de carro, a oficina mecânica é capaz de restaurá-lo exatamente ao seu estado anterior e a vítima do acidente, apesar do transtorno gerado, irá superar facilmente o ocorrido, uma vez que há a consciência de que se trata de um evento comum em nossa sociedade.

Consertado o automóvel e resolvida a situação, haverá uma mera lembrança, em que dificilmente o aborrecimento ressurgirá.

² ANDRADE, André Gustavo de. *Dano Moral & Indenização Punitiva: Os Punitive Damages da Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 144.

Entretanto, a morte de um filho por uma falha de segurança trivial num parque de diversões ou a troca de medicamentos num hospital dificilmente será superada pela família, mesmo que com isso seja paga uma quantia considerável em dinheiro a título de danos morais.

O aborrecimento, a angústia, o luto e a tristeza farão parte do íntimo dos pais por toda a vida.

Sendo assim, é fácil perceber a problemática imposta: enquanto os danos materiais exigem simples conta aritmética, em que somam-se os valores necessários para a reparação do dano e eventual pagamento de alguns dias de trabalho perdido, os danos morais enfrentam uma série de fatores intrínsecos à natureza humana.

Levando em consideração esse complexo, CAHALI assim coloca o dano moral:

Na realidade, multifacetário o ser anímico, tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado, qualifica-se, em linha de princípio, como dano moral; não há como enumerá-los exaustivamente, evidenciando-se na dor, na angústia, no sofrimento, na tristeza pela ausência de um ente querido falecido; no desprestígio, na desconsideração social, no descrédito à reputação, na humilhação pública, no devassamento da privacidade; no desequilíbrio da normalidade psíquica, nos traumatismos emocionais, na depressão ou no desgaste psicológico, nas situações de constrangimento moral.³

É exigível do julgador uma alta carga de sensibilidade para a análise de cada caso concreto, em que devem ser considerados vários fatores que possam resultar numa quantificação justa e equilibrada.

É importante lembrar que nem todas as pessoas sentem a dor na mesma intensidade. Algumas, por sua própria natureza, são mais frias e apáticas, enquanto outras, por serem mais sentimentais, acabam se expressando de maneira mais intensa.

Porém, é necessário clarificar que o julgador não pode levar em consideração, quando da quantificação monetária do dano, somente a dor externada. Até mesmo porque isto pode gerar um desequilíbrio perante aqueles que guardam a dor para si ou tem dificuldades em expressar seus sentimentos.

³ CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. 4ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 20.

Em se tratando de direitos indisponíveis violados, mister se faz a sua reparação, medida encontrada pela lei em prestigiar aqueles direitos que impõe uma obrigação a todos: respeitá-los.

O Brasil viveu uma epidemia de ações indenizatórias por danos morais, onde na maioria dos casos, pediam-se quantias absurdas para reparar direitos timidamente violados, com efeitos microscópicos.

Esta avalanche de ações foi resultado do novo entendimento vislumbrado e aceito em nossas leis e doutrinas acerca da distinção entre dano material e moral.

E então, com a mediocridade de tratamento conferido ao instituto do dano moral num primeiro momento, em que se concedia muito, a teoria tornou-se, ao longo do tempo, vulgar, onde agora não se concede nada, dada sua trivialidade.

E é nesse sentido o entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo:

Vivemos período marcado por aquilo que se pode denominar banalização do dano moral. Notícias divulgadas pela mídia, muitas vezes com estardalhaço, a respeito de ressarcimentos milionários por alegado dano moral, concedidos por juízes no país e no exterior, acabam por influenciar as pessoas, que acabam por crer na possibilidade de virem a receber polpudas indenizações por aquilo que, a rigor, menos que dano moral, não constitui simples aborrecimento.⁴

Mas é claro que nem tudo é simples aborrecimento, e violações graves aos direitos básicos do cidadão devem ser devidamente punidos, através de quantia suficiente a recompor ao máximo os danos sofridos.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul esboça as situações em que poderíamos discutir a indenização por danos morais, vejamos um trecho de voto que serve de precedente: “[...] Somente fatos e acontecimentos capazes de abalar o equilíbrio psicológico do indivíduo são considerados para a indenização por dano moral, sob pena de banalizar o instituto, atribuindo reparação a meros incômodos do cotidiano”.⁵

A preocupação do Tribunal é importante, no sentido de não tornar o Poder Judiciário numa “indústria” ou “loteria” em que muitos se aproveitariam de quaisquer

⁴ 1ª Câmara do TJSP, Apelação 101.697-4/0-00, rel. Elliot Akel. Também 7ª Câmara do TJSP, 01.10.2008, JTJ 332/453

⁵ 5ª Câmara do TJRS, 19.03.2008, *RJTJRS* 268/163.

situações para tentar ganhar algum dinheiro, realidade a qual, diante da cultura de nosso povo, deve ser combatida, sob pena de se instaurar um verdadeiro caos jurídico.

Mesmo que o sujeito não se importe em ter sua honra ou integridade física violadas, por se tratar, por exemplo, de masoquista, o ordenamento jurídico não dispensa proteção a tais direitos, e irá reprimir os exageros.

Também é importante dizer que o dano moral é devido mesmo para aqueles incapazes de sentir dor, seja em razão de sua idade, doença ou incapacidade de discernimento. Uma vez violados os direitos da personalidade, exigível será a reparação do dano, conforme veremos a seguir.

Dispensável, portanto, a análise sobre apenas um aspecto do dano moral, qual seja, o abalo psicológico no indivíduo. É preciso considerar o dano em sua complexidade, em todas as suas feições e detalhes.

2.2 A Indenização do Dano Moral Como Proteção de Direitos Fundamentais

A regra contida nos artigos 186 e 927 do Código Civil explicitam uma regra muito comum em nossa realidade: a de reparar os danos causados, sejam eles materiais ou morais.

A reparação de danos materiais é muito simples: contabiliza-se o prejuízo causado pela ação ou omissão do agente. Não há a presença de fatores complexos da natureza humana, e a decisão judicial, caso seja necessária, certamente trará satisfação à vítima.

A indenização por danos morais, por sua vez, impõe um desafio muito maior. Para compreender o real alcance das regras citadas alhures, é necessário saber quais direitos que, quando feridos, são dignos de tal proteção.

Cabe ressaltar que a violação de certos direitos, aliado a uma conduta abusiva, demanda não só a indenização por danos morais, mas também indenização punitiva.

Antes, é oportuno discorrer algumas linhas sobre regras, princípios e direitos fundamentais.

Muito se discute acerca do conceito ideal de princípios e regras. Robert Alexy os define com muita sensatez:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

E continua:

Já as *regras* são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio.⁶

Esta distinção, apesar de aparentemente simples, gera efeitos extremamente relevantes no universo jurídico.

As regras devem ou não ser cumpridas, a depender das situações legalmente previstas. Os princípios, por sua vez, exigem que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades reais e jurídicas existentes, limitando-se aos princípios que contra si colidam no caso concreto.

Por fim, os direitos fundamentais, no dizer de Canotilho, cumprem “a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade

⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, p. 90-91.

positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)”.⁷

Nossa Constituição Federal dividiu os direitos e garantias fundamentais em cinco capítulos: I. Direitos individuais e coletivos; II. Direitos sociais; III. Nacionalidade; IV. Direitos Políticos e V. Partidos Políticos.

Atento à limitação de tais direitos e garantias individuais, Moraes aduz que “encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (*Princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas*)”. E completa:

Desta forma, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do *princípio da concordância prática ou da harmonização*, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (*contradição dos princípios*), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.⁸

Entender o dano moral como reflexo imediato de uma conduta que ofenda gravemente bens jurídicos inalienáveis é um passo fundamental na compreensão da indenização punitiva.

Quando o Estado toma para si o poder de solucionar os litígios, deve dar uma resposta à altura do ilícito praticado. Quando isso não ocorre, a sensação de impunidade e a vontade de vingança privada começam a surgir.

A austeridade no tratamento do tema serve uma finalidade muito nobre: resgatar valores como boa-fé, ética, transparência e a doutrina segundo a qual o ser humano deve viver sem causar danos ao seu próximo.

Considerar a indenização punitiva como decorrência de princípios insculpidos na Constituição Federal torna a possibilidade de sua aplicação muito mais sólida e palpável.

Implica para o cidadão, portanto, fazer valer seus direitos fundamentais.

⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 541.

⁸ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 36.

Isso porque a aplicação de um princípio não exige a pré-delimitação de regras específicas, pois são frutos da evolução da sociedade, devendo ser aplicados sempre que possível.

Mas assegurar que a indenização por danos morais gere ao ofensor um efeito educador e desestimulante de novas condutas lesivas através de um valor razoável e justo é tarefa das mais árduas.

Esta realidade torna o estudo do tema muito mais complexo: quais princípios e direitos fundamentais que, quando feridos, serão indenizados pelos danos morais?

Nossa Constituição Federal se incumbiu de uma árdua tarefa: reunir quais direitos e garantias fundamentais seriam passíveis de proteção e promoção do Estado em face do cidadão.

Diante da infinidade de direitos indispensáveis à convivência em sociedade, a lista é extensa, gerando recorrentes conflitos entre seus vários dispositivos.

Neste universo garantista, a discussão é infundável. É possível que, numa mesma lide, ambas as partes estejam cobertas de razão, sob o mesmo manto constitucional.

A complexidade do tema, entretanto, não pode ser óbice para seu enfrentamento.

Embora nosso ordenamento jurídico preveja inúmeros direitos, sua posição no texto legal é insuficiente para alcançar sua devida importância. É insuficiente, também, múltiplas teorias tratem o assunto com pouca profundidade.

É sabido que a relativização de um direito e garantia fundamental às vezes é necessária para se atingir a decisão mais acertada.

Também é pacífico afirmar que um direito de tamanha magnitude englobe outros direitos, indispensáveis para sua concretização.

Tomemos como exemplo a dignidade da pessoa humana.

Para assegurar a indenização prevista no artigo 5º, inciso X da Constituição Federal, citado alhures, é necessário retirar os antolhos e compreender o seguinte:

A dignidade da pessoa humana, fundamento de nossa Constituição Federal, não se limita a assegurar um tratamento humano e não-degradante, e não conduz exclusivamente ao oferecimento de garantias à integridade física do ser humano.⁹

Embora lapidar o conceito da dignidade humana seja uma árdua tarefa, algumas reflexões se mostram muito coerentes.

Ingo Wolfgang Sarlet assim conceitua:

“[...] dignidade da pessoa humana – é – a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos¹⁰”.

Por sua vez, Fladimir Jerônimo Belinati Martins:

“Em síntese, temos que a dignidade efetivamente constitui qualidade inerente de cada pessoa humana que a faz destinatária do respeito e proteção tanto do Estado, quanto das demais pessoas, impedindo que ela seja alvo não só de quaisquer situações desumanas ou degradantes, como também garantindo-lhe direito de acesso as condições existenciais mínimas. Mas, por outro lado, a dignidade implica considerar que a pessoa humana é chamada a ser responsável não somente por seu próprio destino, mas também pelos das demais pessoas humanas, sublinhando-se, assim, o fato de que todos possuem deveres para com a sua comunidade. O que importa ressaltar, todavia, é que a dignidade se apresenta como uma fonte aberta de proteção jurídica, não sendo casual o fato de que temas polêmicos como a eutanásia, clonagem humana, bem como a discussão sobre os limites do conhecimento científico sejam realizados sob seu manto¹¹”.

Para sua concretização, são necessárias medidas que, além de protegê-las, evitem novas agressões.

⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana. Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos* *Morais*, 2003. Rio de Janeiro: Renovar. P. 74.

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 62.

¹¹ MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. *Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental*. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2003, p. 120.

A inquietude psicológica e espiritual decorrente de um contrato não cumprido, de agressões físicas, verbais ou a perda de um ente querido por um serviço mal realizado ofende a dignidade dos cidadãos.

A indenização por danos morais, num primeiro momento, se presta a remediar tais dores. Sua função, entretanto, não deve se limitar a compensar as mágoas sofridas. É preciso mais.

Adicionando-se o caráter punitivo à indenização, o pagamento em dinheiro por uma conduta reprovável se mostrará apto a desestimular o ofensor a reincidir no erro; servir de exemplo para a sociedade, para que esta também não se comporte de maneira semelhante e dar uma resposta à vítima, evitando sua vingança privada posterior.

Imagine que a ofensa à dignidade, ou qualquer outro direito fundamental, se equipare a uma doença. Ora, é muito melhor evitar uma infecção do que contrai-la e, após, vários dias de tratamento, cura-la.

Desse modo, não se busca apenas criar mecanismos que prevejam uma consequência para a agressão. Buscam-se meios de desencorajar tais condutas.

Como já dito, o medo de ser condenado em altas quantias parece ser o meio mais eficaz para inibir grandes empresas a agir na “margem da legalidade”. Uma vez que a ética, boa-fé, moral, *etc.*, parecem ter perdido o valor, cabe à lei impor graves consequências àqueles que não possuem um comportamento exemplar perante a sociedade.

A lei acompanha a transformação da sociedade, se molda a partir dos fenômenos ali existentes. Se os cientistas descobrem sobre as células-tronco, a lei regula seu uso; se há o compartilhamento indevido de imagens por meio de aplicativos de celular, a lei deve se fazer presente para limitar seu uso; se as empresas (ou particulares, como veremos a seguir), vendem um produto defeituoso, cobram uma taxa indevida ou espancam um cidadão sem motivo algum, a lei também deve se fazer presente.

Para que sua regulamentação seja eficaz, entretanto, é preciso impor seriedade no tratamento do tema.

Percebe-se, portanto, que assegurar uma condenação em quantia razoável, capaz de indenizar a vítima e educar o ofensor, é respeitar o conceito de dignidade humana, fundamento de nossa Constituição Federal.

Por fim, tendo em vista evitar a abstração do tema, iremos tecer algumas considerações sobre os direitos da personalidade para, mais adiante, atingirmos uma maior condensação.

2.3 Direitos da Personalidade

Para que não haja confusão, desde já é importante mencionar a lição de Daniela Lutzky:

Há, de fato, uma larga coincidência entre os direitos de personalidade e os direitos fundamentais, o que não quer dizer, todavia, que não exista uma autonomia conceitual recíproca, pois tais categorias, mesmo tendo por objeto idênticos bens de personalidade, têm um sentido, uma função e um âmbito distintos nos planos em que se inserem. Assim, os direitos de personalidade valem para as relações paritárias entre os particulares, ou entre particulares e o Estado destituído do seu *ius imperii*, sendo tuteláveis por meio de mecanismos coercitivos juscivilísticos, por exemplo, em matéria de responsabilidade civil e de providências preventivas.

E continua:

Já os direitos fundamentais pressupõe relações juspublicísticas, de Poder, oponíveis ao próprio Estado, no exercício de seu *ius imperii*, a despeito de trazer consequências para as relações entre particulares. Possuem também mecanismos próprios de tutela constitucional, por exemplo, em matéria de conformação legislativa e administrativa, de declaração de inconstitucionalidade por ação ou omissão, de reserva relativa à competência legislativa e de delimitação de revisão constitucional.¹²

Desse modo, os direitos de personalidade encontram-se demarcados em um âmbito privado de relações entre os particulares; já os direitos fundamentais se afirmam no

¹² LUTZKY, Daniela Courtes. *A Reparação de Danos Imateriais como Direito Fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 26.

âmbito do Direito Público, a favor do cidadão e diante de Poderes do Estado – ou seja, o primeiro é pessoal; o segundo apresenta um aspecto político e socioeconômico.¹³

Dito isto, passamos para as considerações acerca dos direitos da personalidade.

Com a evolução das ciências jurídicas, os direitos da personalidade foram aos poucos ganhando proteção e reconhecimento pela doutrina e ordenamento jurídico. Gonçalves assim conceitua os direitos da personalidade:

A concepção dos direitos da personalidade apoia-se na ideia de que, a par dos direitos economicamente apreciáveis, destacáveis da pessoa de seu titular, como a propriedade ou o crédito contra um devedor, outros há, não menos valiosos e merecedores da proteção da ordem jurídica, inerentes à pessoa humana e a ela ligados de maneira perpétua e permanente. São os *direitos da personalidade*, cuja existência tem sido proclamada pelo direito natural, destacando-se, dentre outros, o direito à vida, à liberdade, ao nome, ao próprio corpo, à imagem e à honra.¹⁴

Sua importância é percebida desde a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em que dispõe, logo no preâmbulo, que os representantes do povo francês,

[...] resolveram expor em declaração solene os Direitos naturais, inalienáveis e sagrados do Homem, a fim de que esta declaração, constantemente presente em todos os membros do corpo social, lhes lembre sem cessar os seus direitos e os seus deveres...¹⁵

Mais adiante, em seu artigo 4º, há preocupação em assegurar a liberdade:

A liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela Lei.¹⁶

¹³ *Ibidem*. p. 25.

¹⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro – Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2011. 9ª ed. p. 183.

¹⁵ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL – PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf> Acesso: em 06 jun. 2013.

¹⁶ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL – PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf> Acesso: em 06 jun. 2013.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos reafirmou a necessidade de proteção aos direitos da personalidade, dispondo em seu artigo III: “Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.”¹⁷

Além do já citado artigo 5º, inciso X de nossa Constituição Federal, o Código Civil traz regras que visam à proteção dos direitos da personalidade, temos como exemplos os artigos 12, 17, 20 e 21:

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória.

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

O rol de direitos da personalidade previsto nos artigos 11 a 21 do Código Civil é meramente exemplificativo, uma vez que não é possível listar um número correto de direitos inerentes à pessoa humana.

O que se quer demonstrar é que: independentemente de se tratar de direitos e garantias individuais, fundamentais ou direitos da personalidade, todos devem receber um tratamento igualmente protecionista do Estado.

Não importa quem agrida tais direitos, o ofensor deve arcar com as consequências de sua conduta, seja um particular, seja o próprio Estado.

Sendo assim, está pacificado o entendimento de que é necessário resguardar tais direitos, tendo em vista compor aspectos importantes da vida humana. O Estado, portanto,

¹⁷ CENTRO DE INFORMAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – RIO DE JANEIRO. Disponível em: <http://unicrio.org.br/img/DeclU_D_HumanosVersoInternet.pdf> Acesso: em 06 jun. 2013.

deve prestigiar a defesa de tais direitos, especialmente quando há relação entre a pessoa e a sociedade.

Para que o Estado efetive tal proteção, certas medidas devem ser tomadas. As reparações, através de danos materiais e morais foram um meio encontrado para que, havendo violação, o julgador decida com base no devido processo legal, qual dos cidadãos merece receber o ressarcimento dos danos.

Entretanto, o dinamismo das relações comerciais e sociais não se satisfaz com a mera reparação ou atenuação dos danos causados. É preciso criar medidas que criem no ofensor o desestímulo de praticar condutas ilícitas e desrespeitosas, para que prevaleça a boa-fé em todos os segmentos da sociedade.

Para tanto, a teoria dos *punitive damages* se mostra interessante medida capaz de conceder ao Poder Judiciário a possibilidade de demonstrar que o Brasil é um país sério e que não admite condutas que, sabidamente violadoras de direitos básicos do cidadão, continuam sendo praticadas.

Dito isto, começamos a aprofundar um pouco mais a discussão acerca do tema.

2.4 Algumas Considerações Sobre os Direitos do Consumidor

As leis de um País devem tratar com rigor condutas que não estão em sintonia com o convívio de seus pares. Estar sujeito a este tipo de controle é o preço que se paga para viver em sociedade.

Desse modo, parece razoável reprimir rigorosamente condutas em que uma das partes se aproveita de certas condições para não cumprir o contrato perfeitamente ou se aproveitar de uma situação que gerará lucro desonesto.

Esta assertiva é fruto da interpretação do art. 4º, inciso III¹⁸ do Código de Defesa do Consumidor, que homenageia o princípio da boa-fé e equilíbrio das relações.

O Código de Defesa do Consumidor nasceu por expressa disposição constitucional. A Constituição de 1988, ao prever em seu art. 5º, XXXII a defesa do consumidor, lhe conferiu *status* de direito e garantia fundamental.

Conforme Nehemias Domingos de Melo: “Daí se poder afirmar que, sempre que houver uma relação de consumo, a lei a ser aplicada será a lei consumerista, não importando tratar-se de relação contratual ou extracontratual, isso porque as regras principiológicas do Código de Defesa do Consumidor há de permear todo o sistema jurídico vigente, para assegurar a sua prevalência diante de qualquer outra norma que com ele colida”¹⁹.

Aquele que coloca um produto ou serviço no mercado se sujeita às regras do arcabouço jurídico brasileiro. Não basta que o produto seja bom, é imperioso que não ofereça riscos à saúde e à integridade física do consumidor em condições normais de uso.

O artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor lista uma série de princípios a serem considerados quando da relação jurídica entre consumidor e fornecedor.

Para este estudo, é importante discorrermos algumas linhas sobre os princípios da eticidade, lealdade e boa-fé.

Ultrapassaremos, propositadamente, os limites do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor, dada a relevância dos princípios em análise.

Para Humberto Theodoro Júnior, “[...] a boa-fé, em que se apoia a eticidade invocada pelo novo Código, não se restringe a simples regra de interpretação. Compete-lhe também, uma relevante função integrativa, por meio da qual se faz inserir entre os deveres e obrigações contratuais, as chamadas cláusulas acessórias, que impõem aos contratantes o comportamento pautado na lealdade e correção. Esses deveres e seus consectários práticos

¹⁸ Art. 4º, inciso III CDC: [...] harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica, sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

¹⁹ De MELO, Nehemias Domingos. *Dano Moral nas Relações de Consumo – Doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 10.

impõem-se às partes independentemente de convenção ou previsão no contrato. Representam, portanto, obrigações legais, e não convencionais.”²⁰

Como contrapeso, o autor nos lembra que é importante não perder a essência do contrato, ou seja, a liberdade de dispor sobre o que desejar. Os princípios, nesta toada, servem para delinear os limites da relação, assim definidos pelo autor:

[...] dois limites devem ser respeitados na aplicação prática dos novos princípios da teoria do contrato:

a) Não podem eles servir de ensejo a uma desmesurada intervenção judicial na autonomia contratual, de sorte a permitir que o juiz anule a vontade formadora da convenção, substituindo-a pela própria. Deveres acessórios poderão ser acrescentados ao contrato e lacunas ou imprecisões das cláusulas negociais poderão ser supridas por técnicas de hermenêutica que levem em conta os princípios da boa-fé, do equilíbrio econômico e da função social do contrato. Com isso, exerce-se uma função interpretativa e até mesmo integrativa, sem, contudo, anular ou desprezar a vontade lícita e eficazmente declarada pelos contratantes.

b) Como campo de aplicação dos novos princípios contratuais, o juiz deve, basicamente, atuar segundo as figuras traçadas pelo próprio Código para franquear a invalidação dos negócios viciados ou proceder à revisão dos contratos desequilibrados. Os parâmetros dessa intervenção, portanto, são, em regra, os definidos pelo Código, dentro dos quais o juiz encontrará boa margem de flexibilidade para adequação ao caso concreto, visto que em sua configuração o legislador lançou mão, com frequência, de “cláusulas gerais” ou de conceitos abertos e genéricos.²¹

Perceba, a obrigatoriedade de indenizar em caso de defeito do produto é ponto pacífico, ninguém ousa discordar que o consumidor merece maior proteção frente ao fornecedor.

Entretanto, o que nos deixa inquietos e deve ser motivo de atenção do operador do direito não é a regra geral, em que se perde 100 e devolve 100.

Constata-se que “apesar da remansosa doutrina a respeito do tema, ainda encontramos resistências junto aos operadores do direito quanto à aplicação das normas protetivas agasalhadas no Código de Defesa do Consumidor. Sob essa ótica, quando falamos em relação de consumo em sentido amplo e, de outro lado, na responsabilização civil extracontratual do fornecedor de produtos e/ou serviços, é comum nos depararmos com conceitos privatistas, que estão, de há muito, superados, não só pelos princípios

²⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direitos do Consumidor – A busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do Direito Civil e do Direito Processual Civil*. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009. p. 368.

²¹ *Ibidem*. p. 370-371.

informativos da relação de consumo contidos na lei consumerista (vulnerabilidade, hipossuficiência, transparência, boa-fé objetiva etc.), como também pela teoria da responsabilidade objetiva do fornecedor, que advém dos deveres inerentes à atividade econômica, ou seja, da responsabilidade pelo risco da atividade”.²²

As grandes empresas e corporações criaram um sistema em que todos perdem 100, mas nem sempre são indenizados.

Explico.

Em todo o País, todos os dias, as instituições financeiras cobram taxas sabidamente indevidas. Incluem nos contratos, por exemplo, tarifas de abertura de crédito e emissão de boleto, bem como registro de contrato, avaliação de bens e despesas de serviços de terceiros.

Digo sabidamente indevidas, pois, como veremos nas ementas abaixo, o STJ e diversos Tribunais já se manifestaram expressamente sobre o assunto, não admitindo a prática abusiva.

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. BANCÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TARIFAS DE ABERTURA DE CRÉDITO E EMISSÃO DE BOLETO. COBRANÇA. INADMISSIBILIDADE. DATA DO CONTRATO NÃO INDICADA. VERIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS N. 5 E 7 DO STJ. DECISÃO MANTIDA.

1. "Nos contratos bancários celebrados até 30/4/2008 (fim da vigência da Resolução CMN 2.303/96), era válida a pactuação das tarifas de abertura de crédito (TAC) e de emissão de carnê (TEC), ou outra denominação para o mesmo fato gerador, ressalvado o exame de abusividade em cada caso concreto" (REsps n. 1.251.331/RS e 1.255.573/RS, Relatora Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, julgados em 28/8/2013, pelo rito do art. 543-C do CPC, DJe 24/10/2013).

2. Não tendo sido indicada pelas instâncias ordinárias a data do contrato de financiamento, a alteração do desfecho conferido ao processo quanto à possibilidade da cobrança das tarifas de abertura de crédito e emissão de carnê demandaria análise do conteúdo fático-probatório dos autos e de cláusulas contratuais, circunstância que atrai o óbice das Súmulas n. 5 e 7 do STJ.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.²³

²² De MELO, Nehemias Domingos. *Dano Moral nas Relações de Consumo – Doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 44.

²³ Processo: AgRg no AREsp 256269 / RN AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 012/0240639-7. Relator(a): Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA (1146). Órgão Julgador: T4 - QUARTA TURMA. Data do Julgamento: 24/06/2014.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal, ciente deste fenômeno, impôs indenização punitiva, como modo de evitar que o dano imposto ao consumidor seja lucrativo para a instituição financeira.

JUIZADO ESPECIAL CIVIL. CIVIL. CDC. DIREITO DO CONSUMIDOR. TARIFAS BANCÁRIAS. DEVOLUÇÃO EM DOBRO. INDENIZAÇÃO PUNITIVA (PUNITIVE DAMAGE). PEDIDO. SENTENÇA MANTIDA RECURSO RECURSO IMPROVIDO.

1 - A COBRANÇA DE TAXAS E TARIFAS DE ABERTURA DE CADASTRO, REGISTRO DE CONTRATO, AVALIAÇÃO DE BENS E DESPESAS DE SERVIÇOS DE TERCEIROS NÃO CONSUBSTANCIAM CONTRAPRESTAÇÃO AO SERVIÇO PRESTADO PELA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA, PORQUANTO SÃO SERVIÇOS INERENTES À PRÓPRIA ATIVIDADE BANCÁRIA A FIM DE CONCEDER O CRÉDITO AO CONSUMIDOR.

2 - O ART. 42, § ÚNICO, DO CDC TEM O OBJETIVO DE EVITAR A CONTINUIDADE DA COBRANÇA INDEVIDA, POIS A PERSISTÊNCIA NA COBRANÇA DAS TARIFAS DE ABERTURA DE CADASTRO, RENOVAÇÃO DE CADASTRO E DESPESAS DE SERVIÇOS DE TERCEIROS CONSUBSTANCIA ABUSIVIDADE NA RELAÇÃO CONTRATUAL COM O CONSUMIDOR, QUE GERAM LUCRO PARA A INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. A FINALIDADE DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA (PUNITIVE DAMAGE) É EVITAR QUE O DANO IMPOSTO AO CONSUMIDOR SEJA LUCRATIVO.

3- O TERMO INICIAL PARA INCIDÊNCIA DA CORREÇÃO MONETÁRIA DEVERÁ SER A DATA DO EFETIVO DESEMBOLSO DO PAGAMENTO DAS DE TAXAS DE ABERTURA DE CADASTRO, RENOVAÇÃO DE CADASTRO E DESPESAS DE SERVIÇOS DE TERCEIROS, A FIM DE COMPENSAR A PERDA DO PODER AQUISITIVO DA MOEDA, EVITANDO COM ISSO O ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DO RECORRIDO. JUROS LEGAIS A PARTIR DA CITAÇÃO QUANDO CONSTITUÍDO EM MORA O RECORRENTE. TODAVIA, INCABÍVEL A REFORMA IN PEJUS, POIS O RECURSO FOI A JUIZADO APENAS PELO BANCO, NÃO PODENDO SER PREJUDICIAL O PROVIMENTO DO RECURSO. 5- RECURSO CONHECIDO IMPROVIDO HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS PELO RECORRENTE EM R\$ 300,00 (TREZENTOS REAIS), MAIS CUSTAS.²⁴

Veja que, se de cada 1.000 (mil) pessoas, 50 (cinquenta) buscam seus direitos, a instituição financeira “lucrou” com a inércia de 950 (novecentos e cinquenta) consumidores lesados.

Não se trata de um raciocínio absurdo. As empresas mantêm pesquisas e dados de perdas e lucros em sua administração.

²⁴ Processo: ACJ 103403620118070005 DF 0010340-36.2011.807.0005. Relator(a): JOÃO FISCHER. Julgamento: 13/03/2012. Órgão Julgador: 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal. Publicação: 21/03/2012, DJ-e. p. 253.

Desse modo, diante da continuidade desta prática, percebe-se que o meio judicial, quando provocado, se mostra inexpressivo para coibir a conduta lesiva. E pior: utilizando-se desnecessariamente das vias judiciais, para conceder direitos sabidamente devidos, há grave violação aos princípios da celeridade e economia processual, que ocorre de maneira reflexa noutros processos que merecem a devida atenção do magistrado.

Pode-se dizer que a aplicação de multas e indenizações severas é meio eficaz para resgatar os princípios da boa-fé, dignidade e lealdade, tão olvidados no ambiente comercial?

Ora, é impossível monetizar a boa-fé, ética, honestidade, transparência *etc.* É preciso impor duras penas àqueles que optaram não seguir por este caminho.

A Lei é expressão direta da vontade do povo. A grande maioria dos cidadãos, certamente, não admite comportamentos abusivos, seja numa relação de consumo, comercial ou trabalhista.

Assim, condenar a pagar grandes quantias de dinheiro parece ser o meio mais eficaz e razoável para combater tais condutas.

3 PUNITIVE DAMAGES

3.1 Conceito

São também usualmente denominados *exemplary damages*. 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. Se a conduta do agente, embora culposa, não é especialmente reprovável, a imposição dos *punitive damages* mostra-se imprópria.²⁵

Nos Estados Unidos, o Model Punitive Damages Act, criado com a finalidade de estabelecer balizas para os valores na condenação, define os *punitive damages* como sendo “uma quantia em dinheiro dada ao requerente apenas para punir ou dissuadir”.²⁶

De acordo com este modelo, há diferença entre os *compensatory damages* (também chamados de *actual damages*), que podem ser conceituados como “uma quantia em dinheiro, incluído o valor nominal, necessário a compensar o requerente pela lesão legalmente reconhecida”.²⁷ O montante concedido é baseado na comprovação do dano, perda ou prejuízo sofrido pelo demandante.²⁸ É o equivalente aos danos materiais e morais no Brasil.

Nossa legislação pátria, apesar de não prever expressamente a utilização da indenização punitiva, possui disposições largas o bastante para justificar sua aplicação em determinados casos concretos. Como veremos mais adiante, a indenização punitiva é uma realidade no Brasil, enleada na condenação de danos morais.

²⁵ SCHLUETER, Linda e REDDEN, Kenneth R. *apud* ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano Moral & Indenização Punitiva: Os Punitive Damages da Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 186. Nota de rodapé nº 89.

²⁶ NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAWS. Model Punitive Damages Act (1996). No original: “[...] an award of money made to a claimant solely to punish or deter”.

²⁷ *Ibidem*. No original: “[...] an award of money, including a nominal amount, made to compensate a claimant for a legally recognized injury”.

²⁸ CORNELL UNIVERSITY LAW SCHOOL. Disponível em: http://www.law.cornell.edu/wex/actual_damages. Acesso em: 10.12.2014 No original: “The amount awarded is based on the proven harm, loss, or injury suffered by the plaintiff.”

3.2 Breve Escorço Histórico

A solução de conceder indenização punitiva remonta a um passado distante. O Código Babilônico de Hamurábi em 2.000 A.C., ao Código Hindu de Manu em 200 A.C., e a Bíblia estão entre os mais primitivos sistemas jurídicos registrados que provinham múltiplas sentenças para o réu que se ocupava de certos tipos de más condutas.

Os antigos Romanos também promulgaram leis em 450 A.C. que determinavam a imposição de múltiplas indenizações como um meio de punir a má conduta do egrégio.²⁹

Na Inglaterra, a doutrina dos *punitive damages* remonta a 1863 e é encontrada no julgamento do caso *Wilkes v. Wood*.

O nº 45 do jornal semanal *The North Briton* publicara artigo anônimo de conteúdo alegadamente ofensivo à reputação do rei George III e de seus ministros. Em consequência, Lord Halifax, um dos secretários do Estado, emitiu um mandado genérico em que quatro mensageiros mais um policial, deviam procurar pelos autores, impressoras e editores, apreendê-los, confisca-los e leva-los sob custódia. Ninguém foi acusado ou sequer era suspeito. Em 3 dias, prenderam quarenta e nove pessoas, tão inocentes quanto o próprio Halifax.

Quando descobriram que John Wilkes era o responsável pelo artigo, os mensageiros do Rei foram até sua casa, revistaram suas gavetas e levaram seus documentos pessoais, incluído até mesmo seu testamento e livro de cabeceira. Seus pertences foram levados dentro de um saco, sem qualquer tipo de inventário.

Wilkes então, propôs ação contra Wood, e o júri estabeleceu a soma de £1000 (mil libras), a título de *punitive damages*. Também propôs ação por cárcere privado contra ambos os secretários de Estado, vindo a receber uma quantia não inferior a £4000 (quatro mil libras).

²⁹ GOTTLIEB, Emily. CENTER FOR JUSTICE DEMOCRACY – *What You Need to Know About... Punitive Damages*. Number 22, September 2011. Disponível em: <<http://www.fairwarning.org/wp-content/uploads/2011/09/PunitiveDamagesWhitePaper2011F.pdf>> Acesso em: 11 dez. 2014. No original: “The Babylonian Hammurabi Code in 2000 B.C., the Hindu Code of Manu in 200 B.C. and the Bible were among the earliest recorded legal systems that provided for multiple awards where a defendant had engaged in certain types of bad behavior. The ancient Romans also enacted laws in 450 B.C. that mandated the imposition of multiple damages as a means of punishing egregious misconduct.”

Estima-se que o Estado tenha gasto £100,000 (cem mil libras) com todas as ações propostas.³⁰

Nos Estados Unidos, foi apenas em 1967 que os *punitive damages* ganharam nova dimensão envolvendo a droga “MER/29”, comercializada pela empresa Richardson-Merrel Inc., indicada para a redução do colesterol.

Descobriu-se que tal droga produzia vários efeitos colaterais, dentre os quais o surgimento de catarata. Vejamos um resumo dos fatos contido no processo entre Alien D. Toole v. Richardson-Merrel Inc.³¹:

O réu, aos 43 anos de idade, desenvolveu catarata em ambos os olhos como resultado da ingestão da droga triparanol, fabricada e comercializada pela apelante sob o nome comercial “MER/29”. Agindo sob a prescrição de seu médico, começou o uso de MER/29 em julho de 1960. Ele desenvolveu uma condição conhecida como ictiose, caracterizada pela pele seca, escamosa, avermelhada e inflamada. Ele também sofreu perda de pelos e cabelos em todo seu corpo. Ele parou o uso da droga em dezembro de 1961. Sua pele voltou ao normal, a maioria de seus pelos e cabelos voltou a crescer, mas a catarata se desenvolveu, seus olhos se tornaram opacos e foi necessário operar e remover as lentes de ambos os olhos. Sua visão agora está distorcida, a visão periférica está reduzida, seus olhos perderam a habilidade de ajustar as distâncias, são dolorosamente sensíveis à luz, e ele deve usar óculos corretivos. Também há evidência de que ele agora está mais apto a sofrer descolamento de retinas, que podem causar cegueira. Ele está amedrontado que a droga possa causar alguma doença que possa se manifestar mais tarde em sua vida.

Como se pode ver, constatou-se que a droga provocava diversos efeitos colaterais severos.

³⁰ MAY, Thomas Erskine. *Constitutional History of England since the Accession of George Third – Volume II*. 1866. Págs 246-249.

³¹ JUSTIA US LAW. *Alien D. Toole v. Richardson-Merrel Inc.* Disponível em: <<http://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/2d/251/689.html>>. Acesso em: 03 fev. 2015. No original: Respondent, 43 years of age, developed cataracts in both eyes as a result of taking the drug triparanol, manufactured and sold by appellant under the trade name of "MER/29". Acting under his doctor's direction, he began use of MER/29 in July 1960. He developed a condition known as ichthyosis, characterized by dry, flaky, red and inflamed skin. He also suffered hair loss over his entire body. He stopped use of the drug in December 1961. His skin returned to normal, most of his hair regrew, but cataracts developed, his eyes became opaque, and it was necessary to operate and remove the lenses of both eyes. His sight is now distorted, peripheral vision is reduced, his eyes have lost their ability to adjust for distances, are painfully sensitive to light, and he is required to wear corrective glasses. There was also evidence that he is now more apt to suffer detached retinas which could lead to blindness. He has an emotional overlay of fear that the drug may have some long-term ill effect that may manifest itself later in life.

O pior de tudo é que vários testes em animais demonstraram a periculosidade da droga, inclusive sendo informado para o Vice Presidente do laboratório. Apesar disso, relatórios foram falsificados para permitir que o produto fosse comercializado. Vejamos mais um trecho do processo que demonstra a enorme má-fé e ganância dos executivos³²:

O Departamento de Toxicologia do apelante começou os testes do MER/29 em animais em 1957. Nas primeiras seis semanas do teste, todos os ratos fêmeas submetidas a uma alta dosagem morreram. Descobriu-se que todos sofreram de alterações anormais no sangue. Havia evidência de que alterações incomuns no sangue dos animais testados estavam relacionadas como um sinal de grande perigo.

Um segundo estudo em ratos começou, usando uma dosagem reduzida do MER/29. Este teste também produziu alterações anormais no sangue dos ratos. O Vice Presidente Werner foi informado de tais resultados.

Em 1958 Willian King foi contratado pela apelante e escalado para comandar o Departamento de Toxicologia, substituindo Knox Smith. Ele foi incumbido de rever os resultados do sangue reportados nos testes com ratos conduzidos por Smith.

Em março de 1959, um teste do MER/29 em macacos se completou. Mais uma vez, houve alterações anormais no sangue. Mas o Dr. Van Maanen ordenou que a senhora Beulah Jordan, a técnica do laboratório, falsificasse uma tabela deste teste, gravando pesos corporais falsos para os macacos, estendendo seus registros além das datas em que os macacos morreram, e adicionando informações de um macaco imaginário que nunca foi do

³² *Ibidem*. No original: Appellant's Toxicology Department began animal testing of MER/29 in 1957. In the first six-week test, all female rats on a high dosage died. All were found to have suffered abnormal blood changes. There was evidence that unusual blood changes in animals tested with drugs are regarded as a major danger signal.

A second rat study was begun, using a reduced dosage of MER/29. This test also produced abnormal blood changes in the rats. Vice President Werner was informed of these results.

In 1958 William King was hired by appellant and put in charge of the Toxicology Department, replacing Knox Smith. He was assigned to review the blood findings reported in the rat tests conducted by Smith.

In March 1959 a test of MER/29 in monkeys was completed. Again, abnormal blood changes were found. But Dr. Van Maanen ordered Mrs. Beulah Jordan, the laboratory technician, to falsify a chart of this test by recording false body weights for the monkeys, by extending their records beyond dates after which the monkeys had been killed, and by adding data for an imaginary monkey that had never been in the test group at all. Mrs. Jordan protested to King but was told: [251 Cal. App. 2d 696] "He (Van Maanen) is higher up. You do as he tells you and be quiet."

Knox Smith had prepared a brochure reflecting Merrell's test results of MER/29 on rats. This literature was intended for use of medical doctors clinically testing the drug on human beings. King revised this brochure, and eliminated all reference in it to the abnormal blood findings previously recited. Dr. McMaster, of the Medical Science Division, who was in charge of medical research on MER/29, had knowledge of the deletions, and consented to them.

grupo de testes. A senhora Jordan protestou contra King, mas lhe foi dito: “Ele (Van Maanen) está num patamar acima. Faça o que ele manda e fique quieta.”.

Knox Smith preparou uma brochura refletindo os resultados do MER/29 em ratos. Esta matéria tinha como escopo ser utilizada para o uso de médicos testando clinicamente a droga em seres humanos. King revisou esta brochura, e eliminou toda a referência sobre as descobertas das alterações anormais do sangue. Dr. McMaster, da Divisão de Ciência Médica, que estava no comando da pesquisa sobre o MER/29, tinha conhecimento das supressões, e consentiu com elas.

Tudo isso foi feito para poder submeter os testes à FDA (Food and Drug Administration), o órgão que regula a comercialização de comidas e remédios nos Estados Unidos.

Inicialmente condenada em US\$ 500.000,00 (quinhentos mil dólares), a empresa recorreu e, ao final, Toole recebeu o valor de US\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil dólares) a título de indenização punitiva, uma vez que o valor anterior fora considerado excessivo.

3.3 Casos Práticos

Além dos casos precursores da teoria citados alhures, mister se faz analisar outras situações, que demonstram o descomedido abuso e violações sobre direitos e garantias fundamentais do ser humano.

A seguir, um caso envolvendo práticas comerciais; outro envolvendo relação entre particulares e o terceiro, envolvendo relações de trabalho. Todos, apesar de regulados por diferentes ramos do Direito, são passíveis de indenização punitiva.

Como veremos, o comportamento destrutivo do homem perante seus iguais é merecedor de repúdio.

3.3.1 O Caso “Ford Pinto”

O emblemático caso *Grimshaw x Ford Motor Co.*, bem demonstra a ideia de que as empresas fornecedoras de produtos e serviços não podem visar somente o lucro, mas devem agir em respeito à saúde, segurança e bem estar de seus clientes.

Para entender o caso, vejamos o relato do acidente contido no processo³³, em tradução livre:

Em novembro de 1971, os Grays compraram um *hatchback* Pinto 1972 fabricado pela Ford em Outubro de 1971. Os Grays tiveram problemas com o carro desde o início. Durante os primeiros meses de propriedade, tiveram que retornar o carro para o revendedor um número de vezes para o reparo. O problema do carro deles incluía gasto excessivo de gasolina e óleo, redução da marcha da transmissão automática, falta de poder, e o motor ocasionalmente morria. Foi percebido mais tarde que a falha no motor e o consumo excessivo eram causados por um grande encharque do carburador.

³³ CONTINUING EDUCATION OF THE BAR – CALIFÓRNIA. Disponível em: <http://online.ceb.com/calcases/CA3/119CA3d757.htm>. Acesso em: 01 dez. 2014. No original: In November 1971, the Grays purchased a new 1972 Pinto hatchback manufactured by Ford in October 1971. The Grays had trouble with the car from the outset. During the first few months of ownership, they had to return the car to the dealer for repairs a number of times. Their car problems included excessive gas and oil consumption, down shifting of the automatic transmission, lack of power, and occasional stalling. It was later learned that the stalling and excessive fuel consumption were caused by a heavy carburetor float. On May 28, 1972, Mrs. Gray, accompanied by 13-year-old Richard Grimshaw, set out in the Pinto from Anaheim for Barstow to meet Mr. Gray. The Pinto was then 6 months old and had been driven approximately 3,000 miles. Mrs. Gray stopped in San Bernardino for gasoline, got back onto the freeway (Interstate 15) and proceeded toward her destination at 60-65 miles per hour. As she approached the Route 30 off-ramp where traffic was congested, she moved from the outer fast lane to the middle lane of the freeway. Shortly after this lane change, the Pinto suddenly stalled and coasted to a halt in the middle lane. It was later established that the carburetor float had become so saturated with gasoline that it suddenly sank, opening the float chamber and causing the engine to flood and stall. A car traveling immediately behind the Pinto was able to swerve and pass it but the driver of a 1962 Ford Galaxie was unable to avoid colliding with the Pinto. The Galaxie had been traveling from 50 to 55 miles per hour but before the impact had been braked to a speed of from 28 to 37 miles per hour. At the moment of impact, the Pinto caught fire and its interior was engulfed in flames. According to plaintiffs' expert, the impact of the Galaxie had driven the Pinto's gas tank forward and caused it to be punctured by the flange or one of the bolts on the differential housing so that fuel sprayed from the punctured tank and entered the passenger compartment through gaps resulting from the separation of the rear wheel well sections from the floor pan. By the time the Pinto came to rest after the collision, both occupants had sustained serious burns. When they emerged from the vehicle, their clothing was almost completely burned off. Mrs. Gray died a few days later of congestive heart failure as a result of the burns. Grimshaw managed to survive but only through heroic medical measures. He has undergone numerous and extensive surgeries and skin grafts and must undergo additional surgeries over the next 10 years. He lost portions of several fingers on his left {Page 119 Cal.App.3d 774} hand and portions of his left ear, while his face required many skin grafts from various portions of his body.

Em 28 de maio de 1972, a senhora Gray, acompanhada de Richard Grimshaw, com 13 anos de idade, viajaram no Pinto de Anaheim até Barstow para se encontrarem com o senhor Grimshaw. O Pinto até então contava com 6 meses de uso e com uma quilometragem de aproximadamente 3.000 milhas. A senhora Gray parou em San Bernardino para abastecer, voltou para a rodovia (Interestadual 15) e continuou em direção ao seu destino a 60-65 milhas por hora. Quando se aproximou da rampa de saída da Rota 30, onde o tráfego estava congestionado, mudou da pista exterior rápida para a pista do meio da rodovia. Logo após esta mudança de pista, o Pinto subitamente morreu e foi parando na pista do meio. Mais tarde ficou estabelecido que a bóia do carburador ficou tão encharcada com gasolina que subitamente afundou, abrindo a câmara da bóia, causando o encharque e morte do motor. Um carro que vinha viajando imediatamente atrás conseguiu desviar mas o motorista de um Ford Galaxie 1962 não conseguiu, vindo a colidir com o Pinto. O Galaxie vinha a 50-55 milhas por hora, mas antes do impacto brecou, atingindo uma velocidade de 28 a 37 milhas por hora.

No momento do impacto, o Pinto pegou fogo e seu interior foi tomado pelas chamas. De acordo com o *expert* do querelante, o impacto do Galaxie moveu o tanque de gasolina do Pinto para a frente, causando o furo da flange ou um dos parafusos da carcaça do diferencial, sendo que o combustível borrifou do tanque perfurado e entrou no compartimento do passageiro através das fendas, resultando na separação da seção da roda traseira do piso. Na hora em que o Pinto veio a repousar após a colisão, ambos os ocupantes tinham sofrido queimaduras sérias. Quando emergiram do veículo, suas roupas estavam quase completamente queimadas. A senhora Gray morreu alguns dias depois de insuficiência cardíaca congestiva como consequência das queimaduras. Grimshaw conseguiu sobreviver, mas somente através de medidas médicas heroicas. Ele se submeteu a numerosas e extensivas cirurgias e enxertos de pele e deve se submeter a outras cirurgias pelos próximos 10 anos. Ele perdeu porções de vários dedos de sua mão esquerda e porções de sua orelha esquerda, enquanto que sua face requereu vários enxertos de pele de várias porções de seu corpo.

Antes de iniciarmos as considerações acerca deste acidente, é importante tecermos algumas considerações.

O projeto do Ford Pinto foi apressado, em que se priorizou o estilo à engenharia. Desse modo, o tanque de gasolina, como ficou constatado em vários testes de colisão feitos pela própria Ford antes de colocar o produto no mercado, explodia e espirrava gasolina nos passageiros com muita facilidade.

Com pequenas alterações no projeto o tanque de gasolina poderia suportar colisões traseiras a até 50 milhas por hora (80 quilômetros por hora).

Entretanto, os executivos da Ford decidiram seguir em frente com o projeto, mesmo sabendo de suas falhas e riscos à segurança dos passageiros em colisões em baixas velocidades.

A decisão dos executivos, como se vê, foi motivada por interesses puramente econômicos.

O Código Civil americano, na seção 3294, aplicável ao tempo do julgamento, previa o seguinte:

(a) Em uma ação por violação de uma obrigação não decorrente de um contrato, onde se prova por evidência clara e convincente que o réu tem sido culpado de opressão, fraude, ou malícia, o querelante, em adição aos danos atuais, pode recorrer a danos que sirvam de exemplo e punição para o réu³⁴.

Perceba, portanto, que ao decidirem continuar com um projeto inseguro e defeituoso, os altos executivos da Ford agiram com malícia. O lucro foi priorizado sobre a saúde e segurança de seus consumidores.

Vale ressaltar que a própria Ford possuía, à época do projeto, uma patente de tanque de gasolina muito mais seguro.³⁵

A corte de julgamento conceituou a malícia como sendo:

‘Malícia’ significa um motivo e vontade de vexar, molestar, aborrecer ou prejudicar outra pessoa. A malícia pode ser inferida a partir de atos e condutas, como mostrar que a conduta do réu foi premeditada, intencional, e feito em desrespeito consciente de seus possíveis resultados.³⁶

³⁴ FINDLAW. Disponível em: <http://codes.lp.findlaw.com/cacode/CIV/5/d4/1/2/1/3/s3294>. Acesso em: 01.12.2014. No original: (a) In an action for the breach of an obligation not arising from contract, where it is proven by clear and convincing evidence that the defendant has been guilty of oppression, fraud, or malice, the plaintiff, in addition to the actual damages, may recover damages for the sake of example and by way of punishing the defendant.

³⁵ MOTHER JONES. Disponível em: <http://www.motherjones.com/politics/1977/09/pinto-madness>. Acesso em: 02.12.2014.

³⁶ CONTINUING EDUCATION OF THE BAR. Disponível em: <http://online.ceb.com/calcases/CA3/119CA3d757.htm>. Acesso em: 01.12.2014. No original: "Malice' means a motive and willingness to vex, harass, annoy or injure another person. Malice may be inferred from acts and conduct, such as by showing that the defendant's conduct was wilful, intentional, and done in conscious disregard of its possible results."

Para clarificar a situação: uma matéria jornalística³⁷ teve acesso a um memorando da Ford, o qual continha estudos que calculavam, de um lado, o custo estimado das indenizações por mortes e lesões a cada ano, e de outro, o valor que teria de ser gasto para realizar um *recall*.

Calculava-se, desse modo, US\$ 200.000,00 (duzentos mil dólares) por vida perdida, multiplicado por uma média de 180 mortes por ano, além de US\$ 67.000,00 (sessenta e sete mil dólares) baseado numa média de 180 lesões não fatais, mais os danos com os veículos. Estimou-se, portanto, o valor de US\$ 48.060.000,00 (quarenta e oito milhões e sessenta mil dólares).

O conserto do veículo custava cerca de US\$ 11,00 (onze dólares) por unidade vendida, multiplicado, portanto, por 12.500.000 (doze milhões e quinhentas mil unidades), ao custo total de US\$ 137.500.000,00 (cento e trinta e sete milhões e quinhentos mil dólares).

Veja o absurdo, a malícia! Era muito mais lucrativo pagar indenizações às pessoas que morreram em acidentes ou foram gravemente feridas a consertar o veículo!

Ao final, a Ford foi condenada a pagar US\$ 125.000.000,00 (cento e vinte e cinco milhões de dólares) a título de danos punitivos, US\$ 2.516.000,00 (dois milhões, quinhentos e dezesseis mil dólares) a título de danos compensatórios para Grimshaw e US\$ 559.680,00 (quinhentos e cinquenta e nove mil, seiscentos e oitenta dólares) a favor dos Grays.

Este valor pode ser considerado baixo, diante da conduta da empresa e seu patrimônio líquido, à época, de US\$ 7.700.000.000,00 (sete bilhões e setecentos milhões de dólares).

O caso acima cai como uma luva na teoria dos *punitive damages* e os motivos que a justificam: tem-se de um lado uma empresa com alto poder econômico agindo de má-fé, e de outro, o consumidor com sérias lesões físicas e psicológicas.

Negar a indenização punitiva seria o mesmo que virar as costas para a dignidade humana, permitindo que a saúde, segurança e ética sejam massacrados em nome do lucro desenfreado. Não se pode dar mais valor ao dinheiro do que princípios constitucionalmente enraizados.

³⁷ MOTHER JONES. Disponível em: <http://www.motherjones.com/politics/1977/09/pinto-madness?page=2>
Acesso em: 02.12.2014

3.3.2 O Caso do Lutador de Jiu-Jitsu que Espancou seu Desafeto

Como veremos, a indenização punitiva não se limita às relações comerciais. Vejamos um caso ocorrido entre particulares no Rio de Janeiro.

Luiz Maciel comemorou as festas de Natal de 1995 na boate Huppopotamus. Lá também estava Bruno de Sá, irmão da ex-namorada de Luiz. Por ter ciúmes doentio, Bruno, utilizando-se de sua privilegiada condição física e sendo lutador de jiu-jitsu, o espancou, sem qualquer motivo aparente. Eis o relato dos fatos no processo³⁸:

[...] imbuído de uma índole sanguinária e de instinto perverso, foi ao encalço do 2º apelante no estacionamento, e, quando o mesmo estava de costas indo em direção ao carro, atingiu-o de surpresa, desprevenido e sem qualquer chance de defesa, dando-lhe um violento soco no rosto, que o fez tombar ao solo desacordado e inconsciente. Enfurecido, o 1º apelante prosseguiu na sua fúria agressiva, tantos foram os chutes, socos e cotoveladas desferidos contra a vítima, que quase causaram sua morte. Eis, em síntese, os fatos que vitimaram o 2º apelante, produzindo-lhe lesões corporais graves retratadas no exame de corpo de delito a que foi submetido, em 04 de janeiro de 1996, que resultaram em traumatismo de face e abdominal com perfuração duodenal, fratura da mandíbula, com colocação de placas e parafusos, deixando-lhe seqüelas graves, consoante descrição e fotos constantes dos autos, fls. 6/26, que revelam as atrocidades praticadas, fls. 34, 104, 108, 159 e 160, e que, com apenas vinte e seis anos de idade, residia sozinho em apartamento localizado na Av. Delfim Moreira, desfilando de Audi e que agiu com ferocidade desmedida agredindo pessoas, sendo certo que o 2º apelante teria morrido se não fosse a chegada providencial ao local do Professor Silvio Bhering, que colocou o agressor para correr, fls. 33.

Não há dúvidas quanto à responsabilidade do agressor. As sequelas deixadas, tanto físicas quanto psicológicas, serão carregadas para sempre no corpo e psique da vítima.

Além das lesões sofridas, a vítima foi submetida, durante a convalescença hospitalar, a duas drenagens diárias com a finalidade de conter a infecção abdominal que se alastrava rapidamente em decorrência da perfuração abdominal que sofreu. Registre-se que o laudo médico descreve, às fls. 446, que o autor foi submetido a três intervenções cirúrgicas: "a primeira de laparotomia exploradora, no dia 26/12/95 (fls. 70), a segunda e a terceira, de redução + fixação de fraturas complexas de mandíbula à esquerda + malar à esquerda e drenagem de abscesso na goteira paristocólica direita, no dia 03/01/96" (fls.71 e 72).

³⁸ Tribunal de Justiça – Rio de Janeiro. Oitava Câmara Cível – Apelação Cível nº 9825/98. Apelante 1: Bruno Meyer Gonçalves de Sá. Apelante 2: Luiz Felipe Rego de Andrade Maciel. Apelados: Os mesmos. Relator: Desembargador Adilson Vieira Macabu.

Os autos retratam que a brutalidade da ação desenvolvida pelo réu foi assombrosa, com ferocidade desmedida, pois a própria testemunha por ele arrolada, Ana Paulo Rocha, em seu depoimento de fls. 227/229, assevera, *verbis*:
'Depois da vítima Luiz Felipe ter caído no chão, o acusado Bruno Sá continuou a bater em Luiz Felipe, que mesmo com Luiz Felipe desacordado o acusado Bruno Sá continuava batendo; que chegou a ver uma pisada dada por Bruno em Luiz Felipe que estava desacordado'.

É importante observar que o agressor é pessoa riquíssima. Nesse caso, o julgador se depara com uma situação delicada, no que tange aos danos morais: caso condene ao pagamento de um valor inexpressivo, irá acabar “legitimando” condutas danosas e fazendo com que a Justiça Brasileira seja motivo de chacota.

Noutro ponto, caso condene num valor excessivamente alto, além de enriquecer a vítima, pode acabar empobrecendo o agressor.

O equilíbrio encontrado pelo Tribunal carioca foi aumentar a indenização de danos morais, inicialmente de 1.000 (mil) salários-mínimos, para 3.000 (três mil) salários-mínimos.

Este valor, apesar de parecer absurdo num primeiro momento, leva em consideração diversos fatores:

Em primeiro lugar, a brutalidade e selvageria com que agiu o agressor Bruno de Sá, quase vindo a matar alguém por simples ciúmes de sua irmã.

Em segundo lugar, pelas consequências advindas de sua conduta. As sequelas físicas e psicológicas podem devastar o futuro da vítima, que pode vir a sofrer de graves perdas das funções de órgãos e membros, além do risco de entrar numa profunda depressão.

Em terceiro lugar, a condição econômica do agressor é extremamente privilegiada, sendo que a condenação neste valor não afetará sua subsistência.

Em quarto lugar, o fato de que Bruno já agrediu várias outras pessoas, tendo contra si expedido mandado de prisão pela 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Para se evadir da ação da Justiça, estava foragido em Miami.

Levando em conta todas essas situações, a condenação de danos morais em 3.000 (três mil) salários-mínimos se mostra acertada.

Nas palavras dos Desembargadores, Luiz Odilon Bandeira e Adilson Vieira Macabu, o caráter punitivo está contido juntamente com a finalidade compensatória do dano moral. Veja:

Nessa matéria, a jurisprudência vem atribuindo, de forma reiterada e sem prejuízo da finalidade compensatória, caráter punitivo à indenização, posto que, em casos como o desde processo, a indenização há de servir como fator de inibição a novas práticas lesivas e de freio à impunidade.

Portanto, despreza-se o caráter punitivo da reparação do dano moral acarreta o risco de se arbitrar valor inexpressivo sem correspondência ao mal praticado e à reparação necessária, além de estimular a prática de atos ilícitos, tendo em vista a capacidade econômica do ofensor e seu desprezo pelas leis e pela Justiça, dando à condenação um sabor de impunidade, o que é inadmissível.

Em situações como a do caso em reexame, o dano moral deve atender aos aspectos de repressão em relação ao autor do dano, de modo a dissuadi-lo de praticar novo atentado, e de compensação em relação a vítima do ato contra si perpetrado, que teve ferido seu íntimo pelos sofrimentos tristeza e vexames sofridos, sua atividade profissional prejudicada e seu convívio em sociedade maculado.

Este processo demonstra a verdadeira natureza do dano moral, que deve servir para amenizar a situação da vítima que por pouco não morreu e que quase teve seu futuro interrompido pela fúria insana do agressor, que pode pagar o valor ora arbitrado, sem pestanejar, em razão de sua capacidade econômica.

Não basta a condenação penal ou civil, mas é indispensável que o causador do dano sinta a conseqüência altamente danosa de seus atos, que deve encontrar na ordem jurídica o arbitramento adequado. Por isso é que, com o passar do tempo, a preocupação crescente com a angústia, as dores, o sofrimento, a humilhação, justamente com a preocupação de transmitir à sociedade o sentimento de certeza da repressão à prática de atrocidades e atos ilícitos com os noticiados nestes autos, contribuíram para que as indenizações fossem fixadas em patamares mais elevados, com dupla finalidade: compensatória - para satisfazer e amenizar a dor das vítimas -, e punitiva ou repressiva - para inibir os causadores do dano, levando-se em conta, neste particular, as condições econômicas do autor da ofensa.

Assim sendo, em razão dos intensos sofrimentos morais e físicos já suportados pela vítima, seria razoável arbitrar uma compensação maior do que a fixada no julgamento monocrático. Eis porque entendi dever ser majorada a referida verba para 3.000 salários mínimos da época do efetivo pagamento, considerando, para tanto, a gravidade do comportamento do réu causador dos danos, sua respectiva capacidade econômica e, ainda, o caráter compensatório e punitivo que deve ter a condenação, pois me filio à corrente que vê na indenização por dano moral não exclusivamente a função compensatória que ela apresenta, mas por considerar revestir-se ela do caráter punitivo, de molde a que o valor fixado deve sempre servir de desestímulo, com a finalidade de evitar a reedição de fatos como o retratado neste feito e como fator de inibição a novas investidas e práticas lesivas.

Desse modo, percebemos que o caráter punitivo, desde há muito tempo, se mostra presente em nosso ordenamento jurídico, servindo de mecanismo apto a melhor quantificar as condenações por danos morais.

3.3.3 M. Officer e os Escravos Bolivianos

A indenização punitiva também não se limita às relações civis.

No Brasil, apesar de não haver disposição expressa na lei, temos observado decisões que contenham este valor, adicionado à reparação material e moral.

Em 17 de novembro de 2014, o Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região condenou a M. Officer e Empório Uffizi por manter trabalhadores bolivianos em condições análogas à escravidão.

Entendamos o caso:

A ação foi iniciada em razão de fiscalização conjunta entre Ministério do Trabalho e Emprego, Defensoria Pública, MPT e representantes da CPI Estadual do Trabalho Escravo na oficina. No local trabalhavam quatro homens e duas mulheres, sendo que entre eles havia um casal pais de um bebê em idade de amamentação. Todos moravam e costumavam no mesmo ambiente, no qual eram submetidos a condições péssimas de higiene e segurança, jornadas de 14 horas de trabalho e preços insignificantes de produção (R\$4 a R\$6 por peça).³⁹

Para burlar a legislação trabalhista, a M. Officer contratou a Empório Uffizi para a costura das peças. Esta, por sua vez, contratou uma empresa fictícia, em nome de um dos bolivianos, numa espécie de “quarteirização” dos serviços.

A manobra é tão gritante, que a Empório Uffizi sequer contava com costureiras, mas apenas “piloteiras”. Constatou-se que no período de março de 2014 a 06 de maio de 2014, toda a demanda vinda da M5 era remetida para a oficina interdita.

Perceba que o benefício auferido é enorme. A M5, dona da marca M. Officer, sequer costura as roupas vendidas em sua loja.

Vejamos trecho da decisão⁴⁰:

³⁹ MIGALHAS. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI211942,21048-MOfficer+indenizara+boliviano+que+trabalhava+em+condicoes+analogas+as>. Acesso em: 02.12.2014

⁴⁰ Tribunal Regional do Trabalho – 2ª Região. Autos nº 0001582-54.2014.5.02.0037 (reclamação trabalhista). Autos nº 0001148-65.2014.5.02.0037 (ação cautelar inominada). Autores da Cautelar: IVER AVILA ROSADO e outros (5). Autores da Ação Principal: AUGUSTIN QUIPE, WILBER SANCHEZ OJEDA e outros (2). Réus:

A propósito, conforme restou esclarecido ao longo da instrução, as peças de roupa saem da oficina contratada, em média, por R\$ 4,00 a R\$ 6,00 a unidade, sendo este o valor pago aos trabalhadores, na modalidade de remuneração por produção; definitivamente, esse não é o preço final de venda das roupas nas lojas da M. Officer, porquanto as peças atingem, no mercado consumidor, valor correspondente a até 50 vezes o valor inicial.

Nesse cenário, não poderia haver situação mais rentável para a ré: ao mesmo tempo em que terceiriza a confecção (uma de suas atividades principais, conforme previsto no contrato social), atividade que, se realizada diretamente pela M5, demandaria grandes investimentos em maquinário, local de trabalho, contratação de empregados, prevenção de riscos etc, por outro lado, vem concentrando toda a sua lucratividade na comercialização das peças, a preços altos, mas a um custo reduzidíssimo, com a (sub)contratação de oficinas de costura para o desenvolvimento de sua atividade-fim.

O que antigamente era feito dentro da empresa – setor de costura, com maquinário, pessoal contratado diretamente –, na atual configuração revelada nos autos, passou a ser realizado por meio de oficinas contratadas (interpostas) com a finalidade de intermediação do trabalho de empregados subcontratados, numa verdadeira rede de “quarteirização” da atividade produtiva.

E nem se argumente que a primeira reclamada não tinha controle sobre a atividade produtiva desdobrada por intermédio da Empório Uffizi, eis que sua própria testemunha afirmou que “havia contato permanente entre a M5 e a Uffizi durante a produção das peças, para verificação de todas as especificações”.

O local de trabalho era totalmente inadequado, colocando em risco a saúde e segurança de todos que ali laboravam.

Da análise dos documentos carreados aos autos, notadamente o termo de interdição e o laudo técnico que o acompanhou (DOC. 2 da ação cautelar), a oficina de costura foi interditada em razão do seguinte: a) falta de sistema de proteção contra incêndio (extintores de incêndio, hidrante ou similar); b) ausência de proteção nas partes móveis das máquinas de costura, com risco de acidentes de trabalho; c) acúmulo de botijões de gás (GLP) em ambiente fechado, representando risco de explosão).

Ademais, de acordo com as fotografias carreadas como DOC. 1 da inicial (ação cautelar), no mesmo local onde laboravam, os seis trabalhadores migrantes e uma criança em idade de amamentação (filho de dois deles) também residiam, sendo que as instalações elétricas, expostas e sem qualquer proteção, estavam próximas aos botijões de gás lá encontrados, o que implicava grave e iminente risco à integridade física daqueles que lá viviam e trabalhavam.

Perceba a menção à dignidade da pessoa humana:

Várias foram as violações praticadas pela empregadora que, utilizando-se do benefício que esse sistema de produção (em cadeia) gerava, manteve empregados à margem de qualquer proteção legal, sem registro em Carteira de Trabalho,

submetidos à jornada exaustiva, em ambiente de trabalho inseguro e inadequado, em situação degradante e indigna, notadamente por trabalharem e morarem na mesma oficina.

A situação de menoscabo aos trabalhadores, assim constatada na ação conjunta entre Ministério do Trabalho e Ministério Público do Trabalho, era tão alarmante que ensejou a interdição da oficina de costura (que também era o alojamento dos trabalhadores) e o resgate de todos os trabalhadores, conforme restou demonstrado na documentação.

Desta feita, outra não pode ser a conclusão senão a de que a relação de emprego que vinha sendo mantida com o autor, consideradas as condições indignas em que o trabalhador foi encontrado, deveria ter sido rompida antes mesmo da diligência, eis que a empregadora transgrediu os direitos mais mezesinhos do cidadão-trabalhador, marginalindo-o e retirando-lhe o direito ao respeito e à dignidade, a tornar impossível o prosseguimento da prestação de serviços.

Noutro trecho:

As condições degradantes da prestação de serviços do reclamante retiravam-lhe de qualquer patamar civilizatório, atentantórias contra os valores sociais do trabalho, que deveriam lhe propiciar dignidade, segurança e cidadania.

É com base no valor social do trabalho que se constrói uma sociedade livre, justa e solidária, razão pela qual constitui um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (artigos 1º e 3º da CRFB).

Tal patamar civilizatório é erigido a partir do respeito que deve pautar todas as relações jurídicas estabelecidas entre os seres humanos, notadamente uma relação de emprego, sendo que qualquer atitude tendente a frustrar e vulnerar os referidos princípios deve ser severamente punida.

Neste contexto, o empregador, como detentor do poder diretivo, deve garantir um ambiente de trabalho saudável, de forma a respeitar e a prestigiar todos aqueles que colaboram, com sua força de trabalho, para a manutenção da atividade econômica empreendida.

A partir do momento em que o empregador promove tratamento humilhante e desumano aos empregados, tornando insustentável o ambiente laboral, por certo que não apenas viola um dos principais deveres patronais, como também atenta contra o valor social do trabalho, a honra e a dignidade do outro ser humano.

Ao agir desta forma, a ré colocou em xeque a boa ordem no ambiente laboral, impingindo sofrimento e dor aos trabalhadores, atentando contra os valores de sua personalidade e reduzindo-lhe à condição análoga à escravidão.

E a escravidão contemporânea não é mais aquela traduzida pelo aprisionamento, mas por outras situações tendentes a reduzir o trabalhador a condições brutais, indignas, inseguras, humilhantes, retirando-lhe de sua condição humana.

Assim, diante de todo este cenário de desrespeito, os réus foram condenados a pagar R\$ 100.000,00 (cem mil reais) a título de danos morais, já incluídos os danos punitivos.

A decisão se baseou em vários critérios, a saber:

Nos termos dos artigos 186, 187, 927 do Código Civil, com base na gravidade da ofensa, na proporcionalidade entre a conduta lesiva e o dano experimentado, na capacidade sócio econômica da vítima e do agressor, na repercussão moral da lesão, no caráter pedagógico e punitivo que a penalidade deve representar ao ofensor, e, por fim, visando, sobretudo, à satisfação e à compensação que, embora não reparem,

mas atenuam a ofensa causada pelo grave ilícito praticado, condeno as rés ao pagamento de indenização por danos morais no importe de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), equivalente a aproximadamente cem pisos normativos do trabalhador. (grifos nossos)

Perceba que o caráter punitivo na indenização de danos morais é uma realidade no Direito Brasileiro, tendo se espalhado em seus diversos ramos.

Desestimular novas condutas lesivas semelhantes é essencial para o bom funcionamento das relações jurídicas, especialmente no comércio, em que há uma cultura de exploração enleada em nossa sociedade.

No caso alhures, o valor da condenação se mostra razoável, justo e proporcional. Conceder menos geraria o sentimento de impunidade e desconforto para o empregado, ao mesmo tempo em que as empresas se veriam dispostas a correr o risco novamente, pois lucram absurdamente com o trabalho escravo. Noutra panorama, conceder a mais do que isso geraria um enriquecimento indevido, podendo surgir novamente a “indústria do dano moral” em que as pessoas se colocariam neste tipo de situação para ganhar dinheiro em detrimento de sua dignidade.

A moderação, como sempre, deve guiar o magistrado.

4 APLICAÇÃO DA TEORIA: PROBLEMÁTICA

Em contraposição à teoria da indenização punitiva, há quem defenda a ideia de que a imposição de pena pecuniária não se coaduna com os princípios da Legalidade e Anterioridade, previstos no art. 5º, inciso XXXIX⁴¹ de nossa Constituição Federal.

Wilson Melo da Silva aduz:

Para que haja pena, mister se torna, em cada caso, um texto legal expresso que a comine e um delito que a justifique. *Nula poena sine lege; nullum crimen sine lege*. Para a existência do dano, porém, basta a simples infringência da ampla regra do *neminem laedere*. O delito, no dano, é apenas o seu fato gerador, a circunstância determinante dele. E o que, no juízo cível, se busca ressarcir é apenas a consequência patrimonial ou não patrimonial, do delito e não o delito mesmo.⁴²

Em crítica ao caráter preventivo e, conseqüentemente, desestimulante do ofensor, Maria Celina Bodín de Moraes ensina que o alto valor das condenações expressam um caráter punitivo:

[...] A inexistência de critérios seguros, ou legais, para a estipulação do *quantum* indenizatório nos casos de dano moral tem feito com que a jurisprudência majoritariamente afirme e reafirme, sem maiores justificativas atinentes ao caso concreto, a existência de um caráter punitivo, a ser sempre considerado na reparação como forma de dissuadir condutas ilícitas e antissociais através da penalização do ofensor e, mesmo que em pequena medida, como meio de aumentar o valor das indenizações pagas sob aquele título.⁴³

A autora se baseia em princípios tais como o da vedação ao enriquecimento sem causa e equivalência entre o dano e reparação, além da *nullum crimen nulla poena sine lege*. Aduz, também, que a reparação não pode ensejar enriquecimento sem causa.

⁴¹ Art. 5º, inciso XXXIX CRFB: não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

⁴² SILVA, Wilson Mello da. *O dano Moral e sua Reparação*. 3 Ed. Rio de Janeiro: Forense. p. 573.

⁴³ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana. Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais*, 2003. Rio de Janeiro: Renovar. Pág 28.

É importante não perder de vista que o Direito é um só: sua fragmentação serve como mera organização didática. Não se pode, desse modo, analisar o Direito Penal e Processual Penal como matérias isoladas e independentes do Direito Civil e Processo Civil.

Em diversos pontos as matérias se tocam, se completam, revelando a harmonia ali existente. Noutros, revelam suas características intrínsecas, não aplicáveis a todos os ramos do Direito.

Perceba que o argumento principal dos críticos ao instituto dos *punitive damages* é de extrema volatilidade: simplesmente não é possível pré-definir valores de danos morais (tenham eles caráter punitivo ou compensatório) assim como se delimitam as penas previstas nas ciências criminais.

Isso porque o valor a ser apurado não se encaixa perfeitamente numa conduta previamente estabelecida, pois há inúmeros fatores que contribuem para a existência do dano.

Podemos citar, a título de exemplo, a posição econômica do ofensor e da vítima, o local em que ocorreu, se houve a vontade inequívoca de causar danos, a amplitude da negligência, gravidade do resultado *etc.*

Assim, imaginemos o indivíduo que comete um crime, como, por exemplo, uma lesão corporal grave, que venha a resultar em debilidade permanente de membro, sentido ou função da vítima.

Além da pena de reclusão prevista, que é de um a cinco anos, o ofensor ainda terá que pagar pelos danos materiais e morais, consubstanciado no art. 63⁴⁴ do Código de Processo Penal, resultado da inequívoca inteligência do art. 944⁴⁵ do Código Civil.

Nesta situação, a reclusão justifica-se sob o argumento da natureza educativa e preventiva da pena. O sujeito, após cometer um mal para a sociedade, deve ser dela afastado, para que, após refletir sobre seu erro, possa ali ser reintegrado.

A liberdade, bem infungível, será mitigada para satisfazer um bem maior: o bem estar da coletividade. O cárcere privado, no Direito Penal, é o único meio eficaz e razoável para prevenir condutas semelhantes.

⁴⁴ Art. 63, CP: Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros.

⁴⁵ Art. 944, CPC: A indenização mede-se pela extensão do dano.

A pena, legalmente estabelecida, visa a inibir abusos quando da condenação e evitar surpresas para o réu. A “extensão do dano” no Direito Penal já fora devidamente tipificada nos vários crimes que o compõe.

A reparação material e moral, de outro lado, têm natureza meramente ressarcitória e indenizatória.

A indenização punitiva, por sua vez, tem natureza educativa, preventiva e exemplar.

Educativa, porque, em tese, ensina o réu que sua conduta é reprovável, não aceita pela sociedade; preventiva, porque evita que, após o cumprimento da pena, volte a delinquir e exemplar, para que a sociedade veja que aquela conduta é errada, e será reprimida pelo Estado.

Entretanto, diferentemente do Direito Penal, o pagamento de pecúnia é meio eficaz e razoável para atingir tais fins.

Para quem considera a indenização punitiva uma pena, devendo seguir a anterioridade da Lei, a seguinte hipótese supriria a regra expressa: “aquele que vender veículo com defeito no projeto, estrutura, montagem *etc*, fica obrigado a reparar o lesado de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais)”.

Perceba que, ainda assim, no caso concreto, o “tipo” pode se mostrar insuficiente e até mesmo contraditório.

Digo insuficiente, pois, no caso concreto, a extensão do dano pode ser incrivelmente ampla. E contraditório porque não é de bom alvitre prever uma indenização extremamente larga, sob pena de mitigar, ou até mesmo extinguir, a segurança jurídica.

É simplesmente impossível tipificar todos os possíveis danos a que os cidadãos se submetem.

Além do mais, a criação de uma quantia prévia não analisa uma situação importante quando da condenação em pecúnia: a condição econômica do réu e do autor. A análise de ambas as partes é um importante passo para evitar que uma das partes empobreça ou enriqueça demais.

Assim, ao menos 4 situações podem ensejar:

a) *Ofensor de classe alta x ofendido de classe média/baixa;*

- b) *Ofensor de classe alta x ofendido de classe alta;*
- c) *Ofensor de classe média/baixa x ofendido de classe média/baixa;*
- d) *Ofensor de classe média/baixa x ofendido de classe alta.*

Para cada uma dessas situações, o valor da condenação deve ser diferente, o que torna a teoria dos críticos insustentável.

Ademais, o Projeto de Lei nº 7.124⁴⁶ de 2002, tentou justamente prever limites mínimos e máximos para a indenização por danos morais.

O Relator, Deputado Regis de Oliveira, expressa com muita propriedade pelo não acolhimento do Projeto, pois este “tenta conceituar o dano moral e estabelecer os bens juridicamente tutelados, trabalho impossível, que o legislador não deve se arriscar”.

E continua, em seu voto:

[...] defendo posição contrária à aprovação do projeto de lei nº. 7.124/2002, porque busca indevidamente fixar valores para a recomposição do dano moral.

De fato, não entendo justo estabelecer valores para cada ofensa cometida, antes da ocorrência da lesão.

Conforme posicionamento adotado pelo nobre Deputado Ibsen Pinheiro, em brilhante relatório formulado anteriormente sobre o projeto em discussão:

“Embora seja verdade que a fixação do quantum indenizatório, nessa seara, é complexa e pode dar lugar a decisões judiciais discrepantes em relação a acontecimentos parelhos, não parece razoável colocar, de antemão, um “preço” para cada ofensa cometida”. (grifei)

O correto seria deixar a fixação do quantum para a apreciação de cada caso, não sendo coerente criar parâmetros legais, com valores preestabelecidos.

Desse modo, o voto do Relator harmoniza-se com o instituto dos danos morais, devendo o bom senso do magistrado guiar a quantificação.

Para reforçar o argumento, o STF, em recente julgamento, citando acórdão do STJ, revela que a indenização não encontra limites legais, ficando ao bom alvitre do julgador.

Vejamos:

⁴⁶ CÂMARA DOS DEPUTADOS. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=64880>>. Acesso em: 17 jan. 2015.

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. COMPROVAÇÃO DE DANOS MORAIS. PARÂMETROS PARA FIXAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. AUSÊNCIA DO NECESSÁRIO PREQUESTIONAMENTO. OFENSA REFLEXA AO TEXTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO JÁ CARREADO AOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 279/STF. REPERCUSSÃO GERAL NÃO EXAMINADA EM FACE DE OUTROS FUNDAMENTOS QUE OBSTAM A ADMISSÃO DO APELO EXTREMO.

[...]

6. In casu, o acórdão originariamente recorrido assentou: “AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. REPRESENTAÇÃO PERANTE A CORREGEDORIA CONTRA PROMOTOR DE JUSTIÇA. CONDUTAS QUE NÃO FORAM PROVADAS. TEOR INFUNDADO E OFENSIVO. ABUSO NO DIREITO DE PETIÇÃO. ADVOGADO. INAPLICABILIDADE NA IMUNIDADE PROFISSIONAL. OFENSIVA À HONRA PROFISSIONAL. ATO ILÍCITO. DANO MORAL CONFIGURADO. DEVER DE INDENIZAR. PARÂMETROS PARA FIXAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. CRITÉRIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. FUNÇÕES PEDAGÓGICA E PUNITIVA. RECURSO PROVIDO. O oferecimento de representação contra funcionário público consubstancia conduta ilícita, por abuso do direito de petição, quando evidencia o nítido propósito de ofender e provar constrangimentos ao representado, e não a apuração de atos supostamente irregulares. Hipótese em que os fatos atribuídos ao autor não restavam provados, sendo a representação arquivada. Segundo a jurisprudência da corte, a imunidade conferida ao advogado no exercício da sua bela e árdua profissão não constitui um bill of indemnity. A imunidade profissional, garantida ao advogado pelo Estatuto da Advocacia, não alberga os excessos cometidos pelo profissional em afronta à honra de qualquer das pessoas envolvidas no processo. ‘O advogado, assim como qualquer outro profissional, é responsável pelos danos que causar no exercício de sua profissão. Caso contrário, jamais seria ele punido por seus excessos, ficando a responsabilidade sempre para a parte que representa, o que não tem respaldo em nosso ordenamento jurídico, inclusive no próprio Estatuto da Ordem’ (STJ, REsp n. 163221/ES, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira). O abuso no direito de petição, mediante acusações infundadas contra Promotor de Justiça, acusando-o de parcialidade, covardia e descumprimento de suas funções, buscando conspurcar e enxovalhar sua honra, configura danos morais passíveis de reparação. O abalo moral em face de ofensa à honra profissional ocorre in re ipsa, sendo despicienda a prova de sua ocorrência. ‘A indenização deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento indevido, considerando que se recomenda que o arbitramento deva operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao porte empresarial das partes, às suas atividades comerciais e, ainda, ao valor do negócio, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se da sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida, notadamente à situação econômica atual e as peculiaridades de cada caso’ (STJ, REsp n. 171084/ MA, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. Em 5.10.98).” 7. Agravo regimental desprovido.⁴⁷

⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1ª Turma. Título: ARE 730067 AgR / SC - SANTA CATARINA. Data: 18/06/2013

Vê-se que a mais alta corte do País não estabelece limites legais para a fixação do *quantum* indenizatório, podendo esta vir enleada de caráter punitivo, como já vimos noutra decisão alhures.

Jamais haverá casos idênticos, entretanto, casos semelhantes devem receber o mesmo tratamento. Para isso, é importante estabelecer certas balizas para orientar os magistrados a não incorrer em decisões muito díspares entre si.

No precedente alhures, o STF cita até mesmo o bom senso e a experiência do magistrado, demonstrando o incrível grau de complexidade que o estabelecimento do valor de uma condenação pode tomar.

Analisar a natureza da pena, como se verá, resultará na mesma conclusão: punir a conduta reprovável e antiética daquele que age de má-fé e contra os interesses da coletividade, para que, no futuro, não aja de maneira semelhante.

Os valores dos danos morais devem ser muito maiores quando comprovado que a empresa sabia da existência de um grave defeito de projeto, por exemplo.

A única língua que grandes empresas e alguns cidadãos entendem é a do dinheiro. E é justamente onde a indenização punitiva deve agir: no epicentro da dor.

Se sua empresa se filia a outras para sempre fornecerem um serviço ruim com o mesmo preço alto, extinguindo a livre concorrência, uma quantia expressiva é muita mais razoável do que uma quantia meramente simbólica.

Se uma empresa põe um carro novo no mercado, sabidamente inseguro e que poderia evitar várias mortes ao ano, extirpar todo seu lucro é uma medida dura, mas eficaz.

A sociedade não pode tolerar abusos, e as Leis devem refletir aquilo que for melhor para o povo, caso contrário, como vem ocorrendo há muito tempo, o lucro líquido acabará compensando a desonestidade, a falta de moral.

Dada sua amplitude, o dano moral não pode esbarrar em critérios ou valores pré-definidos. Não pode o julgador negar a qualidade especial de cada uma das partes e a análise empírica da situação ali enfrentada. O equilíbrio e razoabilidade devem guiar o magistrado.

Neste sentido, a jurisprudência do STJ:

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. INSCRIÇÃO IRREGULAR. SPC. EMISSÃO DE DUPLICATAS SEM CAUSA. PROTESTO INDEVIDO. QUANTUM INDENIZATÓRIO. CONTROLE PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. VALOR EXCESSIVO. CASO CONCRETO. RECURSO ACOLHIDO. REDUÇÃO DA CONDENAÇÃO. I - O valor da indenização por dano moral sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça, sendo certo que a indenização a esse título deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento indevido, com manifestos abusos e exageros, devendo o arbitramento operar com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa e ao porte econômico das partes, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso. Ademais, deve procurar desestimular o ofensor a repetir o ato [...].⁴⁸

Desse modo, o dano moral não pode ser analisado somente sob o aspecto da compensação da dor. A depender da situação, deve trazer consigo uma carga que incuta o desestímulo da conduta ofensiva e que sirva de exemplo para toda a sociedade.

Passamos, agora, numa análise mais palpável, buscar compreender o equilíbrio e proporcionalidade numa possível condenação.

Para Luigi Ferrajoli:

Existem dois tipos de pena que parecem pela sua natureza contrários ao princípio da proporcionalidade e da igualdade das penas: a prisão perpétua e as penas pecuniárias. Como veremos logo abaixo, ambas as formas de pena carecem de justificativa externa por motivos bem distintos: uma porque é desumana e não graduável equitativamente pelo juiz, a outra porque resulta em todo caso desproporcional por inexistir qualquer proibição penal informada pelo princípio de economia ou de necessidade. Mas ambas furtam-se ademais ao princípio igualitário da proporcionalidade: a prisão perpétua, porque tem uma duração mais longa para os condenados jovens do que para os velhos: as multas, porque seu grau aflitivo depende da riqueza do réu.⁴⁹

É possível analisar o problema sob duas novas perspectivas: a primeira leva em conta a capacidade econômica e social do ofensor, ao passo que a segunda leva em conta a capacidade econômica e social da vítima.

Desse modo, é possível criar inúmeras situações hipotéticas entre ofensores e ofendidos, uma vez que cada indivíduo representa um universo totalmente diferente e complexo do outro.

⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. Título: REsp 246258 / SP. Data: 18/04/2000.

⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 323.

Refiro-me a universo, pois cada ser humano é único, um conjunto complexo de emoções, ideias e vontades. Cada indivíduo se relaciona com seu próximo de maneira distinta, seja com amigos, familiares ou colegas de trabalho. Consome produtos e serviços compatíveis com sua renda, sempre visando ao seu bem-estar e/ou de sua família.

Esses aspectos podem ou não ser importantes quando da fixação dos danos pelo juiz.

Uma enorme dificuldade que os operadores do Direito enfrentam é encontrar o ponto de equilíbrio entre a indenização devida e a conduta praticada. Dificilmente ambas as partes sairão satisfeitas com a sentença condenatória. O ofensor tem certeza que pagou muito, e o ofendido acredita que recebeu pouco.

É seguro afirmar que a solução deste impasse é uma utopia. Entretanto, a beleza do Direito se revela em meio ao caos: ora, se as lides fossem resolvidas pacificamente todos os dias, não seriam necessários estudos e aprimoramentos constantes.

Uma sentença satisfatória, para o Direito, é aquela que, diante de todas as circunstâncias, mostrou-se, naquele momento, a melhor opção.

Não há decisão perfeita, inquestionável, e isso é absolutamente normal.

5 CONCLUSÃO

A teoria dos *punitive damages*, como vimos, se mostra adequada para coibir abusos, tanto por parte do Estado quanto dos particulares.

Apesar de não ser expressamente regulada em nossa legislação, a interpretação dos princípios e normas constitucionais permite a aplicação em indenização punitiva em casos pontuais.

O princípio da dignidade humana, em especial, legitima a existência da teoria em nosso ordenamento jurídico.

Punir condutas que agridam direitos como a dignidade, a tranquilidade psíquica e a paz de espírito é a sociedade dizendo: “nós não aceitamos este comportamento”.

E sempre foi assim.

O Código Babilônico de Hamurábi, o Código Hindu de Manu, e até mesmo a Bíblia previam penas severas para aqueles que agiam fora de suas leis. Não tolerar certos comportamentos faz parte da natureza humana.

Guardadas as devidas proporções, o dinheiro é a pena máxima imposta na teoria em análise, não sendo, sob qualquer ângulo que se observe, uma solução injusta, desequilibrada ou demasiadamente agressiva.

Há aqueles que se opõe à indenização punitiva, aduzindo que, por se tratar de pena, deveria haver prévia “tipificação” legal. Tais opositores equiparam a indenização punitiva às penas restritivas de liberdade, devendo ser respeitados os mesmos requisitos para sua instituição.

Apesar de respeitáveis os argumentos, não há como acolhê-los.

A uma, porque é simplesmente impossível elencar todas as hipóteses possíveis e imagináveis das situações em que seria devida indenização punitiva. Estabelecer limites mínimos e máximos para os valores a serem pagos a título de indenização podem não corresponder aos reais danos concretizados.

Tal solução retira do magistrado a análise de todos os fatores e especificidades envolvidas na demanda, criando uma verdadeira tabela dos bens jurídicos, o que é inadmissível. Não se pode prever um valor X para a perda de um filho, ou um valor Y para cada mês de trabalho escravo.

A duas, porque apesar de possuírem finalidades parecidas (evitar condutas lesivas no futuro), possuem naturezas completamente distintas.

A pena restritiva de liberdade visa retirar da sociedade aquele indivíduo que, diante da prática de uma conduta tão grave, não pode mais conviver pacificamente entre seus iguais. Por outro lado, condutas que ensejam numa indenização punitiva não são necessariamente tão lesivas a ponto de ser necessário retirar o ofensor da sociedade.

O dono de uma empresa de telefonia não pode ir para a cadeia por simplesmente prestar um serviço ruim. Não há equilíbrio nesta solução. Por outro lado, puni-lo num valor que retire todo o seu lucro indevido daquele ano nos parece mais razoável.

Ocorre que, muitas vezes a lesividade da conduta do ofensor irá se confundir entre o Direito Civil e o Direito Penal, e o sistema jurídico deve estar preparado para responder adequadamente àquela situação.

Torturar alguém irá ofender a dignidade da vítima, lhe trará sofrimento psicológico e cicatrizes que jamais serão esquecidas. Do mesmo modo, manter uma oficina com trabalhadores em situação análoga à escravidão também ofenderá sua dignidade e sofrimentos semelhantes à tortura.

Em ambos os casos, o Direito Civil estará entrelaçado com o Direito Penal, merecendo a reprimenda e solução de ambos.

Para que a finalidade da teoria seja atingida, é necessário observar vários fatores, tais como a gravidade da conduta do ofensor, o comportamento da vítima, as consequências advindas do dano causado, a situação econômica de ambos e se o valor condenado servirá de desestímulo a novas condutas.

Observadas todas essas condições, simplesmente não há óbice à aplicação da teoria, tanto é que encontramos julgados utilizando-a como uma faceta do dano moral.

Para eliminar quaisquer resquícios de dúvidas, seria interessante e muito proveitosa uma mudança na redação da lei, especialmente no art. 186 do Código Civil, a fim de acolher inequivocamente a indenização punitiva.

Tamanha é sua importância, que o Direito do Trabalho, para preservar a dignidade humana, acolheu a teoria num de seus precedentes, condenando a M. Officer por trabalho escravo, como observado alhures.

O maior problema reside na quantificação do dano.

Evitar que o ofensor empobreça demais e a vítima enriqueça demais é um tema muito debatido. Enquanto uns não veem problemas nisso, outros encontram óbice em sua aplicação.

Ora, estaria o pobre fadado à pobreza e o rico agraciado por sua fortuna?

Questões como essa envolvem um raciocínio muito mais profundo. Apesar disso, me limito em dizer que não se pode inviabilizar a sobrevivência de um em detrimento do outro, ou seja, enquanto não vejo óbice em enriquecer aquele que sofreu profundos danos, me acautelo quanto ao fato de empobrecer demais o ofensor, a ponto de retirar-lhe sua dignidade.

A questão não dispensa a análise de cada caso em concreto, como sempre.

Aliado a isso, o magistrado deve também evitar decisões muito díspares entre casos semelhantes, tornando a condenação uma difícil missão.

De qualquer modo, a teoria dos *punitive damages* é uma realidade no Direito Brasileiro. Por possuir uma enorme quantidade de argumentos favoráveis e de aplicação eficaz, aponta para um futuro promissor na consagração da justiça.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, André Gustavo de. *Dano Moral & Indenização Punitiva: Os Punitive Damages da Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CENTRO DE INFORMAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – RIO DE JANEIRO. Disponível em: <<http://unicrio.org.br>>. Acesso: em 06 de jun. 2013.

CONTINUING EDUCATION OF THE BAR – CALIFÓRNIA. Disponível em: <<http://online.ceb.com>>. Acesso em: 01 dez. 2014.

CORNELL UNIVERSITY LAW SCHOOL. Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu>>. Acesso em: 10 dez. 2014.

De MELO, Nehemias Domingos. *Dano Moral nas Relações de Consumo – Doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2008.

DOWIE, Mark. *Pinto Madness: A Mother Jones Classic: For seven years the Ford Motor Company sold cars in which it knew hundreds of people would needlessly burn to death*. In: MOTHER JONES. Disponível em: <<http://www.motherjones.com/politics/1977/09/pinto-madness>>. Acesso em: 02 dez. 2014.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FINDLAW. Disponível em: <<http://codes.lp.findlaw.com>> Acesso em: 10 dez. 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro – Parte Geral*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GOTTLIEB, Emily. *What You Need to Know About... Punitive Damages*. In: CENTER FOR JUSTICE DEMOCRACY. Disponível em: <<http://www.fairwarning.org/wp-content/uploads/2011/09/PunitiveDamagesWhitePaper2011F.pdf>>. Acesso em: 11 dez. 2014.

JUSTIA US LAW. Disponível em: <<http://law.justia.com/>> Acesso em: 03 fev. 2015.

LUTZKY, Daniela Courtes. *A Reparação de Danos Imateriais como Direito Fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. *Dignidade da Pessoa Humana: Princípio Constitucional Fundamental*. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2003.

MAY, Thomas Erskine. *Constitutional History of England since the Accession of George Third – Volume II*. 1866.

MIGALHAS. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br>>. Acesso em: 02 dez. 2014.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL – PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.gov.br>> Acesso em: 06 jun. 2013.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

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

NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAWS. Model Punitive Damages Act, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SCHLUETER, Linda e REDDEN, Kenneth R. *apud ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Dano Moral & Indenização Punitiva: Os Punitive Damages da Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro*. 2 Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SILVA, Wilson Mello da. *O dano Moral e sua Reparação*. 3 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direitos do Consumidor – A busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código de Defesa do Consumidor e os princípios gerais do Direito Civil e do Direito Processual Civil*. 6 Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.