

**XXVI CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI SÃO LUÍS – MA**

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

ANDRÉ VIANA DA CRUZ

OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR

CLÁUDIA MANSANI QUEDA DE TOLEDO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direito civil constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: André Viana Da Cruz; Cláudia Mansani Queda De Toledo; Otavio Luiz Rodrigues Junior; – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN:978-85-5505-541-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Civil. 3. Constituição. 4. Dano Moral. XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (27. : 2017 : Maranhão, Brasil).

CDU: 34



XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

Apresentação

Os artigos contidos na presente publicação foram anunciados no Grupo de Trabalho Direito Civil Constitucional, durante o XXVI Encontro Nacional do Conpedi, em São Luís, intitulado Direito, Democracia e Instituições no Sistema de Justiça, promovido em parceria com a Universidade Ceuma, no Maranhão. A coletânea de temas apresentados como comunicações científicas envolveu participações de vários Programas de Pós-Graduação em Direito representados por seus pesquisadores de mestrado e doutorado de todo o país e consolidam relevantes comunicações científicas a contribuir para a evolução doutrinária que entrelaça temas relativos ao direito civil e ao direito constitucional, em seus pontos de aproximação pertinentes. Os artigos foram selecionados por meio de dupla avaliação cega por pares e levaram ao encontro acadêmico de pós-graduação várias controvérsias e desafios que se iniciaram desde a análise crítica da teoria do reconhecimento e a democracia, perpassaram conteúdos sobre o neoconstitucionalismo e a função social do judiciário, o controle da convencionalidade, para alcançar os pronunciamentos científicos sobre institutos essencialmente do direito privado como a curatela e a pessoa com deficiência, a desconsideração da personalidade jurídica, a decadência, algumas dimensões dos direitos da personalidade, o estudo da boa-fé no sistema brasileiro e da responsabilidade civil, algumas noções do contrato advindas do direito romano na contemporaneidade, a abordagem da discussão sobre a responsabilidade pessoal do agente público, o estudo do instituto usucapião em face do bem hereditário e a função social da propriedade. Acrescidos de exposições sobre os conceitos de igualdade e de vulnerabilidade e a reparação de danos, assim como a atualidade necessária à compreensão a respeito do dano moral e da multipropriedade no direito civil brasileiro.

O número de artigos apresentados foi de 17, todos permeados de intensos debates, desde o enfrentamento da conformação da disciplina direito civil constitucional até a nítida abordagem de institutos do direito civil, com a participação desta coordenação que foi enriquecida pela maciça cooperação dos pesquisados presentes e de convidados e renomados professores que prestigiaram os trabalhos.

Os objetos sobre os quais se dialogou tem ampla abrangência na ciência do direito e demonstram a importância do encontro científico do CONPEDI. A leitura indicará a

preocupação com o entrelaçamento possível e científico entre os ramos do direito civil e constitucional a demonstrar a singular contribuição acadêmica concretizada no Grupo de Trabalho.

Registre-se por parte desta coordenação conjunta os agradecimentos pela participação dos pesquisadores.

Prof. Dr. Otávio Luiz Rodrigues Junior - USP

Profa. Dra. Cláudia Mansani Queda De Toledo - ITE

Prof. Dr. André Viana Da Cruz - UFG

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

PUNITIVE DAMAGES: É POSSIVEL SUA APLICABILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO?

PUNITIVE DAMAGES: ITS APPLICABILITY IS POSSIBLE IN THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM?

Angela Alves De Sousa ¹
Sandra Mara Franco Sette ²

Resumo

O artigo aqui apresentado tem como objetivo analisar a doutrina dos punitive damages, e a aplicabilidade desse instituto no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que é uma questão polêmica a no ordenamento jurídico brasileiro. Pois, ao mesmo tempo em que o instituto foi concebido para garantir maior efetividade em coibir o dano moral, há entre os doutrinadores, a controvérsia de que a aplicabilidade deste mecanismo não seria compatível com o sistema jurídico do país. Neste artigo busca se identificar essas linhas de pensamentos divergentes, discutirem a responsabilidade civil, direitos assegurados pela Constituição Federal Brasileira de 1988.

Palavras-chave: Punitive damages, Dano moral, Direitos humanos, Ordenamento jurídico brasileiro

Abstract/Resumen/Résumé

The article presented here aims to analyze the doctrine of punitive damages, and the applicability of this institute in the Brazilian legal system, since it is a controversial issue in the Brazilian legal system. For, while the institute was designed to ensure greater effectiveness in curbing moral harm, there is a controversy among the doctrinators that the applicability of this mechanism would not be compatible with the legal system of the country. This article seeks to identify these lines of divergent thoughts, discuss civil responsibility, and the rights guaranteed by the Brazilian Federal Constitution of 1988.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Punitive damages, Moral damages, Human rights, Brazilian legal system

¹ Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania, junto ao Programa de Mestrado do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA.

² Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania, junto ao Programa de Mestrado do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA.

1. INTRODUÇÃO

A compreensão da máxima “o homem é um animal social”, passa pela consciência que antes de ser uma escolha voluntária, a vida em sociedade foi para o ser humano uma questão de sobrevivência. Não havia limites para suas atitudes em relação ao outro, o que permitiu que fossem cometidos atos de vandalismo e violência tais como: saques, estupros, assassinatos e, como também não havia noção de propriedade privada, avançar sobre o território ocupado por outrem era fato corriqueiro. Foram essas circunstâncias, que permitiam que o homem fosse a um só tempo, vítima e algoz que deram origem a organização social, a criação das leis e regras que normatizam esses comportamentos, para mediar esses conflitos.

Com as leis estabelecidas, a criação do Estado e da Ciência do Direito, ao longo do tempo, surge no seio do ordenamento jurídico, a questão do dano moral ligada à responsabilidade civil, com regras explícitas a respeito de limites a ações que possam ameaçar a paz social. Deste modo, é vedado ao ser humano prejudicar o outro, seja com fins de crescimento patrimonial obtendo vantagens econômicas sobre o mesmo ou praticando atos que atinjam a pessoa em sua integridade moral.

Longe de se manter estática, a conceituação do que vem a ser dano moral e responsabilidade civil, continua sofrendo modificações ao sabor das transformações sociais crescentes. Chegamos ao 17º ano do século XXI cientes de que em sociedade não somos apenas responsáveis por nossos atos individuais, mas também por terceiros de quem cuidamos (filhos ou familiares ou daqueles que estejam sob nossa tutela). Temos a acrescentar que também somos responsáveis direta e indiretamente pela gestão correta dos recursos comuns e/ou naturais, costumeiramente chamados genericamente de “meio ambiente” principalmente no que concerne à empresa privada ou estatal, por lei com o dever de cuidar de seu entorno, de seus resíduos sólidos e preservar o bem comum.

Com tantas novas funções e com consequências legais, estabeleceu-se que o dano moral merece atenção especial, sendo imputada ao agente que aplica a lei à decisão, se cabe a reparação pura e simples através de indenização ou, se mais do que isso, deve-se punir o infrator com rigor, estabelecendo outro valor este, referente ao dano moral imaterial, com o intuito de coibir a reincidência de tal ato ilícito. Porém, com os avanços, incluindo aqui os tecnológicos, é cada vez mais intensa a demanda social e a simples compensação material já não é suficiente para satisfazer o indivíduo lesado, um pouco mais consciente de seus direitos do que outrora e disposto a conseguir mais além de uma simples reposição material pelo dano causado. Não sem motivo, a questão do dano imaterial, por tratar de valores imensuráveis,

traz implícita certa dificuldade para que se estabeleça um consenso entre os legisladores e teóricos da matéria, em particular no Brasil. Obviamente não é simples manter a harmonia no convívio social, apesar de todo um ordenamento jurídico construído ao longo de anos na busca em manter proximidade da imparcialidade que se espera da Justiça.

É fácil perceber que o homem apesar de figurar como dependente dos outros homens tem na vida moderna a característica o individualismo, na ânsia de saciar necessidades básicas acaba ultrapassando e conflitando ao não respeitar os direitos de seu semelhante, como nos lembra Salomão Resedá (2008, p. 4).

A observação do autor procede no tocante à análise da sociedade moderna ou pós-moderna como preferem alguns autores. O fato é que cabendo ao Estado a função de mediador, torna-se necessário que o mecanismo legal, ou melhor, dizendo que o ordenamento jurídico sofra alterações sempre que a demanda social o exigir.

Sendo assim, ao tradicional conceito de responsabilidade civil, soma-se à função reparatória do prejuízo, a função punitiva, ou melhor, dizendo, punitivo-pedagógica, já que tem o intuito de desestimular por parte do ofensor, práticas semelhantes instituem-se o *punitive damages* que concebe a indenização como derivada do princípio da dignidade humana.

A justificativa do dano punitivo vem da necessidade de se ampliar a proteção de direitos como: direito de imagem, à honra, à intimidade, que não são satisfatoriamente contemplados apenas com a função reparatória do dano moral. No entanto, esse conceito de dano punitivo ainda encontra opositores entre os legisladores brasileiros, apesar do reconhecimento legal do dano moral imaterial.

2. PUNITIVE DAMAGES: ALGUMAS VISÕES E CONSIDERAÇÕES

O que vem a ser *punitive damages*? Por que é necessária uma teoria de indenização punitiva? A questão nos é colocada pelo professor americano Zirpusky que nos leva a refletir se essa teoria absorvida pelo ordenamento jurídico americano pode ser incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro? Essas são algumas das questões que serão abordadas ao longo desse trabalho.

The Need for a Theory of Punitive Damages What does the word "punitive" mean in the phrase "punitive damages"? -The standard answer is that punitive damages are intended to punish a defendant who has engaged in a form of tortious conduct that is particularly egregious. (ZIRPUSKY, 2005, p. 105)

Numa tradução livre, podemos compreender a colocação do professor Zirpusky como uma forma de responder à expressão de “dano punitivo”, como sendo aquele que tem a intenção de castigar o ofensor que cometeu uma conduta tortuosa e especialmente odiosa com relação a um terceiro. Para o autor, além dessa definição, a expressão tanto cabe juridicamente no sentido civil quanto no penal, que ele justifica:

The answer is that the word "punitive" has two connotations. One meaning-as already indicated-is that punitive damages are intended to punish a defendant who has acted egregiously. But a more fundamental meaning within tort law is that punitive damages are permitted in light of our legal system's recognition that the plaintiff has a right to be punitive.(ZIPURSKY, 2005, p. 106)

Na visão de Zipursky, a dupla função do termo “punitive” justifica a utilização do sistema, pois a um só tempo serve para punir o ofensor que agiu de forma odiosa, mas a um só tempo permite o reconhecimento do uso do direito de ser punido pelo ilícito cometido.

Para os americanos, o instituto em apreço (punitive damages), refere-se a indenizações excepcionais determinadas por um Tribunal contra um acusado onde o ato ou omissão por ele praticado era de uma natureza particularmente odiosa, maliciosa ou arbitrária. São, portanto, sanções impostas pelo ordenamento ao causador do dano em razão de peculiaridades inerentes nesta conduta. (RESEDÁ, 2008, p. 228)

Na interpretação de Resedá o instituto dos *punitive damages* é admitido em situações excepcionais, ou seja, quando a indenização é determinada por um tribunal diante de um acusado que teve comprovada sua atitude maldosa.

(...) nos países integrantes da chamada “família do common law”, integrada pelo Direito Inglês e, com algumas exceções, pelos Direitos dos demais países de língua inglesa, essa divisão foi sensivelmente relativizada. É largamente difundido, no Direito norte-americano, o entendimento de que o tort law tem por finalidade não apenas a reparação ou compensação do dano ocorrido, mas também a prevenção de danos futuros. A idéia de que a responsabilidade civil atuaria como fator de dissuasão (deterrence) de certos ilícitos é recorrente na doutrina e na jurisprudência. (ANDRADE, 2017, p. 4)

A indenização punitiva ou, como vem sendo tratada aqui com o nome original em inglês *punitive damages*, representa o reconhecimento de ato ilícito passível de indenização, mas com o objetivo *a priori* de desestimular a reincidência, uma vez que são aplicadas em ilícitos civis não aceitos e, caso fique clara a intenção de prejudicar terceiros, simplesmente ignorando os direitos da outra pessoa. Os *punitive damages* são comumente aplicados na Inglaterra e principalmente nos Estados Unidos, e é feita por um corpo de jurados. A pena inclui uma indenização pecuniária, que independe de uma ação compensatória.

Essa punição específica surge a partir da constatação de que é impossível o ressarcimento ser feito apenas por uma compensação financeira por se tratar de danos imateriais, portanto difíceis de serem quantificados, por serem danos emocionais, que prejudicam a pessoa em sua integridade emocional e às vezes com consequências físicas (somatizações derivadas do dano causado, por exemplo), sua autoconfiança que depende de uma avaliação de um especialista. Enfim, esse tipo de indenização, comum na Europa e nos EUA, tem como propósito punir exemplarmente o autor a ponto de fazê-lo pensar ao menos duas vezes antes de repetir o ilícito.

2.1 A COMMON LAW E A STARE DECISIS

A doutrina dos *punitive damages* nos Estados Unidos faz parte do sistema jurídico conhecido como **Common Law**, ou Direito Costumeiro, isto é, o que tem como fundamento a doutrina do **Stare Decisis** que tem origem no direito inglês e decorre da expressão latina *stare decisis et no quieta movere* (respeitar as coisas decididas e não mexer no que está estabelecido). Também conhecido como Doctrine of Precedents (Regra dos Precedentes), determina que uma ou várias decisões de uma **appellate court**, devem acontecer no mesmo tribunal, ou entre os juízes a ele subordinados. Nos Estados Unidos, o Direito Constitucional, faz com que a expressão signifique que as Cortes devem dar o devido peso e valor ao precedente, levando em conta que se a decisão anterior é impositiva, deverá seguir sem reconsideração.

O **stare decisis** e o Estado Democrático de Direito, já que a primeira assegura que o segundo não se altere de forma constante e errônea, favorece para que a sociedade pressuponha que os princípios fundamentais estão fundados no direito e não nas vontades individuais.

É esta forma de pensar coletiva que mantém a sociedade sob os ditames legais, tanto por ter ciência de que se não o fizer, será exemplarmente punido(a) e também por saber que de outro lado, está protegido enquanto cidadão caso tenha seus direitos de alguma forma ameaçados. A crença de que os princípios estão preservados em comum acordo com os anseios sociais, leva a maioria a agir dentro dos padrões exigidos pelo ordenamento jurídico. Há ainda a duas classificações para o *stare decisis*, ou ideia de respeitar seus próprios precedentes, ou seja, tem o efeito vinculante, mas interno, o que seria um *stare decisis* horizontal. No sentido vertical, as decisões vinculam externamente e atingem a todos sendo obrigatória para todos os órgãos do Poder Judiciário:

(...) a Common Law constrói se a partir de fatos concretos, ou seja, de experiências vivenciadas, de forma que a evolução das regras e critérios de aplicação dos punitive damages se deu com base em casos concretos e emblemáticos.” (ZANON, 2016, p.8)

É consenso, portanto que a Common Law deve ser aplicada a partir de dados concretos, de experiências vividas e não a partir de hipóteses como acontece em outros casos.

2.2. A VISÃO EUROPÉIA DO *PUNITIVE DAMAGES*

Para se compreender a questão do dano punitivo na Europa, é preciso entender que os sistemas europeus continentais geralmente o desaprovam, pois em questões territoriais se deve sempre ter atenção se aquela região que pertence, por exemplo, a Inglaterra faz ou não parte da União Européia, pois quando não está claramente definido pode causar certo desconforto. O sistema de direito comum é bem mais familiarizado com indenizações punitivas, embora não com a mesma extensão que os Estados Unidos. Essa diferença é importante porque a lei da União Européia reflete através da incoerência o contraste entre direito comum e direito civil continental na Europa, como nos esclarece KOZIOL:

Regarding European law, it is true that, in principle, the continental civil law systems disapprove of punitive damages (although one has to confess that there are some departures from this idea). Further more, one has to remember that England and Ireland are part of Europe and the European Union (although England sometimes gives the impression that it prefers to forget this). The English and Irish common law system is, of course, familiar with punitive damages, although not to the same extent as the U.S. This is important because it seems to influence, to some extent, EU law, which is inconsistent in reflecting the contrast between common law and continental civil law in Europe”. (KOZIOL, 2008, p. 748)

A compreensão do sistema europeu e das inúmeras subdivisões entre os países que estão ou não inclusos no bloco dos que pertencem à União Européia esclarecem os motivos pelos quais, as interpretações dos punitive damages, ganham contornos tão diferenciados dos Estados Unidos. Essa comparação logicamente depende de questões geopolíticas e seus conseqüentes desdobramentos.

3. *PUNITIVE DAMAGES* E SUA APLICABILIDADE NO BRASIL

Pensar em *punitive damages* é de certo modo, refletir sobre o capitalismo e suas conseqüências em nossos dias. E para tanto, usamos a princípio o maior crítico desse sistema,

o filósofo e cientista político Karl Marx, que em seu 18 Brumário, faz duras críticas ao nepotismo de Bonaparte:

Hegel observa em uma de suas obras que todos os fatos e personagens de grande importância na história do mundo, ocorrem por assim dizer, duas vezes. E esqueceu-se de acrescentar: a primeira vez como tragédia, a segunda como farsa. (MARX, - Tradução de Nélio Schneider – 2011, p. 1 - Prólogo)

Seguindo a linha de uma crítica do capitalismo e principalmente da sociedade moderna, o filósofo, professor e psicanalista Slavoj Žižek, apropriando-se da máxima que usa como tema central de “Primeiro como tragédia, depois como farsa”, levanta os problemas sociais decorrentes das transformações dos últimos tempos na sociedade contemporânea ocidental:

Dizem que, na China, a maldição que se lança contra alguém que realmente se detesta é: “Que você viva em tempos interessantes!”. Em nossa história, “tempos interessantes” são de fato os períodos de agitação, guerra e luta pelo poder, em que milhões de espectadores inocentes sofrem as consequências. Nos países desenvolvidos, estamos claramente nos aproximando de um novo período de tempos interessantes. Depois de décadas (de promessa) de Estado de bem-estar social, em que os cortes financeiros se limitavam a curtos períodos e se apoiavam na promessa de que tudo logo voltaria ao normal, entramos num novo período em que a crise, ou melhor, um tipo de estado de emergência econômica, que necessita de todos os tipos de medidas de austeridade (corte de benefícios, redução dos serviços gratuitos de saúde e educação, empregos cada vez mais temporários etc.), é permanente e está em constante transformação, tornando-se simplesmente um modo de viver. Além disso, as crises ocorrem hoje nos dois extremos da vida econômica, e não mais no núcleo do processo produtivo: ecologia (exterioridade natural) e pura especulação financeira. Por isso, é muito importante evitar a solução simples dada pelo senso comum. (ŽIŽEK, 2011, p. 4)

Trazendo essas reflexões para a questão da indenização punitiva, percebemos a dupla função desse mecanismo. O primeiro deles seria o de desestimular a prática do ilícito e, portanto, a sua reincidência. O segundo pela possibilidade de especificamente nesse caso a multa a ser paga seja revertida para um fim social, ou seja, o valor dessa multa não iria para a conta do ofendido, mas para ser aplicada em benefício de toda a sociedade. Resta saber se existe possibilidade da aplicação da indenização punitiva diante do ordenamento jurídico brasileiro. O que se percebe é que não há uma anuência consolidada das Cortes Superiores com relação a aplicação efetiva da indenização punitiva:

Considerável parte da doutrina entende que a defesa da indenização punitiva seria equivocada, principalmente, por três razões. Um primeiro argumento, bastante frágil, se funda diante da hipótese de uma condenação penal, na qual seja fixado um valor de dano compensatório, seguida de uma condenação no juízo cível, onde se arbitra um segundo valor em caráter punitivo, a qual caracterizaria *bis in idem*, pois o ofendido já teve sua condenação esgotada no juízo penal. Como contra argumento, diz-se que a tendência do direito penal contemporâneo é a última *ratio*, ou seja, só

age em casos extremos. Assim, quando as situações são de baixo interesse penal, essa punição é transferida para o direito civil. Então, hoje raramente pode-se falar em uma incidência conjunta de direito penal e civil. Ademais, a pena do direito penal não tem o mesmo caráter ontológico daquela aplicada na seara civil, visto que aquela pretende punir por um aspecto de reprimenda, enquanto para o código civilista, a pena significa apenas um aspecto inibitório, preventivo, de desestímulo a outras condutas que esta pessoa poderia praticar. Outro ponto no qual a doutrina se baseia para negar a aplicação dos *punitive damages* se encontra na ausência de previsão legal do instituto, arguindo que não poderia aplicar-se uma pena no direito civil se não existe dispositivo prevendo o dano punitivo. Além disso, no direito brasileiro vigora o brocardo *nullum crimen, nulla poena sine lege*, isso é, só se pode aplicar pena, se prevista em lei.” (RUSSO, 2009, p.14)

Para o autor, a indenização é ineficiente no tocante a punição do delito uma vez que não é permitido através da lei inibir a reincidência apesar de todo um ordenamento jurídico favorável a proteção da pessoa humana e, conseqüentemente, de sua dignidade. Geralmente os valores fixados são ínfimos e não resolvem a questão principalmente quando envolve enriquecimento ilícito à custa do prejuízo de terceiros, em suma de toda a sociedade. Mas a defesa da adoção da indenização punitiva no Brasil encontra eco em outros autores:

(...) A adoção da indenização punitiva é medida imprescindível para o instituto de responsabilidade civil possa exercer adequadamente suas funções de punição e prevenção e a de que, para adotar tal sanção punitiva nos ordenamentos jurídicos de países de raiz romano-germânica (rol no qual se insere o Brasil) é indispensável a prévia e expressa cominação legal nesse sentido. Diante de tal previsão legislativa, todos os demais obstáculos levantados pela doutrina e jurisprudência à utilização da indenização punitiva caem por terra. (SERPA, 2011, p.236)

Importante ressaltar que é fundamental ter a consciência de que, como humano, os juízes não estão imunes a erros que podem levá-los a cometerem decisões não muito acertadas, o que leva a conceder a decisão à apreciação tanto do próprio juiz quanto de um órgão colegiado na tentativa de corrigir-se o eventual engano.

No ordenamento jurídico brasileiro, um juiz não pode esquivar-se de decidir casos em que danos imateriais tenham sido agredidos, conforme o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil que o obriga a utilizar analogia, os costumes e os princípios gerais do direito. Mas a corrente de pensamento que mais oferece resistência na aplicabilidade do *exemplary damage* se apóia justamente na tese de que é impossível conceder essa liberdade ao magistrado, pois não há cominação de penalidade sem que exista uma previsão legal determinando que esta ou aquela conduta deva ser coibida.

Enquanto nos Estados Unidos o valor a ser pago é determinado por um júri popular, no Brasil a delegação de competência é completamente diferente, e o júri não pode opinar acerca de valores indenizatórios a título de danos morais. O problema é que a Constituição Federal de 1988 permite ao júri popular a exclusiva competência aos julgamentos de crimes

dolosos contra a vida. Sendo assim, somente o juiz togado tem competência para estabelecer e julgar ações no âmbito do dano moral.

3.1 – ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA

A questão do dano moral e sua indenização, passa sem dúvida pela delicadeza de não apenas reconhecer o direito de receber uma quantia referente ao dano imaterial num valor que seja justo e lhe compense a dor e as humilhações sofridas. Embora o reconhecimento desse direito seja explicitado na Constituição de Federal de 1988, no artigo 5º, incisos V e X, percebe-se que tanto a doutrina quanto a jurisprudência reconhecem que o ressarcimento deve convergir tanto na dimensão do caráter punitivo, tanto quanto o lesante, considera-se castigado. Além disso, há caráter compensatório que é quando a vítima recebe uma importância em valor monetária tal que visualiza a chance de melhoria, de lazer e prazer a partir do dano sofrido.

O questionamento que surge é saber até que ponto o instituto do dano moral não está sendo banalizado, tornando-se industrializado? Pois sabemos que não é qualquer contrariedade no âmbito subjetivo da pessoa que venha a ensejar o dano moral, um mero aborrecimento, uma mágoa ou irritabilidade, não podem resultar em indenizações milionárias como vem ocorrendo. (MELO, 2017).

Quando a questão envolve soma vultuosa de dinheiro, a desconfiança com relação a um provável enriquecimento sem causa do ofendido é natural. Afinal a ambição de aproveitadores é desmedida e, sem dúvida, utilizariam o Judiciário, se assim lhes fosse permitido, na obtenção de recursos indenizatórios descabidos.

Em primeiro lugar, o enriquecimento sem causa é de outra ordem diferente daquela do enriquecimento ilícito, este último ligado ao direito administrativo, voltado para a administração pública.

O enriquecimento sem causa pertence ao âmbito do direito privado, porém detectada a extensão de seu dano, se, por exemplo, esse enriquecimento causou o empobrecimento de outrem ou de uma causa que não se justifique. Sendo assim, até pode passar ao âmbito do administrativo, porém sem o mesmo tratamento do primeiro.

Com o *punitive damages* é feita a análise de aspectos relativos ao ofensor em busca do valor da indenização que, corresponda desta forma, às suas posses. Não se trata aqui apenas de compensação, mas de um olhar diferenciado deste instituto para a efetivação no direito brasileiro. Como exemplo pode-se mencionar que o Superior Tribunal de Justiça, com o argumento de evitar o enriquecimento sem causa, tem reduzido os valores de danos morais

imateriais, com o argumento de que a vítima não venha a fazer fortuna com o montante a receber pela ação.

3.2 RESPONSABILIDADE CIVIL E DANO MORAL

O ordenamento jurídico nasce com o intuito de defender os interesses coletivos e individuais. A forma de escolha entre o que é mais relevante, portanto, precisa e merece uma proteção especial que varia naturalmente de um sistema para outro, porém os critérios basicamente permanecem os mesmos.

Por ser a responsabilidade civil um instituto dinâmico que passa sempre por mudanças para atender à demanda social e a tendência na sociedade pós-moderna é evitar que as vítimas de dano fiquem sem reparação. Dessa forma, o instituto da responsabilidade civil tem assegurado ao longo dos anos novas áreas de atuação e claro procurado cada vez mais definir e esclarecer acerca dos limites que regem a convivência humana em sociedade.

A responsabilidade civil é matéria viva e dinâmica que constantemente se renova de modo que, a cada momento, surgem novas teses jurídicas a fim de atender às necessidades sociais emergentes. A responsabilidade civil é o instituto de direito civil que teve maior desenvolvimento nos últimos 100 anos. Este instituto sofreu uma evolução pluridimensional, tendo em vista que sua expansão se deu quanto a sua história, a seus fundamentos, a sua área de incidência e a sua profundidade. existiu. Deste dano, entretanto, foi transformando-se ao longo do tempo, sofrendo desta forma uma evolução”. (SANTOS, 2017)

Importante observar com a máxima riqueza de detalhes uma ação que implique em dano moral que envolva uma vultuosa quantia a título de compensar o dano, se por trás dessa atitude não se esconde uma “vantagem” do ofendido, para não favorecer justamente o chamado enriquecimento sem causa.

A partir do reconhecimento do dano, seja ele material ou imaterial, como já vem sendo colocado ao longo desse trabalho, é que são definidas as responsabilidades, sua devida culpabilidade e sanções previstas. Assim, dano moral e responsabilidade civil caminham juntos e devem até ser observadas como complementares.

Em responsabilidade civil, há duas categorias, a objetiva e a subjetiva. A objetiva surge com a evolução da sociedade e suas mudanças a partir da Revolução Industrial inglesa, que traz com o novo modelo de produção, um aumento de riscos de acidentes de trabalho, demandando do ordenamento jurídico uma intervenção que protegesse o indivíduo, vítima desses fatos. Nesse caso não é preciso haver culpa, já que o que fundamenta esse tipo de responsabilidade é a teoria do risco, onde “(...) todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e

reparado por quem o causou independente de ter ou não agido com culpa. Resolve-se o problema na relação de nexos de causalidade, dispensável qualquer juízo de valor sobre a culpa”. (CAVALIERI FILHO, 2008,p.137 in SANTOS, 2017)

Já a responsabilidade civil subjetiva é aquela que envolve a culpa e o dolo. A culpa *stricto sensu* é considerada quando o lesante pratica o ato com negligência ou imprudência. O dolo é considerado a partir da consciência em produzir o ilícito.

Até 1916 o Código Civil brasileiro dispunha que a responsabilidade era subjetiva, alterando-a em 2002, através do artigo 927, estabelecendo a responsabilidade objetiva, dispondo que “haverá obrigação de reparar o dano, independente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Com esse ajuste, ampliou-se não apenas o raio de alcance da lei e seu efeito punitivo, quando necessário, mas também se amplia a proteção à pessoa humana e sua dignidade e seus direitos de personalidade como consequência.

O Código de Processo Civil de 2015, no artigo 8º, deixa claro o papel que o juiz deve ter ao julgar ações dessa natureza lembrando-se de observar a razoabilidade e, sobretudo, a proporcionalidade, evitando dessa forma possíveis manobras que tornariam a lei ineficaz. Assim, “a modificação da posição anterior foi motivada pelos exageros cometidos pelos tribunais locais que, com costumeira frequência, passaram a fixar indenizações que ultrapassavam a casa dos milhões de reais” (MARTINS, 2017,p.).

Portanto, necessário se faz que o ordenamento jurídico, bem como o entendimento dos Tribunais passe a aplicar o instituto do *Punitive Damages* de forma a reduzir ou inibir condutas lesivas, ou seja, a reincidência, uma vez que uma de suas características é a pedagógica.

4. O INSTITUTO DO *PUNITIVE DAMAGES* E OS DIREITOS HUMANOS

Por definição, Direitos Humanos são os direitos básicos de todos os seres, tais como: direitos à vida, à propriedade privada, liberdade de pensamento e de expressão, crença, entre outros.

Como vimos ao longo dos questionamentos anteriores, esses direitos, hoje reconhecidos universalmente, não nasceram com o homem que, ao contrário, precisou e precisa de ordenamento para viver harmonicamente em sociedade. Não ao acaso, esses direitos figuram na Constituição de 1988 e deveria abranger indistintamente todo cidadão

brasileiro. Mas, na prática isto não acontece, porque existe ainda uma população que não tem acesso aos direitos humanos básicos como moradia, acesso à saúde, alimentação adequada, educação, trabalho e lazer.

No entanto, apesar da garantia constitucional brasileira, ocorre a violação dos direitos humanos por parte das empresas. Desta forma, para se evitar a reincidência das condutas lesivas deve-se buscar os mecanismos que tornam efetiva a responsabilização.

Essas questões que envolvem a violação de direitos humanos por parte das empresas, começaram a tomar vulto a partir da década de 1970, não sem ligação direta com o momento político vivido no Brasil durante os chamados “anos de chumbo” quando os direitos humanos eram ignorados em várias instâncias da organização social.

A questão passa a ser gradativamente integrada nas organizações da sociedade civil principalmente na Europa e Nações Unidas. Dessa maneira, dois projetos no âmbito da ONU se contrapõem: um da busca de condicionar a atividade empresarial ao marco regulatório dos direitos humanos por um lado, e por outro o objetivo central da empresa que é da lucratividade.

Esse embate finalizou no fim do século XX quando em 1999, o então secretário-geral da ONU, Kofi Annan, lançou o chamado Pacto Global que buscou regular com as normas sobre responsabilidade especificando as corporações Transnacionais e outras empresas em negócios relacionando a direitos humanos. As normas foram desacreditadas pelo Conselho de Direitos Humanos em 2003 que manteve a pressão para que as corporações fossem responsabilizadas.

Durante seu mandato, de 2005 a 2008, John Ruggie divulga o documento *Protect, Respect and Remedy* a favor da manutenção da responsabilidade de proteger os afetados pelas violações de Direitos Humanos sendo os mesmos representados pelo Estado.

Acontece que esse modelo adotado em 2011 pelo Conselho de Direitos Humanos, com 31 Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos, não foram suficientes para por fim à impunidade empresarial.

Com essa perspectiva, a sociedade civil reagiu e em setembro de 2013, Equador e África do Sul lideraram a criação de uma declaração que foi assinada por mais de 80 países, e o documento reitera a necessidade de um instrumento que ultrapasse as precariedades dos Princípios Orientadores.

Em 2016 o HOMA- Centro de Direitos Humanos e Empresas realizou o III Seminário Internacional sobre o tema, contando com a participação de membros de ONGs, palestrantes internacionais e representantes do governo e da Aliança para o Tratado, rede que congrega mais de 600 organizações internacionais.

É, portanto, papel do Direito através de seus operadores fazer cumprir a lei, embora se reconheça os entraves econômicos que muitas vezes impedem que o Estado cumpra a contento suas próprias funções.

Mas, enquanto isso ainda não acontece plenamente já é um caminho reconhecer que já se dispõe de um aparato técnico/teórico bem estruturado com mecanismos de proteção à pessoa humana e sua dignidade.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante dos mecanismos legais aqui expostos pode-se dizer que ainda há um longo caminho a ser percorrido no tocante a discussões a propósito dos *punitive damages* no ordenamento jurídico brasileiro. Sabemos que infelizmente há condutas que ferem os princípios básicos fundamentais e causam danos morais materiais e imateriais.

O mecanismo dos danos punitivos tem se mostrado eficaz nos Estados Unidos e em alguns países da Europa no sentido de coibir a reincidência através de punições exemplares, corrigindo os erros que ferem os direitos humanos reconhecidos não apenas pelas Constituições locais como também através de acordos internacionais.

Trata-se, pois, de examinar tais institutos com mais atenção e buscar ajustá-los à realidade nacional para evitar que esses delitos se perpetuem através da impunidade obtida pelo próprio modelo indenizatório da compensação.

Não é tarefa simples nem tampouco o tema se esgota com tais colocações. Apenas as questões aqui colocadas foram no intuito de convidar à uma reflexão mais profunda de tema tão palpitante e infelizmente ainda com tão escassa literatura pátria.

No tocante ao Brasil o caminho urgente e necessário passa forçosamente pela necessidade de se formular junto à empresa a normatização e inclusão dos direitos humanos no cotidiano das empresas e, além disto, da punição exemplar caso continuem a transgredir, insistindo em praticar atos ilícitos tais como: dano moral, assédio moral laboral, trabalho escravo entre outras situações inadmissíveis sob a luz dos valores e princípios que estão intrínsecos em nosso ordenamento jurídico.

REFERENCIAS

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Indenização Punitiva**. Texto disponível no Banco de Conhecimento, agosto de 2008

BACH, Georg e GOLDEBERG, E Herb. **Agressividade Criativa**. Ed. José Olympio, 1978

BARRETO, M. **Uma jornada de humilhações**. São Paulo: Fapesp/PUC, 2000.

BENTO, Fernanda de Carvalho Soares e DUARTE NETO, Herculano. **O Assédio Moral no ordenamento jurídico Brasileiro**. *Bullyng in Brazilian Legal System*

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil por Danos Morais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993

BÔAS, Regina Vera Villas. Marcos históricos relevantes da História da Responsabilidade Civil. Revista dos Tribunais. Ano 100. Junho/2011, Vol. 908.

BÔAS, Regina Vera Villas. Concretização dos postulados da dignidade da condição humana e da justiça: vocação contemporânea da responsabilidade civil. Revista de Direito Privado - Coord. N. Nery e R. M Nery - Ed. Revista dos Tribunais – Ano 12 - nº 47 – Jul/set – 2011

BÔAS, Regina Vera Villas “Perfis dos conceitos de bens jurídicos”. Revista de Direito Privado - Coord. N. Nery e R. M Nery - Ed. Revista dos Tribunais – Ano 10 - nº 37 – Jan/mar – 2009, pp.209-241.

BRASIL. Código Civil. TÍTULO V DOS CONTRATOS EM GERAL CAPÍTULO I DISPOSIÇÕES GERAIS .Disponível em: www.planalto.gov.br/civil. Acesso em:15.07.2017.

HONDIUS, Eward e JANSEN, André. *Disgorgement of Profits : Gaim- Basede Remedies Throughout the world (Part of us Corporationd- Global Studies in Corporation Law- Book Series- Volume 8 (2016)*

KOZIOL, Helmut- *Punitive Damage – A European Perspective – Louisiana Law Review-* volume 68 – Spring 2008

MARX, Karl, (1818-1883) O 18 de brumário de Luís Bonaparte / Karl Marx ; [tradução e notas Nélio Schneider ; prólogo Herbert Marcuse]. - São Paulo : Boitempo, 2011. (Coleção Marx-Engels).

MELO, José Mário Delaite de.

http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12703&revista_caderno=7. Acessado 22.08.17.

M

PARKER, Matthew, Changing Tides : The Introduction of Punitive Damages into the French Legal System Georgia Journal of International and Comparative Law 2013

RESEDÁ, Salomão- A Aplicabilidade do Punitive Damage nas ações de indenização por dano moral no ordenamento jurídico brasileiro- Universidade Federal da Bahia- Salvador-2008.

ROLAND, Manoela Carneiro. Coordenadora- Direitos Humanos e Empresas- Human Rights and Business state-of-the-art-of – the Braziliam Law- 2017- Homa.

RUSSO, Rafael dos Santos Ramos. Aplicação Efetiva dos Punitive Damages no atual Ordenamento Jurídico Brasileiro- Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro 2009.

SANTOS, Pablo de Paula Saul.
http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11875
Acessado: 22.08.2017.

SERPA, Pedro Ricardo E Serpa. Indenização Punitiva- Universidade de São Paulo-USP-2011.

SOUZA, Bernardo Pimentel. Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória. 3. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004

SULLIVAN, Timothy. Punitive Damages in the Law of Contract: The Reality and the Illusion of Legal Change- William and Mary Law School- Faculty Publications- Minnesota Law Review- 1977

ZANON, Barricelli Patricie. *Punitive Damages* no Direito do Consumidor brasileiro; Revista dos Estudantes de Direito da UnB - ISSN impresso: 1981-9684 / ISSN eletrônico: 2177-6458 (2016).

ZIPURSKY, C. Benjamin. *A Theory of Punitive Damages- The Fordham Law Archive for Scholarship and History ed. Fordham School- Texas Law review-2005.*

