



AUTOR(ES): MARIA FABIANA FERREIRA CORDEIRO
ORIENTADOR(A): FERNANDO GONTIJO CRUZ

A DOCTRINA DOS *PUNITIVE DAMAGES* E A (IN)APLICABILIDADE NO DANO MORAL

Introdução

O objeto do presente trabalho é o estudo da viabilidade de aplicação do instituto dos *punitive damages* (ou condenação punitiva) aos danos morais. Os *punitive damages* visam conferir uma majoração do valor indenizatório a ser atribuído à vítima de um dano.

A majoração é arbitrada pelo magistrado e justifica-se pelo voltar dos olhos à pessoa do ofensor, conforme o faz o penalista. Diante de um dano, ao voltar a sua atenção ao ofensor, o magistrado pauta-se nas circunstâncias e reprovabilidade do comportamento do transgressor, deixando-se de concentrar no fato danoso e nas consequências para a vítima. Esta atenção sobrelevada à pessoa do ofensor reflete a função desempenhada pelo direito penal, que visa prevenir os ilícitos e perquire a aplicação de uma sanção punitiva, em virtude da conduta reprovável do ofensor.

Em que pese haver corrente doutrinária que defenda a aplicação do instituto sob o argumento de agregar efetividade ao direito civil, sobremaneira aos danos morais, o entendimento encontra óbices jurídicos. A fim de demonstrar tais objeções, o trabalho visa analisar o instituto sob a ótica do direito brasileiro, muito diferente da estrutura jurídica norte-americana, solo fértil do instituto.

Embora haja autonomia entre os institutos, a análise do trabalho se restringe a aplicação dos *punitive damages* quanto aos danos morais. Com isso, a pesquisa busca solucionar o determinado questionamento: São aplicáveis os *punitive damages* aos danos morais sem que se incorra na violação de pressupostos presentes no ordenamento jurídico?

Neste diapasão, perpassa-se por hipóteses tais como a inaplicabilidade do instituto pelo princípio da legalidade das penas, pela dicotomia do direito penal e civil, e pelo pressuposto do enriquecimento sem causa.

Material e Métodos

Para a execução deste trabalho, adotou-se o método de abordagem dedutivo, e o método de pesquisa bibliográfico. Também observou-se a experiência do instituto no direito comparado, e analisou-se aspectos como o princípio da legalidade, e a vedação do enriquecimento sem causa, como vetores de inaplicabilidade do instituto. Outrossim, o trabalho foi realizado mediante a utilização de leis, doutrinas, jurisprudência e documentos eletrônicos.

Resultados e Discussão

A história demonstra a resistência sofrida pela aceitação da reparabilidade do dano moral. Sobre tal contexto, Cavalieri Filho (2012) explana que, numa primeira fase, negava-se a ressarcibilidade do dano moral, sob o fundamento de este ser inestimável, e considerando-se, por vezes, ser imoral a valoração pecuniária para a dor.

No Brasil, Farias, Netto e Rosenvald (2017, p. 300) expõem que em um passado recente, não admitia-se a indenização por dano moral, até que passou-se a aceitar a sua reparação, desde que acompanhado de um dano material. Posteriormente, passou-se a aceitá-lo de forma pura. Todavia, no cálculo indenizatório, revelava-se a indenização pelos prejuízos materiais, e não morais, o que prestigiava muito mais o patrimônio em detrimento da vítima.

Tartuce (2013) aduz que a reparabilidade dos danos imateriais tornou-se pacífica com a Constituição Federal de 1988. O autor confirma que, em momento anterior, doutrina e jurisprudência tinham dificuldades na visualização da sua determinação e quantificação. Com a Constituição Federal de 1988 houve uma grande evolução quanto ao tema.

No tocante a sua caracterização, necessário observar as pontuações elevadas por Cavalieri Filho (2012). O autor defende pela observância se, no caso concreto, houve alguma agressão à dignidade daquele que se diz ofendido, ou se houve alguma agressão mínima a um bem da sua personalidade.



Gonçalves (2014, p. 407) sustenta que “Em todas as demandas que envolvem danos morais, o juiz defronta-se com o mesmo problema: a perplexidade ante a inexistência de critérios uniformes e definidos para arbitrar um valor adequado”.

Ante tal perplexidade para o arbitramento da quantia devida a título de danos morais, Cahali (2011) sugere que de forma principal, a condenação seja por uma quantia em dinheiro, enquanto que nas hipóteses de ofensa à honra e à credibilidade da pessoa, conte-se com medidas não necessariamente monetárias, por exemplo, a publicação da sentença condenatória em jornal de grande circulação.

Sobre tais medidas não monetárias, destaca-se o enunciado 589 editado pelo Conselho da Justiça Federal, com a seguinte redação “A compensação pecuniária não é o único modo de reparar o dano extrapatrimonial, sendo admitida a reparação in natura, na forma de retratação pública ou outro meio.”.

Desta feita, passou-se a discutir acerca dos fundamentos desta espécie de responsabilidade: se seria compensatória ou se se incluiria os *punitive damages*. É o que asseveram Farias, Netto e Rosenvald (2017, p. 381):

Indubitavelmente, o grande tema em matéria de responsabilidade civil na década de 1990 foi o dos danos morais. Mais de 20 anos transcorridos, não se chegou a nenhum critério que pacificasse o debate sobre sua quantificação. Certamente, uma das grandes dificuldades para essa não conclusão foi a falta de acordo sobre os exatos fundamentos da responsabilidade civil pelos danos morais, ou seja, sobre se a indenização consistiria somente uma espécie de compensação por lesões a direito da personalidade ou se deveria também incluir um *plus*, os chamados *punitive damages*.

Os *punitive damages*, consoante Rosenvald (2013, p. 143), pretendem “punir a malícia ou uma conduta arbitrária. A finalidade do remédio é deter o ofensor, evitando a reiteração de condutas similares no futuro, bem como desestimular outros a se engajar desta maneira”.

Para Marinangelo (2016), o instituto dos *punitive damages* nasceu na Inglaterra em 1763, no julgamento *Wilkes vs. Woods*, que versou sobre uma perseguição injusta a um cidadão, e no caso *Huckle vs. Money*, relativo a atos lesivos à liberdade de um indivíduo. Nada obstante, o instituto foi propagado nos Estados Unidos, onde foi grande objeto de estudos, e maior repercussão jurídica.

Embora haja obtido sucesso no direito americano, Ponzanelli *apud* Rosenvald (2013, p. 142) aduz que a experiência norte-americana no trato dos *punitive damages* é irrepetível no sistema pátrio, considerando o instituto verdadeiro *alien*, que não merece transposição ao direito italiano (e por ilação ao brasileiro) pela ausência de condições institucionais para um *legal transplant*. Neste sentido, o autor destaca os principais aspectos norte-americanos, irrepetíveis no sistema brasileiro:

(a) o forte condicionamento do ilícito civil ao penal, ao contrário da autonomia vigente em nosso ordenamento; (b) o júri e a ânsia redistributiva da responsabilidade civil – o júri eleva acentuadamente o *quantum* da condenação punitiva, sem necessidade de fundamentação das decisões, para compensar um frágil sistema de segurança social; (c) a *american rule* – a ausência do princípio da sucumbência induz a um aumento considerável da medida da condenação para além do dano efetivamente causado; (d) a análise econômica do direito impõe uma situação de *undercompensation*, transferindo todo o *quantum* punitivo em prol da vítima.

A este despeito, também Gonçalves (2014) pontua que, diversamente do direito norte-americano, que inspira a aplicação do instituto, no sistema jurídico pátrio impera a supremacia do direito legislado, *civil law*, expressa no preceito constitucional de que ninguém é obrigado a fazer algo senão em virtude de lei. Assim, há este dito preceito constitucional que insculpe o princípio da legalidade, que preceitua “não há pena sem prévia cominação legal”.

Em um verdadeiro Estado de Direito, fundado na retirada do poder absoluto das mãos do soberano, exige-se a subordinação de todos perante a lei, conforme Greco (2012, p. 95), que ainda assevera “Por intermédio da lei existe a segurança jurídica do cidadão de não ser punido se não houver uma previsão legal criando o tipo incriminador, ou seja,



definindo as condutas proibidas (comissivas ou omissivas), sob a ameaça de sanção”.

Acerca dos efeitos e óbices para a aplicação do instituto, Gonçalves (2014, p. 411) ainda salienta:

A crítica que se tem feito à aplicação, entre nós, das *punitive damages* do direito norte-americano, é que elas podem conduzir ao arbitramento de indenizações milionárias, além de não encontrar amparo no sistema jurídico-constitucional da legalidade das penas, já mencionado. Ademais, pode fazer com que a reparação do dano moral tenha valor superior ao do próprio dano. Sendo assim, revertendo a indenização em proveito do lesado, este acabará experimentando um enriquecimento ilícito, com o qual não se compadece o nosso ordenamento. Se a vítima já estiver compensada com determinado valor, o que receber mais, para que o ofensor seja punido, representará, sem dúvida, um enriquecimento ilícito.

O outro fator impeditivo concentra-se na vedação do enriquecimento sem causa. O legislador dispõe no Código Civil sobre o instituto no art. 884, *caput*, “Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários”. A propósito, Gomes *apud* Gonçalves (2014, p. 401) defende:

Aqui, ainda, um cuidado se impõe: de evitar a atração, apenas pelo caráter de exemplaridade contido na reparação, de somas de ultrapassem o que representou o agravo para o ofendido. Nesta seara, mais do que nunca, há de reter-se não consistir a responsabilidade civil em fonte de enriquecimento para o ofendido. Os critérios da razoabilidade e proporcionalidade são recomendáveis, para, sem exageros, atingir-se indenização adequada.

Não se olvida, pois, que ao arbitrar um *plus* no *quantum* indenizatório a título de *punitive damages*, incorre-se na violação do art. 884 do Código Civil na medida em que o instituto preconiza pagamento de uma quantia maior em favor da vítima de um ilícito como forma de punir o transgressor. De tal forma, com a aplicação do instituto é notório o recebimento, pela vítima, de vantagem superior ao dano que lhe fora ocasionado.

Considerações Finais

Com a majoração de valor indenizatório em razão dos *punitive damages*, pretende-se punir exemplarmente o causador do dano, com vistas a desestimular e inibir futuros atos ilícitos causados por ofensores que incidem reiteradamente no dano. Nada obstante, tal instituto não tem previsão legal, o que causa uma incompatibilidade com o sistema jurídico brasileiro. Explica-se: notadamente, os *punitive damages* têm natureza sancionatória, caracterizando-se como uma pena aplicável no âmbito cível.

Em obediência ao disposto no art. 5º, XXXIX, da CRFB, não há pena sem prévia cominação legal. Assim, não é legítimo que julgadores façam uso de um instituto sancionador sem embasamento legal. Tal prática configura ofensa ao princípio constitucional da legalidade.

Soma-se a isso o fato de que o instituto engrandeceu-se nos Estados Unidos, onde adota-se o sistema do *commom law*, pautado no precedente judicial para resolução de controvérsias. Assim, neste sistema o direito civil é fortemente vinculado ao direito penal, já que o júri é utilizado em expressivas demandas de reponsabilidade civil.

Tem-se, ainda, o pressuposto do enriquecimento sem causa, que se encontra consubstanciado no art. 884 do Código Civil. Por meio deste, é vedado que uma parte se enriqueça à custa de outrem. A utilização dos *punitive damages* corrobora com a violação do art. 884 do Código Civil. Isto porque o montante fixado a título de dano punitivo é revertido em proveito da vítima.

Conclui-se, pelos motivos acima aduzidos, que a aplicação dos *punitive damages* na seara dos danos morais viola o princípio constitucional da legalidade para imposição de pena, e ainda fere o postulado do enriquecimento sem causa, na medida em que confere à vítima vantagem superior que o prejuízo experimentado.



Referências

- BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Enunciado nº 589, da VII Jornada de Direito Civil Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/834>>. Acesso em: 14 mai. 2019.
- CAHALI, Yussef Said. Dano moral. 4ª Ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 10ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- FARIAS, Cristiano Chaves; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. Novo tratado de responsabilidade civil. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro. Vol. 4. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014
- GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte geral. Vol. 1. 14ª Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.
- MARINANGELO, Rafael. Indenização punitiva e o dano extrapatrimonial na disciplina contratual. Tese de doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2016. Disponível em: < <https://tede.pucsp.br/bitstream/handle/18822/2/Rafael%20Marinangelo.pdf>>. Acesso em: 13 fev. 2019.
- TARTUCE, Flávio. Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil. Vol. 2. 8ª Ed. São Paulo: Método, 2013.