

DANO MORAL COLETIVO: LICITUDE DO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO PUNITIVA/SANCIONADORA

COLLECTIVE MORAL DAMAGE: LAWFULNESS OF THE EXERCISE OF THE PUNITIVE FUNCTION

Murilo Miguel Carneiro Rak

Estudante do curso de Direito da Faculdade de Educação Superior do Paraná (FESP/PR). E-mail: murilo.rak@hotmail.com

Resumo: A defesa do direito do consumidor é primordial na sociedade moderna. Por isso, a Constituição Federal assegurou tal direito como fundamental (art. 5, XXXII) e princípio da ordem econômica (art. 170, V). Apesar disso, inúmeros fornecedores se valem da vulnerabilidade dos consumidores e perpetuam práticas ilícitas em prejuízo destes. É neste sentido que a tutela dos direitos coletivos lato sensu, sobretudo, pelo instituto do dano moral coletivo no seu sentido punitivo/sancionador se justifica com o fim de efetivar a prevenção e reparação dos danos coletivos, uma vez que se procura dissuadir o ofensor e pela exemplar-inibitória, obstar a conduta ilícita de terceiro. À vista disso – e com atenção as posições doutrinárias jurisprudenciais – este trabalho, partindo da jurisprudência que consagra o dano moral coletivo, analisa a (i)licitude da função punitiva do dano moral coletivo ao ponto de reconhecer a licitude, bem como a efetividade do exercício punitivo/sancionador do dano extrapatrimonial coletivo.

Palavras-chave: Dano Moral Coletivo. Dupla Função. Função Punitiva. Punitive Damages. Dissuasão. Sanção.

Abstract: The defense of the consumer's right is primordial in modern society. For this reason, the Federal Constitution assured such right as fundamental (art. 5, XXXII) and principle of the economic order (art. 170, V). Despite this, many suppliers take advantage of the vulnerability of consumers and perpetuate illicit practices against them. Therefore, the protection of collective rights lato sensu, especially through the institute of collective moral damages, in its punitive/sanctioning sense, is justified with the purpose of effective prevention and repair of collective damages, once it aims to dissuade the offender and, through exemplary-inhibitory measures, to prevent the illicit conduct of future others suppliers. Based on this - and with attention to the jurisprudential doctrinal positions - this article, starting from the jurisprudence that consecrates the collective moral damage, analyzes the (un)lawfulness of the punitive function of the collective moral damage in order to recognize the licitude, as well as the effectiveness of the punitive/sanctioning exercise of the collective extra patrimonial damage.

Keywords: Collective moral damages. Double Function. Punitive Function. Punitive Damages. Dissuasion. Sanction.

INTRODUÇÃO

A defesa do consumidor é, ao mesmo tempo, direito fundamental e princípio da ordem econômica, dessa maneira, constitui um dos principais fundamentos da sociedade contemporânea, em que os consumidores – geralmente vulneráveis em relação aos fornecedores – são as engrenagens que movimentam o capitalismo.

Neste prisma, se insere o dano moral coletivo, que visa, sobremaneira a proteção dos interesses metaindividuais numa sociedade de massas onde os fornecedores impõem contratos adesivos, muitas vezes sem o conhecimento do consumidor, que, se lesado, não

tem meios ou não sente necessidade de obter reparação. Para resolver este impasse, e muitos outros que se verificam na sociedade potencializada pela globalização, existe a tutela de direitos coletivos lato sensu.

Dentro deste cenário de necessidade de maior proteção dos consumidores, e da jurisprudência nacional que pacificou a existência do instituto do dano moral coletivo como resultado da tutela dos direitos metaindividuais, demonstra-se relevante, para inibir fornecedores que se utilizam da vulnerabilidade dos consumidores, compulsar a função punitiva do dano moral coletivo, que é empregada como meio de dissuasão do agente ofensor e que se resume a um acréscimo na indenização com o fim de obstar novas condutas lesivas.

Não obstante o instituto do dano moral coletivo esteja devidamente assentando, vislumbra-se que, embora a jurisprudência aplique amplamente a função punitiva, a doutrina se divide no que tange a licitude de tal instrumento, o que reflete diretamente nos critérios levados em consideração pelos magistrados. Outrossim, há quem diga que tal mecanismo caracteriza violação pelo Poder Judiciário de área reservada as agências reguladoras.

A partir destas considerações, observa-se instalada a controvérsia jurídica a respeito do tema, porquanto pretende-se perquirir a licitude ou ilicitude da conjugação do dano moral coletivo com os *punitive damages* a luz do ordenamento jurídico nacional.

Para a resposta do problema apresentado, o presente trabalho utiliza-se do método dedutivo, da pesquisa bibliográfica e da pesquisa jurisprudencial.

A abordagem se inicia com o propósito de apresentar o dano moral coletivo, bem como seu reconhecimento majoritário na jurisprudência nacional. Na sequência, partindo do reconhecimento da dupla função do dano moral, pretende-se investigar a função punitiva, sua origem, características e aplicação no direito alienígena, e a partir disso, apurar a internalização dos *punitive damages* no direito brasileiro. Por fim, o estudo se encerra com a verificação da ilicitude ou licitude do exercício punitivo do dano moral coletivo.

O objetivo aqui buscado é, portanto, constatar a licitude ou ilicitude da função empregada no dano moral coletivo e então, depreender se o mecanismo dos *punitive damages* pode na tutela do dano moral coletivo representar uma efetiva proteção aos direitos metaindividuais ou transindividuais.

DANO MORAL COLETIVO

Num estágio inicial, a reparação pelo dano moral coletivo era rechaçada pelo ordenamento jurídico, a exemplo o Resp. 598.281 de Relatoria do Ministro Teori Albino Zavascki¹ que vinculava a reparação à noção de dor e de sofrimento psíquico de caráter individual, ou seja, incompatível com a indeterminabilidade de sujeitos dos interesses transindividuais²³. Não

1 PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. DANO MORAL COLETIVO. NECESSÁRIA VINCULAÇÃO DO DANO MORAL À NOÇÃO DE DOR, DE SOFRIMENTO PSÍQUICO, DE CARÁTER INDIVIDUAL. INCOMPATIBILIDADE COM A NOÇÃO DE TRANSINDIVIDUALIDADE (INDETERMINABILIDADE DO SUJEITO PASSIVO E INDIVISIBILIDADE DA OFENSA E DA REPARAÇÃO). RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. (STJ, 1ª Turma, REsp 598.281, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Julgado em 02/05/2006, DJe 01/06/2006).

2 A incompatibilidade pode ser demonstrada de acordo com o ensinamento de Paulo Sergio U. F. Ferraz de Camargo quando aponta que se o dano moral fosse restrito somente ao indivíduo, a aplicação do dano extrapatrimonial coletiva poderia se afastada, porque tanto a coletividade, como a pessoa jurídica não são “um complexo de corpo e alma, de matéria e espírito” (CAMARGO, 2016).

3 A classificação dos interesses transindividuais se encontra no Código de Defesa do Consumidor, precisamente no artigo 81, parágrafo único: I - interesses ou direitos difusos, [...], os transindividuais, de natureza indivisível de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstância de fato; II. - interesses ou direitos coletivos, [...], os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si

obstante, a doutrina e a jurisprudência passaram a recapitular o entendimento do instituto do dano extrapatrimonial coletivo, cujo alicerce difere do dano moral individual, uma vez que este é apurado pela ocorrência de ofensa aos direitos da personalidade de determinada pessoa⁴, já o dano moral coletivo, autônomo em relação ao dano moral de caráter individual, pode ser concebido, consoante lição de Sergio Cavalieri Filho, como:

[...] sentimento de despreço que afeta negativamente toda a coletividade pela perda de valores essenciais; sentimento coletivo de comoção, de intranquilidade ou insegurança pela lesão a bens de titularidade coletiva, como o meio ambiente, a paz pública, a confiança coletiva, o patrimônio (ideal) histórico, artístico, cultural, paisagístico etc. (CAVALIERI, 2019, p. 147).

A Jurisprudência se aproxima do conceito de Cavalieri Filho, veja-se:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AMBIENTAL. IRREGULARIDADE NO FORNECIMENTO DE ÁGUA POTÁVEL ENCANADA. DANO MORAL COLETIVO CARACTERIZADO. QUANTUM INDENIZATÓRIO. REDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. [...] 4. Acertado o reconhecimento pelo Tribunal a quo do dano moral coletivo. **A lesão de interesses transindividuais atinge não apenas a esfera jurídica de titulares de direito individualmente considerados, como também compromete bens, institutos e valores jurídicos superiores, revestindo-se de interesse social qualificado.** [...] 7. **A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica quanto à possibilidade de condenação por danos morais coletivos sempre que constatada prática ilícita que viole valores e interesses fundamentais de uma coletividade.** Nesse sentido: Precedentes: REsp 1.586.515/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 29/5/2018; REsp 1.517.973/PE, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 1º/2/2018; [...] (STJ, 2ª Turma, REsp. 1.820.000, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 17/09/2019, DJe 11/10/2019) Grifamos

A aproximação das concepções deve-se pelo fato de que tanto o STJ quanto Cavalieri reconhecem que o dano moral coletivo é atingido diante da lesão a bens tidos como de titularidade/interesses coletivos, por transcender a perspectiva individual. Este raciocínio coaduna-se com as lições Paulo Sergio U. F. Ferraz de Camargo quando, com sabedoria, lembra do conceito de Carlos Alberto Bittar Filho a respeito do dano extrapatrimonial coletivo lato sensu, contempla-se:

[...] o dano moral coletivo é a injusta lesão a esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos. Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico: quer isto dizer, em última instância, que se feriu a própria cultura, em seu aspecto imaterial [...] (CAMARGO, 2016).

À vista destas considerações doutrinárias e jurisprudenciais, vislumbra-se que o dano moral coletivo é, hoje, amplamente aceito e concedido pelos tribunais quando verificada, em suma, a violação de valores fundamentais de uma determinada coletividade que seja injusta e ocasione insegurança.

Notadamente acerca da positivação do instituto no ordenamento jurídico, vislumbra-se a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, haja vista que aquela dispõe em seu artigo primeiro que se regem por suas disposições, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados ao meio ambiente, ao consumidor, a qualquer outro interesse difuso ou coletivo etc. (BRASIL, 1985). O CDC, por sua vez, trata em seu artigo sexto, inciso VI, da “efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos” (BRASIL, 1990).

ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum (BRASIL, 1990).

4 Segundo Cavalieri “[...] hoje o dano moral não mais se restringe à dor, tristeza e sofrimento, estendendo a sua tutela a todos os bens personalíssimos – os complexos de ordem ética –, razão pela qual podemos defini-lo, de forma mais abrangente, como sendo uma agressão a um bem ou atributo da personalidade” (CAVALIERI, 2019, p. 120). Grifos constam do original.

Com isso, nota-se que o direito brasileiro prevê expressamente a tutela do dano moral coletivo, não tendo lugar, portanto, que se falar na inexistência do instituto que faz parte do arcabouço do microsistema do processo coletivo, que é composto tanto pela Lei da Ação Civil Pública como pelo Código de Defesa do Consumidor.

FUNÇÃO PUNITIVA DO DANO MORAL

A corrente do duplo caráter do dano moral (função compensatória e punitiva)⁵ vem sendo, de forma majoritária⁶, aceita pelos tribunais, todavia, no âmbito da doutrina, a controvérsia a respeito do tema é grande, haja vista que alguns defendem a legitimidade da feição punitiva e outros fundamentam a ilicitude de tal aplicação.

Antes da análise da ilicitude ou licitude do exercício de eventual função punitiva do dano moral coletivo, convém compulsar do que se tratam os danos punitivos.

Sendo assim, para Camargo, a função punitiva, compreendida como danos punitivos pode ser considerada “como um acréscimo à indenização compensatória que sirva como fator de desestímulo em razão da conduta repreensível do ofensor” para que, dessa maneira, “não se repita tal conduta, sobretudo, quando o ofensor agiu com dolo ou malícia, servindo, também, para evitar comportamento semelhantes de terceiros” (CAMARGO, 2016).

Por sua vez, Luciana de Godoy Penteado Gattaz aduz que o propósito geral dos *punitive damages* “é o de punir o ofensor, aplicando-lhe uma pena pecuniária de finalidade educativa e almejando o desestímulo a comportamentos semelhantes por parte de terceiros”. A autora ainda assevera que através de tal instituto, “condena-se o ofensor a uma indenização superior ao valor do dano, a fim de se evitar que a ação danosa seja repetida por ele mesmo ou por qualquer outro indivíduo” (GATTAZ, 2016, p. 03).

Aprofundando o estudo a respeito do tema, Paulo Sergio U. F. Ferraz de Camargo, remetendo a origem dos *punitive damages* a Inglaterra, analisa a aplicação do instituto em diversos países em sua obra, da qual se extrai inúmeros fundamentos da aplicação alienígena do instituto, merecendo destaque o cumprimento do princípio da legalidade em virtude da legislação que regulamenta a indenização punitiva, a exemplo da Argentina quando implementou em sua Lei de Defesa do Consumidor (artigo 52 bis)⁷ multa civil em decorrência do dano punitivo. Outra questão relevante, se percebe na fixação de critérios⁸ adotados pela Inglaterra com o fim de evitar enormes indenizações e reservar a utilização para situações excepcionais, assim

5 Com atenção maior a terceira corrente da natureza jurídica do dano moral, uma vez que prevalece na jurisprudência, Flávio Tartuce explica se tratar daquela em que a indenização por dano moral tem dupla função, ou seja, um caráter principal e reparatório e um caráter pedagógico ou disciplinar acessório que prescinde do caráter principal. Explicou que a dupla função acontece no sentido de que seja a reparação um meio de minimizar a dor sofrida pela vítima e a punição, o meio adequado para que o ofensor seja punido e não volte a reincidir (TARTUCE, 2019, p. 613).

6 RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. AGRESSÃO FÍSICA AO CONDUTOR DO VEÍCULO QUE COLIDIU COM O DOS RÉUS. REPARAÇÃO DOS DANOS MORAIS. ELEVAÇÃO. ATO DOLOSO. CARÁTER PUNITIVO-PEDAGÓGICO E COMPENSATÓRIO. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. RECURSO PROVIDO. (STJ, 4ª Turma, Resp 839.923 – MG, Rel. Min. Raul Araújo, julgado em 15/05/2012, DJe 21/05/2012). Grifamos.

7 Artículo 52 bis: Daño Punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponha no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley (ARGENTINA, 1993).

8 No caso da aplicação dos *punitive damages* na Argentina, Camargo apontou os critérios positivados na Lei do Consumidor como sendo: (i) Montante do prejuízo resultante do dano sofrido pelo consumidor; (ii) a posição do mercado do ofensor; (iii) o valor do benefício obtido com o dano causado; (iv) o grau de intenção; (v) a gravidade dos riscos ou as consequências sociais negativas da violação; (vi) reincidência e, por fim, (vii) outras circunstâncias relevantes de fato (CAMARGO, 2016).

como o pedido de *punitive damages*, que é exigido tanto na Inglaterra como nos Estados Unidos da América (CAMARGO, 2016).

Depois de traçar as características da aplicação do caráter punitivo da indenização e identificar que os *punitive damages* tem como pressuposto, acima de tudo, a punição do ofensor com o propósito de dissuadir futuras ações lesivas tanto do ofensor, como de terceiros através do exemplo, vislumbra-se pertinente apurar como vem sendo tutelado esse instituto, ou melhor, essa função no Brasil, vez que, como já destacado, a sua aplicação – por meio da dupla função do dando moral – é majoritária na jurisprudência pátria.

Em recente julgamento, o STJ, por meio do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, aplicou o instituto e corroborou o prevailecimento da dupla função, destacando, nesse sentido, que “no tocante aos danos morais, a decisão agravada não destoava do entendimento desta Corte Superior” (STJ, 2020, p. 05). Veja-se:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA. NEGLIGÊNCIA E IMPRUDÊNCIA. **DANO MORAL CONFIGURADO**. INDENIZAÇÃO FIXADA EM R\$ 500.000,00. PEDIDO DE REDUÇÃO DO VALOR. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO. VALOR COMPATÍVEL COM O GRAVAME SUPORTADO. REEXAME DE PROVAS. RAZÕES DO AGRAVO QUE NÃO IMPUGNAM, ESPECIFICAMENTE, O ALUDIDO FUNDAMENTO DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA 182/STJ. AGRAVO INTERNO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO A QUE SE NÃO CONHECE. [...] **5. Dessumese que o quantum indenizatório fora estipulado em razão das peculiaridades do caso concreto, levando em consideração o grau da lesividade e a capacidade econômica da parte pagadora, a fim de cumprir a dupla finalidade: amenização da dor sofrida pela vítima e punição do causador do dano, evitando-se novas ocorrências.** (STJ, 1ª Turma, AgInt. 1.548.494 - RJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 11/02/2020, DJe 14/02/2020). Grifamos

À vista desta decisão, pode-se compreender que os *punitive damages*, foram, de certa maneira, implementados em nosso ordenamento jurídico não de forma autônoma, plena, mas como parte integrante da função, exercício, ou até mesmo, como objetivo principal do dano moral. Com isso, depreende-se de imediato, que os danos punitivos foram minorados quando da importação para o sistema jurídico pátrio, isso se identifica quando, em comparação direta, por exemplo, com os Estados Unidos, verifica-se a necessidade de dispositivos legais, bem como pedido certo para punições⁹, diferente do que ocorre na jurisdição brasileira, que aplica indistintamente o instituto às expensas do dano moral e por vezes, acaba por desvirtuar o que se pretende com a punição civil.

Nesse sentido, Gattaz, depois de realizar pesquisa em diversos tribunais¹⁰, constatou que de cento e um acórdãos analisados, “apenas 9% admitem a aplicação dos *punitive damages* no direito brasileiro, sendo que 22% não admitem e 69% admitem uma aplicação ‘restrita’, ou seja, com ressalvas”. No que concerne ao deferimento com reservas à doutrinadora assenta que:

[...] o julgador entende por aplicável o instituto da indenização punitiva, utilizando-se, inclusive, de critérios punitivos para quantificá-la, mas, quando da atribuição de valor, acaba por calcular uma indenização tão ínfima que chega até a descaracterizar os *punitive damages*, cujo meio para a eficácia da punição é justamente o de fazer “doer no bolso” do agente ofensor (GATTAZ, 2016, p. 07-08).

9 De acordo com Camargo, nos Estados Unidos da América há muitas regras e diretrizes para aplicação dos *punitive damages*, e um contingente baixo de indenizações que recebem acréscimo decorrente de tal instituto. No que concerne os parâmetros desta nação, o autor pontuou que a Suprema Corte Norte Americana fixou como critérios: “(i) grau de repreensibilidade da conduta do ofensor; (ii) relação com o dano sofrido pela vítima e (iii) sanções eventualmente prevista em lei ou em regulamentos por condutas semelhantes àquelas praticadas pelo ofensor”. (CAMARGO, 2016).

10 A pesquisa contemplou o STF, o STJ e os Tribunais de Justiça do Estado de São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais, Mato Grosso, Distrito Federal e Território, Rio Grande do Sul e Santa Catarina (GATTAZ, 2016, p. 07).

Ilustrando sua consideração no âmbito do STJ, aduz:

A começar pelo STJ, apesar de admitir a aplicação, as indenizações foram reduzidas substancialmente na maioria das vezes, como se pode ver no REsp 913.131/BA, em que a indenização, devida em virtude de publicação de periódico que causou ofensa à honra e à imagem da vítima, passou de R\$ 960.000,00 para R\$ 145.250,00, sob o fundamento de que “a aplicação irrestrita dos *punitive damages* encontra óbice no ordenamento jurídico pátrio” [...], especificamente no art. 884 do CC/2002, que veda o enriquecimento sem causa. (GATTAZ, 2016, p. 08).

Em conclusão a autora defende que a aplicação limitada pelo Poder Judiciário brasileiro reflete na verdadeira inaplicabilidade dos *punitive damages*, isso porque exclui sua principal característica, a de “condenar o ofensor a uma indenização maior que o dano causado à vítima em valor suficiente e adequado para que o leve a nunca mais repetir sua conduta” (GATTAZ, 2016, p. 08).

Na óptica de Camargo a aplicação dos *punitive damages* no Brasil está intimamente ligada as indenizações por dano moral. O autor assevera que o caráter punitivo é aplicado na mensuração do dano moral e desta maneira, “de forma transversa, obtém-se o dano punitivo, sem necessidade de pedido específico ou de fundamento específico na sentença” (CAMARGO, 2016). Na mesma linha, o doutrinador pontua que:

(...) atualmente, utilizar o critério de punição, praticamente, tornou-se regra na fixação do dano, sendo certo, que mesmo quando o julgador entende que não está se utilizando dos danos punitivos ele acaba utilizando por vias transversas, uma vez que considera para fixar o dano a condição das partes envolvidas, e não necessariamente o dano em si (CAMARGO, 2016).

Outra observação pertinente, em consequência da fixação pelos critérios da punição, diz respeito a não diferenciação do que é dano compensatório e o que é dano punitivo na justiça pátria, situação que, segundo o professor, não guarda relação com o ordenamento que deu origem ao instituto dos *punitive damages* e contribui para falta de fundamentação do dano punitivo (CAMARGO, 2016).

Em sentido análogo, Eduardo Henrique de Oliveira Yoshikawa aduz que:

Sendo o valor da condenação arbitrado conforme preconizam a doutrina e a jurisprudência dominante atualmente, não há como saber o que é indenização e o que é multa, onde começa a reparação e onde termina a punição. O que, inclusive, dificulta a revisão do valor das indenizações pela instância superior (YOSHIKAWA, 2015, p. 07).

Por força destas considerações, vislumbra-se que o ordenamento jurídico brasileiro se desviou, quase que como um todo, do que de fato constitui os *punitive damages*, especialmente no que tange as características da aplicação, a exceção reside naqueles casos – praticamente excepcionais¹¹ – localizados pela professora Luciana de Godoy Penteado Gattaz que tratam do instituto de acordo com a doutrina norte-americana¹².

No entanto, pode-se conceber desde logo que a simples importação do instituto – de notável aplicação no sistema *common law* – não guarda a devida consonância com ordenamento

11 Haja vista que os casos em que se tem a aplicação dos *punitive damages* no ensaio da autora Luciana de Godoy Penteado Gattaz não chegam a representar nem a 10% dos casos compulsados.

12 Alguns acórdãos merecem destaque. O primeiro, do TJSP, refere-se à AC 1196397-2, em que o relator, apesar de entender que a aplicação do instituto deva ser restrita, em função da vedação do enriquecimento sem causa e da ausência de dispositivo legal autorizador, menciona as hipóteses de aplicação dos *punitive damages*, seguindo a doutrina norte-americana. Por entender que o caso em julgamento não se adequava às hipóteses de aplicação, o Tribunal houve por bem não aplicar o instituto e reduzir a indenização de R\$ 50.000,00 para 50 salários mínimos. Nota-se, desse modo, que houve uma preocupação dos desembargadores em analisar as hipóteses e os pressupostos para a aplicação do instituto de acordo com a doutrina norte-americana, ainda que tenham votado pela aplicação restrita, criticada por este trabalho. Outros dois interessantes exemplos vão nessa mesma linha. Na AC 2.0000.00.346267-7/00, do TJMG, o relator detalha as hipóteses de aplicação dos *punitive damages* também de acordo com a doutrina norte-americana, apesar de entender que a aplicação deva ser restrita. Na Ac 70027155902 julgada pelo TJRS, decidiu-se pela plena aplicação da indenização punitiva, desde que sejam observados os requisitos previstos no direito norte-americano (GATTAZ, 2016, p. 09).

jurídico brasileiro, que é regido pelo sistema *civil law*. Isso verifica-se, inclusive, nas decisões apontadas pela professora Luciana de Godoy Penteado Gattaz, quando, aludindo ao Tribunal de Justiça de São Paulo, aduz que o relator entende pela aplicação restrita em razão da ausência de dispositivo legal autorizador dos *punitive damages* no Brasil (GATTAZ, 2016, p. 09).

Forçoso consignar que a ausência de legislação não decorreu de inércia legislativa, isso porque a redação inicial do CDC contemplou a figura da multa civil em seus artigos 16, 45 e 52, §3º, mas o veto presencial derrubou tais dispositivos (CAMARGO, 2016). Outras duas tentativas infrutíferas, ocorreram no âmbito do Código Civil de 2002, precisamente no artigo 944, onde se pretendeu positivar o desestímulo ao lesante, a função punitiva e preventiva. Observa-se que na tentativa mais recente, em 2017, o legislador procurou estabelecer parâmetros para fixação do caráter punitivo, tais como a (i) intensidade do dolo ou o grau de culpa do responsável; (ii) a natureza, a gravidade e a repercussão social da ofensa, (iii) a lucratividade e a reiteração da conduta ofensiva; (iv) a situação financeira do responsável; e (v) sanções penais, civis ou administrativas já aplicadas (BRASIL, CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2017).

Diante destas considerações, fica compreendido, ao menos em síntese, como vem sendo absorvida a figura dos danos punitivos no Brasil. Dessarte, podemos, de antemão, observar a ausência de expressa previsão legal que positive tal instituto. Malgrado, verifica-se que apesar da ausência de lei, a jurisprudência nacional aplica indistintamente os *punitive damages*, seja no sentido de duplo caráter do dano moral, seja na mensuração do dano, quando se utiliza de critérios punitivos, como, por exemplo, a condição econômica do lesante.

A partir desta observação, infere-se que os danos punitivos – no Brasil – não são autônomos em relação ao dano moral, mas, como destacado anteriormente, são parte integrante, quase que “intrínsecos” (na contemporaneidade) ao dano moral, isso porque a jurisprudência majoritária conjuga a função compensatória, necessariamente, com a função punitiva. Nesta perspectiva, lembra-se da lição de Camargo, quando assevera que o julgador, mesmo que entenda não estar se utilizando dos *punitive damages*, acaba empregando-os por vias transversas, o que se dá em virtude de utilizar como critério para mensuração da indenização a condição das partes e não o dano em si.

À vista disso, depreende-se outra característica que corrompe o instituto, uma vez que ao ser aplicada a dupla função, não há preocupação em se mensurar especificamente o que é compensação e o que é punição, situação que, como bem observado por Yoshikawa, pode dificultar a revisão da indenização na instância superior, o que, via de consequência, é capaz de implicar na redução das indenizações, fazendo-se perder, desta maneira, a eficácia da punição, como precisamente apontou Gattaz.

A luz das tentativas infrutíferas de positivação, notadamente no CDC, verifica-se que a multa civil pretendida pelo artigo 16 e seus afins (45 e 52, §3º) que foram vetados, sobretudo por não contemplar destinação e finalidade¹³, hoje, aparentemente, se mostram aplicados e justificados por intermédio, também, do dano moral, mas em sua feição coletiva que se utiliza da perspectiva punitiva com objetivo de dissuadir comportamento lesivo (finalidade) e tem de acordo com o artigo 13 da Lei da Ação Civil Pública a reversão da condenação em dinheiro a fundo gerido por um Conselho Federal ou Estadual que buscará a reconstituição dos bens lesados (destinação).

Com isso, depreende-se mais uma vez o dano moral, agora no âmbito coletivo, vinculando sem distinções a função compensatória e punitiva, ao mesmo tempo em que não dispõe de previsão legal para o exercício dos *punitive damages*.

13 Da lição de Camargo, em que é colacionada a íntegra do veto presidencial (2016), extrai-se dois fundamentos: o primeiro limita-se a assegurar que a reparação do dano sofrido pelo consumidor já foi “de modo cabal” disposta no artigo 12 e em outras normas; o segundo, por seu turno, registra que os dispositivos vetados criam a figura da multa civil, sem que se tenha definido a destinação das multas – consideradas sempre de valor expressivo – e a finalidade que se pretende com tal finalidade (BRASIL, 1990).

A par do exposto, demonstra-se indispensável investigar se, apesar da ausência de previsão legal, e das reflexões aqui realizadas sobre a aplicação dos danos punitivos no Brasil, especialmente sua vinculação com o dano moral coletivo, é lícita ou não. Razão pela qual passa-se a apurar os fundamentos que justificam ou não a aplicação dos *punitive damages* por meio do dano extrapatrimonial coletivo.

(I) LICITUDE DA FUNÇÃO PUNITIVA DO DANO MORAL COLETIVO

Como se viu, depois de certa resistência tanto doutrinária, como jurisprudencial, o dano moral coletivo sedimentou-se na justiça brasileira, tendo lugar quando da violação de valores fundamentais de uma determinada coletividade, desde que seja injusta e ocasione insegurança. Sua tutela está devidamente prevista nas legislações infraconstitucionais, especialmente no microsistema do processo coletivo, em que se inclui o CDC.

Assim como o dano moral individual, o dano moral coletivo tem, na jurisprudencial majoritária, a aplicação de acordo com o duplo caráter, no entanto, não se pode conceber desde logo a ilicitude dos *punitive damages* em sua aplicação, pois possui características próprias que se distinguem bastante dos danos morais individuais. Com o intuito de ilustrar o exercício do caráter compensatório e punitivo do dano extrapatrimonial coletivo, apresenta-se julgamentos do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANOS MORAIS COLETIVOS CAUSADOS AOS CONSUMIDORES DE CUIABÁ. INFIDELIDADE DE BANDEIRA. FRAUDE EM OFERTA OU PUBLICIDADE ENGANOSA PRATICADAS POR REVENDEDOR DE COMBUSTÍVEL. [...] **9. A quantificação do dano moral coletivo reclama o exame das peculiaridades de cada caso concreto, observando-se a relevância do interesse transindividual lesado, a gravidade e a repercussão da lesão, a situação econômica do ofensor, o proveito obtido com a conduta ilícita, o grau da culpa ou do dolo (se presentes), a verificação da reincidência e o grau de reprovabilidade social.** [...] O quantum não deve destoar, contudo, dos postulados da equidade e da razoabilidade nem olvidar dos fins almejados pelo sistema jurídico com a tutela dos interesses injustamente violados. 10. Suprimidas as circunstâncias específicas da lesão a direitos individuais de conteúdo extrapatrimonial, **revela-se possível o emprego do método bifásico para a quantificação do dano moral coletivo a fim de garantir o arbitramento equitativo da quantia indenizatória**, valorados o interesse jurídico lesado e as circunstâncias do caso. [...] (STJ, 4ª Turma, REsp 1.487.046 – MT, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 28/03/2017, DJe 16/05/2017). Grifamos

A citada decisão evidencia que a jurisprudência pátria sanciona o infrator de danos morais coletivos, como no caso concreto acima, em que o STJ aplicou sanção civil expressa pela reparação pelos danos morais coletivos causados aos consumidores por fraude em oferta ou publicidade enganosa praticada por revendedor de combustível, que ostentava marca de uma distribuidora e comercializava combustível adquirido por outra, expondo os consumidores à prática comercial ilícita de forma a lesionar direito transindividual da coletividade.

Com mais clareza:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANOS MORAIS COLETIVOS. POSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS DA SOCIEDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO DADA A INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. [...] **“o dano moral coletivo [...]. Tem a função de: a) proporcionar uma reparação indireta à lesão de um direito extrapatrimonial da coletividade; b) sancionar o ofensor; e c) inibir condutas ofensivas a esses direitos transindividuais”** [...] (STJ, 3ª Turma, AgInt no AREsp 1.312.148 - SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 17/09/2018, DJe 20/09/2018). Grifamos

Da análise das decisões ora colacionadas, vislumbra-se a utilização de critérios (por exemplo, situação econômica do ofensor e proveito obtido com a conduta ilícita) típicos da função punitiva do dano moral que corroboram a aplicação da dupla função no dano moral coletivo, o que fica ainda mais claro com a disposição do Ministro Marco Aurélio Bellizze, quando assenta que o dano moral coletivo tem função de reparar direito extrapatrimonial da coletividade e sancionar o ofensor. O Ministro também considera a inibição da conduta que, como se percebe desta obra, está incluso nos *punitive damages*, constituindo o principal propósito dos danos punitivos.

No sentido da jurisprudência majoritária, Amaury Rodrigues Pinto Júnior, tratando das funções da responsabilidade civil no dano moral coletivo – que em sua perspectiva não apenas justificam e fundamentam a condenação, mas orientam o julgador no arbitramento da indenização – precisamente observa que “a primeira função que é possível visualizar por danos morais coletivos, que saltas aos olhos e é até mesmo intuitiva, diz respeito à sua característica penalizadora”, e complementa no sentido de que, “Realmente, a primeira a reação humana à violenta transgressão de valores ético-sociais é no sentido de punir o infrator em verdadeiro reflexo de índole vingativa”¹⁴ (JUNIOR, 2013).

No que tange ao verdadeiro objetivo dos *punitive damages*, o professor Amaury Rodrigues Pinto Júnior, a título de segunda faceta, busca realçar a principal função do dano moral coletivo, qual seja, a dissuasão, em seus termos “exemplar-inibitória da punição”, que de acordo com sua lição orientará na mensuração da pena, devendo ser “imponente o bastante para desestimular economicamente a repetição ou imitação iníquo”, sem, no entanto, pretender “aniquilar o ofensor”. Defendendo a punição no sentido de dissuasão, fundamenta:

Admite-se a função punitiva, mas não como retribuição taliônica ao ofensor, antes como medida salutar de reprimenda social que objetive o desestímulo (tanto do autor da ofensa, quanto de terceiros) a práticas socialmente condenadas. Para além da punição, que busca satisfazer um sentimento egoístico que é próprio do ser humano, mas não deve marcar indelevelmente os atos de uma sociedade que prima pelo respeito à dignidade humana, mostra-se de todo apropriado conceber a indenização por dano moral coletivo como instrumento inibidor de condutas impróprias, aquelas que desrespeitam os valores éticos norteadores do sentimento coletivo de dignidade e solidariedade humana. A ameaça de penalizações, desde que relevantes e economicamente desestimulantes, cumprem a mais importante função da responsabilidade civil, no que se refere ao dano moral coletivo, que é a de dissuadir o desrespeito ao ordenamento jurídico vigente, primordialmente no que pertine aos mais caros valores éticos da sociedade (JUNIOR, 2013).

Notadamente acerca da compensação, o autor, com apoio na doutrina de Xisto Tiago de Medeiros Neto, percebe a incidência de tal função no dano moral coletivo como secundária, diferente do que ocorre no dano moral individual. Neste sentido, o autor assenta que a compensação incide apenas de forma indireta ou reflexa como meio de reconstituição dos bens lesados (JUNIOR, 2013). Em desfecho as funções da responsabilidade civil do dano moral coletivo, Júnior anota que:

(...) a função primordial da responsabilidade civil na dimensão do dano moral coletivo é dissuasória, permanecendo em segundo plano a função punitiva. A finalidade compensatória é alcançada por meio da indenização material e, embora os valores decorrentes de indenizações por danos morais coletivos possam e devam ser revertidos em prol da comunidade prejudicada, não é essa a motivação que justifica a condenação (JUNIOR, 2013).

Malgrado o prevalecimento da jurisprudência no sentido da dupla função, perdura controvérsias quanto à licitude do caráter punitivo do dano moral coletivo. Nesse sentido, em oposição ao dano moral coletivo como um todo, observamos as razões de Bruno Di Marino

¹⁴ Júnior destaca que “Mesmos os doutrinadores que negam qualquer função punitiva à indenização por danos morais concordam com sua existência no campo da indenização por danos morais coletivos, principalmente quando a lesão é praticada dolosamente ou com culpa grave (JUNIOR, 2013).

e Álvaro Ferraz que, sem delongas, asseveram que o Ministro Teori Zavascki tinha razão ao dispor que a “vítima do dano moral é, necessariamente, uma pessoa”, não havendo assim, que se falar da incidência de tal instituto no âmbito dos direitos transindividuais, especialmente, as expensas do dano moral coletivo (DI MARINO; FERRAZ, 2019).

Os autores argumentam que o erro está em considerar o dano moral coletivo como indenização, isso porque “o fruto da condenação por dano moral coletivo não reverte a ninguém especificamente; antes, reverte a todos, indistintamente”. Neste ponto, acrescentam que não se indeniza nem compensa a vítima, muito menos melhora o serviço ou produto questionado na ação coletiva, situação que os faz concluir pelo desvirtuamento da função, configurando, desta forma, “multa/punição/castigo” (DI MARINO; FERRAZ, 2019).

Estando caracterizada a punição, os autores lembram do princípio da legalidade constitucionalmente garantido no artigo 5º, incisos II, XXXIX e XLVI, “c” e que é vinculante a toda e qualquer emanção do *ius puniendi*, então, à vista deste super princípio, destacam – com veemência – o seu desrespeito quando da tutela do dano moral coletivo, em virtude de que no ordenamento jurídico brasileiro não há nenhuma lei prevendo multa em decorrência do dano extrapatrimonial coletivo. Além do mais, Di Marino e Ferraz alertaram com propriedade que se houvesse lei, o risco da incidência de *bis in idem* seria grande. Explicaram que a sanção pelo mesmo fato ocorreria em razão da “condenação pela conduta vedada em si, devidamente tipificada, e mais o acréscimo, em duplicidade, da condenação pelo dano moral coletivo”. Por força de tais argumentos, os professores concluem que o:

[...] dano moral coletivo, tal como está e foi forjado, é um instituto conceitualmente errado, e não só errado, mas desviante de função, ensejando, como há muito tem ensejado, desvirtuamento de finalidade e condenações arbitrárias (não justificadas à sociedade) (DI MARINO; FERRAZ, 2019).

Por outro lado, Paulo Sergio U. F. Ferraz de Camargo defende a incidência dos *punitive damages* no dano moral coletivo, sobretudo, e tão somente quando estar-se-á tratando de interesses difusos e coletivos *stricto sensu*¹⁵ em razão da “gravidade do dano nessas situações e do caráter fluído da reparação, com o produto sendo revertido para um fundo” (CAMARGO, 2016).

Em seu ensaio, Camargo sustenta que o dano extrapatrimonial coletivo ocorre tanto na esfera administrativa reprimindo condutas lesivas como na esfera judicial. É justamente no campo administrativo que aparecem os fundamentos para ser apurada a licitude do exercício dos danos punitivos. Por esse ângulo, o professor Paulo Sergio U. F. Ferraz de Camargo aponta os artigos 56 e 57 do Código de Defesa do Consumidor¹⁶ que tratam das sanções administrativas, o Decreto n.º 2.181 de 1997 que organiza Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SNDC e estabelece as normas gerais de aplicação de sanções administrativas, e a Lei da Ação Civil Pública que, em seu artigo 13, como já mencionado, dispõe de fundo para destinação de indenizações decorrentes das ações coletivas (CAMARGO, 2016).

No que tange o Decreto n.º 2.181 de 1997, oportuno realçar alguns dos critérios utilizados

15 O doutrinador exclui os interesses individuais homogêneos em razão destes serem equiparados ao direito individual propriamente dito. Nesse sentido, salienta-se que, por mais que sejam objeto de ação coletiva, os direitos individuais homogêneos são perfeitamente divisíveis, ou seja, são individualizados/determinados, o que faz presumir a incidência do dano moral de caráter individual, que, de acordo com a obra de Camargo, somente será lícito se tiver apenas o exercício da função compensatória, sob pena de configuração do enriquecimento sem causa.

16 Art. 56. As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas: I - multa; (...) Parágrafo único. As sanções previstas neste artigo serão aplicadas pela autoridade administrativa, no âmbito de sua atribuição, podendo ser aplicadas cumulativamente, inclusive por medida cautelar, antecedente ou incidente de procedimento administrativo. Art. 57. A pena de multa, graduada de acordo com a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica do fornecedor, será aplicada mediante procedimento administrativo, revertendo para o Fundo de que trata a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, os valores cabíveis à União, ou para os Fundos estaduais ou municipais de proteção ao consumidor nos demais casos (BRASIL, 1990).

para agravar a pena (artigo 26), sendo eles: reincidência; prática ilícita para lograr vantagem indevida; dolo; e ocasionar dano coletivo. Além disso, insta apontar o artigo 28 que, em síntese, elenca critérios para fixação da pena de multa, como, por exemplo, a condição econômica do infrator e a vantagem auferida que foram visualizadas no REsp 1.487.046 – MT.

À vista destes critérios para fixação da pena de multa e de seus respectivos agravamentos, percebe-se estar diante de parâmetros utilizados pelos *punitive damages*, tanto do direito alienígena, como daqueles utilizados pela jurisprudência pátria, que buscam, especialmente, a inibição da conduta do ofensor e de terceiros. Neste sentido, Camargo aduz:

[...] pelos seus parâmetros de fixação que visam coibir a ocorrência de um dano coletivo e, sobretudo, sua reincidência, é possível identificar um caráter punitivo com nítido efeito dissuasório na aplicação da multa e, ainda, sua destinação ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos impede que ocorra o enriquecimento sem causa dos beneficiários da multa, uma vez que sua aplicação é fluída, situação essa que permite uma aplicação mais oportuna do caráter punitivo da penalidade imposta ao fornecedor, se comparado ao que acontece na esfera individual do dano moral. [...]

Necessário registrar que na sanção administrativa do dano coletivo existe previsão dos parâmetros para fixação, seja pela conduta, seja pelos valores da vantagem obtida, permitindo uma fixação acima da extensão do dano em nítido caráter punitivo, como forma de evitar que o ato lesivo se repita (...). (CAMARGO, 2016).

Com esta lição, pode-se compreender que a limitação do artigo 944 do Código Civil – que constitui óbice à função punitiva do dano moral individual – não possui a mesma força sobre a punição administrativa decorrente do dano coletivo, que dispõe de critérios mais flexíveis para adequar a punição ao caso concreto.

Apesar da evidente posituação dos danos punitivos na esfera administrativa do CDC e do SNDC, verifica-se empecilho à utilização no âmbito judicial a título de função punitiva do dano moral coletivo. Tal contratempo se extrai do ensinamento de Di Marino e Ferraz quando alertam para ocorrência de *bis in idem*. A situação levantada pelos autores, na prática, poderia cogitar-se presente independente de lei específica prevendo a função punitiva do dano moral coletivo, uma vez que diversas ações em que se pretende os danos extrapatrimoniais coletivos, tramitaram anteriormente nas instâncias administrativas das agências reguladoras ou nos procedimentos administrativos do Ministério Público – quando não em ambos –, e acarretaram, ao menos na esfera das agências reguladoras, em multa pela atividade lesante, o que poderia, em tese, configurar o *bis in idem* observado pelos autores.

Nessa perspectiva, poderíamos deduzir, por conta da existência dos dispositivos mencionados e da vedação ao *bis in idem*, que os *punitives damages* se esgotam na esfera administrativa quando da fixação da multa, não havendo como, desta maneira, pretender nova condenação, agora no âmbito do poder judiciário, pelo mesmo ato ilícito objeto de sanção no processo administrativo.

Sobre a questão ora levantada, Ada Pellegrini Grinover destacou que “a imposição judicial da indenização por dano moral coletivo, representaria, [...], indevida invasão, pelo Judiciário, de área reservada à agência reguladora”, mais do que isso, “estar-se-ia diante de situação de indevido *bis in idem*, pela superposição de sanções”¹⁷ (GRINOVER, 2012, p. 16).

Não obstante a respeitável consideração de ocorrência de *bis in idem*, compreende-se que as sanções administrativas, por vezes, acabam não sendo suficientes para dissuasão do ofensor, razão pela qual o dano moral coletivo, em sua feição punitiva, torna-se necessário para coibir atos ilícitos reiterados e calculados pelos mais diversos fornecedores. Neste ponto, enfatiza-se que não se pretende punir duplamente o ofensor, mas coibir ações lesivas posteriores ao

¹⁷ A professora esclarece que a interferência do Poder Judiciário tão somente se justifica diante da falta de razoabilidade das ações ou omissões de tais organismos (GRINOVER, 2012, p. 16).

processo administrativo, que, via de consequência, desenrolam-se pela ineficácia da multa, uma vez que não há efetiva dissuasão do ofensor¹⁸.

Uma questão que contribui para ineficácia da penalidade do âmbito administrativo e na necessidade do exercício do dano moral coletivo, nota-se na limitação da quantia passível de multa. O Código de Defesa do Consumidor, por seu turno, estabelece em seu artigo 57, parágrafo único, que a multa “será em montante não inferior a duzentas e não superior a três milhões de vezes o valor da Unidade Fiscal de Referência (Ufir), ou índice equivalente que venha a substituí-lo”. Acontece que a UFIR foi extinta em 2001 pelo artigo 29, § 3º, da Medida Provisória n.º 2095-76, todavia, pode-se verificar pela cotação realizada no período de 2000, que a unidade tinha a época de sua extinção o valor de 1,0641 reais, que, portanto, faz presumir que a multa administrativa no âmbito do Código de Defesa do Consumidor é limitada a 3.192.300 reais. (BRASIL, 1990).

Do exposto até aqui, pode-se conceber que as doutrinas de Paulo Sergio U. F. Ferraz de Camargo e de Amaury Rodrigues Pinto Júnior partilham da utilização do dano moral coletivo como instrumento de punição a condutas ilícitas perpetradas por fornecedores, assim como de sua licitude, que de acordo com o primeiro professor, se mostra na esfera administrativa, devidamente positivada no Código de Defesa do Consumidor e na Lei que cria o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor.

Não há como negar que os dispositivos do CDC (aqui mencionados) positivam os *punitive damages* na órbita administrativa, no entanto, quando se considera o instituto no âmbito do Poder Judiciário, verifica-se que não se pode simplesmente importar os danos punitivos do direito administrativo e pleitear eventual condenação a título de dano moral coletivo, uma vez que não há lei dispendo sobre tal figura – como bem assentado pelos professores Bruno Di Marino e Álvaro Ferraz.

À luz desta situação, convém remontar aos “mandados de otimização” – lembrados por Gattaz¹⁹ – que preconizam que algo seja realizado na maior medida possível, ou seja, pretendendo-se a defesa dos consumidores – considerados vulneráveis – mostra-se perfeitamente possível a tutela dos *punitive damages* atrelado ao dano moral coletivo, independente ou não da existência da lei, isso porque pretende-se garantir a defesa de direitos fundamentais que são sensivelmente mais relevantes que o princípio da legalidade.

Não obstante a professora Ada Pellegrini Grinover tenha apontado para ocorrência do *bis in idem*, verificamos que tal não ocorre efetivamente, dado que não se pretende punir, pelo mesmo ato, o ofensor apenado na esfera administrativa, mas repreender e dissuadir a continuidade da atividade ilícita que porventura tenha persistido em razão das limitações que enfrentam as sanções administrativas, especialmente as de valor. Ademais, corrobora-se para afastar a caracterização do *bis in idem* a disposição do artigo 56 do CDC que estabelece

18 A doutrina de Camargo abordou a situação: “Apesar do caráter punitivo da multa na hipótese da sua aplicação não sanar o desrespeito ao consumidor, daí então é possível o ajuizamento de uma ação coletiva com pedido de reparação do dano moral coletivo. No caso demonstrado acima, foi justamente isso que ocorreu, isto é, as operadoras de telefonia Claro e Oi receberam respectivamente uma multa administrativa no valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) e R\$ 2.500.000,00 (dois milhões e quinhentos mil de reais), em razão de desrespeito às regras de atendimento ao cliente. No entanto, as empresas teriam preferido pagar a multa e discutir sua aplicação ao invés de adequar seus procedimentos. Essa situação ensejou por parte do Ministério da Justiça uma ação contra a empresa, requerendo indenização por dano moral coletivo no valor de R\$ 300.000.000,00 (trezentos milhões de reais)” (CAMARGO, 2016).

19 Com norte nos princípios da dignidade, da proteção dos direitos da personalidade e do direito à indenização por dano moral no âmbito constitucional a autora lembra que estes princípios são mandados de otimização, que, de acordo com a definição de Robert Alexy, são ‘normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível’. Com isso, Gattaz verifica que “não é admissível deixar de aplicar a indenização punitiva por inexistir disposição legal que a preveja”, isso porque os mandados de otimização justificam a utilização de todos os meios possíveis para a efetiva proteção dos direitos fundamentais, ao ponto de se tornar desnecessária a existência de norma infraconstitucional (GATTAZ, 2016, p. 06).

expressamente que as sanções administrativas não acarretam prejuízo as de natureza civil, penal, e daquelas definidas em normas específicas.

Outra questão pertinente à verificação da licitude da função punitiva do dano moral coletivo diz respeito ao caráter fluido da indenização, haja vista que a indenização lograda em ação coletiva, tal como ocorre na esfera administrativa, reverte aos respectivos fundos federais e estaduais, afastando, desse modo, a ocorrência enriquecimento sem causa.

À vista dos argumentos postos, bem como da jurisprudência selecionada, vislumbra-se lícita a tutela dos *punitive damages* por meio do dano moral coletivo, bem como melhor posicionamento jurisprudencial a respeito, no entanto, ainda perdura algumas divergências quanto aos *punitive damages* propriamente ditos, uma vez que atrelado ao dano moral coletivo, não existe a devida separação do que consiste em punição/dissuasão e o que reflete na compensação. No entanto, malgrado não seja a prática forense no sentido de distinguir, tal fato não acarreta grandes prejuízos, visto que, como bem registrou Amaury Rodrigues Pinto Júnior “a função primordial da responsabilidade civil na dimensão do dano moral coletivo é dissuasória”, o que porventura, não leva prejuízo a defesa do réu, que desde início da lide compreende tratar-se de instituto que objetiva principalmente a punição com o fim de obter a exemplar-inibitória.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo buscou apresentar o lícito exercício da função punitiva/sancionadora do dano moral coletivo, em busca, principalmente, da dissuasão do ofensor, a fim de que seja alcançada uma eficiente prevenção dos danos coletivos lato sensu.

É patente que a jurisprudência aplica os danos punitivos no dano moral, tanto em sua vertente individual, como em seu caráter coletivo. Neste prisma, pretendeu-se elucidar o instituto dos *punitive damages*, investigar como tem ocorrido sua internalização na justiça nacional, para, desse modo, visualizar a sua licitude perante o ordenamento jurídico brasileiro.

Inicialmente, conduziu-se a evidenciação do dano moral coletivo e sua respectiva aceitação na jurisprudência de acordo com a dupla função. Na sequência, desenvolveu-se a função punitiva, sobretudo sua aplicação no ordenamento jurídico pátrio, oportunidade em que foi apurada a inevitável associação daquela pretensão com a indenização por dano moral. Por fim, através do diálogo doutrinário, compreendeu-se a licitude do exercício da função sancionadora do dano moral coletivo, sobretudo, como foco na dissuasão.

A licitude do caráter punitivo do dano moral coletivo – malgrado não disponha de lei – justifica-se pelos mandados de otimização que proporcionam que algo seja realizado na maior medida possível, e diante de direitos fundamentais mais relevantes, como é o caso do direito do consumidor, não há que se falar em ausência de lei, mas, sim, na busca do maior número de instrumentos para garantir a integral proteção desse grupo.

Outrossim, não merece prevalecer a suposta caracterização do *bis in idem* entre as sanções impostas no âmbito administrativo (impostas pelas agências reguladoras e demais órgãos da Administração Pública) com as condenações por dano moral coletivo, isso porque o exercício punitivo deste último busca atacar a persistência, pós processo administrativo, dos danos coletivos lato sensu.

Malgrado a jurisprudência nacional utilize-se da dupla função no dano moral coletivo sem, contudo, distinguir a sanção da compensação, vislumbra-se pertinente observar que não há no dano moral coletivo o mesmo prejuízo que ocorre no âmbito individual do dano extrapatrimonial.

Isso se dá em virtude de que a motivação desse dano é a dissuasão, ou seja, a tutela é embasada, desde a exordial, no sancionamento do ofensor, que, por sua vez, em sua resposta, pode buscar afastar a punição sem prejuízo na defesa. No entanto, para uma melhor caracterização dos *punitive damages* e da respectiva compensação na justiça nacional, vislumbra-se como melhor medida, em todos os sentidos, a distinção com o devido fundamento da mensuração.

À vista dos exposto, a função punitiva se mostra como uma importante ferramenta para o direito, especialmente na tutela dos direitos coletivos lato sensu, quando pretende, acima de tudo, a dissuasão do agente ofensor que, além de incidir diretamente sobre este, por meio do exemplo e da certeza de sanção em decorrência do ato ilícito, acaba atingindo indiretamente terceiros que consideram a possibilidade de sofrer multa por determinada conduta antijurídica, e dessa maneira, acabam por se absterem da prática ilícita.

Tal intento se mostra de todo favorável quando se tem em vista a sociedade contemporânea em que se inserem, por exemplo, consumidores que são constantemente expostos a publicidades, por vezes, abusivas e enganosas, como também o direito difuso ao meio ambiente hígido, sadio e preservado e, em igual medida, à proteção de mananciais hídricos, direitos que, se violados por praticas ilícitas, podem se socorrer do dano moral coletivo para compensar os danos sofridos, sancionar o infrator de modo exemplar para que não mais incorra na pratica ilícita e, como principal consequência da punição, lograr êxito na prevenção de novos atentados aos direitos metaindividuais.

Com este cenário, mostra-se de todo favorável o ordenamento jurídico dispor do maior número de meios e instrumentos para conter os abusos praticados contra as relações consumo, o meio ambiente, e a todos os interesses e direitos difusos ou coletivos, o que, portanto, justifica a defesa da função punitiva do dano moral coletivo e contribui para uma maior proteção, prevenção e reparação dos danos coletivos.

Por fim, para a efetiva defesa dos direitos coletivo lato sensu, o Ministério Público, na qualidade de defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, desempenha enorme papel na tutela destes direitos, sendo fundamental para, por meio do inquérito civil e da consequente ação civil pública, lograr a indenização por dano moral coletivo compensando os danos sofridos pela coletividade e assegurando a dissuasão do ofensor e de terceiros.

REFERÊNCIAS

ARGENTINA. **Lei n.º 24.240, institui normas de proteção e defesa dos consumidores**. Disponível em <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/638/texact.htm>>. Acesso em 7 de mai. 2020.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (1. Turma). **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 1548494/RJ**. Agravo interno no agravo em recurso especial processual civil. Administrativo. Ação de indenização por danos morais. Responsabilidade civil médica. Negligência e imprudência. Dano moral configurado. Indenização fixada em R\$ 500.000,00. Pedido de redução do valor. Impossibilidade de revisão. Valor compatível com o gravame suportado. Reexame de provas. Razões do agravo que não impugnam, especificamente, o aludido fundamento da decisão agravada. Súmula 182/STJ. Agravo interno do estado do rio de janeiro a que se não conhece. Agravante: Estado do Rio de Janeiro. Agravado: Paola Domiciano da Costa. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 11 de fevereiro de 2020. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201902223618&dt_publicacao=14/02/2020>. Acesso em 20 de abril de 2020.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (1. Turma). **Recurso Especial 598281/MG**. Processual civil. Ação civil pública. Dano ambiental. Dano moral coletivo. Necessária vinculação do dano moral à noção de dor, de sofrimento psíquico, de caráter individual. Incompatibilidade com a noção de transindividualidade (indeterminabilidade do sujeito passivo e indivisibilidade da ofensa e da reparação). Recurso especial improvido. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: Empreendimentos

Imobiliários Cannã Ltda. Relator: Min. Luiz Fuz. Relator para acórdão: Min. Teori Albino Zavascki, 02 de maio de 2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200301786299&dt_publicacao=01/06/2006>. Acesso em 01 de maio de 2020.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). **Recurso Especial 1820000/SE**. Recurso especial. Ação civil pública. Ambiental. Irregularidade no fornecimento de água potável encanada. Dano moral coletivo caracterizado. Quantum indenizatório. Redução. Impossibilidade. Súmula 7/STJ. Recorrente: Companhia de Saneamento de Sergipe Deso. Recorrido: Ministério Público do Estado de Sergipe. Relator: Min. Herman Benjamin, 17 de setembro de 2019. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201900743916&dt_publicacao=11/10/2019>. Acesso em: 01 de maio de 2020.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 1312148/SP**. Agravo interno no agravo em recurso especial. Ação civil pública. Danos morais coletivos. Possibilidade. Violação a direitos fundamentais da sociedade. Incidência da súmula 7/STJ. Dissídio jurisprudencial. Impossibilidade de apreciação dada a incidência da súmula 7/STJ. Agravo interno desprovido. Agravante: Renê Aparecido Franco Soares Filho. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze, 17 de setembro de 2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201801477153&dt_publicacao=20/09/2018>. Acesso em: 01 de maio de 2020.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial 839923/MG**. Recurso especial. Responsabilidade civil. Acidente de trânsito. Agressão física ao condutor do veículo que colidiu com o dos réus. Reparação dos danos morais. Elevação. Ato doloso. Caráter punitivo-pedagógico e compensatório. Razoabilidade e proporcionalidade. Recurso provido. Recorrente: Edésio Moreira da Silva. Recorrido: João Cardoso Neto e outro. Relator: Min. Raul Araújo, 15 de maio de 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200600384862&dt_publicacao=21/05/2012>. Acesso em: 01 de maio de 2020.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial 1487046/MT**. Recurso especial. Ação civil pública. Danos morais coletivos causados aos consumidores de Cuiabá. Infidelidade de bandeira. Fraude em oferta ou publicidade enganosa praticadas por revendedor de combustível. Recorrente: Ministério Público do Estado de Mato Grosso. Recorrido: Atílio Grisólia Filho e outro. Relator: Min. Luiz Felipe Salomão, 28 de março de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201202275676&dt_publicacao=16/05/2017>. Acesso em 10 de maio de 2020

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 12 de outubro de 2019.

BRASIL. **Decreto n.º 2.181, de 20 de março de 1997. Dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SDNC**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2181.htm#:~:text=84%2C%20inciso%20IV%2C%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o,11%20de%20setembro%20de%201990>. Acesso em 01 de junho de 2020.

BRASIL. **Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública**. Diário Oficial da União: Brasília, DF: Presidência da República [1995]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em 20 de janeiro de 2020.

BRASIL. **Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990. Institui o Código de Defesa do Consumidor**. Diário Oficial da União... [2017]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em 10 de novembro de 2019.

BRASIL. **Mensagem n.º 664, de 11 de setembro de 1990, dispõe sobre vetos do Código de Defesa do Consumidor**. Brasília: Presidência da República [1990]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/antecedente_98/vep664-L8078-90.htm>. Acesso em 6 de maio de 2020

BRASIL. **Valor da UFIR**. Disponível em: <<https://receita.economia.gov.br/orientacao/tributaria/pagamentos-eparcelamentos/valor-da-ufir>>. Acesso em 15 de maio de 20.

CAMARGO, Paulo Sergio Uchoa Fagundes Ferraz de. **Dano moral coletivo, uma possibilidade de aplicação dos danos punitivos**. São Paulo, Almedina, 2016.

CAVALIEIRI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2019.

DI MARINO, Bruno; FERRAZ, Álvaro. A saga jurisprudencial do dano moral coletivo: tinha razão o ministro Teori. **Revista Consultor Jurídico**. 31 de mar. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mar-31/opinio-sagajurisprudencial-dano-moral-coletivo>>. Acesso em 17 de junho de 2019.

RAK, Murilo M. C. Dano moral coletivo: licitude do exercício da função punitiva/sancionadora. **Revista Direito UTP**, v.2, n.1, jan./jun. 2021, p. 125-140.

FILHO, Wilson. **Projeto de Lei n.º 8.704 de 2017**. Disponível em < https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1602169>. Acesso em 6 de maio de 2020.

FIÚZA, Ricardo. **Projeto de Lei n.º 6.920 de 2002**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=A9E4C382232A2F1DF5785A104A128E66.proposicoesWebExterno2?codteor=50233&filename=Tramitacao-PL+6960/2002>. Acesso em 6 de maio de 2020.

GATTAZ, Luciana de Godoy Penteadó. Punitive Damages no Direito Brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 964, p. 191-214, fev. 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Parecer: Ação civil pública - serviço de atendimento ao cliente - ANATEL - PROCONS estaduais - conflito de atribuições. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 925, p. 233-263, nov. 2012.

PINTO JÚNIOR, Amaury Rodrigues. A função social dissuasória da indenização por dano moral coletivo e sua incompatibilidade com a responsabilidade civil objetiva. **Revista Fórum Justiça do Trabalho**, Belo Horizonte, ano 30, n. 355, jul. 2013.

TARTUCE, Flávio. **Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil**, volume 2. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. E-pub.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique Oliveira. A incompatibilidade do caráter punitivo da indenização do dano moral com o direito positivo brasileiro (à luz do art. 5.º, XXXIX, da CF/1988 e do art. 944, caput, do CC/2002). **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 35, p. 77-95, jul./set. 2008