

**AS GRANDES EMPRESAS, O CIDADÃO E A FUNÇÃO
PUNITIVA DO DANO MORAL: BREVES REFLEXÕES, À LUZ DA
OBRA DE SUZANNE CARVAL**

**BIG COMPANIES CITIZENS AND FUNCTION OF MORAL
PUNITIVE DAMAGES: BRIEFS REFLECTIONS, THE LIGHT OF
SUZANNE CARVAL WORK**

ANGELA ALVES SOUSA

Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba
– UNICURITIBA.

MIGUEL KFOURI NETO

Concluiu Programa de Pós-Doutoramento - em Ciências Jurídico-Civis - junto à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2013-2014), sob orientação do Prof. Dr. José de Oliveira Ascensão. Doutor em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2005). Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Estadual de Londrina (1994). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (1981). Licenciado em Letras-Português pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (1972). Professor-Doutor integrante do Corpo Docente Permanente do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Desembargador e ex-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (2011-2012). Membro da Comissão de Direito Médico do Conselho Federal de Medicina. Autor de obras sobre Responsabilidade Civil Médica e Hospitalar.

RESUMO

Propõe-se, neste trabalho, a efetiva utilização da função punitiva dos danos morais, nas hipóteses de ofensa aos direitos da personalidade, perpetrados por grandes empresas, contra o cidadão. Desestimular-se-iam, desse modo, as futuras ofensas. O efeito pedagógico, teria o condão de compelir as empresas de grande porte. A análise é feita a partir dos ensinamentos de SUZANNE CARVAL.

Também se examina a questão do *franco simbólico* e da utilização das *astreintes* – multa cominatória, largamente utilizada noutros domínios do direito, como forma de coação, a fim de se assegurar o cumprimento de outras injunções contidas na condenação.

PALAVRAS-CHAVE: Dano Moral; Suzanne Carval; Direito Francês; Função punitiva; Empresas.

ABSTRACT

It is proposed in this paper, the effective use of punitive function of punitive damages , in case of injury of personality rights , perpetrated by large companies against the citizen . Discourage They would thus future offenses. The pedagogical effect , would have the power to compel large companies . The analysis is done from the teachings of Suzanne Carval . It also examines the issue of symbolic franc and the use of *astreintes* - punitive fine , widely used in other areas of law, as a means of coercion, in order to ensure compliance with other orders contained in the judgment.

KEYWORDS: Moral damage; Suzanne Carval; French law; Punitive function; Companies.

INTRODUÇÃO

Nosso propósito, na elaboração deste trabalho, cinge-se à análise – à luz, sobretudo, dos ensinamentos de SUZANNE CARVAL (1995, p. 19-43), dos quais nos valemos *passim et passim* –, da conduta lesiva de grandes empresas (operadoras e concessionárias de serviços públicos, estabelecimentos bancários, conglomerados de comunicação – televisões, rádios, jornais, revistas, os maiores provedores de notícias pela Internet – e demais organizações empresariais de porte). Tais corporações, amiudadas vezes, adotam práticas que acarretam lesões extrapatrimoniais aos cidadãos (usuários ou consumidores) – e isso dá lugar à função punitiva, que se agrega à compensação pelo dano moral, deferida pelo Judiciário.

As condenações vultosas teriam o condão de desestimular e inibir futuras ofensas.

1. A PENA PRIVADA NA RESPONSABILIDADE CIVIL

CARVAL afirma ser a pena privada, na responsabilidade civil, fenômeno proteiforme, com variegadas formas de manifestação. (CARVAL, 1995, p. 24). Ora, por meio de diferentes tipos de condenação; vez por outra, pelo mecanismo das *astreintes*; ainda, pela imposição da condenação por perdas e danos em dobro ou triplo.

Outro método de abordagem consistiria em explorar os diferentes domínios em que a função punitiva da responsabilidade civil é destacada. A ênfase não recairia tanto sobre a técnica da pena privada, mas sobre as diversas funções que ela poderia cumprir, no direito positivo – que pode variar, de acordo com o domínio examinado: direito da concorrência, proteção dos consumidores, direitos da personalidade e outros. Interessa à autora identificar de que maneira a função punitiva poderia contribuir para defender prerrogativas do indivíduo ou assegurar o respeito aos princípios que regulam as relações sociais.

1.1 A PENA PRIVADA COMO FORMA DE MORALIZAÇÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICA

CARVAL, tendo em vista a função da pena privada na responsabilidade civil, enfatiza dois aspectos: um, relacionado à proteção da pessoa humana; outro, relativo à utilização dessa forma de sanção para moralizar a ordem econômica. (CARVAL, 1995, p. 25).

A proteção à integridade física e moral da pessoa humana, no Brasil (como em muitos outros países), é primado constitucional. Nada obstante tal proteção, ressabido que esses direitos da personalidade e as liberdades individuais, vezes sem conta, são ignorados – sobretudo pelas grandes corporações. Estas, conscientes de que eventuais demandas judiciais não lhes

causam prejuízo significativo, preferem perseverar nas práticas abusivas. Aí, a responsabilidade civil – e, quando a conduta lesiva é tipificada, o próprio direito penal – devem intervir, para assegurar ao lesado a devida reparação ou afastar o transgressor do meio social.

FARIAS, BRAGA NETTO e ROSENVALD mencionam que, de “cada dez clientes prejudicados, apenas um ou dois insistem em uma discussão no judiciário”. E acrescentam:

“Esse estado de coisas denota que o paradigma reparatório é axiologicamente neutro e asséptico. Desconsidera o desvalor de comportamentos contrários ao direito, alimenta a impunidade e a proliferação de conflitos coletivos, encorajando diversos atores a compartilhar nefastas práticas desestabilizadoras do já esgarçado tecido social. Portanto, urge perceber que o direito civil não deve se limitar a conter danos, mas também (e principalmente) a conter comportamentos antijurídicos, inibindo ilícitos e dissuadindo o potencial ofensor no sentido de respeitar o *neminem laedere*. (FARIAS, 2015, p. 363).

PIZARRO sumaria as principais finalidades dos danos punitivos: a) punir graves desvios de conduta; b) prevenir futuros desvios; c) restabelecer o equilíbrio emocional da vítima; d) refletir a reprovação social, diante do grave desvio de conduta; e) proteger o equilíbrio do mercado. Quanto a esta última finalidade, explica o autor:

“Invocam-se, também, razões de mercado. Os danos punitivos permitiram proteger, em termos equitativos, a livre concorrência e, ademais, restabelecer o equilíbrio de forças diante da situação de inferioridade de um dos contratantes (*v.g.*, os fabricantes e comerciantes não cumprem, às vezes, sua obrigação – e causam gravame ao consumidor, sem se preocupar com as consequências, seja porque os danos são considerados pequenos ou por esta e outras razões, dificilmente são levados ao Judiciário). Os danos punitivos permitiriam evitar essa conduta e estimulariam os consumidores a recorrer ao Judiciário, fiscalizando as práticas comerciais.” (PUZARRO, 2000, p. 371).

CAVALIERI comenta:

“A indenização punitiva do dano moral deve se também adotada quando o comportamento do ofensor se revelar particularmente reprovável – dolo ou culpa grave – e, ainda, nos casos em que, independentemente de culpa, o agente obtiver lucro com o ato ilícito o incorrer em reiteração da conduta ilícita.” (CAVALIERI FILHO, 2014, p. 127).

DIOGO LEONARDO MACHADO DE MELLO, forte na doutrina de CARVAL, expende as seguintes considerações:

“Segundo Suzanne Carval, aos olhos da doutrina francesa, a responsabilidade imputada aos ofensores de direitos da personalidade não é apenas compensatória, mas apresenta um forte caráter punitivo. ‘O caráter moralmente repreensível que apresentam numerosos atentados aos direitos da personalidade explica certas reações especialmente enérgicas de certos juízes civis’. Mas um outro fator contribui, na opinião da professora francesa, para o desenvolvimento da função punitiva da responsabilidade civil: o relativo insucesso que a via penal apresenta aos olhos das vítimas. A preferência notável das vítimas de atentados aos direitos da personalidade pela ação de responsabilidade civil é fenômeno frequentemente (*sic*) salientado pela doutrina francesa. (MELO, 2015, p. 488).

1.2 SANÇÃO CIVIL E SANÇÃO PENAL

Mas, como acentua CARVAL, (1995, p. 26) se a repressão é função do direito penal e a indenização, incumbência da responsabilidade civil, por vezes ocorre uma interpenetração entre as funções reparadora e punitiva. Nos dias atuais, mesmo o direito penal não se preocupa apenas com a punição, mas igualmente com a reparação do prejuízo causado à vítima ou à própria coletividade (prestação de serviços à comunidade, reparação do dano “*ex delicto*”). Assim, *v.g.*, os serviços comunitários, ainda que se trate de pena, distingue-se das sanções repressivas clássicas, porquanto permite ao delinquente pagar sua dívida por meio de atividade socialmente útil, uma contribuição positiva, que visa a compensar os dissabores causados pela infração.

Ressalta PAULO DE TARSO VIEIRA SANSEVERINO:

“Os *punitive damages* correspondem à ideia de indenização punitiva, sendo a quantia em dinheiro imposta com o propósito de punir (*punish*) o demandado (*defendant*) e de prevenir (*deterrence*) que ele ou outros repitam o ato. (...) Os *punitive damages* são também denominados *exemplar damages*, *vindictive damages* ou *smart money*, não se confundem com os *compensatory damages*, que têm a finalidade de reparar os danos efetivamente causados.” (SANSEVERINO, 2010, p. 69).

SANSEVERINO (2010, p. 69), alude às fortes críticas endereçadas aos *punitive damages*, por constituírem sanção do tipo penal, aplicadas sem as

garantias do processo criminal (*nullum crimen, sine lege*). Também os vultosos valores, sobretudo nos Estados Unidos, tornam-se alvo de pesadas restrições.

HUMBERTO THEODORO JUNIOR recomenda aos juízes acolher *cum grano salis* essa função repressiva do dano moral. (THEODORO JUNIOR, 2000, p. 31-32).

Nada obstante, em que pese às opiniões contrárias, o modelo pode ser usado no Brasil, nas hipóteses examinadas, com o fim de inibir ou desestimular a repetição de atos ofensivos.

TAUANNA GONÇALVES VIANNA põe em relevo essa feição *punitiva*:

“A indenização punitiva, por sua vez, centra-se em figura distinta: o responsável pelo ilícito, causador do dano. Seu escopo não é restituir a vítima daquilo que lhe foi suprimido por determinado ato, nem compensar a dor eventualmente sofrida, mas apenas aquele que praticou conduta dolosa ou gravemente culposa e, com isso, gerou, direta ou indiretamente, consequências danosas à sociedade como um todo.” (VIANNA, 2015, p. 488).

Assinala CARVAL, (1995, P. 26) não bastar a punição do infrator. Há uma nova visão, a partir de disposições legislativas que permitem ao juiz conceder um *plus*, quando determina ao infrator que indenize sua vítima.

A responsabilidade civil, por sua vez, experimenta fenômeno análogo. Encarrega-se, em primeiro lugar, de assegurar a compensação dos danos sofridos pelas vítimas, mas não negligencia no esforço de reprimir o comportamento que gera os danos.

Recorrer à pena privada pode se tornar extremamente útil para sancionar danos à integridade moral do ser humano.

Para CARVAL, a doutrina francesa, embora geralmente pouco preocupada com essa feição punitiva da responsabilidade civil, reconhece a influência exercida, no seio da disciplina, pela idéia de pena privada, em especial no que pertine aos atentados aos direitos da personalidade, às difamações ou violações de liberdades fundamentais, geradores de danos essencialmente morais.

Autores afirmam ser a pena privada o alicerce das perdas e danos deferidos em razão desses prejuízos imateriais.

2.3 OS ATENTADOS AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Mesmo que a teoria da pena privada não constitua o fundamento das quantias concedidas a título de danos extrapatrimoniais, ela exerce na matéria uma influência que não pode ser negligenciada.

Constata-se, assim, que os juízes, em presença de atentados inqualificáveis às prerrogativas essenciais da pessoa, elevam o montante dessas reparações, com a finalidade evidente de punir os autores.

Em relação aos atentados aos direitos da personalidade, o direito francês reserva tratamento fortemente inspirado na ideia de pena privada.

Tal sanção pode reprimir um leque mais amplo de atentados aos direitos e liberdades.

Fora de dúvida que, aos olhos da doutrina francesa, a responsabilidade que incumbe aos autores de danos aos direitos da personalidade não é somente compensatória, mas apresenta forte caráter de punição.

Os autores não hesitam em afirmar, por exemplo, que a proteção dos atributos da personalidade é o *“terreno preferido da regra moral”*, ou ainda o pano de fundo de uma *“evolução que tende mais e mais a integrar a noção de pena privada à reparação do dano moral causado por profissionais da imprensa escandalosa”*. (CARVAL, 1995, pp. 25-28).

Diversos fatores explicam esse estado de coisas. Constata-se que os atos culposos que os tribunais chegam a conhecer são, em geral, faltas graves e que, com tais, suscitam reprovação. Nessa matéria, as simples negligências são bastante raras.

Comportamentos voluntários de intromissão na vida privada, declarações difamatórias, menoscabo ou desprezo às pessoas, das formas mais variadas – com motivação frequentemente desprezível, como é o caso de violar direitos da vítima em busca de proveito financeiro. Empresas de comunicação, ditas sensacionalistas, não hesitam em divulgar fatos ofensivos, com intuito de obter lucro. Quanto aos meios pouco recomendáveis, utiliza-se a tecnologia (teleobjetivas, equipamentos de escuta ambiental ou telefônica) ou de ordem psicológica, tal como a existência de posição de superioridade, como a do

empregador em relação aos assalariados. Volta e meia patrões interferem na vida de seus funcionários.

As características moralmente censuráveis, presentes em numerosos atentados aos direitos da personalidade, explicam a reação, particularmente severa, dos juízes cíveis, diante dessas afrontas aos direitos da personalidade.

Mas outro fator contribui para incrementar a propensão de a responsabilidade civil desenvolver sua função punitiva: o relativo insucesso de que se tem conhecimento, do recurso à esfera penal. Penas muito brandas, que não chegam a exercitar, no causador do dano, a necessária coerção, para dissuadi-lo de novas práticas reprováveis.

Além disso, numerosas infrações civis escapam sempre à qualificação penal. Espionar, com os próprios olhos – sem a utilização de aparelhos para captar som e imagem – uma pessoa, não é passível de sanção penal – embora todos saibamos a viva repulsa que tal comportamento desperta no destinatário de tal conduta.

A preferência das vítimas desses atentados à personalidade, pela ação de responsabilidade civil, é um fenômeno cuja importância a doutrina frequentemente assinala, e isso não se deve somente ao fato de que a incriminação não possui densidade suficiente para fazer incidir a lei penal. Observa-se que, mesmo nos casos em que os elementos constitutivos da ação penal estão presentes, é muito raro que as vítimas reclamem a aplicação da lei repressiva. A grande maioria prefere recorrer à lei civil, para obter compensação em pecúnia.

FARIAS, BRAGA NETTO e ROSENVALD relatam caso julgado pelo Juizado Especial de Uruguaina-RS. A sentença, de improcedência, foi reformada pela Turma Recursal. Operadora de telefonia foi condenada a indenizar (20,4 mil reais) a morte de um cliente que sofreu enfarte, em quatro tentativas de cancelar serviço indesejado, junto ao *Call Center*. A operadora cancelava e restaurava, contra a vontade do usuário, referido serviço. O homem veio a falecer um dia depois. Foram tantas contrariedades, em seguidos (e demorados) contatos, atendimentos insatisfatórios, protelações, que a pressão arterial do marido da autora subiu perigosamente, sobrevivendo o enfarte agudo, enquanto falava com

a atendente do *call center*. (FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, p. 367). Não fora a limitação peculiar ao Juizado, este seria caso em que incidiria, com absoluta pertinência, a função de pena privada do dano moral, exacerbando-se a compensação, ao fito de inibir essa conduta afrontosa ao cidadão.

O excessivo formalismo da lei penal, a dificuldade para adequar o comportamento do ofensor a determinado tipo legal, desestimula a busca de sanção penal. Em contrapartida, o regime da responsabilidade civil é muito mais flexível.

Para CARVAL, a via civil apresenta, ainda, outra vantagem para a vítima: a celeridade da sanção solicitada pode ser obtida quando o demandante utiliza o procedimento da “*référé*” (semelhante à nossa tutela de urgência, com matizes fortes de antecipação e tutela inibitória).

Tal possibilidade oferecida às vítimas pelo art. 9, do Código Civil francês – “*Os juízes podem, sem prejuízo da reparação do dano sofrido, impor todas medidas, com o sequestro, a penhora e outras, apropriadas a impedir ou fazer cessar atentado à intimidade da vida privada; tais medidas, se houver urgência, são ordenadas em référé*”. Igualmente, para outros casos, nos artigos 808 e 809, do novo Código de Processo Civil francês.

3. AS FORMAS DE REPARAÇÃO DOS DANOS MORAIS

Permite-se ao juiz prevenir a realização ou agravação de um dano, pela adoção de diversas medidas. Em França, a “*référé*” é utilizada para diversos outros fins. Permite ao juiz sancionar, sem demora, as condutas repreensíveis, o que confere à resposta judicial grande eficácia.

Tanto em França, quanto no Brasil, por ser o dano moral, em princípio, irreparável – apenas suscetível de compensação –, em face dessa dificuldade para se determinar qual a sanção adequada, outorga-se grande liberdade aos juízes. Estes podem atribuir às vítimas soma em dinheiro ou o custeio de outras formas de amenizar a dor moral, publicação da sentença (também com a imposição de multa cominatória pelo eventual retardamento no cumprimento

desta injunção) – ou, como adiante se verá, a condenação ao *franco simbólico* (entre nós, *um real*). Nem se deslembre que, ao optar pela pena pecuniária, o juiz é igualmente livre para fixar-lhe o montante.

3.1. O FRANCO SIMBÓLICO

Há situações em que o ofendido, que ocupou cargo público eletivo, busca a compensação por um dano moral proveniente do fato, por exemplo, de certa pessoa tê-lo chamado de *ladrão*. Ocorre que a vítima nunca foi condenada, criminalmente, por furto, em que pese ao fato de ser réu em várias ações penais, que ainda não chegaram ao fim. As acusações são veiculadas abertamente pela imprensa, mas, tecnicamente, não seria um ladrão. Admitindo que a ofensa aconteceu, porém não causou danos algum, em meio àquela enxurrada de acusações repetidas diariamente pela mídia. Ou seja, o prejuízo foi insignificante, pois a conduta moral do autor seria notoriamente desconsiderada. Aquela assacadiha, no contexto, não causou mal algum. O juiz, em tais casos, julga procedente o pedido de reparação do dano moral, mas atribuiu ao autor o valor, simbólico, de *um real*.

CARVAL observa que a condenação ao franco simbólico padece de certa ambiguidade. O direito inglês contempla duas espécies de condenação simbólica: as “*nominal damages*” e as “*contemptuous damages*”. Estas últimas exprimem a pouca estima, o desvalor, no plano penal, de um demandante, acerca do seu direito. Ao contrário, as “*nominal damages*” têm função análoga à declaração de culpa (“*declaration of wrong*”). São atribuídas quando se reconhece que um direito do autor foi violado, mas nenhum prejuízo daí resultou. (CARVAL, 1995, 29-31).

No direito francês, o franco simbólico tem a mesma natureza das “*nominal damages*” do direito inglês.

Aplica-se quando o tribunal reconhece que a falta foi cometida, mas não causou nenhum prejuízo verdadeiro.

Pode ser o caso, por exemplo, de uma publicação não autorizada de fatos verdadeiros da vida de uma celebridade, considerando que ela mesma costuma proceder a essa espécie de divulgação. Partindo-se do princípio que

houve autorização implícita dessa personagem, os tribunais podem recorrer ao franco simbólico.

É uma compensação estéril, muito mais uma afirmação de que o autor não ostentava patrimônio moral, que pudesse ser ofendido.

3.2 AS CONDENAÇÕES AGRAVADAS: A FUNÇÃO PUNITIVA DO DANO MORAL

Considera-se insatisfatória e incompleta a cominação do dano moral em valor baseado somente na quantificação do prejuízo sofrido. Passam a ter influência decisiva, as ideias de sanção e dissuasão.

Distinguem-se, dentre as faltas cometidas, aquelas que têm o objetivo de lucro, a fim de sancioná-las mais severamente. As condenações modestas não teriam nenhum efeito suasório – e constituiriam, antes, um encorajamento a perseverar nessa senda da deslealdade e gravames injustificados.

O montante elevado dessas condenações é geralmente admitido como sendo a manifestação lógica da função punitiva da responsabilidade civil.

Essas condenações substanciais atingem, sobretudo, os veículos de imprensa – que não hesitam em escarnecer ou expor a intimidade das pessoas para aumentar suas tiragens ou audiência –, e as grandes empresas, que simplesmente desprezam o cidadão.

Por óbvio, quando o juiz exacerba a condenação, deverá fazê-lo fundamentadamente, expondo as razões que o levam a fixar aquele montante elevado.

É freqüente que os juízes, nessas demandas aforadas por vítimas de atentados aos direitos da personalidade, determinem a divulgação da decisão, a expensas do acusado. Essa divulgação se faz, na maior parte dos casos, nos mesmos periódicos em que a publicação caluniosa foi veiculada. Para maior eficácia, o juiz pode mandar que se leia a decisão em emissora de rádio ou de televisão.

Em matéria de difamação, isto é evidente: a opinião pública tem conhecimento de que as publicações anteriores eram caluniosas – e, assim, a

honra da vítima é restabelecida no espírito de seus semelhantes. No domínio da proteção da vida privada, esta dimensão reparadora é muito tênue. A publicação, longe de reparar o atentado, amplifica-o, incitando os leitores a consultar a publicação incriminadora.

Certa satisfação moral justifica, em direito, a determinação da medida. Identificar-se-ia, na hipótese, função punitiva e repressiva – até mesmo sanção pecuniária (custo da publicação).¹

Formuladas com a finalidade de acrescentar o efeito suasório da condenação, exprimem o modo de calcular as perdas e danos e a eventual afetação destas últimas.

3.2.1 O MODO DE CALCULAR AS PERDAS E DANOS

M. Lindon sugere que os tribunais apliquem maior rigor no cálculo das perdas e danos. Propõe um método “*simples e lógico*”: partindo da idéia de que o prejuízo é medido pelo número de leitores do jornal, o valor poderia ser fixado a partir da tiragem, que é conhecida. Os exemplares não vendidos seriam compensados por aqueles casos em que mais de uma pessoa lê o jornal. O prejuízo estaria relacionado ao proveito extraído da venda.

Na Itália, o art. 12, da lei de 08.02.1948, prevê que as perdas e danos pagos à vítima de difamação pela imprensa deve ter em conta a gravidade da ofensa e a divulgação da publicação. A ofensa conhecida pelo grande público é mais dolorosa, em relação àquela conhecida por um número restrito de pessoas. Mas não se pode pressupor um liame matemático entre esses dois elementos, ou seja, não se pode afirmar que o prejuízo sofrido devido a uma publicação de 200.000 exemplares seja exatamente o dobro de outro, de 100.000 exemplares. Há de se levar em consideração, também, a gravidade da culpa do autor da ofensa.

¹ Para compelir o causador do dano a publicar, no prazo fixado pela sentença, a decisão que o condenou, como já frisado, agregar-se-iam *astreintes* à obrigação.

CARVAL, (1995, PP. 37-39) refere-se a uma situação de desequilíbrio. Na Grã-Bretanha, os danos morais em casos de difamação costumam atingir montantes bem mais elevados que a compensação de sequelas físicas graves.

Incumbe ao juiz pormenorizar, na sentença:

- a) a ofensa sofrida pela vítima, em todos os seus detalhes;
- b) a conduta usual da empresa, ou corporação, que insiste em não adotar qualquer medida para evitar que gravames idênticos continuem a ocorrer;
- c) identificar, objetivamente, a opção da empresa pelo pagamento de indenizações menores – já que poucas pessoas recorrem ao Judiciário –, em vez de procurar corrigir no nascedouro aquela situação, dispensando às pessoas tratamento condigno;
- d) estabelecer a compensação em quantia que, efetivamente, exerça forte coerção sobre a empresa, a ponto de abalar a equivocada convicção de que lhe é mais vantajoso dar sequência à conduta reprovável.²

A perspectiva de atribuição, a uma vítima individual, de elevada soma, que encontra sua verdadeira causa na sanção de um culpado, pode fazer nascer compreensíveis reticências.

Também no Brasil, a obtenção de vantagem, pela vítima, ao se aplicar a pena privada, suscita críticas, devido ao alegado *enriquecimento ilícito* de quem sofreu o dano. Essas reservas são afastadas no Direito anglo-americano, onde os *punitive damages* ou *exemplary damages* atingem valores bastante elevados.

3.2.2 A DESTINAÇÃO DE PARTE DA CONDENAÇÃO A ENTIDADES FILANTRÓPICAS

² Exemplifica-se com o descaso com o consumidor quando este, tendo pago valor indevido em sua conta mensal, pleiteia a devolução. Após horas e horas de espera, com sucessivas transferências e anotações de números quilométricos de protocolo, nada se resolve. E a *via crucis* se repete uma, duas, três vezes. Somente dois ou três meses depois, caso o usuário persevere, finalmente deduzem da conta o valor cobrado em excesso. Ou, noutro caso, em que o usuário comprova, de todas as formas, nada dever – e a empresa ignora tais alegações. Além disso, todas as múltiplas ocorrências de inscrição indevida em cadastros restritivos de crédito, as cobranças por serviços que nunca foram prestados e práticas análogas.

CARVAL (1995, PP. 41-42), aborda a destinação da quantia referente aos *danos punitivos* a entidades beneficentes.

Esclarece que, nos Estados Unidos, os casos de difamação ou de violação ao direito à privacidade podem conduzir a uma transação, mediante pagamento de elevadas somas a organizações de caridade. No direito francês, nada impede que a vítima, que tem a livre disposição das somas recebidas, as distribua a obras de sua escolha.

Os tribunais franceses estão divididos quanto a essa prática. Se o tribunal de grande instância, de Paris, por costume, admite-a, outras jurisdições se mostram reticentes.

No Brasil, não parte do Judiciário essa destinação. A condenação se dá em favor do lesado – e a ele compete, após o cumprimento da sentença, pelo demandado, doar parcial ou integralmente o valor recebido a instituições filantrópicas.

Entretanto, *de lege ferenda*, parece-nos viável que a condenação em *danos punitivos* venha a ser destinada à filantropia. Basta lembrar a situação financeira quase sempre deficitária das Santas Casas e hospitais beneficentes – que muito agradeceriam a iniciativa.

Nessa direção, VIDAL E MILAGRES anotam:

“Considerando os reflexos do dano punitivo, poder-se-ia, nesse sentido, defender a incidência, no que couber, do art. 13 da Lei 7.347/1985, segundo o qual “havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados”. Afasta-se, pois, a finalidade reparatória dos bens lesados, porquanto satisfeita por outras parcelas econômicas.” (VIDAL; MILAGRES, 2015, p. 547).

4. AS ASTREINTES

Pena privada consagrada pela lei de 05 de julho de 1972, a *astreinte* pode acompanhar toda decisão judicial, tanto em França, quanto no Brasil. Para CARVAL, a *astreinte* é particularmente apta a garantir o respeito às medidas

preventivas que os juízes hesitam, em vários casos, a determinar, e a práticas ostensivas que os tribunais bem utilizam.

Como em França, também se torna recomendável que os juízes e tribunais brasileiros, nessas hipóteses de danos morais infligidos aos cidadãos pelas grandes corporações, sempre agreguem, à condenação, elevada multa, caso a empresa demandada persevere na conduta lesiva ou deixe de adotar medidas efetivas, a fim de prevenir a ocorrência de gravames análogos.

Essa multa, as *astreintes*, criação pretoriana gaulesa, do latim “*adstringere*”, que remete à ideia de *apertar*, *espremer*. No caso, instrumento de coação sobre o espírito do causador do dano, para que não mais repita o comportamento reprovável.

As *astreintes* não têm caráter indenizatório, mas ressarcitório. É medida coercitiva – meio de execução *indireta*

É uma técnica de indução do comportamento do destinatário, hoje direcionadas a qualquer modalidade de obrigação – aí incluída a obrigação de pagar quantia.

Torna-se possível a adoção da periodicidade que o julgador entender compatível com as circunstâncias do caso (hora, dia, semana, mês). Adotar-se outra periodicidade – de acordo com as circunstâncias do caso.

4.1 O PAPEL DA *ASTREINTE* EM MATÉRIA DE PROTEÇÃO DA PERSONALIDADE

Alude CARVAL à situação em França, onde a proteção judicial aos direitos da personalidade tem sido bastante reforçada nos últimos anos, pela adoção de normas – como o artigo 9, do Código Civil, artigos 808 e 809, do novo Código de Processo Civil – que permitem aos magistrados evitar, por meio de medidas preventivas, que as ofensas aos direitos da personalidade produzam suas consequências danosas. (CARVAL, 1995, pp. 39-41).

O juiz pode fazer uso da *astreinte*, pena privada que, no direito francês, corresponde às funções do “*contempt of Court*” dos países da *Common Law*. As *astreintes* exercem efeito suasório bastante eficaz.

Quer recorram à *astreinte*, em sentido estrito, ou a seus sucedâneos, os juízes utilizam com acerto a pena privada, permitindo assim que o instituto se apresente na sua melhor feição.

5. DA UTILIZAÇÃO BENÉFICA DA PENA PRIVADA

CARVAL registra que alguns autores têm criticado a adoção da pena privada, afirmando que ela visa a “*enriquecer o litigante infeliz... procedimento que não se justifica de fato, nem de direito*”. Outros enfatizam o caráter “*arbitrário*”, posto que o montante da condenação – e mesmo, no caso da imposição das *astreintes*, o valor e periodicidade – ficam a cargo dos juízes, com absoluta liberdade para decidir.

Basta o reconhecimento de que essa conduta dos magistrados visa, precipuamente, a prevenir as ofensas aos direitos da personalidade.

CONCLUSÕES

A função punitiva da responsabilidade civil é largamente utilizada para assegurar a proteção dos direitos da personalidade – sobretudo quando se trata de ofensa perpetrada pelas grandes empresas, que não demonstram mínimo respeito ao cidadão.

A pena privada nada mais é que a sanção mais rigorosa, no cível, para a reparação integral dos danos morais.

É recomendável que, também nas decisões que cominam a reparação dos danos morais, quando se trata de publicação da sentença ou da imposição de outro encargo ao causador do dano, os juízes utilizem as *astreintes*.

Os *danos punitivos*, ou a cominação de uma quantia com o propósito de desestimular a repetição infundável dessas afrontas aos direitos do cidadão, mostram-se eficazes ao fim a que se destinam.

REFERÊNCIAS

CARVAL, Suzanne. **La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée**. Paris: LGJD, 1995, p. 19-43. Este trecho da obra da referida autora foi-nos apresentado pelo Prof. Dr. Renan Lotufo, em nossas aulas de Teoria Obrigações no novo Código Civil, na pós-graduação da PUC-SP. Valemo-nos da resenha que elaboramos, para o desenvolvimento das ideias aqui expostas.

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto e ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 363.

PUZARRO, Ramón Daniel. **Daño Moral – Prevención, Reparación, Punición – El daño moral en las diversas ramas de derecho**. Buenos Aires: Hammurabi, 2000, p. 371 ss.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 127.

MELO, Diogo Leonardo Machado de. **Ainda sobre a função punitiva da reparação dos danos morais**. In: STOCO, Rui (coord.). *Questões diversas sobre o dano moral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 488. (Coleção doutrinas essenciais: dano moral; v. 4).

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da Reparação Integral**. São Paulo: Saraiva, 2010.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Dano Moral**. 3ed. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2000, p. 31-32.

VIANNA, Tauanna Gonçalves. **Indenização punitiva no Brasil: desafios e configuração**. In: STOCO, Rui (coord.). *Questões diversas sobre o dano moral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 488. (Coleção doutrinas essenciais: dano moral; v. 4).

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto e ROSENVALD, Nelson. p. 367.

VIDAL, Luísa Ferreira; MILAGRES, Marcelo de Oliveira. **Função punitiva da responsabilidade civil**. In: STOCO, Rui (coord.). *Questões diversas sobre o dano moral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 547. (Coleção doutrinas essenciais: dano moral; v. 4).