



## A FUNDAMENTAÇÃO ÉTICA DOS *PUNITIVE DAMAGES* E DO DEVER DE PREVENIR DANOS

*Pastora do Socorro Teixeira Leal<sup>1</sup>*

*Alexandre Pereira Bonna<sup>2</sup>*

### RESUMO

Explana um diagnóstico sobre práticas iníquias no bojo das relações privadas, refletindo sobre a possibilidade de existirem bens internos (no sentido macintyriano) a serem perseguidos pelos seus participantes. Apresenta os fundamentos do Direito Natural sob a ótica de John Finnis e sua pertinência no bojo das relações privadas. Analisa os fundamentos éticos dos *punitive damages*. Conclui que os *punitive damages* se caracterizam como um poderoso instrumento no plano ético-jurídico, especialmente no que concerne à consecução do bem comum.

**Palavras-chave:** Direito natural. Responsabilidade civil. Relações privadas. *Punitive damages*.

### 1 INTRODUÇÃO

Caminha-se em rotas tortuosas sempre que se discute a teoria dos *punitive damages* (indenização punitiva) no Brasil, visto que as principais pesquisas já produzidas sobre o tema

1 Pós Doutora em Direito pela Universidade de Carlos III (Madrid). Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará. Professora da Universidade Federal do Pará e da Universidade da Amazônia. Desembargadora do TRT da 8ª Região. Pesquisadora de Responsabilidade Civil Contemporânea. RG n. 4722104, CPF n. 157.923.662-68, Residente e domiciliada à Avenida Almirante Wandenkolk, n. 1040, Umarizal, CEP 66055-030, Belém/Pa. Tel 091 32139414 Email: pastoraleal@uol.com.br.

2 Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará. Professor da Universidade da Amazônia e da Devry/Faci. Professor Orientador do Grupo de Responsabilidade Civil da Liga Acadêmica Jurídica do Pará na área de Responsabilidade Civil. Advogado. RG n. 5184555, CPF n. 002.190.842-70. Residente e domiciliado à Travessa Maria Leopoldina, n. 53, Nazaré, CEP 66060-180, Belém/Pa. Tel 091 988230350. Email: alexandrebonna@yahoo.com.br.

não investigaram a fundamentação ética do instituto, limitando-se a desbravar o cabimento ou não dos *punitive damages* no ordenamento jurídico brasileiro sob o prisma dogmático. Destacam-se o meu livro (2015) e o do Cristiano Chaves de Farias, Felipe Peixoto Braga Netto e Nelson Rosenvald (2015), as teses de Ricardo Pedro e Serpa (2011), Geandrei Stefanelli Germano (2011), Marcela Alcazas Bassan (2009), André Gustavo de Andrade (2009), Carolina Vaz (2009), a obra de Maria Celina Bodin de Moraes (2009) e o artigo de Judith Martins-Costa e Mariana Pargendler (2005).

Os *punitive damages* se caracterizam como uma verba indenizatória que possui um objetivo bem específico: impor um valor indenizatório maior do que o suficiente para compensar ou reparar o prejuízo causado de modo a fomentar a dissuasão/prevenção/detenção de uma conduta com alto grau de censurabilidade. Não se pode olvidar que esse instituto é bem versátil e ao lado do maior objetivo (desestimular o ofensor) acaba desempenhando muitos outros, como função *general deterrence* (desestímulo de outros potenciais infratores na sociedade), *retribution* (castigo), *education* (educação), *compensation* (compensação) e *law enforcement* (cumprimento da lei) ou *public justice* (justiça pública)<sup>3</sup>, funções essas que não serão aprofundadas nessa oportunidade.

Do mesmo modo, a partir da análise das diversas experiências com os *punitive damages*, também é possível identificar que os mesmos possuem diferentes técnicas de aplicação, apreciação, julgamento e destinação, como a participação do júri e do magistrado num procedimento denominado de bifurcado, a simples apreciação pelo magistrado, a possibilidade de separar a verba destinada a reparação/compensação daquela referente à punição, a junção das duas verbas em uma só, a destinação do valor indenizatório punitivo à vítima ou a destinação da verba a um fundo ou instituição que tenha atuação com a matéria discutida. Contudo, essas questões também não fazem parte da presente pesquisa.

A problemática que será enfrentada pelo presente artigo é se os *punitive damages*, para além de possuírem fundamentação dogmática, se arrimam no campo ético, pois caso a resposta seja positiva, os *punitive damages* poderão ser considerados um poderoso instrumento para os sujeitos das práticas sociais cultivarem atos virtuosos e que contribuem para o bem comum, promovendo, ao fim e ao cabo, a felicidade dos membros de uma comunidade específica.

A justificativa da presente investigação repousa na constatação de que nas relações privadas e nas práticas sociais em geral há agentes, que de forma reiterada perpetram ilegalidades em larga escala em face do trabalhador e do consumidor, mas em contrapartida tem como resposta do Poder Judiciário indenizações desconexas com a gravidade dos danos, com os lucros obtidos com o ilícito, com o grau de censurabilidade da conduta, etecetera, especialmente se se considerar que a maior parte dos danos perpetrados na sociedade de risco e de massa são reiterados e minuciosamente arquitetados sob a ótica do custo-benefício.

3 Classificação feita por Jim Gash (2005) em estudo denominado “Solving the multiple punishments problem: a call for a national punitive damages registry”.

Outra alarmante preocupação que se convola em justificativa para o presente estudo no plano ético diz respeito à potencialidade de que os membros de relações privadas, sem uma contrapartida efetiva do Poder Judiciário, enfraqueçam as práticas sociais no plano ético e contribuam para o decréscimo do bem-estar e do bem comum social. Prática é qualquer atividade humana complexa, cooperativa, socialmente estabelecida, e que possua bens internos buscados pelos componentes, que representam os padrões de excelência (MACINTYRE, 1981, p. 187), como o jogo de xadrez, a família, a compra e venda de mercadorias e até mesmo a comunidade compreendida como um todo e tendo como bem interno o bem comum, o Estado de Direito.

E o que pode se entender como bens internos a essas práticas, fundamental para a compreensão do conceito de virtude? São bens que representam os padrões de excelência de uma prática e, uma vez atingidos, beneficiam todos que fazem parte da prática, enquanto que os bens externos às práticas quando são alcançados se limitam a ser de posse e benefício apenas de uma pessoa ou de um grupo (MACINTYRE, *Op. Cit.*, p. 190).

Essa primeira dimensão de uma vida virtuosa está relacionada aos conceitos de práticas e bens internos a essas práticas. Ou seja, é preciso compreender as práticas e os seus bens intrínsecos que uma vez alcançados causam impacto positivo a todos que fazem parte da prática, sendo as virtudes uma qualidade humana cuja posse e exercício prestigia os bens internos da prática (MACINTYRE, *Op. Cit.*, p. 191).

Importante salientar que MacIntyre não está negando às pessoas o direito de auferir lucro e enriquecer, apenas está alertando que do ponto de vista ético poder, fama e dinheiro são bens externos às práticas, mas devem e podem ser conquistados como consequência secundária pela busca dos bens internos, sob pena de criar um desacordo moral, porque uma prática deve partilhar uma ideia de bem a ser perseguida por todos os membros da prática.

Nesse sentido, atos virtuosos são aqueles que aproximam a comunidade de bens internos de práticas, de unidades narrativas e da tradição, sendo inadequado nessa pesquisa abordar as outras duas dimensões de virtudes, cabendo apenas salientar que quanto maior o êxito das referidas fases, maior a possibilidade de o ser humano realizar suas potências, florescer e ser feliz.

Destarte, a potencialidade de os membros das relações privadas se distanciarem do bem comum se solidifica ainda na medida em que se reconhece que não existem bens internos (no sentido macintyriano) entre os participantes das relações privadas de massa, tais como as relações de consumo (fornecedor e consumidores) e de trabalho (empregador e empregado), afirmação esta que tem sido feita por parte da doutrina:

As atividades laborais de boa parte dos habitantes do mundo moderno não podem ser compreendidas como uma prática nos termos que MacIntyre desenvolve. Pois, ao deslocar o trabalho produtivo de dentro dos laços comunitários, se perdeu a noção de trabalho como uma arte que contribuía para o sustento da comunidade e dos lares. (...) Por conseguinte, as relações meio-fins são necessariamente externas aos fins daqueles que trabalham, e como já ressaltamos, as práticas com bens internos foram excluídas,

assim como as artes, as ciências e os jogos são tidos como trabalhos de uma minoria especializada (SANTOS, 2012, p. 101/102).

Contudo, ousa-se discordar da ideia defendida pela autora, pois do contrário seria desistir de buscar a construção de relações privadas mais justas e que contribuam em maior grau com o bem comum. Assim, entende-se que as relações privadas possuem bens internos sim, como a boa-fé, a qualidade dos produtos e serviços, a prevenção de danos, o estreitamento da relação entre os participantes, etcetera, bens internos esses que uma vez alcançados, promovem um incremento no bem estar de todos os participantes. É exatamente nesse aspecto que os *punitive damages* podem se caracterizar como uma ferramenta útil no plano ético na medida em que desencoraja práticas indesejadas e incentiva o cultivo de atos virtuosos e em harmonia com um ideal de prática ou de comunidade em um sentido mais amplo.

A descaracterização das relações privadas como práticas e por consequência a inexistência de perseguição aos respectivos bens internos torna inviável a construção de uma comunidade virtuosa, o alcance do bem comum e o florescimento humano dos membros das referidas práticas. Isto porque segundo a tese de MacIntyre (*Op. Cit.*) existem três estágios para atingir uma vida virtuosa em comunidade, sendo o primeiro deles e condição para os demais, o êxito na consecução dos bens internos de práticas sociais.

O problema se agrava quando se constata que as relações privadas, especialmente as de trabalho e de consumo, se caracterizam como uma das principais práticas do mundo contemporâneo porque o trabalho e o consumo se tornaram a atividade mais importante do homem moderno (ARENDETT, 2011, p. 157), de modo que aceitar a inviabilidade do alcance de seus bens internos é praticamente obstaculizar um patamar mínimo de uma comunidade cooperativa em prol do bem comum, colocando em xeque o nível ético de uma dada sociedade.

Na primeira parte da pesquisa serão abordadas reflexões sobre jusnaturalismo, bem comum e justiça, tendo por base o pensamento de John Finnis exposto em “Lei Natural e Direitos Naturais” (2007) e em “Aquinas” (2004). Na segunda etapa, serão feitas digressões sobre as consequências da penetração da ética no direito a partir dos fundamentos jusnaturalistas tendo como foco o questionamento se o instituto dos *punitive damages* estão em harmonia com a construção de uma sociedade ética que fortaleça o bem comum.

## **2 APROXIMAÇÃO DO PROBLEMA A PARTIR DO JUSNATURALISMO: BEM COMUM E JUSTIÇA**

Apesar de nas relações privadas aparentemente os participantes busquem os seus próprios interesses, não se pode negar que é possível estabelecer um conjunto de valores e bens que se forem alcançados beneficiam todos os participantes e formam um terreno fértil para a concretização das excelências humanas através do exercício das virtudes. Portanto, é possível buscar um bem comum inerente à prática e ao grupo, recuperando o interesse pelo aspecto co-

munitário e social e é justamente nesse aspecto que o Direito, por intermédio, por exemplo, dos *punitive damages*, pode impor um padrão de conduta desejável.

Deste modo, mesmo que seja uma realidade o alto nível de desinteresse pelo outro no bojo das práticas sociais, notadamente as de consumo e de trabalho, onde os participantes tendem a buscar seus próprios interesses ao invés do bem do grupo, não se deve perder de vista que conceder um alto peso à liberdades e escolhas individuais pode representar uma grave disordem no plano social, pois quanto mais fraco são os laços de dependência dentro de um grupo mais distante fica o ideal de cooperação em prol de um objetivo comum.

Ora, mas o que tudo isso e o problema introduzido têm a ver com a justiça e com o bem comum de uma dada comunidade? A justiça é uma das exigências da razoabilidade prática, que é um dos bens humanos básicos e tem por objeto a realização do bem comum. Desse modo, a justiça está relacionada à colaboração em conjunto em relação a certos valores na esteira de uma reciprocidade, reconhecendo o que é devido a outrem como um direito de outrem e um dever seu e inviabilizando escolhas arbitrárias para os projetos de vida. Quanto mais justas forem as relações dos membros, mais fértil é o terreno para o alcance de bens internos, gerando uma onda de benefício para todos os participantes e assegurando maiores condições para a consecução dos projetos particulares de cada um.

É por esse motivo que o objetivo do Direito, dentro de uma concepção jusnaturalista, é compreender quais são os bens humanos básicos (vida, conhecimento, jogo, experiência, estética, sociabilidade, razoabilidade prática, religião) que indicam as formas básicas de florescimento, sendo possível, a partir dos critérios da razoabilidade prática (um plano de vida coerente, sem preferência arbitrária por valores, sem preferência arbitrária por pessoas, desprendimento, compromisso, a relevância limitada das consequências, respeito por cada valor básico em cada ato, exigências do bem comum, seguir a consciência) “distinguir entre atos que são razoáveis levando-se tudo em consideração e atos que são desarrazoados” (FINNIS, 2007, p. 30/36).

De todos os requisitos da razoabilidade prática, o mais pertinente com a presente pesquisa é o bem comum, ou melhor, aquilo que é exigido pelo mesmo. Em uma compreensão bem ampla, ele está relacionado com o pautar como razão para o agir o bem do outro (FINNIS, 2007, p. 143/144), que envolve, dentre outras coisas, garantir um “conjunto de condições que tendem a favorecer, facilitar e promover a realização, por parte de cada indivíduo, de seu desenvolvimento pessoal (...) para que cada um dos membros atinge seus próprios objetivos” (FINNIS, 2007, p. 148/157).

Quando se volta para a envergadura social de alguns danos perpetrados no bojo das relações privadas de massa, se percebe que a fraqueza do Direito para detê-las ofusca a possibilidade de alcançar uma comunidade plenamente realizada e completa do ponto de vista ético, pois o bem comum relativo à prática das relações privadas não estará sendo alcançado, o que causa muitas vezes o rebaixamento da qualidade de vida dos participantes.

Nesse desiderato, se é possível refletir o direito a partir de bens humanos básicos, é possível então julgar decisões, leis e práticas sociais à luz da obediência ou não a tais bens, pois

do contrário serão consideradas deficitárias quanto ao caso central. Assim, o jusnaturalismo exige que os bens humanos básicos sejam superiores às instituições, leis, decisões e práticas, o que se caracteriza como uma exigência muito mais abrangente e forte de determinados padrões de conduta de envolvidas em práticas e instituições, sendo possível fazer severas críticas sobre o uso da autonomia privada e da propriedade privada no contexto das relações de trabalho e de consumo, visto que se esse sistema privado não estiver promovendo o bem comum não estará satisfazendo uma exigência de justiça e, portanto, mesmo que a Lei Positiva esteja inteiramente sendo cumprida, a referida prática será injusta.

O raciocínio jusnaturalista não é antagônico a Lei Positiva, ao contrário, busca em grande intensidade reafirmar, fortalecer e solidificar o que aquela propunha (FINNIS, 2015, p. 1). Além disso, o que o jusnaturalismo propõe é compreender que a Lei Positiva é apenas uma das facetas fundamentais do direito e que não pode existir dissociada, independente e alheia a qualquer valoração de cunho ético relativa aos bens humanos que devem ser perseguidos. Ao contrário, o Direito pode e deve ser fundamentado também como uma boa razão para a ação no plano ético, visto que um conjunto de normas legisladas ou de precedentes judiciais não podem por si só serem considerados uma boa razão para a ação, como destaca Carlos Massini-Correas, comentando o pensamento de John Finnis:

(...) ningún hecho o conjunto de hechos, por muy complejo que sea, puede proporcionar por sí mismo una razón para actuar (...) en la medida en que se enorgullece de ocuparse sólo de hechos, no puede ofrecer una comprensión adecuada, ni de las razones para la acción (los deberes), ni de la única fuente concebible de estos deberes, es decir, los verdaderos e intrínsecos valores (2015, p. 43/44)

Portanto, o jusnaturalismo não nega a validade do Direito no plano institucional e social-fático, apenas compreende que essa é apenas uma dimensão de validade para uma visão completa do Direito, que deve ser visto também sob o plano ético, porém ambas as dimensões integram o que se pode denominar de Direito (MASSINI-CORREAS, 2015, p. 31). Ratifica-se, o que é considerado natural no jusnaturalismo é o que esteve em harmonia com os requisitos da razoabilidade prática, que envolve, dentre outras exigências, o respeito ao bem comum. Por esas e outras razões, o jusnaturalismo já foi mal interpretado por aqueles que pensam que o mesmo persegue a natureza como algo relacionado aquilo que é inerente à vida humana ou a impulsos naturais, negligenciando que o jusnaturalismo é um apelo à razão. Nesse sentido:

Aquinas is particularly clear and explicit that in this context, “natural” is predicated of something (say, a law, or a virtue) only when and because that of which it is predicated is in line with reason, practical reason, or practical reason’s requirements.” (FINNIS, 2015, p. 3)

So, in the philosophy of human affairs, when one predicates ‘natural’ or ‘naturally’ of such a community and its arrangements, one does not mean ‘automatically’, or ‘by

virtue of innate subrational inclination' or of any other 'natural impulse'. Nor does one mean 'usually' or 'very frequently' or 'standardly'. Rather, one means 'rationally', i.e. as judged by the standards for judging our actions reasonable or unreasonable, right or wrong: things are 'naturally' X for human persons when they are X 'in accordance with right reason'". (FINNIS, 2008, p. 45)

A partir dessas noções basilares sobre o jusnaturalismo e a abordagem inicial sobre as práticas iníquas no bojo das relações privadas, torna-se possível vislumbrar que o Poder Judiciário, no manejo e na aplicação do Direito, possa e deva confrontar as leis, precedentes e práticas sociais à luz dos comandos éticos relativos aos bens humanos básicos. Deste modo, utilizando como ponto basilar a ideia de bem comum e justiça, o magistrado poderá reprimir aquelas condutas que estejam em desarmonia com ambas as esferas de validade do direito e, para tanto, poderá fazer uso do instituto dos *punitive damages*, que possui como objetivo principal desestimular condutas indesejadas.

### 3 FUNDAMENTOS ÉTICOS DOS *PUNITIVE DAMAGES*

A penetração da fundamentação ética calcada no direito natural na análise de qualquer categoria jurídica, inclusive a responsabilidade civil, provoca impacto no sentido de restringir a autonomia dos membros de uma comunidade na medida em que a qualidade do que é direito e dotado de coercitibilidade é incrementado por reflexões de cunho ético. Embora os participantes de práticas sociais sejam livres para realizarem seus projetos, essa liberdade deve ser breçada quando não passar no crivo da razoabilidade prática, que envolve, dentre outras, a consecução do bem comum.

Em acréscimo, se a autonomia só tem valor se exercida em prol do bem comum, se adequando com opções moralmente aceitáveis (MASSINI-CORREAS, *Op. Cit.*, p. 131) torna-se corolário lógico que práticas sociais danosas devem ser compreendidas como incompatíveis com o bem comum e que qualquer categoria jurídica que venha a corroborar com essa tarefa seja considerada bem fundamentada ao menos sob o ponto de vista ético, tendo em vista que abandona o apego à autonomia como um fim em si mesmo, sem compromisso com o bem comum:

La adquisición de la autonomía por una persona (...) la habilita para realizar el tipo de elecciones con las cuales puede realizar. (...) La autonomía no puede proveer [en sí misma] una razón última para la acción. Y consecuentemente, es incapaz de proporcionar fundamento razonable a la exigibilidad de los derechos. (MASSINI-CORREAS, *Op. Cit.*, p. 131)

Se a autonomia fosse um fim em si mesmo e não estivesse passível de sofrer reprimendas do Estado, estar-se-ia próximo de um estado de coisas anárquico no qual nenhuma insti-

tução tem legitimidade para de forma eficaz restringir desvios no bojo de litígios e situações danosas sem resolução no campo extraproxessual (FINNIS, 2015, p. 3). Sendo assim, o direito natural acentua ser inarredável a presença de uma instituição dotada de autoridade para impor limites às escolhas/atos individuais:

The first issue that Aquinas takes up about human law in his set-piece discussion of law, *Summa Theologiae*, I-II, q. 95 a. 1, is whether human law [positive law] is beneficial —might we not do better with exhortations and warnings, or with judges appointed simply to “do justice”, or with wise leaders ruling as they see fit? (FINNIS, 2015, p. 2/3)

Além disso, não se pode perder de vista que ao fim e ao cabo a limitação a determinadas práticas danosas possui como esteio o alcance do bem comum, podendo a responsabilidade civil, por intermédio dos *punitive damages* servir de mecanismo de efetivação da Justiça Distributiva, na medida em que a verba indenizatória de cunho punitivo atingirá o bem comum e contribuirá para uma justa distribuição de encargos na sociedade de massa e de risco. Portanto, a responsabilidade civil não é apenas um instrumento da justiça comutativa – tendo por objeto a reposição de perdas injustamente causadas – mas também de justiça distributiva, entendida como o conjunto de exigências de colaboração que intensificam o bem-estar e as oportunidades de florescimento do ser humano (FINNIS, 2007, p. 165).

Trocando em miúdos, a justiça distributiva parte do pressuposto de que não são todos os seres humanos que possuem as condições essenciais para o florescimento e atualização de suas potencias (realização de projetos de vida), motivo pelo qual para que se persiga o ideal de que todos alcancem a sua felicidade a partir da efetivação dos bens humanos básicos (como a vida, a sociabilidade, o jogo, conhecimento, experiência estética, dentre outros) deve haver – em uma sociedade extremamente desigual - uma efetiva colaboração das pessoas, sendo o papel da justiça distributiva coordenar o a distribuição de recursos, oportunidades, lucros, ônus, vantagens, papéis, responsabilidades, e encargos” (FINNIS, 2007, p. 167/173).

A responsabilidade civil é sim um problema também de justiça distributiva, pois deve ser motivo de reflexão por parte dos juízes, advogados, defensores, legisladores e procuradores se – à luz dos novos comandos constitucionais - ela não deve ser adequadamente dimensionada de modo a atribuir o ônus de arcar com indenizações punitivas e preventivas para o caso de violações constantes e graves de interesses juridicamente protegidos, possibilitando o fomento do bem comum e dos bens humanos básicos na medida em que inibe/atua conduta presente potencialmente causadora de dano.

Infere-se a compatibilidade dos *punitive damages* com os fundamentos éticos jusnaturalistas na medida em que os mesmos visam a brechar condutas com alto grau de danosidade e censurabilidade, por danos físicos ou econômicos, alto grau de desinteresse pela vítima, reiteração e muitas vezes se caracterizam pela tentativa de se beneficiar da vulnerabilidade do outro. Por essas e outras, as práticas combatidas pelos *punitive damages* são contrárias ao direito por serem antagônicas às exigências do bem comum e negligenciarem o ideal de respeitar os aspec-

tos básicos dos membros de uma dada comunidade.

Deste modo, o Poder Judiciário deve se imbuído de razões de cunho ético para limitar o campo de atuação da autonomia, tendo sempre em vista uma concepção de bem comum que favoreça o florescimento humano, sendo necessário para isso, em casos mais graves, impor uma indenização maior do que a suficiente para compensar ou reparar o prejuízo, de modo a desestimular a conduta do ofensor que esteja desatinada com o bem comum da sociedade que o cerca. Deve-se, portanto, compreender o compromisso do Direito com a detenção e desestímulo de condutas indesejáveis, pressupondo que a investigação racional para determinar o que é o direito não abre mão da investigação do que o bem comum exige em um dado contexto, exigência esta que se torna parte do direito e da noção do que é justo no particular.

Nesse viés, o problema da justiça exige preocupação com a maneira mais adequada de tratar o outro, de modo a preservar uma razoável relação entre as pessoas, o que exige certamente o dever de evitar a prática de atos danosos, assim como o dever de suportar a punições pelas infrações cometidas (FINNIS, 2008, p. 188). Assim, aquelas condutas mais graves no âmago das relações privadas devem ser eliminadas a partir do manejo do valor indenizatório com o fim de neutralizar a subsistência de relações e práticas injustas, como destaca John Finnis à luz do pensamento de Tomás de Aquino sobre o direito de danos:

Aquinas sees ‘recompense’ or ‘compensation’ in Aquinas’ thought this ‘cure’ involves far more than the possible reform of the offender, and includes also the restraining and the sheer deterrence of the offender and of everyone else who needs deterring from wrongdoing and coercive inducement to decent conduct. and of everyone else who needs deterring from wrongdoing and coercive inducement to decent conduct (...) this (re)ordering {ordinativa} point of punishment can either be accounted remedial {medicinalis}, or contrasted with the remedial (deterrent, reformativa) (2008, 211/212).

Cabe salientar que não se está a defender o cabimento de indenizações milionárias que inviabilizem a iniciativa privada, visto que alguns dos requisitos para que os *punitive damages* guardem harmonia com a fundamentação ética é que o ato em análise seja muito grave, o valor das indenizações punitivas seja proporcional ao mal causado e ao objetivo de desestimular o ofensor, ideias estas que guardam relação com o objetivo de perquirir o bem comum presentes no pensamento de Tomás de Aquino exposto por John Finnis (2008, 211/212): “punishment, though merited, need not be imposed when its imposition would cause disproportionate harm to others; punishment is a matter of fairness and the measure of that fairness is the common good for the whole community.”

Além do mais, não há que se falar que os *punitive damages* não podem contribuir para o bem comum sob o pretexto de que ele é aplicado apenas diante de um caso concreto e de um grupo e de uma prática específica, porém essa visão é equivocada em relação à teoria jusnaturalista, visto que quaisquer ações que contribuam para o bem comum são justas e constituem deveres de justiça, como explica Luis Fernando Barzotto (2003, p. 2): “o termo ‘geral’ aplicado a este tipo de justiça refere-se à sua abrangência: todos os atos, independentemente da sua natu-

reza, na medida em que são devidos à comunidade para que esta realize o seu bem, constituem deveres de justiça”.

Destarte, por intermédio dos *punitive damages*, ao deter um padrão de conduta em desarmonia com o bem comum e incentivar ações que abracem as exigências éticas, o Poder Judiciário cria um terreno fértil para alcançar o bem comum indiretamente, pois, embora se trate de uma justiça particular, conseqüentemente beneficia a todos os componentes de uma comunidade, como se observa nessas lições de Luis Fernando Barzotto:

Como o ser humano é, para Tomás, um animal social, o fato de a justiça particular visar diretamente o bem do particular não significa que ela seja alheia ao bem comum: a justiça particular “dá a cada um o que é seu em consideração ao bem comum.” De fato, o ato de pagar uma dívida, por exemplo, beneficia diretamente o credor, mas indiretamente beneficia a todos, na medida em que este ato reforça e reafirma o sistema de crédito necessário à vida econômica da comunidade. Como foi visto, isto não significa que a justiça particular possa ser pensada à margem do bem comum. Ao contrário, algo só é devido a um particular em vistas do bem comum, seja em uma distribuição, seja em uma troca. A justiça particular visa diretamente o bem do particular e, indiretamente, o bem comum (BARZOTTO, *Op. Cit.*, p. 2/7).

#### 4 CONCLUSÃO

Apresentadas as principais diretrizes do prisma jusnaturalista do direito, assim como as bases da teoria dos *punitive damages*, conclui-se que a vida em sociedade é uma vida de débitos, pois todos devem algo a alguém, sendo um desses débitos o de não lesar outrem *alterum non laedere*. Assim, viver em sociedade é viver com restrições em suas ações e assumir as conseqüências por condutas danosas (BARZOTTO, *Op. Cit.*, p. 11).

Os *punitive damages* possuem esteio ético na medida em que contribuem para a consecução do bem comum e contribuem para uma justa distribuição de encargos na sociedade de massa e de risco, forçando que os participantes de relações privadas, em especial grandes fornecedores, pautem suas decisões sobre qualidade e segurança de produtos, serviços e condições de trabalho em um nível ótimo. Do contrário, suportarão um valor indenizatório alto o suficiente para que o ofensor internalize os danos que causou, o fazendo tomar o devido cuidado em sua atividade, trazendo como lição que é vantajoso manter um nível ótimo de qualidade e atendimento e arcar com menos indenizações (carregadas pelos *punitive damages*) ao invés de conservar um nível baixo de qualidade e ser obrigado a pagar altas indenizações (VISSCHER, 2009, p. 220).

Desse modo, os *punitive damages* podem romper com a iníqua equação pautada pelo resultado de uma relação custo/benefício do seu comportamento em detrimento dos direitos dos consumidores, trabalhadores e de todas as vítimas inseridas no contexto dos danos em massa, impedindo o ofensor de se beneficiar ou lucrar com o dano causado ou de encontrar na sanção

meramente compensatória um preço conveniente (ANDRADE, *Op. Cit.*, p. 258).

Nesse espectro, surge a importância de – a partir dos *punitive damages* – tornar um ato ou um padrão de conduta danoso desvantajoso, desencorajando, coibindo, detendo e impedindo a sua reiteração da seguinte forma: caso o autor do dano, ao reiterar os atos que vem praticando, verificar que o pagamento de indenizações arbitradas judicialmente na proporção dos danos causados ainda deixá-lo em uma posição economicamente favorável, com custos decorrentes de indenizações e processos judiciais menores do que os lucros obtidos pela ilicitude, a perpetração de danos subsistirá porque a lógica de gastos-despesas continuará o orientando para a manutenção da conduta reprovável. Contudo, uma vez que a indenização de cunho punitivo se acople à compensatória, se começa a vislumbrar uma revisão da vantagem em manter-se violador (VOLOKH, 1996, p. 10).

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Gustavo de. **Dano moral e indenização punitiva: os *punitive damages* na experiência do *Common Law* e na perspectiva do direito brasileiro.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ARENDT, Hannah. **A condição humana.** 11. ed. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.

BARZOTTO, Luis Fernando. Justiça Social - Gênese, estrutura e aplicação de um conceito. **Revista Jurídica Virtual**, Brasília, vol. 5, n. 48, maio 2003.

BASSAN, Marcela Alcazas. **As funções da indenização por danos morais e a prevenção de danos futuros.** 2009. Tese (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo. 2009.

BONNA, Alexandre Pereira. ***Punitive damages* (indenização punitiva) e os danos em massa.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. **Novo Tratado de responsabilidade civil.** São Paulo: Atlas, 2015.

FINNIS, John. **Lei natural e direitos naturais.** Trad. Leila Mendes. São Leopoldo: Unisinos, 2007.

FINNIS, \_\_\_\_\_. Stanford Encyclopedia of Philosophy. **Natural Law Theories.** First published Mon Feb 5, 2007; substantive revision Wed Nov 4, 2015.

FINNIS, \_\_\_\_\_. **Aquinas: Moral, Political, and Legal Theory**. Oxford University Press. Londres: 2008.

GASH, Jim. **Solving the multiple punishments problem: a call for a national punitive damages registry**. *Northwestern University Law Review*, 2005, vol. 99, n. 4, p. 1613-1686.

GERMANO, Geandrei Stefanelli. **Punitive Damages nas relações de consumo**. Tese (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo. 2011.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. **Usos e abusos da função punitiva: punitive damages e o direito brasileiro**. R. CEJ, Brasília, n. 28, p. 15-32, jan./mar. 2005.

MASSINI-CORREAS, Carlos. **Jurisprudencia analítica y derecho natural: análisis del pensamiento do filósofo-jurídico John Finnis**. Mendonza-Argentina: 2015.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: Uma Leitura Civil - Constitucional dos Danos Morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

SERPA, Pedro Ricardo e. **Indenização punitiva**. 2011. Tese (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo. 2011.

SANTOS, Lorena Maria de Moura. **Comunidade e moralidade na filosofia de Alasdair MacIntyre**. Dissertação de Mestrado - Universidade Federal do Piauí: Teresina, 2012.

SUNSTEIN, Cass R.; HASTIE, Reid; PAYNE, John W.; SCHKADE, David A.; VISCUSI, W. Rip. **Punitive Damages: how juries decide**. Chicago: The University of Chicago Press, 2003.

\_\_\_\_\_, Cass R.; KAHNEMAN, Daniel; SCHKADE, David. **Assessing punitive damages**. Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper, N. 50, 1997.

VAZ, Caroline. **Funções da responsabilidade civil - da reparação à punição e dissuasão: os punitive damages no direito comparado e brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.

VISSCHER, Louis T. **Economic analysis of punitive damages**. In: KOZIOL, Helmut;

WILCOX, Vanessa. **Punitive damages: common law and civil law perspectives**. Vol. 25. Vienna: Springer, 2009. p. 219/236.

VOLOKH, Alexander. **Punitive damages and environmental law: rethinking the issues**. *Policy Study*, n. 213, 1996.

## THE ETHICAL FOUNDATION OF PUNITIVE DAMAGES AND THE DUTY TO PREVENT DAMAGES

### ABSTRACT

It explores a diagnosis of practices in the bulge of social relations, reflecting on the possibility of internal goods (in the MacIntyrean sense) to be pursued by its participants. It presents the foundations of Natural Law from the perspective of John Finnis and his pertinence in the bosom of private relations. Analysis of the ethical foundations of punitive damages. It concludes that punitive damages are characterized as a powerful instrument to achieve ethical demands, especially as regards the attainment of the common good and justice.

**Keywords:** Natural law. Tort law. Private relations. Punitive damages