



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E DE CIÊNCIAS SOCIAIS -
FAJS

TAUGE ALVES FERREIRA

**A QUESTÃO DA REPARABILIDADE DOS DANOS MORAIS
E AS INDENIZAÇÕES PUNITIVAS NO BRASIL**

BRASÍLIA

2015

TAUGE ALVES FERREIRA

**A QUESTÃO DA
REPARABILIDADE DOS
DANOS MORAIS E AS
INDENIZAÇÕES PUNITIVAS
NO BRASIL**

Monografia apresentada ao Centro
Universitário de Brasília – UniCEUB,
como requisito parcial para obtenção do
título de bacharel em Direito.

Orientador: ROBERTO FREITAS FILHO

BRASÍLIA

2015

RESUMO

A presente monografia analisa os problemas das indenizações por dano moral no Brasil e sugere a necessidade da implantação da indenização punitiva como forma de superar esses problemas. A análise, eminentemente doutrinária, mostra que o cálculo das indenizações por danos morais não pode seguir a lógica da reparabilidade estrita, o que faz com que sempre exista um certo elemento de arbitrariedade na fixação do montante indenizatório. Em razão disso, o deslocamento da lógica reparatória/compensatória para a lógica punitiva poderia, ao contrário do que se afirma, ser realizado sem grandes prejuízos para a segurança jurídica. Além disso, como mostra a pesquisa analisada na monografia, o ordenamento jurídico brasileiro dispõe de mecanismos que impedem os excessos na fixação da indenização punitiva, como o princípio do não enriquecimento ilícito. Por fim, o trabalho defende que nos casos de danos morais coletivos ou de danos morais a vulneráveis (como em relações de consumo e em relações de trabalho) o aspecto pedagógico/preventivo concretiza a proteção reforçada que a Constituição Federal garante.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	p.06
CAPÍTULO 1 - A DIFICULDADE DA REPARAÇÃO DOS DANOS MORAIS INDIVIDUAIS E COLETIVOS	p. 07
1.1 Introdução: o dano moral no direito brasileiro.....	p. 07
1.2 O reconhecimento da autonomia dos danos morais no direito brasileiro ...	p. 09
1.3 A problemática da indenização do dano moral: reparação ou compensação?.....	p. 10
1.4 A indenização por dano moral coletivo.....	p. 14
1.5 A problemática da indenização por dano moral coletivo.....	p. 17
CAPÍTULO 2 – AS INDENIZAÇÕES PUNITIVAS	p. 20
2.1 Conceituação.....	p. 20
2.2 Surgimento.....	p. 22
2.3 O desenvolvimento no Direito Americano	p. 24
2.4 A indenização punitiva na argentina.....	p. 27
2.5 Os danos punitivos no Brasil.....	p.31
2.5.1 Indenização como pena.....	p.31
2.5.2 Enriquecimento sem causa.....	p.37
2.5.3 Princípio da legalidade.....	p.41
2.5.4 O estado atual das indenizações punitivas no Brasil.....	p.43
CAPÍTULO 3 – A INDENIZAÇÃO PUNITIVA COMO FORMA DE SOLUÇÃO DO PROBLEMA DA REPARABILIDADE DO DANO MORAL NO BRASIL	p.45
3.1. O projeto pensando o direito – Dano moral – exemplo de análise empírica.....	p.45
3.2 O argumento da “indústria do dano moral”	p.51
3.3 As indenizações punitivas como forma de proteção aos vulneráveis e de regulação dos danos morais coletivos: o aspecto preventivo.....	p.55
3.3.1 Dano Moral Coletivo e a defesa dos interesses dos consumidores.....	p. 55

3.3.2 A vulnerabilidade – uma questão de justiça social.....	p. 59
CONCLUSÕES.....	p.64
REFERÊNCIAS	p.67

INTRODUÇÃO

A presente monografia trata, principalmente, do instituto das indenizações punitivas e da sua aplicação aos casos de danos morais. O objetivo foi proporcionar um estudo das conjunções entre os dois temas. Essas conjunções se revelaram muitas. Em razão das limitações do trabalho, foram enfocadas duas conexões: as dificuldades no cálculo da compensação/reparação dos danos morais e a necessidade de prevenir as condutas danosas. Outras conexões que apareceram, mas que não puderam ser seguidas a fundo em razão dos limites naturais desse trabalho, foram relativas ao acesso à justiça, à explosão dos litígios judiciais, à sua aplicação no âmbito restrito dos direitos do consumidor, entre outras. Essas questões, espera-se, poderão ser abordadas no futuro, em projetos de pesquisa que, felizmente, já não terão que partir do zero.

Quanto ao texto da monografia, ele está dividido em 3 capítulos. O primeiro capítulo avança diretamente sobre a problemática dos danos morais e sua reparabilidade. Ali, procurou-se revelar, de forma sintética, os problemas que envolvem o tema. O segundo capítulo trata das indenizações punitivas. Ele traz uma brevíssima narrativa histórica e os exemplos do uso desse tipo de indenização nos Estados Unidos e na Argentina, países que pertencem respectivamente aos sistemas do common-law e do direito romano-germânico. Em seguida, tratamos do instituto no Brasil, e das objeções que sobre ele se levantam. O terceiro capítulo apresenta uma análise sucinta de dados empíricos produzidos no âmbito da pesquisa Pensando o Direito - Dano Moral. Ali, trata-se de mostrar a realidade das aplicações de indenizações punitivas no Brasil, longe de mitos como o da "indústria do dano moral".

A monografia mostrará, espera-se, que as indenizações por danos morais já são uma realidade no Brasil e que as indenizações não explodiram por causa disso. Defende-se, portanto, que o instituto seja desabridamente adotado pelo direito brasileiro, para que possa proporcionar os bens de que é capaz sem aumentar a insegurança jurídica.

CAPÍTULO 1 – A DIFICULDADE DA REPARAÇÃO DOS DANOS MORAIS INDIVIDUAIS E COLETIVOS

1.1 Introdução: o dano moral no direito brasileiro

É no sistema normativo da responsabilidade civil que se tem precipuamente como exigência – segundo critérios temporais de conveniência e escolhas políticas e filosóficas – estabelecer o que é e quais os danos devem ser suportados por um sujeito ou outro, pelo causador da lesão ou pela vítima, de forma distributiva de justiça e de resposta ao comando constitucional de proteção e solidariedade social.¹

A palavra dano, etimologicamente – *demere* – é a retirada, a diminuição de um bem estar da pessoa. Bem estar este que pode ter sido originado de uma diminuição de seu patrimônio pessoal originário ou derivado extrapatrimonial ou patrimonial².

Neste cenário, o da responsabilidade civil, o dano pode ser entendido como a diminuição do patrimônio de um indivíduo provocado pela conduta de outro. Sendo assim, quando uma conduta provocar uma diminuição patrimonial a indenização tem o sentido inicial de restaurar, de restabelecer o equilíbrio e conseqüentemente reintegrar a cota correspondente ao prejuízo sofrido. A ideia de reparação no plano patrimonial liga-se ao valor de um correspondente à própria noção de patrimônio.³ Concordando com uma definição de Pollaco⁴, Alvim definia dano como sendo “a efetiva diminuição do patrimônio, que consistia na diferença entre o valor atual do patrimônio do credor e aquele que teria se a obrigação fora exatamente cumprida”.⁵

¹ MORAES, Maria Celina B de. **Danos à pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 212 ss.

² MAGALHÃES, Teresa, Alcona Lopes de. O Dano estético. Responsabilidade Civil. São Paulo. RT 1980, pg 6 ss.

³ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 242 e ss.

⁴ ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas conseqüências**. São Paulo: Saraiva, 1949, p. 154.

⁵ Cf. *Le obbligazione nel diritto civile italiano*, vol I, no 126.

Ainda em seu livro, Agostinho Alvim, apresenta um conceito de Giovanni Formica⁶, mais abrangente e mais próximo ao conceitualmente empregado, onde “o Dano é a diminuição ou subtração de um bem jurídico e que bem jurídico não significa somente os haveres, os patrimônios, mas a honra, a saúde a vida, bens esses aos quais os povos civilizados exigem proteção” essa diminuição ou subtração, não faz referência apenas a uma mera diminuição patrimonial de cunho econômico, mas a bens intangíveis, cujo valor é incalculável.

Desse conceito de Formica se infere que, mais que uma diminuição de cunho patrimonial estaria tal definição abarcando outros tipos de reparação, nitidamente axiológicas, a serem aplicadas. Vê-se que a simples infração do avençado não implicava a presunção do dano e que mesmo nos casos em que se cogitaria a indenização sem danos (efetiva diminuição patrimonial) estes seriam exceções, e em caso de inexistência de dano, esta seria óbice à pretensão de uma reparação e, ainda que fosse uma violação de dever jurídico, tendo existido culpa e dolo por parte do infrator, nenhuma indenização seria devida, uma vez que não se tinha verificado prejuízo.⁷

Para o próprio Alvim o termo dano importa dois sentidos; um de maior amplitude ou lato, seria a lesão de qualquer bem jurídico, e o outro em sentido estrito seria a lesão ao patrimônio, sendo este o conjunto das relações jurídicas de uma pessoa, apreciáveis em dinheiro. Entendia aquele professor, sendo que aqui nos reportamos à sociedade cultural e jurídica em que estava inserido, a dos anos 40, que a inexecução da obrigação, na esfera contratual, ou a inobservância de um dever na esfera extracontratual, não constituiriam por si só, requisito autônomo da obrigação de indenizar, um entendimento que já se encontra superado, haja vista as complexidades e implicações dos negócios jurídicos de hoje.

Quando ainda não se admitia o dano moral expressamente essas eram algumas das definições do que em síntese seria uma diminuição patrimonial. Hoje esses conceitos não são suficientes devido às necessidades que se impuseram no

⁶ FOORMICA, Giovanni, in *Dizionario pratico Del diritto privato*, de Scialoja, Vol. II, p. 542. Não há na referência bibliográfica de Agostinho Alvim o ano de publicação das referencias.

⁷ ALVIM, Agostinho, *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. São Paulo: Saraiva, 1949, p. 162.

decorrer do tempo. O dano de cunho reparatório passou a ter com o dano moral um importante acréscimo conceitual, aumentando seu núcleo reparatório englobando também o ressarcitório.

Contemporaneamente um dos conceitos de dano seria “a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc”.⁸

Para alguns autores, a utilização da nomenclatura patrimonial significa que o patrimônio é composto por bens materiais e bens imateriais. É o caso dos autores do livro *Responsabilidade civil contemporânea*⁹, que entendem ser importante essa distinção na conclusão conceitual. Assim, quando qualquer desses bens sofre admoestação é necessário saber qual a consequência advinda. “Se o ataque dirigir-se ao bem material o dano será material ou patrimonial; se o ataque for ao bem imaterial o dano será imaterial, cognominado imaterial”.

O dano é, portanto, o vetor da responsabilidade civil. Não há que se falar em indenização ou ressarcimento se não houver dano, “pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano”.¹⁰

1.2 O reconhecimento da autonomia dos danos morais no direito brasileiro

A doutrina encontrou no dano moral uma penosa tarefa, a de elaborar uma teoria que abarcasse as necessidades atuais e que conseguisse transpor a resistência dos que negavam atribuir um preço à dor. Eram admitidas as indenizações para as lesões extrapatrimoniais quando expressamente admitidas por lei e as indenizações morais eram esparsamente aplicadas, fundamentadas em um texto de lei impreciso.

⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 73.

⁹ RODRIGUES, Otavio Luiz, MAMEDE, Gladston e ROCHA, Maria Vital da. **Responsabilidade civil contemporânea**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 63 ss.

¹⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Op.cit., p. 73.

O art. 159 do Código Civil de 1916 (Lei 3.071) continha a previsão normativa de responsabilidade aquiliana, e ao mencionar a reparabilidade do dano deixava em aberto a possibilidade quanto à sua abrangência. Tal omissão ou limitação conceitual propiciou divergências doutrinárias e jurisprudenciais no caso concreto, não havendo um entendimento homogêneo sobre sua aplicação.

Citando Beviláqua, Cahali deduz que o autor do projeto do Código admitia a reparabilidade do dano moral, “porém limitada aqueles casos previstos no capítulo das obrigações resultantes de atos ilícitos”¹¹.

“Uma coisa é admitir a tese da reparabilidade do dano moral; outra coisa é reconhecer que o nosso direito civil, em suas fases anteriores, a tivesse perfilhado”¹². Assim Cahali resume a história do dano moral no Brasil, onde, apesar de a doutrina vir no sentido de admitir tal tese, como no caso de Orlando Gomes, Agostinho Alvim, João Arruda e Clovis Beviláqua, esta era uma lacuna normativa que deveria ser preenchida respeitando o princípio da legalidade.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, e por escolha do constituinte originário, a norma expressa virou direito fundamental, garantida constitucionalmente em seu Art. 5º;

“V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”.

“X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Aquela lacuna normativa também foi preenchida no atual Código Civil que, em seu art. 186, prevê que aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

1.3 A problemática da indenização do dano moral: reparação ou compensação?

¹¹ CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 2ª ed. São Paulo: Ed Revista dos Tribunais, p 45.

¹² CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 2ª ed São Paulo: Ed Revista dos Tribunais p 43 e 44.

Como em qualquer dano, a configuração do dano moral no plano do ato ilícito - existência no plano normativo de regra que impõe dever legal de não lesar - impõe como obrigação correlata a de indenizar nos casos de violação da norma por um comportamento contrário ao de indenidade (violação contratual), sendo o ato ilícito qualquer ato praticado por terceiros que repercuta danosamente na esfera patrimonial ou no “aspecto do homem” como ser moral.¹³

Essa violação, no entendimento de Humberto Theodoro, seria a relativa aos aspectos morais, aos danos de natureza não econômica e que se traduzem em turbações de ânimo, em reações desagradáveis, desconfortáveis e constrangedoras e estariam na esfera da subjetividade, no plano axiológico da pessoa inserida na sociedade, alcançando seus aspectos mais íntimos.¹⁴

Apesar de ser declaradamente contra as indenizações vultosas, de caráter punitivo, Humberto Theodoro entende que nos casos de violação na esfera íntima, há uma real consequência a título de reparação, e que esta assume uma característica de sanção à conduta ilícita do causador da lesão moral, atribuindo um valor à reparação, com o duplo objetivo de atenuar o sofrimento injustamente provocado e coibir a reincidência do agente a novas práticas.

Esse posicionamento do autor pode ser considerado como uma contradição e um avanço, uma vez que ele preceitua que as consequências dos danos e suas repercussões na sociedade devem ser devidamente sancionadas como medida preventiva. Mas, e aí está a contradição, ou um avanço, a simples menção da necessidade de uma sanção carrega consigo, talvez sem que o perceba, uma abertura a aplicação de medidas mais efetivas, como a indenização punitiva. Por tal raciocínio poderia chegar à conclusão de que não se pode excluir definitivamente as possíveis aplicações de valores elevados como medida preventiva punitiva de caráter sancionatório.

¹³ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Dano moral**. 7. ed. Belo Horizonte. Del Rey, 2010, p 2 e ss.

¹⁴ Traduzem-se em “um sentimento de pesar íntimo da pessoa ofendida” – STF, RE 69.754/SP, RT 485/230.

Teresa Ancona¹⁵ afirma que alguns autores, “a título de achar uma solução para as controvérsias que existem sobre a reparabilidade ou não do dano moral, costumam usar as expressões: dano moral com ou sem repercussão patrimonial, danos morais indiretos, danos patrimonial reflexo, etc., no lugar de dano moral simplesmente”.

Usando como exemplo, ao citar Wilson Melo da Silva, Teresa Ancona afirma que os “danos morais ou são puros ou não são danos morais” e ainda citando Agostinho Alvim informa que afirmar que “se o dano moral não repercutiu no patrimônio deixará de ser indenizável, é negar, pura e simplesmente, indenização por dano moral, porque somente o dano que não repercute no patrimônio é dano moral. O outro é patrimonial”.

Esses entendimentos doutrinários, algumas vezes discrepantes, fundamentalmente são convergentes no sentido de apontar a existência do problema de como tratar a indenização por dano moral: como reparação/compensação ou como punição da conduta danosa. Ao citar outros autores a conclusão que se chega é que há na doutrina atual um progresso, lento, cuidadoso, primando sempre por um aprimoramento.

Ressaltando um dos modos de fixar a indenização levando-se em conta a culpa - grave, leve ou levíssima – Orlando Gomes¹⁶ defende que “a reparação deve ser completa, abrangendo todas as consequências com o fato gerador, usando a apuração da gravidade da culpa” para tal mensuração, já para Teresa Ancona a reponsabilidade não deve ser mensurada pelo grau de culpa mas sim pela extensão do dano. Cita como exemplo a possibilidade de uma culpa levíssima levar à obrigação de indenizar¹⁷.

O que se percebe é que, talvez em razão da promulgação da CF/88 e do Código de Defesa do Consumidor, ocorreu na doutrina um deslocamento, desvinculando a relação de simbiose que havia entre a sanção da conduta e a

¹⁵ MAGALHÃES, Teresa, Alcona Lopes de. **O Dano estético**. Responsabilidade Civil. São Paulo. RT 1980, pg 7.

¹⁶ GOMES, Orlando. **Responsabilidade civil**. 1 ed. Rio de Janeiro:Forense, 2011, p 119.

¹⁷ MAGALHÃES, Teresa, Alcona Lopes de. **O Dano estético**. Responsabilidade Civil. São Paulo. RT 1980, pg 6 ss.

proteção da vítima. Maria Celina ressalta que como resultado desse deslocamento passou-se do ato ilícito para o dano injusto, ou seja, a reparação do dano sofrido alcançou um papel muito maior do que a sanção pelo dano causado.¹⁸

Esse entendimento é o que sustenta a negação da sanção ao causador do dano¹⁹, seja por uma justificativa penal, ambiente considerado como adequado à repressão da conduta punitiva, seja porque o foco se deslocou para o resultado da conduta.

Para além de uma inicial desvinculação, as necessidades que se seguiram, nos anos posteriores, trouxeram de volta o debate sobre a conduta do danador²⁰, não como retrocesso, mas como uma política afirmativa²¹ de proteção aos vulneráveis e prevenção a possíveis e futuros danos.

Entende-se assim o porquê do Código de Defesa do Consumidor ter sido criado após a tomada da decisão política de proteger o consumidor, considerado naquele momento – 1988 - extremamente vulnerável, a necessidade de maior proteção frente ao crescimento do mercado de consumo a que estavam expostos.

André Gustavo de Andrade, em texto disponibilizado no Banco do Conhecimento do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, afirma que, em casos

¹⁸ MORAES, Maria Celina B de. **Danos à pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar 2003, p. 21.

¹⁹ F.Ewald, A culpa civil, direito e filosofia citado por Maria C B. – a adoção da teoria do risco representou uma libertação política; “Um regime de responsabilidade por risco, ao permitir distinguir a proteção das vítimas e a sanção das condutas, oferece a possibilidade de uma reformulação que, doravante, fazem parte integrante da administração da responsabilidade. Mas é verdade que isso é inseparável do fato de a culpa perder um pouco do seu caráter moral para adquirir um significado resolutamente social”.

²⁰ Danador – expressão utilizada na Argentina. CHAMATROPULOS, Demétrio Alejandro. **Los daños punitivos en la Argentina**. Buenos Aires: Errepar, 2009.

²¹ GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. **Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 6-7. Conceito de políticas afirmativas: “Consistem em políticas públicas (e também privadas) voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional, de compleição física e situação socioeconômica. Impostas ou sugeridas pelo Estado, por seus entes vinculados e até mesmo por entidades puramente privadas, elas visam a combater não somente as manifestações flagrantes de discriminação, mas também a discriminação de fundo cultural, estrutural, enraizada na sociedade. De cunho pedagógico e não raramente impregnadas de um caráter de exemplaridade, têm como meta, também, o engendramento de transformações culturais e sociais relevantes, inculcando nos atores sociais a utilidade e a necessidade de observância dos princípios do pluralismo e da diversidade nas mais diversas esferas do convívio humano”

assim, pode ser necessário questionar-se sobre a racionalidade da defesa incondicional do paradigma reparatório:

O “paradigma reparatório”, calcado na teoria de que a função da responsabilidade civil é, exclusivamente, a de reparar o dano, tem-se mostrado ineficaz em diversas situações conflituosas, nas quais ou a reparação do dano é impossível, ou não constitui resposta jurídica satisfatória, [...] Essa “crise” do paradigma reparatório leva o operador do direito a buscar a superação do modelo tradicional. Superação que não se traduz, por óbvio, no abandono da ideia de reparação, mas no redimensionamento da responsabilidade civil, que, para atender aos modernos e complexos conflitos sociais, deve exercer várias funções.

Portanto, fica claro que essas dificuldades para classificar, e, por consequência, manejar as indenizações por danos morais, mostram que hoje é necessário e premente o retorno da discussão sobre a conduta do danador e dos meios que devam ser utilizados para inibir sua atuação – provocando uma conduta preventiva.

1.4 A indenização por dano moral coletivo

O dano moral coletivo pode ser conceituado como “lesão injusta e intolerável a interesses titularizados pela coletividade os quais possuem natureza extrapatrimonial, refletindo valores e bens fundamentais para a sociedade”.²²

Pioneiro na criação e implementação dos processos coletivos, o Brasil que adota o “*civil law*”, vem obtendo um resultado satisfatório desde a reforma da lei da Ação Popular em 1977, passando pela previsão da atuação do Ministério Público como legitimado para as ações de caráter ambiental, Lei 6.938/81 e culminando com a Lei 7.347/85 - Ação Civil Pública – onde os interesses transindividuais, ligados ao meio ambiente e ao consumidor mereceram maior tutela. Ressalte-se que apenas com a Constituição de 88 houve uma ampliação incondicional da tutela dos interesses transindividuais ou coletivos²³.

²² MEDEIROS NETO, Xisto Tiago. **Dano moral coletivo**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 137.

²³ GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo. NERY JUNIOR, Nelson. **Código de defesa do consumidor – Processo coletivo**. Ed. 10. Rio de Janeiro. Forense, 2011, p 25.

Cahali, ao falar sobre o dano moral coletivo, já preconizava e projetava objetivamente os seus efeitos que considerava como “as lesões à honorabilidade, ao respeito, à consideração e ao apreço social, ao prestígio e à credibilidade nas relações jurídicas do cotidiano”²⁴, apesar do tom romântico dado ao dano moral coletivo, diferentemente do dano individual, ele passou a ser um importante mecanismo de efetivação de tutela que de outra maneira não se poderia ver implantada.

Diferentemente do dano individual, que pouco evoluiu em sua aplicabilidade, o dano moral coletivo, sofreu uma importante e rápida evolução na esfera da responsabilidade civil, principalmente a partir da Constituição Federal de 1988, que, ao fixar expressamente prazo para o congresso Nacional elaborar o Código de Defesa do Consumidor e fixar como função institucional do Ministério Público a proteção dos interesses difusos e coletivos, trouxe para a esfera coletiva uma nova possibilidade na defesa desses interesses.²⁵

Esses interesses, difusos e coletivos, ganharam proteção constitucional (art. 127 e 129, da CF), que possui expressiva carga valorativa: “Como lei principiológica que é concretizadora dos princípios e regras constitucionais, também aqui dará o elemento jurídico legal que designará os limites e aplicação dos direitos postos e definidos”.²⁶

Por serem direitos que traduzem valores jurídicos de uma coletividade, alcançam de forma abrangente e diretamente a dignidade de seus membros, de forma que o dano moral coletivo não necessita da violação de elementos íntimos e anímicos para ser configurado:

²⁴ CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. São Paulo: Ed Revista dos Tribunais, 2ª ed p 352.

²⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em, 08 nov. 14.

“Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor”.

“Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

²⁶ NUNES, Rizzato. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed São Paulo:Saraiva, 2011, p. 786.

O dano moral coletivo não se vincula nem se condiciona diretamente à observação ou demonstração efetiva de efeitos negativos, como o abalo psíquico, a consternação ou a repulsa coletiva, visto que constituem eles, quando perceptíveis, mera consequência do dano produzido pela conduta do agente, não se apresentando, evidentemente, como pressuposto para a sua configuração.²⁷

Em outras palavras, a configuração do dano moral coletivo não exige uma manifestação coletiva ou comunitária, um protesto de grupo, uma expressão verbal social. Nada disso. Esses fenômenos podem ocorrer, e por vezes ocorrem, mas são apenas uma consequência da percepção do dano pelos titulares do bem jurídico coletivo lesado.

Essa nova modalidade de dano moral possui como característica uma “racionalidade” distinta, na qual o modelo da configuração do dano moral coletivo supera o das relações privadas, individuais, onde os aspectos subjetivos como a dor, sofrimento e a angústia são pontos nevrálgicos para sua configuração. Esse novo modelo racional é próprio dos direitos transindividuais, respaldado pela Constituição Federal e ratificado jurisprudencialmente, conforme ilustra a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça:

“ADMINISTRATIVO - TRANSPORTE - PASSE LIVRE - IDOSOS - DANO MORALCOLETIVO - DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA DOR E DE SOFRIMENTO - APLICAÇÃO EXCLUSIVA AO DANO MORAL INDIVIDUAL - CADASTRAMENTO DE IDOSOS PARA USUFRUTO DE DIREITO - ILEGALIDADE DA EXIGÊNCIA PELA EMPRESA DE TRANSPORTE - ART. 39, § 1º DO ESTATUTO DO IDOSO – LEI 10741/2003 VIAÇÃO NÃO PREQUESTIONADO.

1. O dano moral coletivo, assim entendido o que é trans individual e atinge uma classe específica ou não de pessoas, é passível de comprovação pela presença de prejuízo à imagem e à moral coletiva dos indivíduos enquanto síntese das individualidades percebidas como segmento, derivado de uma mesma relação jurídica-base.

2. O dano extrapatrimonial coletivo prescinde da comprovação de dor, de sofrimento e de abalo psicológico, suscetíveis de apreciação na esfera do indivíduo, mas inaplicável aos interesses difusos e coletivos.

3. Na espécie, o dano coletivo apontado foi a submissão dos idosos a procedimento de cadastramento para o gozo do benefício do passe livre, cujo deslocamento foi custeado pelos interessados, quando o

²⁷ MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **O dano moral coletivo e o valor da sua reparação.** Revista TST, Brasília, vol. 78, n. 4, out/dez 2012, p. 288.

Estatuto do Idoso, art. 39, § 1º exige apenas a apresentação de documento de identidade.

4. Conduta da empresa de viação injurídica se considerado o sistema normativo.

5. Afastada a sanção pecuniária pelo Tribunal que considerou as circunstâncias fáticas e probatória e restando sem prequestionamento Estatuto do Idoso, mantém-se a decisão.5. Recurso especial parcialmente provido".²⁸

Apesar disso, essa racionalidade não dispensa a verificação de outros elementos. Nesse sentido, a doutrina e a jurisprudência vêm formando o entendimento de que são necessários alguns pressupostos para que o dano moral coletivo seja reparável. São pressupostos necessários na visão de Xisto de Medeiros:

a) a conduta antijurídica ativa ou omissiva do agente, pessoa física ou jurídica; b) a ofensa a interesses jurídicos fundamentais, de natureza extrapatrimonial, titularizados por uma determinada coletividade (grupo, categoria, classe de pessoas ou toda a comunidade; c) a intolerabilidade da ilicitude, diante da realidade apreendida e da sua repercussão social; d) o nexo causal observado entre a conduta e o dano correspondente à violação do interesse coletivo ou difuso.²⁹

Esses pressupostos podem ser entendidos como uma orientação a ser seguida, é também um resultado da racionalidade e objetividade que este mecanismo de proteção à coletividade possui na clara intenção de concretizar a opção do legislador original com a adoção da reparabilidade integral.

1.5 A problemática da indenização do dano moral coletivo

Apesar de ser espinhoso, o tema deve ser tratado, porquanto a Constituição Federal adotou o princípio da reparação integral, prevista no art. 5º inciso V e X da Constituição, e, como ele, uma nova sistemática da reparação dos danos morais. Além disso, a CF consagrou um complexo e sólido sistema de proteção dos direitos transindividuais, como se pode observar nos art. 6º, 7º, 194, 205, 215, 220, 225 e

²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp: 1057274 RS 2008/0104498-1, Relator: Ministra Eliana Calmon, Data de Julgamento: 01/12/2009, T2 - Segunda Turma, Data de Publicação: DJe 26/02/2010. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19165433/recurso-especial-resp-1057274-rs-2008-0104498-1>>. Acesso em 08 nov. 2014.

²⁹ MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **O dano moral coletivo e o valor da sua reparação**. Revista TST, Brasília, vol. 78, n. 4, out/dez 2012, p. 288.

227, da Constituição Federal, onde, a par de explicitar o reconhecimento da titularidade coletiva de tais direitos e o que eles efetivamente representam, também autorizou sua defesa judicial e extrajudicial por determinados legitimados. O art. 5º da Lei 7347/85, regulamentou esse aspecto da proteção dos interesses transindividuais, elencando como legitimados para sua defesa, as seguintes entidades: o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios, a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista e as associações.

Ora, se a CF autorizou, e a Lei regulamentou, a defesa judicial e extrajudicial dos interesses coletivos lato sensu, é necessário encontrar um mecanismo eficiente para calcular a indenização dos danos causados a esses direitos. Enfrentando essa árdua tarefa, vários autores já apresentaram suas alternativas.

Antônio Junqueira de Azevedo, por exemplo, propõe uma nova modalidade de reparação - a dos danos sociais: “Os danos sociais, por sua vez, são lesões à sociedade, no seu nível de vida, tanto por rebaixamento de seu patrimônio moral – principalmente a respeito da segurança – quanto por diminuição na qualidade de vida”.³⁰

Aqui, entendemos que, para encontrar um sistema que dê efetividade à tutela constitucional dos direitos coletivos, é preciso romper com a estrutura e a lógica da reparação individual dos danos. Com efeito, essa nova categoria de danos se funda na função social da responsabilidade civil e na repercussão coletiva da dignidade da pessoa humana. Assim, podemos concluir que ela, como tantos outros novos instrumentos e institutos do nosso direito pós-1988, pautando os mais importantes institutos como a propriedade, a família, o contrato e a empresa, também busca a superação do caráter individualista da codificação anterior.

Por outro lado, os danos coletivos, mesmo os materiais, normalmente, têm uma característica que os diferencia dos danos materiais individuais: a dificuldade da reparação. É que o dano a direitos coletivos dificilmente pode ser revertido, o que

³⁰ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social.** In: O Código Civil e sua interdisciplinaridade. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p 376.

torna o restabelecimento do patrimônio material anterior ao dano quase impossível. No caso de esse dano ser imaterial, o seu impacto pode ser impossível até de ser atenuado, tornando necessário evitar ao máximo a realização do dano.

Essa dupla característica dos bem jurídicos coletivos (a dificuldade de se calcular o impacto do dano, devido a seu caráter social, e a inviabilidade da atenuação do seu dano) deve direcionar nossa atenção para um sistema indenizatório que aja antecipadamente, prevenindo a produção do dano, mais do que visando o restabelecimento do status quo ante.

CAPÍTULO 2 – AS INDENIZAÇÕES PUNITIVAS

Este capítulo pretende sustentar que aqueles problemas relativos à aplicação de indenizações por dano moral poderiam ser superados, com vantagem, pela utilização do instituto da indenização punitiva.

2.1 Conceituação

As indenizações punitivas podem ser entendidas como o pagamento de altos valores pecuniários a título de punição por aquele que praticou um ilícito, uma ofensa a direito de terceiro, tendo primordialmente a função de punir e prevenir para que não venha a cometer ilícitos similares no futuro.

Conforme Judith Martins Costa, os “*punitive damages*”:

Também chamados de *exemplary damages*, *vindictive damages* ou *smartmoney*, consistem na soma em dinheiro conferida ao autor de uma ação indenizatória em valor expressivamente superior ao necessário à compensação do dano, tendo em vista a dupla finalidade de punição (*punishment*) e prevenção pela exemplaridade da punição (*deterrence*) opondo-se – nesse aspecto funcional – aos *compensatory damages*, que consistem no montante da indenização compatível ou equivalente ao dano causado, atribuído com o objetivo de reduzir o prejuízo.³¹

Os “*punitives damages*” possuem um conceito que, guardadas as devidas proporções, se relaciona com o Art. 944 do Código Civil, “*caput*”- A indenização mede-se pela extensão do dano – ou seja, o Art. 944 do CC não especifica ou limita a uma modalidade de dano ocorrido, podendo ainda ser um forte fundamento para a aplicação das indenizações punitivas ou pedagógicas, mormente porque cada dia mais a palavra dano abarca novas aplicações lógicas, sejam danos à pessoa, por prática de ilícitos, por lesar indiretamente a sociedade.

Ao superar uma distinção, muito cara à nossa tradição jurídica, qual seja, aquela que pretende separar profundamente o direito civil do direito penal, as indenizações punitivas aproximam o direito da responsabilidade civil de um legítimo

³¹ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. **Usos e abusos da função punitiva (*punitive damages* e o Direito brasileiro)**. Revista CEJ, Brasília, n. 28, p. 15-32, jan./mar. 2005, p. 16.

poder de regulação preventiva das condutas não criminais. É que as indenizações punitivas não só punem o causador do dano, como também buscam tornar pouco compensadora a conduta ilícita, o que é bastante útil nas sociedades contemporâneas, onde um pequeno dano causado a milhões de pessoas pode resultar em um lucro bastante atraente, compensando o risco de ser condenado a pagar uma indenização apenas reparatória a poucas vítimas.

Em exposição verticalizada sobre o tema, Freitas Filho e Thalita Lima afirmam que “a indenização decorrente do reconhecimento da existência de dano extrapatrimonial tem dupla função funcional”. A primeira corresponde à função indenizatória, relacionada com os direitos morais em sentido estrito, e outra é a função punitiva, essa última tendo desdobramento funcional na forma de função pedagógica³².

Mesmo entendimento de Gonçalves Fernandes que complementa -“seu propósito compensatório é residual, quando não potencial, predominando o fim preventivo e repressivo de sua atribuição³³” sendo de suma importância a correta dissociação entre função compensatória e função punitiva.

Na verdade as indenizações punitivas também podem ser entendidas como uma modalidade de indenização que se caracteriza por desvincular o montante da indenização do valor estimado para o dano sofrido. Com isso, as indenizações punitivas podem ser arbitradas em valores bem mais altos do que os dos prejuízos que se busca indenizar. Esse tipo de indenização tem sua aplicação mais difundida nos EUA. No Brasil predomina a indenização reparatória ou compensatória, cujo valor está estritamente limitada pela estimativa do dano causado pelo responsável à vítima.

Contudo, as diferenças entre as duas formas de indenizar vão além da função social que cada uma cumpre ou privilegia. Cada uma carrega consigo uma trajetória

³² FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. **Indenização por dano extrapatrimonial com função punitiva no direito do consumidor**. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 87, p. 93-122, mai./jun. 2013, p. 98.

³³ GONÇALVES, Vitor Fernandes, **A punição na responsabilidade Civil** (A indenização do Dano moral e da lesão a interesses difusos) p 25.

histórica diferente, com repercussões na cultura e na técnica jurídica que acompanham sua disciplina e sua aplicação.

2.2 Surgimento

Ressalte-se, antes de mais nada, que o desenvolvimento histórico das indenizações punitivas, que ora passamos a resumir, se distancia e muito da aplicação contemporânea do instituto, conforme nota Roberto Freitas Filho. Afirmar que esse modelo de indenizações existia já na antiguidade seria descontextualizar toda a estrutura em que está inserida na nossa sociedade de massa e de consumo. Ainda assim, vale a pena fazer esse breve percurso, quando menos, porque contém algumas pistas iniciais que instruiriam eventual pesquisa histórica futura sobre o assunto. Note-se, também, que o objetivo aqui não é contrastar a lógica reparatória com a lógica punitiva da indenização, mas mostrar que a existência de alguma forma de punição patrimonial pela prática de atos ilícitos danosos não é algo estranho à história humana.

Pois bem, segundo Humberto Theodoro Júnior, a origem das indenizações punitivas, se relaciona à tendência humana de responder o mal com o mal, dando vazão a sentimentos de vingança. Era uma prática nas sociedades primitivas que, com o decorrer do tempo e com o avanço das sociedades se transferiu da compensação pela dor sofrida, na esfera física, para a compensação da dor sofrida na esfera patrimonial³⁴. Citando Jorge Bustamante Alsina, o autor descreve que o sentimento predominante era o da auto conservação, sendo a sanção imposta por aquele que sofrera efetivamente o dano.

*A dor governa soberanamente o sentimento jurídico do homem primitivo. A injustiça é apreciada não segundo sua causa, mas segundo seu efeito; não segundo as circunstâncias relativas à pessoa do autor, mas a partir do ponto de vista da vítima. A pedra o golpeou, ele sente dor e a dor o empurra para a vingança.*³⁵

³⁴ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Dano moral**. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p 71 e ss.

³⁵ “*El dolor gobierna soberanamente el sentimiento jurídico del hombre primitivo. La injusticia es apreciada no según su causa, sino según su efecto; no según las circunstancias relativas a la persona del autor sino desde el ángulo de la víctima. La piedra lo ha golpeado, él siente el dolor y el dolor lo empuja a la venganza*”. Apud ALSINA, Jorge Bustamante. **Teoría general de la responsabilidad civil**. 5. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1987, p. 3. Tradução livre.

Outra visão sobre a aplicação das indenizações punitivas e suas origens é a considerada por Flávia Puschell, que em estudo sobre o tema informa que as indenizações surgiram

como resposta ao cometimento de atos ilícitos danosos por meio de pagamento de quantia que correspondesse a um múltiplo do valor dos prejuízos efetivamente suportados (conhecidos como *multiples damages*) que extrapolavam os limites da mera compensação.³⁶

Especificamente no direito Romano os delitos privados (*delicta privata, delictum* ou *maleficium*) eram ofensas às pessoas ou aos seus patrimônios e estes eram sancionados através da imposição de uma pena (*poena privata*) que consistia em verdadeiras punições em forma de sanção pecuniária cujo valor era um múltiplo do prejuízo suportado.

Esses ilícitos civis eram basicamente a) a apropriação fraudulenta, com vistas à obtenção de lucro, ou duma coisa ou do seu uso ou da sua posse (o *furtum*) – tendo como sanção pecuniária o pagamento do dobro, triplo do valor da coisa furtada; b) a subtração violenta da coisa alheia (*a rapina*) – que tinha por condenação o quadruplo do prejuízo causado, por ser considerado de maior violência; c) a ofensa à integridade física ou moral de uma pessoa (*a iniuria*) – cuja sanção era definida pelo pretor, conforme a gravidade do caso; d) a produção culposa de um dano em coisa alheia (*damnum iniuria datum*) – para os casos onde os tutores produziam prejuízos aos tutelados e que tinham como sanção o pagamento do dobro do prejuízo causado.

Na tradição anglo-saxônica, a condenação ao causador do dano se deu também pela condenação aos múltiplos financeiros na seara penal. No modelo adotado à época de Eduardo I, a vítima tinha uma previsão de ação civil justamente para se ver reparada com o equivalente a um múltiplo do valor do dano sofrido.

Judith Martins informa que a primeira previsão de indenização múltipla do Direito anglo-saxônico foi o *Statute of Gloucester*, da Inglaterra, que data de 1278 e que esta foi a origem dos *exemplary damages*, desenvolvida no século XVIII, que

³⁶ PÜSCHEL, Flavia Portella. A função punitiva da responsabilidade civil no direito brasileiro: uma proposta de investigação empírica. **Revista direito FGV**, V. 3, n. 2, p. 17-36, jul-dez 2007.

previu tal mecanismo para justificar a aplicação de indenização quando não havia prejuízo extrapatrimonial.

A noção de “*exemplary damages*” emergiu na jurisprudência inglesa nos anos 1760, mais precisamente, no caso *Wilkes v. Wood*, de 1763, e nos casos que se seguiram. Os fundamentos dessa modalidade de indenização eram não apenas a compensação e a prevenção, mas uma espécie de desagravo público à lei que havia sido violada.

2.3 O desenvolvimento no Direito Americano

Embora alguns autores afirmem que já havia indenizações dessa modalidade, punitiva, no Direito Romano, para o objetivo de evidenciar seu desenvolvimento no sistema jurídico em que ela mais se adaptou, basta focar, aqui, apenas suas características no Direito Norte-Americano, considerado, com justiça, o sistema que maior largueza deu a sua aplicação.

Consta que nos países do Common Law, a noção de “*exemplary damages*” surgiu para justificar a imposição judicial de uma condenação de indenização em caso de dano extrapatrimonial, quando não se podia mensurar de forma concreta qual teria sido o prejuízo da vítima. Nessa época, decisões judiciais inglesas mencionavam que a condenação se justificava como punição do responsável pela conduta ilícita danosa. Assim, os “*exemplary damages*” seriam, ao mesmo tempo, uma compensação pelo dano imaterial sofrido e uma punição do autor do dano por sua conduta contrária ao direito.³⁷

Posteriormente, o direito anglo-saxão passou a reconhecer que os direitos imateriais também poderiam ser violados de maneira concreta (embora a mensuração do dano fosse, e seja até hoje, um tema espinhoso). Com isso, aqueles direitos extrapatrimoniais cuja ofensa antes se justificava por meio da noção de “*exemplary damages*”, passaram a incluir-se na categoria mais comum de “*actual damages*”, ou seja, danos efetivamente sofridos. A partir daí, passou-se a falar em

³⁷ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (*punitive damages* e o Direito brasileiro). **Revista CEJ**, Brasília, n. 28, p. 15-32, jan./mar. 2005, p. 18.

“*exemplary damages*” apenas como forma de impor uma sanção ao causador em razão de sua conduta ilícita e prevenir a prática de novas condutas daquele tipo³⁸. Fica claro, portanto, que a imposição de “*exemplary damages*” deixou de depender da violação de um direito extrapatrimonial. Na verdade, sua aplicação começou a pressupor um determinado grau de reprovabilidade da conduta do causador do dano.

Dada essa ênfase na reprovabilidade da conduta, antes que no dano sofrido, soa convincente o argumento de Judith Martins Costa, segundo o qual os “*exemplary damages*” não são um direito subjetivo da vítima³⁹, como seria o caso se eles estivessem obrigatoriamente vinculados a um tipo específico de dano ou prejuízo. Ao contrário, para que se possa obtê-los é preciso que a vítima convença o órgão judiciário da malícia da conduta do causador.

Ressalta-se que nos EUA, frequentemente, o órgão judiciário competente para o julgamento dos casos de indenizações é o júri popular. Essa característica do sistema judiciário americano tem sido apontada como responsável pelos excessos tanto na concessão dos “*exemplary damages*” quanto na atribuição do valor devido em razão dessa indenização punitiva. A ideia mais comum é que o júri tem “inclinações contra os réus ricos, o impulso de distribuir riqueza”, “incompetência ou inabilidade” para “compreender a complexidade que envolve a fixação do quantum”⁴⁰, o que levaria a instituição a impor condenações astronômicas.

Conquanto essa atribuição de causalidade careça de fundamento científico, o fato é que, no direito Norte-Americano, os valores concedidos a título de indenização punitiva costumam ser, de fato, enormes. Em função desses abusos, os tribunais superiores dos EUA têm tentado estabelecer critérios que permitam fixar, de forma razoável, o valor devido a título de indenização punitiva. Segundo Judith Martins Costa, os critérios são os seguintes:

³⁸ Ibidem, p. 18.

³⁹ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (*punitive damages* e o Direito brasileiro). **Revista CEJ**, Brasília, n. 28, p. 15-32, jan./mar. 2005, p. 19.

⁴⁰ Ibidem, p. 19, nota 62.

I – o grau de reprovabilidade da conduta [...]. Para aferir quão repreensível é a conduta, é importante, segundo a Corte, atentar-se aos seguintes fatores: (1) se o prejuízo causado foi físico ou meramente econômico; (2) se o ato ilícito foi praticado com indiferença ou total desconsideração com a saúde ou a segurança dos outros; (3) se o alvo da conduta é uma pessoa com vulnerabilidade financeira; (4) se o prejuízo foi o resultado de uma ação intencional ou fraudulenta, ou foi um mero acidente;

II – a disparidade entre o dano efetivo ou potencial sofrido pelo autor e os *punitive damages*;

III – a diferença entre os *punitive damages* concedidos pelo júri e as multas civis autorizadas ou impostas em casos semelhantes.⁴¹

Esse último critério possui destacada importância porque parece ligar-se à função de regulação econômica e social dos “*exemplary damages*” nos EUA. Com efeito, se eles têm “o duplo papel de punir o culpado (o autor do dano) e de servir como fator de dissuasão da prática de certo comportamento social (“exemplaridade”)”, como diz Judith Martins Costa, é interessante que a soma da indenização punitiva guarde alguma relação com o valor da multa pela prática daquela conduta, tendo em vista que a punição administrativa pelo Poder do Estado no exercício de atividade reguladora, nada mais é do que um instrumento de “*deterrence*”.

Em resumo, tem-se que são as seguintes características as mais marcantes do sistema das indenizações punitivas no direito Norte-Americano:

1) desvinculação formal entre o dano específico sofrido pela vítima e o direito a uma indenização punitiva. Embora se possa supor, claro, que o júri possa ficar mais sensibilizado no momento de fixar o valor da indenização punitiva em caso de um dano físico permanente, digamos, não é fundamental a existência de um dano extrapatrimonial

2) o órgão responsável por julgar se a indenização punitiva será devida, bem como por fixar o seu valor, costuma ser o júri, o que talvez explique o problema das indenizações excessivamente altas

3) a existência de critérios que, sem engessar a aplicação das indenizações punitivas, permitam mantê-las dentro de critérios

⁴¹ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (*punitive damages* e o Direito brasileiro). **Revista CEJ**, Brasília, n. 28, p. 15-32, jan./mar. 2005, p. 19.

razoáveis, mas que permitam que elas cumpram sua função de “*deterrence*”⁴².

Trata-se, portanto, de um instrumento que encontrou nos EUA relevante desenvolvimento e arraigou-se na cultura jurídica do país, possuindo, hoje, um conjunto de instrumentos a ele vinculados que lhe tornaram uma técnica.

Registre-se que a tradição jurídica norte-americana é diferente da brasileira, o que poderia suscitar objeções quanto à pertinência de qualquer comparação entre as indenizações punitivas do Brasil com os EUA. Em que pese não acreditarmos na plausibilidade dessa negativa, estudaremos, a seguir, um país da mesma tradição jurídica do Brasil que não se intimidou diante da novidade representada pela adoção desse instituto, a Argentina.

2.4 A indenização punitiva na argentina

Tendo em vista o pertencimento da Argentina à tradição jurídica romano-germânica, a ascendência da obra de nossos civilistas, notadamente, Teixeira de Freitas, sobre o direito civil platino e a influência do direito do consumidor brasileiro sobre seu congênere argentino, pareceu-nos conveniente observar o estágio de desenvolvimento das indenizações punitivas naquele país.

Em 12 de março de 2008, por meio da Lei 26.361, se sancionou no Parlamento Nacional da Argentina a reforma parcial da Lei de Defesa do Consumidor – LDC Lei 24.240, incorporando o artigo 52 que recepcionava o instituto dos Danos Punitivos.

Artigo 52 bis: Indenização punitiva. Ao fornecedor que não cumpra suas obrigações legais ou contratuais com o consumidor, o juiz poderá aplicar, a pedido da vítima, uma multa civil em favor do consumidor, a qual será fixada em função da gravidade do fato e demais circunstâncias do caso, independentemente de outras indenizações cabíveis. Quando mais de um fornecedor seja responsável pelo descumprimento, responderão todos solidariamente perante o consumidor, sem prejuízo das ações de regresso cabíveis. A multa civil imposta não poderá superar o

⁴² MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (*punitive damages* e o Direito brasileiro). **Revista CEJ**, Brasília, n. 28, p. 15-32, jan./mar. 2005.

máximo da sanção de multa prevista no artigo 47, inciso “b”, desta lei.⁴³

Este instituto, adotado em juízos cíveis, cumpre ali uma dupla tarefa que aponta simultaneamente ao passado, no sentido de castigar ilícitos já praticados, e, por outro lado, ao futuro, tendo um claro caráter preventivo ao desestimular a prática dessa nociva conduta.⁴⁴

A introdução e aplicação do instituto na Argentina pode ser dividida em três grandes etapas. A primeira, ou chamada pelos doutrinadores de pré-histórica, vai de 1989 a 1998, momento em que a comissão redatora designada culmina seu trabalho com a apresentação do projeto no novo código civil. O período foi marcado por publicações escassas, artigos e discussões acadêmicas. Na jurisprudência existiam casos que tocavam de modo tímido nas penas privadas e ainda outros juristas que, diante de pedidos para aplicação da multa civil, a rechaçava veementemente alegando não existir previsão expressa que legitimasse tal aplicação.

Alfredo Kraut, em um artigo de 1989, afirmou a conveniência de que em certos casos se aplicasse um plus sancionatório que se some ao que se deve pagar em virtude do princípio da reparação integral. Em 1993 lançou-se o primeiro trabalho de relevância - Ramón Pizarro se manifestava claramente a favor da incorporação dos danos punitivos ao ordenamento jurídico, Aida Kemelmajer de Carlucci considerava que as leis deveriam seguir o adotado na França, e que o melhor seria uma previsão normativa que abarcasse a culpa lucrativa, que era a possibilidade do danificado escolher reclamar pelo dano causado ou peticionar pelos

⁴³ Ley 24.240, del 1993. Texto original (traduzido livremente): “ARTICULO 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 imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley”.

⁴⁴ CHAMATROPULOS, Demétrio Alejandro. *Los daños punitivos en la Argentina*. Buenos Aires: Errepar, 2009, p. 3ss Assim, quando se diz castigar condutas reprováveis se entende a dar uma solução ao passado, a uma conduta ilícita que já ocorreu. Ao contrário, quando se expressa que busca dissuadir que essa conduta venha a se repetir apontamos de um modo claro em direção ao futuro, procurando prevenir que ocorra novamente essa conduta nociva.”

ganhos recebidos pelo autor do ato ilícito mediante um cálculo e pagamento pelo que havia obtido mediante o ato ilícito.

Dentre vários autores que se posicionaram contra, Jorge Bustamante Alsina inicialmente fez duras críticas ao instituto, basicamente alegando que as multas civis são contrárias ao sistema de direito atual e que o dano sofrido é a medida da indenização. Posteriormente, convenceu-se da contemporaneidade do instituto e passou a ser um seu defensor e entusiasta.

[...] Uma indenização incrementada, reconhecida ao autor, em cima do que ele receberia pelo dano patrimonial, quando esse dano fosse agravado por circunstâncias de violência, opressão, malícia, fraude, engano, o conduta dolosa por parte do demandado.⁴⁵

Uma importante contribuição do civilista Felix Trigo Represas reforçou o entendimento no sentido de que não existia obstáculo algum para que se permitisse a instauração das penas pecuniárias para castigar condutas graves além de destinar os valores de tais indenizações ao lesado.

Nos anos seguintes o tema passou a ser corrente e necessário, com vários autores opinando em suas obras sobre as multas civis. Estes estudos e debates mostraram a falta de internacionalização daquele país e as grandes vantagens que se derivavam daquele instituto.

Um exemplo que se tornou emblemático no país foi o caso conhecido como Fiat Duna – onde o Tribunal Impossibilitado de uma aplicação mais dura passou a ver a necessidade de um mecanismo que efetivamente fizesse frente às novas demandas, assim reconheceu e entrou nesta nova etapa das discussões acerca das multas civil, caminhando cada vez mais para um possível castigo imposto às condutas objetivamente desqualificada, do ponto de vista social, conforme apregouo Matilde Zavala de González e Rodolfo González Zavala citado por Dematropoulos “quando resultam danos pessoais de uma colisão de veículos (que possuam vícios ocultos) os custos sociais aumentam por uma maior utilização de hospitais públicos, serviços de polícia e de administração da justiça”

⁴⁵ CHAMATROPULOS, Demétrio Alejandro. *Los daños punitivos en la Argentina*. Buenos Aires: Errepar, 2009, p. 8.

Nesta primeira etapa, durante o IV Congresso Nacional de Direito Privado e o III Congresso Latino americano de Direito Privado (Buenos Ayres, 6 a 8 de junho de 1996), uma importante conclusão mereceu destaque. A Comissão de número 5 deixou exposta a importância primordial que se deve dar à prevenção, deixando em um segundo plano o ressarcimento. Referiam-se especificamente aos danos punitivos e à sua função como ferramenta fundamental de dissuasão.

A partir de 1998 foi aberta uma nova etapa. Os juristas que deram nascimento ao novo projeto do código civil previram a figura dos danos punitivos, que se denominou de multa civil. Os redatores do projeto consideraram em seus fundamentos que a multa civil era uma das formas mediante as quais se busca a prevenção dos danos. Afirmaram que, além de ser humanista era economicamente eficiente. Em outras palavras, afirmavam que as multas ostentavam um grande valor do ponto de vista ético, além de ser conveniente de um ponto de vista macroeconômico. Deram como exemplo “quando resultam danos pessoais de uma colisão de veículos (que possuam vícios ocultos) os custos sociais aumentam por uma maior utilização de hospitais públicos, serviços de polícia e de administração da justiça”.

[...] a questão foi despertando paulatinamente o interesse de um setor cada vez mais numeroso da doutrina. Desta maneira começaram a suceder-se, uma atrás da outra, distintas publicações, todas elas de grande interesse que seguiram acercando definições sobre os danos punitivos e ajudaram a ir delineando como a nova figura iria se encaixar em nosso mundo jurídico.⁴⁶

[...] a denominação danos punitivos se há imposta como uma tradução das vozes anglo-saxônicas “*punitives damages*”. Molina Sandoval ressalta que o importante é que a terminologia utilizada no momento de dar um nome ao instituto tenha um adequado valor representativo do mesmo. Deve haver uma correspondência entre as palavras que se usam e o que elas querem indicar.⁴⁷

A última etapa foi a aprovação pela Câmara dos Deputados com o seguinte texto;

⁴⁶ CHAMATROPULOS, Demétrio Alejandro. *Los daños punitivos en la Argentina*. Buenos Aires: Errepar, 2009, p. 10.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 31.

O Tribunal tem atribuições para aplicar uma multa civil a quem atua com grave indiferença a respeito dos direitos alheios quando afete ou podia afetar interesses de incidência coletiva. Seu montante se fixa tomando em consideração as circunstâncias do caso, em especial os benefícios que aquele obteve ou podia haver obtido com sua conduta. A multa se destinará ao fundo de garantia para vítimas com o objetivo de cobrir as indenizações fixadas por sentenças contra devedores insolventes que se criam nas respectivas jurisdições. O Tribunal poderá destinar à vítima do caso uma porcentagem da multa não maior que trinta por cento.

Em caráter preventivo e pedagógico, Demetrio Alejandro Chamatropoulos⁴⁸ lembra que a lei deixou margens a subjetivismos, assim como aconteceu nos Estados Unidos, onde se utilizou de palavras ou conceitos abertos impróprios denotando uma amplitude que pode chegar à beira do infinito e que é perigoso a afirmação de que por meio dos danos punitivos se busque dissuadir condutas reprováveis, uma vez que estas são muitas. Falar em condutas reprováveis não é o mesmo, portanto, que falar em graves condutas reprováveis, essas carregam dentro de si um espírito restritivo.

A implementação do instituto na Argentina, cujo direito civil, como já afirmamos, tem parentesco próximo com o brasileiro, tanto por pertencerem ambos à tradição romano-germânica, quanto por terem se influenciado no curso de uma já longa história de convivência continental, pode ser um norte a ser seguido na medida em que demonstra que não é impossível a introdução das indenizações punitivas em um sistema jurídico como o brasileiro. Além disso, procurar conhecê-lo poderá implicar em diminuição dos erros e aumentar seus acertos, assim como ocorre com o instituto nos Estados Unidos. Enxergar os erros e acertos praticados por outros é certamente um facilitador pois evitará que os problemas apontados sejam repetidos.

2.5 Os danos punitivos no Brasil

No Brasil, o uso da indenização punitiva é frequente em nossos tribunais. Apesar disso, parte significativa da doutrina parece perfilar-se no campo da adesão estrita à indenização puramente reparatória. Autores e juízes contrários à implementação desse modelo de indenizações, citam com frequência três

⁴⁸ CHAMATROPULOS, Demétrio Alejandro. Op.cit., p. 4.

obstáculos à sua aplicação: ofensa ao Princípio da legalidade, a utilização da sanção apenas no âmbito do direito penal e a alegada e sempre citada violação ao art. 884 – enriquecimento sem causa.

Entende-se que essas objeções apontam para problemas reais da adoção do instituto no Brasil. Contudo, ao invés de enxergá-las como obstáculos intransponíveis para a adoção das indenizações punitivas no nosso sistema jurídico, pensamos que elas podem servir de anteparo para uma aplicação segura e moderada dessas punições civis, evitando o cometimento de excessos. Trataremos disso no capítulo seguinte. Por ora, vamos enfrentar aqueles três argumentos principais contra a adoção das indenizações punitivas no Brasil.

2.5.1 Indenização como pena

As somas elevadas, aplicadas a título de reparação por um ato ilícito praticado, são vistas regularmente como uma pena, uma sanção imposta a quem pratica uma conduta dolosa. Tal visão tem levado os Tribunais constantemente a reformar as sentenças alegando que a aplicação de punições é ligada estritamente à seara penal, não havendo possibilidade de sua aplicação na área cível.

Relembrando Judith Martins que afirma que o dano provocava o rompimento da ordem vigente da sociedade romana e que apesar de não haver o termo responsabilidade no direito Romano, estes o conceberam “casuisticamente” de duas formas: uma, como resultado da tentativa de impedir ou neutralizar de forma imediata, a situação que a prática do ilícito causará; a outra era a submissão do culpado do fato danoso a uma pena e que justamente esse “olhar sobre o agente” foi o que fundamentou a técnica de punição de duas distintas tradições jurídicas “a tradição romanista” – base dos sistemas jurídicos europeus-continentais e latino americanos e de outro a tradição do direito anglo-saxão.⁴⁹

É desta mesma linha de desenvolvimento histórico o reconhecimento de que a expressão pena privada era a forma de punição atrelada ao *delictum*, conceito próprio do *ius civile* e, portanto distinto do castigo do direito penal público. Citando

⁴⁹ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (*punitive damages* e o Direito brasileiro). **Revista CEJ**, Brasília, n. 28, p. 15-32, jan./mar. 2005, p. 17.

Pasquale Voci, informa a autora que, o direito Romano clássico não limitava o uso dos termos *poena*, *punire* e derivados à pena em sentido técnico e que seu uso era estendido a todas as figuras de sanção.

Portanto, quando ocorria um delito privado, o Estado não punia o ofensor, mas assegurava à vítima o direito de uma *actio* para obter um pagamento como pena privada (*poena privata*). Era na aplicação desta pena que se utilizava o múltiplo ressarcitório (duplo, triplo e quádruplo). Assim é que, fundada no princípio da adequação, o dano calculado deveria corresponder como pena a um múltiplo econômico tendo com isso um caráter punitivo e ressarcitório.⁵⁰

Posteriormente, com o Estado tomando para si a responsabilidade de institucionalizar as reparações dos danos, as regras foram sendo delimitadas tornando-se obrigatórias e o Estado, ao avocar tal função, acabou por provocar na responsabilidade uma cisão; de um lado estabeleceu-se a responsabilidade civil, que buscava apenas ressarcir a vítima o dano sofrido; de outro a responsabilidade penal, que buscava o castigo ao delinquente.⁵¹

Essa cisão, prevista inicialmente no primeiro Código Civil dos tempos modernos, conhecido como Código Civil dos Franceses, ressalta a completa separação entre os delitos civis e os delitos penais. Tal separação, adotada pelo direito francês e incorporado na legislação brasileira traz consigo essa dicotomia entre o direito civil e o direito penal, tornando o instituto, ou instrumento, da sanção praticável, em regra, mas não de forma técnica e uníssona no direito penal. A sanção, pois, seria vista apenas como castigo ou pena só se impondo em defesa da sociedade e mediante estrita previsão, consectária da estrita legalidade.

Judith Martins Costa e Mariana Souza Pargendler afirmam que devido a essa cisão entre o direito público e o privado ocorrido no código de Napoleão, (especialmente na contraposição entre o Direito Penal e o Direito Civil) introduziu-se na responsabilidade civil, de alguns países, a ideia de pena privada, sem que

⁵⁰ Ibidem.

⁵¹ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Dano moral**. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p 71 e ss.

houvesse previsão legal e baseado em um modelo dos países do *common law*, denominado *punitives damages*.^{52 53}

Por sua vez, Flavia Pushell⁵⁴ afirma que o princípio da restituição resulta em diferenças entre a responsabilidade civil e penal sendo que na primeira a sanção tem por fim a indenização resultante de um dano, que deve ser reparado pelo próprio ofensor, mas esse efeito não é essencial à sanção civil. A sanção tem, pois um caráter accidental, vê se o dever de reparar atribuído a terceiro, que não participou diretamente da norma ou que agiu sem culpa.

Já no direito penal a questão essencial ou principal é a de castigo, que é a finalidade da pena.

Ora, essa separação por si só não impede a adoção de uma penalidade civil. Nosso sistema jurídico adota, por exemplo, a penalidade civil na ação de improbidade administrativa, por exemplo (Lei 8.429/1992).

Outro tipo de penalidade civil pode ser vista em uma nova e pouco conhecida área, a do Direito Econômico.

Tem-se que a concentração capitalista acarretou profundas e decisivas mudanças nas formas de interações sociais fazendo surgir um novo ramo que nasceu direcionado a reger o novo fato econômico, pois, as empresas procurando maximizar seus ganhos buscavam sempre novas formas de fortalecer-se, e em alguns casos se excedendo, tendo como respaldo o próprio poder econômico que detinham.

⁵² MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (*punitive damages* e o Direito brasileiro). **Revista CEJ**, Brasília, n. 28, p. 15-32, jan./mar. 2005, p. 23.

⁵³ *Ibidem*. “O Código Civil francês, modelo paradigmático da codificação moderna, introduzira a separação rigorosa entre a matéria civil e os tipos penais, distinção que começara já pela opção de criar diferentes documentos legislativos para cada uma das disciplinas. O recurso ao uso da história como legitimação de escolhas ideológicas encarregou-se do que restava. A pena privada romana, descontextualizada, passou a ser vista como um indício da barbárie das civilizações remotas

⁵⁴ PUSHELL, Flávia. **Projeto pensando o Direito** – FGV –, 2010, p 11.

E esse novo ramo, o do Direito Econômico, se volta a estudar e juridicizar essa nova relação social⁵⁵ coerente com as novas realidades que se insurgem e ele deve ser visto quer sob um sistema de normas quer sob uma disciplina jurídica, direcionado sempre a uma atuação preventiva e repressiva⁵⁶.

João Bosco da Fonseca afirma que a observância da norma jurídica leva a eliminação de atos economicamente lesivos, exigindo do Estado uma “vigilância muito maior” a fim de evitar danos. Uma das formas de fiscalização e vigilância é a Lei 12.529/11 – conhecida como a lei que criou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC e o Conselho administrativo de Defesa Econômico – CADE, onde regrou no seu Capítulo III Art. 37 e seguintes as penas.

Assim é que quaisquer atos manifestados, independentemente de culpa, que tenham por objeto prejudicar e limitar a livre iniciativa ou a livre concorrência, dominar mercado relevante e ou aumentar arbitrariamente os lucros e exercer de forma abusiva posição dominante comete infração, a ser punida conforme determina o Art. 37 que prevê expressamente os percentuais a serem aplicados sob o faturamento “bruto” das empresas a título de pena. Esses valores são expressivamente mais altos se comparados a quaisquer outros tipos de indenizações por prática de ilícitos ou omissões em que resulte danos.

Ainda como mecanismo de atuação preventiva, a Análise Econômica do Direito possibilita “aplicar às decisões jurídicas o raciocínio econômico”⁵⁷ em clara tentativa de convergências de objeto (propriedade, contratos, bens, serviços) e divergências hierárquicas (tentativa de um se sobrepor ao outro).

Portanto, a análise econômica do direito corresponde a uma elaboração teórica que utiliza a ordem jurídica como instrumento para a produção de consequências de ordem econômica, em especial a eficiência⁵⁸.

⁵⁵ FONSECA, João Bosco Leopoldino. **Direito econômico** .7 ed.Rio de Janeiro. Forense. 2010, p 5.

⁵⁶ FONSECA, João Bosco Leopoldino. **Direito econômico** .7 ed.Rio de Janeiro. Forense. 2010, p 13

⁵⁷ DEL MASSO, Fabiano. **Direito econômico esquematizado**. 2 ed. Rio de Janeiro. Método. 2013. P 237.

⁵⁸ ibidem

Um importante exemplo de todo o exposto e que se tornou paradigma foi o voto da Ministra Nancy Andrighi no Resp 355.392/RJ.

O ponto fulcral da controvérsia é a insurgência quanto à condenação por dano moral arbitrada "em valor equivalente a 30% (trinta por cento) do valor total da tiragem da revista "Isto É", de n. 1.412, de 23 de outubro de 1996, observado o seu preço atualizado de capa". Para o recorrente, o valor é excessivo, porque equivaleria ao valor de R\$ 882.320,80 e estaria em desconformidade com valor de condenação mantido pela e. 3 a Turma no REsp 219.293, Redator para acórdão Min. Aldir Passarinho, DJ de 18-06-2001 (indenização mantida em 1.000 salários-mínimos)(...)

(...)Quanto à avaliação da extensão do dano sofrido, tem a Ciência do Direito que superar suas limitações ante à ausência, que nos parece perene, de um fator de medida da dor humana. Não é por isso, porém, que se deva negar uma compensação que tem a nobre função de modificar o sofrimento provocado (...)

Além de compensar o dano causado ao ofendido, o quantum fixado a título de dano moral deve ter por escopo desestimular a prática do ilícito pelo ofensor. Com o fito de se identificar qual o valor capaz de desestimular o ilícito moral, destacam-se os critérios estabelecidos pela Doutrina Americana conhecida como Economia Analysis of Law. Enraizada na Escola de Chicago e tendo como maiores expoentes os Professores de Economia e Juizes da Corte de Apelação do Sétimo Circuito Richard Posner e Robert Bork, a Escola da. Análise Econômica do Direito parte do pressuposto de que a empresa jornalística atua como um agente de mercado: ao decidir se publica ou não uma matéria difamatória, a imprensa toma em conta, de um lado, os valores fixados pelos Tribunais a título de danos morais e, de outro, a expectativa de receita que o ato ilícito irá trazer. Tomando o exemplo adotado por Jerrery L. Harrison (in Law and Economics, University of Florida, 2000, pg. 186/187), se a jurisprudência em casos semelhantes sinaliza que a condenação não passará de US\$ 90 e a expectativa de receita com a publicação da matéria difamatória alcança US\$ 100, o ato ilícito será praticado pelo veículo informativo, eis que deixará de lucrar US\$ 10 (100 - 90) se não publicar a reportagem.

De forma a coibir este comportamento socialmente indesejável, como anota a linha de precedentes oriundos da Suprema Corte dos Estados Unidos (cite-se, a respeito: New York Times Co., v. Sullivan, 376 U. S. 254, 1964), deve o julgador, ao fixar o quantum devido a título de danos morais, tomar em consideração a receita auferida pela imprensa com o ilícito praticado, pois do contrário estará

estimulando os que buscam maximizar seu lucro em prejuízo de toda a sociedade.⁵⁹

A importância deste voto verifica-se nas possibilidades ali elencadas como a aplicação da indenização punitiva, a função preventiva, o desestímulo as condutas vedadas pelo ordenamento jurídico e a análise econômica do direito.

Tem-se que a atividade econômica é voltada tanto para a satisfação das necessidades quanto para a obtenção de lucro e a atividade econômica eficiente desencadeia o desenvolvimento e este acarreta uma melhora na qualidade de vida das pessoas se tornando mais útil, justo e equilibrado.

Trazer o Direito Econômico e a análise econômica do direito ao tema das indenizações é trazer novas ideias que ajudam a fortalecer e elevar o nível do debate que se faz necessário ao momento pelo qual passamos - o de debater e difundir um mecanismo que pode ser muito eficaz.

2.5.2 Enriquecimento sem causa

O art. 884 do Código Civil, que trata sobre o enriquecimento sem causa, é hoje utilizado como óbice a reivindicações punitivas por entenderem, equivocadamente ou não, serem tais valores incompatíveis com o ordenamento pátrio, vendo nestas altas reparações um enriquecimento sem causa:

Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

O uso desse argumento contra a adoção das indenizações punitivas resulta de uma ampliação do uso original do princípio do não enriquecimento sem causa. Com efeito, esse princípio, antes restrito à função de fonte de obrigação, passou a se tornar instrumento limitador e critério ativo no cálculo das indenizações.

Acerca do pagamento indevido e do enriquecimento sem causa, sem previsão no Código Civil de 1916, Bevilacqua entendeu que não era necessário menção

⁵⁹https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMGD&sequencial=1529824&num_registro=200101375950&data=20020617&formato=PDF visualizado em 08/07/15.

expressa, pois era considerado um princípio norteador, de tal modo que “Todo aquele que recebeu o que lhe não era devido fica obrigado a restituir”,

Orlando Gomes dizia que “a clareza do princípio não deixa dúvidas quanto à indicação do pagamento indevido como fonte autônoma de obrigações”. Que tal lacuna normativa não deveria ser entendida como uma rejeição, e que a superioridade do código que a estabeleceu como um princípio geral residia em ter aceito que todas as *condictiones* do Direito romano se podiam resumir à *condictio sine causa*.⁶⁰

Afirmava o mesmo autor que no direito romano existiam inúmeras *condictiones* e todas eram fundamentadas no princípio de que não deve haver locupletamento ou em razão de causa injusta, mas que notadamente todas estavam inseridas dentro do direito das obrigações.

Para saber se houve enriquecimento sem causa seria necessário que o enriquecimento se desse sem uma causa que o legitimasse, que o justificasse, quer porque faltasse ou porque fosse reprovada pelo direito.⁶¹

A causa, por conter tais pressupostos, necessitava de uma maior abrangência e adequação conceitual, e devido a essa limitação de sentido foi necessário buscar no direito alemão uma complementação necessária para tal entendimento: “trata-se, com efeito, de causa da atribuição patrimonial. Para saber se houve enriquecimento sem causa, indagará o interprete se a vantagem patrimonial obtida é atribuída a uma razão justa, por um título legítimo, por um motivo lícito”.⁶²

Assim, quando faltasse a causa, ou injusto fosse o enriquecimento, este deveria ser reprovado. A figura do enriquecimento sem causa, portanto deveria ser isolada, como fonte autônoma no direito das obrigações. Não seria a lei que direta ou indiretamente faria a obrigação de restituir. Não seria a vontade do enriquecimento que a produziria. O fato, portanto seria o locupletamento injusto que

⁶⁰ GOMES, Orlando. **Obrigações**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 250.

⁶¹ GOMES, Orlando. **Obrigações**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 250.

⁶² Ibidem.

daria lugar ao dever de restituir, porque a lei assegura ao prejudicado o direito de exigir a restituição, sendo, portanto, a causa eficiente da obrigação.

Para Chaves de Farias e Rosenvald⁶³, o enriquecimento sem causa no Código Civil atual foi extremamente valorizado, voltado e adaptado à diretriz da socialidade e ao equilíbrio nas relações jurídicas. Apoia os autores que diante de tamanha importância, deveria ser fonte autônoma, irradiando seus efeitos por qualquer relação obrigacional.

Em uma tentativa de racionalizar o surgimento de tamanha abrangência na aplicação do princípio, tem-se como necessário um entendimento da aplicação inicial de sua utilização.

Inicialmente entenda-se que há algumas situações que podem ser entendidas como sendo situações de desvantagens, titularizadas por um sujeito quando ocorre a concretização de uma norma, é o caso do dever, da obrigação, da sujeição e do ônus, que são situações jurídicas subjetivas passivas. Apesar de cotidianamente se utilizar a palavra obrigação no seu sentido mais amplo, a qualquer tipo de sujeição, há uma real e técnica distinção entre elas.

Ao fazer a distinção entre obrigação e responsabilidade, Cavalieri⁶⁴ informa que a primeira é sempre um dever jurídico originário e a responsabilidade é um dever jurídico sucessivo consequente à violação do primeiro. Assim a reparação do dano seria uma consequência da violação de um dever jurídico, considerado um ilícito. Em síntese, “a responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um outro dever jurídico originário”.

Deste ponto de vista a obrigação seria sempre um dever jurídico originário e a responsabilidade um dever jurídico sucessivo. O autor fundamenta seu entendimento com base no art. 389 do Código Civil. “não cumprida a obrigação (obrigação originária), responde o devedor por perdas e danos (...) obrigação

⁶³ FARIAS, Cristiano Chaves e ROSENVALD, Nelson. **Direito das obrigações**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011

⁶⁴ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 2.

sucessiva ou responsabilidade, sendo este aplicado tanto na responsabilidade contratual como na extracontratual”.

Guillermo Borda⁶⁵, de maneira didática, ensina que no direito obrigacional daquele país os deslocamentos patrimoniais devem ser precedidos de uma justificação jurídica, uma razão de ser. Que tal deslocamento deve se proceder mediante um motivo legítimo equitativo, justo⁶⁶ e que a sua não observação acarreta o enriquecimento sem causa. A reparação na seara obrigacional no Direito Argentino observa o enriquecimento do demandado, o empobrecimento do demandante, a relação de causalidade entre o enriquecimento e seu empobrecimento e a causa (falta de causa lícita que justifique o enriquecimento), não podendo se inferir de tal posicionamento que uma indenização a título de dano moral, por si só, possa constituir em enriquecimento sem causa.

Ressalte-se então que a causa deve ser legalmente justificada, não tendo que devolver o que ganhou por um direito legítimo ou título como, por exemplo, nos contratos, gestão de negócios, atos ilícitos que justificam a aquisição de um valor.

Verifica-se que hodiernamente estes não sofreram significativas mudanças, mantendo-se a mesma estrutura. O que vem ocorrendo, devido às necessidades que se insurgem, é um forte deslocamento da vedação do enriquecimento sem causa do direito das obrigações para uma ampla aplicação no direito civil em geral.

Esse deslocamento acaba por provocar uma limitação aos montantes aplicados, tanto a título de reparação quanto a título de prevenção pedagógica, modalidades a serem posteriormente aprofundadas.

Como consequência de tal deslocamento, qual seja o Direito das Obrigações, Livro I, do Código Civil, para todo o direito civil em geral, acabou por restringir os

⁶⁵ BORDA, Guillermo A. *Tratado de derecho civil - obligaciones*. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1994, p. 514. Para fins de conhecimento Borda é ex-ministro da corte suprema da Argentina.

⁶⁶ *Los desplazamientos patrimoniales, el traspaso de bienes de una persona a otra, debentener una justificación jurídica, una razón de ser, una causa. Resulta contrario a la equidade que una persona pueda enriquecerse a costa del empobrecimiento de otra, sinningún motivo legítimo. Cuando ello ocurre, la ley confiere al empobrecido una acción de restitución.*

montantes aplicados ao caso concreto, sob a alegação genérica de proibição ao enriquecimento sem causa..

“As obrigações também podem resultar de danos causados à pessoa ou ao patrimônio, gerando o dever de prestar em prol da recomposição da vítima, em decorrência da responsabilidade civil. Em sociedade, a convivência exige de todos nós um dever negativo de não causar danos à esfera jurídica de terceiros – *neminem laedere*”.⁶⁷

A vedação do enriquecimento sem causa tem, pois, por finalidade não permitir acréscimos patrimoniais indevidos. Não podendo ser considerados indevidos os que são acrescidos a título de justa indenização originados de uma demanda judicial.

Portanto, como se vê, a responsabilidade de indenizar é derivada de outra obrigação, o que significa que aquilo que decorre da indenização não é sem causa nem reprovado pelo direito. Logo, a indenização, seja ela punitiva, seja reparatória, tem fundamento lícito, qual seja, o descumprimento de uma obrigação originada pelo autor do dano.

2.5.3 Princípio da legalidade

É corrente, na doutrina civilista, a afirmação de que a aplicação de indenização punitiva depende de autorização de lei “*strictu sensu*”, a qual daria respaldo técnico jurídico à aplicação das indenizações punitivas sob pena de flagrante inconstitucionalidade.⁶⁸

Humberto Theodoro Junior, que trata longamente do tema dos danos, defende que “não há penas a flutuar fora das leis escritas”, citando como fundamentos o inciso XXXIX, do art. 5º da Constituição Federal, a Carta Magna de João Sem Terra passando pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e penalistas como Nelson Hungria⁶⁹:

pouco importa que alguém haja cometido um fato antissocial, excitante da reprovação pública, francamente lesivo do *minimum* de

⁶⁷ FARIAS, Cristiano Chaves e ROSENVALD, Nelson. **Direito das obrigações**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

⁶⁸ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Dano moral**. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 76.

⁶⁹ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, T.I, 1958, vol. I p 13 a 14

moral prática que o direito penal tem por função assegurar, com suas reforçadas sanções, no interesse da ordem, da paz, da disciplina social: se esse fato escapou à previsão do legislador, isto é, se não corresponde, precisamente, a parte *objecti* e a parte *subjecti*, a uma das figuras delituosas, anteriormente recortadas *in abstracto* pela lei, o agente não deve contas à justiça repressiva, por isso mesmo que não ultrapassou a esfera da licitude jurídico penal.⁷⁰

Tais posicionamentos são importantes, porquanto alertam para os limites da aplicação das indenizações punitivas. No entanto, não podem ser considerados como obstáculos puros e simples à sua adoção porquanto recortados e expostos a uma operação de racionalidade crítica contemporânea – porque parecem estar distantes da realidade e necessidades atuais. Chega a ser injusto fazer uma crítica ao posicionamento de Hungria quando seu conceito foi recortado de uma normatividade e posto em outra, sem que fosse dado chance a que o autor pudesse se deparar com as novas realidades das sociedades de consumo e adaptá-la ou mesmo de defender sua posição.

Assim é a posição da maioria que defende a necessidade do princípio da legalidade para a introdução das indenizações punitivas. Serve, aqui, para fundamentar essa posição, os argumentos com que se enfrenta a alegação da necessidade de separação entre direito civil e direito penal. Estes conceitos arraigados, baseados no importante e indiscutível Princípio da Legalidade mas recortados e moldados a uma necessidade ou vontade política engessada, não mais condiz com a realidade concreta atual onde a defesa dos vulneráveis ou da própria ordem jurídica estão constantemente ameaçados.

O deslocamento da sanção penal, proporcionado pelo Código Civil Francês, não mais se sustenta na antiga realidade em que fora criado. A força política do judiciário deve estar atenta às novas e constantes mudanças e evoluções como propõe Bauman, Sandel, Rawls dentre outros.

Em que pese todo o respeito e contribuição de vários civilistas e magistrados na construção de novos paradigmas, carece de novos fundamentos, de forma que chega a ser aviltante o uso do Princípio da legalidade para sustentar a não utilização

⁷⁰THEODORO JUNIOR, Humberto. Op.cit., p. 77-78.

das indenizações punitivas em nosso ordenamento jurídico como um dos mais fortes obstáculos a ser transposto.

2.5.4 O estado atual das indenizações punitivas no Brasil

Apesar da forte oposição de autores e magistrados, que acabamos de mencionar, as indenizações punitivas já encontram aplicação e defensores no Brasil.

André Gustavo Côrrea de Andrade, em texto disponibilizado no Banco do Conhecimento do TJRJ, propugna a necessidade diária de um mecanismo eficaz que de certa maneira funcione como um limitador daqueles que cometem o ato ilícito;

Do mesmo modo, cresce a ideia, em países de tradição romanística, de uma função punitiva da responsabilidade civil. A indenização punitiva surge como instrumento jurídico construído a partir do princípio da dignidade humana, com a finalidade de proteger essa dignidade em suas variadas representações. A ideia de conferir o caráter de pena à indenização do dano moral pode ser justificada pela necessidade de proteção da dignidade da pessoa e dos direitos da personalidade, pelo menos em situações especiais, nas quais não haja outro instrumento que atenda adequadamente a que deve permear todo o ordenamento jurídico.⁷¹

Mais que a defesa de uma causa, o trecho acima colacionado alerta para uma real e diária necessidade de um instrumento eficaz na regulação das condutas sociais.

Rizatto Nunes⁷², citando um caso concreto submetido ao Tribunal de Justiça de São Paulo, também sustenta a efetiva necessidade de mecanismo mais eficaz, como a punição, e que à respeito do dano moral o magistrado na fixação da indenização deve levar em conta;

A natureza específica da ofensa sofrida; a intensidade real, concreta, efetiva do sofrimento do consumidor; a repercussão da ofensa, no meio social em que vive o ofendido; a existência de dolo – má-fé – por parte do ofensor, na prática do ato danoso e o grau de culpa; a situação econômica do ofensor; a capacidade e a possibilidade real e efetiva do ofensor voltar a ser responsabilizado pelo mesmo fato danoso; a prática anterior do

⁷¹ANDRADE, André Gustavo Côrrea de. **Indenização punitiva**. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/institucional/dir_gerais/dgcon/pdf/artigos/direi_civil/indenizacao_punitiva.pdf>. Acesso em 04 nov. 2014.

⁷² NUNES, Rizatto. **Curso de direito do consumidor**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 597.

ofensor relativa ao mesmo fato danoso, ou seja, se ele já cometeu a mesma falta; as práticas atenuantes realizadas pelo ofensor visando diminuir a dor do ofendido; a imputação de punição ao infrator.

Ora, há que se punir exemplarmente a ré para que não volte a praticar atos ilícitos como o destes autos.⁷³

Esses posicionamentos, entre tantos outros, mostram a necessidade de um instituto que puna exemplarmente aqueles que causem reiterados danos a outrem e sustentam que o instrumento ou instituto das indenizações punitivas pode servir para essa finalidade.

⁷³NUNES, Rizatto. **Curso de direito do consumidor**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 597.

CAPÍTULO 3 – A INDENIZAÇÃO PUNITIVA COMO FORMA DE SOLUÇÃO DO PROBLEMA DA REPARABILIDADE DO DANO MORAL NO BRASIL

3.1. O projeto pensando o direito – Dano moral – exemplo de análise empírica.

Nesse tópico, será utilizada pesquisa empírica, realizada por equipe da Fundação Getúlio Vargas, para defender que os problemas práticos apontados pelos opositores doutrinários da indenização punitiva encontram solução dentro do próprio sistema jurídico nacional.

O Projeto Pensando o Direito – Dano Moral, foi coordenado pela professora Flavia Portella Puschell, que há anos se dedica a estudar o tema das indenizações punitivas. A equipe da Fundação Getúlio Vargas – FGV, liderada por ela, estudou o dano moral e sua aplicação na jurisprudência brasileira⁷⁴. Por meio da pesquisa ela procurou entender como a jurisprudência estava lidando com a reparabilidade dos danos morais e especificamente como dois fatores estavam influenciando em tais decisões; a falta de legislação ou critérios específicos e o caráter extrapatrimonial dos danos.

A pertinência desse estudo para esta monografia está ligada ao fato de que, no Brasil, como já afirmado, a aplicação das indenizações punitivas tem estado ligada à questão mais ampla da reparabilidade dos danos morais. Passemos ao estudo. Registre-se que o estudo não é apenas sobre indenizações punitivas, mas sobre a reparabilidade do dano moral de forma mais geral. Apesar disso, a questão da indenização punitiva acabou ocupando lugar de destaque no estudo.

É que, dos 1.044 acórdãos proferidos por tribunais estaduais, tribunais federais, turmas recursais de juizados especiais e tribunais do trabalho no ano de

⁷⁴ “Em primeiro lugar, indica que os Tribunais não estão diretamente preocupados com a transparência da jurisprudência para a opinião pública (geral ou especializada), mas com as necessidades específicas das partes e seus advogados” [...] Em segundo lugar é importante deixar muito claro que todo o levantamento feito a partir de tais bases de dados não é, em realidade, um levantamento acerca da jurisprudência de cada Tribunal, pois não há como saber qual a quantidade de decisões em um ou outro sentido que deixaram de ser colocadas na base de dados. Trata-se, na verdade, de levantamentos sobre o que poderíamos chamar de “a face pública” da jurisprudência cada Tribunal, isto é aquilo que o Tribunal decide (ao disponibilizar certas decisões para consulta pública) que quer que seja considerado como sendo sua jurisprudência. Diante disso, generalizações quantitativas são problemáticas e devem ser feitas com cautela”. PURSCHELL, Flávia. **Projeto pensando o Direito** – FGV –, 2010, p. 37 .

2008, uma boa proporção utilizou termos que apontam para a adoção de alguma concepção de punição por meio de indenização em danos morais. É o que revela a seguinte tabela:



Ou seja, mais de 300 decisões, só nos Tribunais de Justiça, trataram da função da indenização sobre a conduta do causador do dano. Portanto, as descobertas desse estudo são importantes para nossa monografia.

Na pesquisa, foram utilizadas decisões proferidas pelos seguintes tribunais:

Justiça Estadual: TJRS; TJSP; TJSE; TJPA; TJMS.

Justiça Federal: TRF1; TRF2; TRF3; TRF4; TRF5.

Justiça do Trabalho: TRT2; TRT4; TRT8; TRT20; TRT24⁷⁵.

Pois bem, em resumo, o trabalho de pesquisa permitiu os seguintes cortes:

Tribunais Estaduais – a maior ocorrência de demandas em que foi concedida a indenização de cunho pedagógico ou punitivo foi a inscrição no SERASA/SPC/CCF/Protesto indevido, com 51% dos casos, seguida do acidente de trânsito, cobrança indevida e inadimplemento contratual. Apenas 24% das decisões mencionaram expressamente o direito ou bem violado, sendo que dentre os que

⁷⁵ PURSCHELL, Flávia. Op.cit., p. 32.

citam o direito tratava-se da violação ao direito à honra. A maior parte 93% dos ofensores eram pessoas jurídicas, sendo que 91% de direito privado. Nas decisões 76% não traziam ou faziam referências aos direitos ou bens violados, sendo que a maior parte que trazia tratava da violação do direito à honra. Quanto ao gênero do ofensor, 73% eram do sexo masculino e 17% feminino. As vítimas 55% eram homens e 42% femininos. A diferença faz parte do percentual não definido.

Tribunais Regionais Federais⁷⁶ – a maior ocorrência também foi a inscrição indevida no SERASA/SPC/CCF/Protesto indevido, apenas 25% das decisões analisadas mencionavam o bem ou direito violado. Sendo que em sua maioria, assim como nos Tribunais Estaduais, era uma violação do direito à honra. As vítimas eram em sua maioria pessoas físicas, 94%, dentre os quais 61% eram homens e 37% mulheres, os ofensores eram em sua maioria pessoa jurídica de direito público 68% e 32% pessoa jurídica de direito privado.

Tribunais Regionais do Trabalho⁷⁷ – a maior ocorrência foi de acidente de trabalho, com 36% dos casos, seguido de doença ocupacional, 28%, e o assédio moral com 20%. Dentre as decisões, 69% não traziam o direito ou bem violado expressamente, sendo que a maior parte tratava da violação ao direito à dignidade humana, seguido da violação à honra. 95% dos ofensores eram pessoas jurídicas e 2% de pessoa física. As vítimas mais uma vez foram em sua maioria os homens, com 66%.

A tabela abaixo, extraída da referida pesquisa, demonstra os valores mínimos e máximos concedidos em média por cada tribunal no que se refere à aplicação das indenizações por danos morais;

⁷⁶ PURSCHELL, Flávia. **Projeto pensando o Direito** – FGV –, 2010, p. 58 ss.

⁷⁷ PURSCHELL, Flávia. **Projeto pensando o Direito** – FGV –, 2010, p. 65 ss.

TRIBUNAIS	CONSTELAÇÃO	CASOS	VALOR MÍNIMO	VALOR MÁXIMO
TJs	<i>Cobrança Indevida</i>	23	1.500,00	14.563,23
	<i>Inscrição no SERASA/SPC/CCF/Protesto indevido</i>	198	500,00	38.000,00
TRFs	<i>Inscrição no SERASA/SPC/CCF/Protesto indevido</i>	108	1.000,00	25.030,00
TRTs	<i>Assédio Moral/Sexual no Trabalho</i>	59	1.000,00	80.000,00

A ausência de critérios objetivos na fixação de valores não levou à prática de indenizações milionárias. Ressalte-se que há entendimento que esses valores são concedidos quando estão a cargo de um corpo de jurados, como acontece nos EUA e já anteriormente discutido.

A tabela abaixo demonstra o número de ocorrências/porcentagem do total de casos de cada constelação analisada, por faixa de valor, em cada Tribunal:

		Menos de R\$ 5.000,00	De R\$ 5.000,00 a R\$ 9.999,00	De R\$ 10.000,00 a R\$ 24.999,00	De R\$ 25.000,00 a R\$ 49.999,00	De R\$ 50.000,00 a R\$ 99.999,00	R\$ 100.000,00 ou mais	Não informado		
TJE	Ocorrências	Cobrança Indevida	16	5	2	0	0	0	0	23
	% dentro da Constelação	Cobrança Indevida	69,60%	69,60%	21,70%	8,7%	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%
	Ocorrências	Inscrição no SERASA/SPC/CCF/Protesto indevido	88	55	50	2	0	0	3	198
	% dentro da Constelação	Inscrição no SERASA/SPC/CCF/Protesto indevido	44,40%	27,80%	25,30%	1,00%	0,00%	0,00%	1,5%	100%
TRF	Ocorrências	<i>Inscrição no SERASA/SPC/CCF/Protesto indevido</i>	79	17	9	1	0	0	2	108
	% dentro da Constelação	<i>Inscrição no SERASA/SPC/CCF/Protesto indevido</i>	73,10%	15,70%	8,3%	0,90%	0,00%	0,00%	1,9%	100%
TRT	Ocorrências	<i>Assédio Moral/Sexual no Trabalho</i>	15	3	28	9	2	0	2	59
	% dentro da Constelação	<i>Assédio Moral/Sexual no Trabalho</i>	25,40%	5,10%	47,5%	15,30%	3,40%	0,00%	3,4%	100%

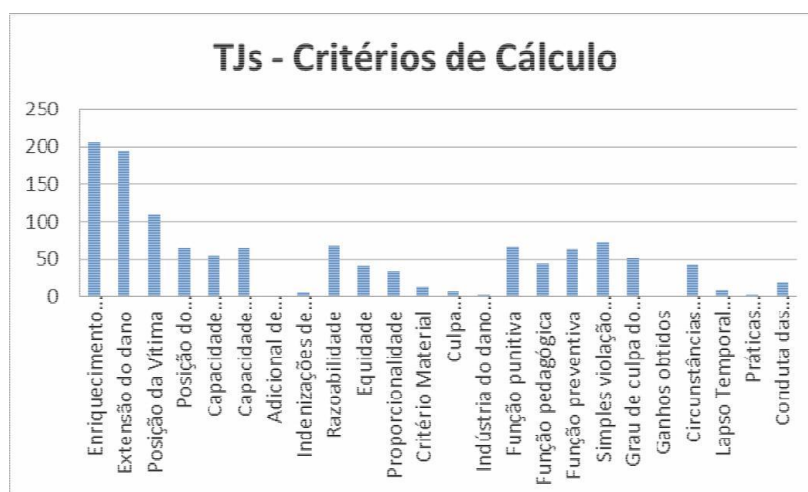
O valor máximo para casos de cobrança indevida nos Tribunais de Justiça é aproximadamente 9,7 vezes o valor mínimo. Note-se, no entanto, que em 91%, os valores de reparação estão na faixa entre R\$ 1.500,00 e R\$ 9.999,00, o que corresponde a uma diferença de aproximadamente 6,6 vezes.

A primeira coisa que fica clara, desde já, é que as decisões judiciais estudadas no âmbito das pesquisas não revelaram uma enxurrada de indenizações exorbitantes e excessivas, que justificaria a alegação de uma indústria do dano moral. Em outras palavras, a ausência de critérios objetivos, estabelecidos em lei, para a fixação de valores não levou à prática de indenizações milionárias.

Também é interessante observar quais os critérios utilizados pelos tribunais no cálculo das indenizações por danos morais, algumas delas, punitivas.

Tribunais Estaduais

CRITÉRIOS	OCORRÊNCIAS
Enriquecimento sem causa	206
Extensão do dano	195
Posição da Vítima	110
Posição do Agressor	64
Capacidade econômica da vítima	54
Capacidade econômica do ofensor	64
Adicional de periculosidade/ insalubridade	1
Indenizações de outras fontes	6
Razoabilidade	67
Equidade	41
Proporcionalidade	34
Critério Material	13
Culpa concorrente da vítima	7
Indústria do dano moral	3
Função punitiva	66
Função pedagógica	45
Função preventiva	63
Simple violação de direito	72
Grau de culpa do ofensor	52
Ganhos obtidos	1
Circunstâncias fáticas	43
Lapso Temporal entre o ilícito e a propositura da ação	8
Práticas atenuantes por parte do ofensor	3
Conduta das partes antes e depois	19



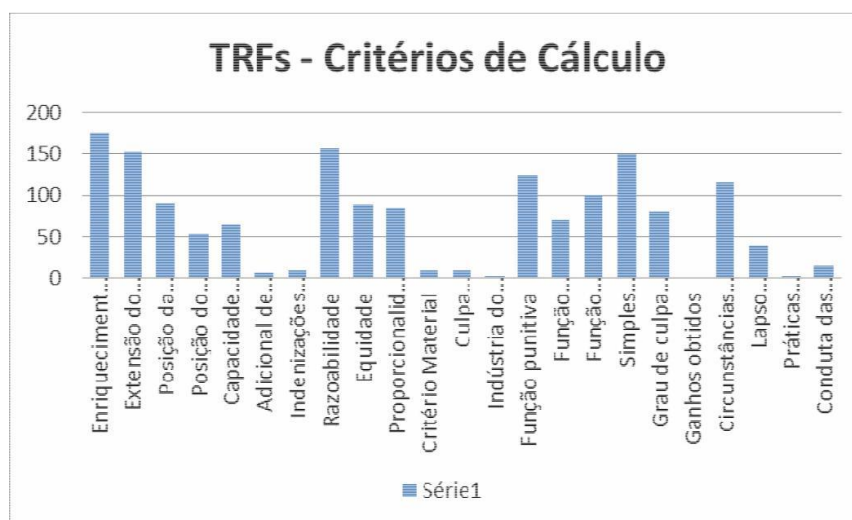
· **Tribunais Regionais Federais**

CRITÉRIOS	OCORRÊNCIAS
Enriquecimento sem causa	175
Extensão do dano	153
Posição da Vítima	91
Posição do Agressor	54
Capacidade econômica da vítima	65
Adicional de periculosidade/ insalubridade	7
Indenizações de outras fontes	10
Razoabilidade	157
Equidade	90
Proporcionalidade	85
Critério Material	10
Culpa concorrente da vítima	10
Indústria do dano moral	2
Função punitiva	124
Função pedagógica	70
Função preventiva	101
Simple violação de direito	150
Grau de culpa do ofensor	80
Ganhos obtidos	0
Circunstâncias fáticas	116
Lapso Temporal entre o ilícito e a propositura da ação	40
Práticas atenuantes por parte do ofensor	2
Conduta das partes antes e depois	15

A pesquisa revela uma profunda preocupação dos tribunais com a limitação das indenizações punitivas. O critério com maior número de ocorrências nos TJ e nos TRF foi a proibição do enriquecimento sem causa (175 ocorrências), o que confirma a intuição de que, mais do que um obstáculo para a implantação das indenizações punitivas, esse princípio é, antes, um seu aliado.

O critério com segundo maior número de ocorrências foi a “razoabilidade”, que também traduz uma preocupação com a moderação dos valores de reparação. É bom lembrar que, apesar desse critério ser vago, essa vagueza é minimizada pelo fato de que nenhuma decisão emprega o critério da razoabilidade isoladamente.

A extensão do dano, que também atua como fator limitador, vem em terceiro lugar em frequência nos TRF, indicando a força da concepção compensatória da responsabilidade por dano moral e a importância da repercussão da ofensa sobre a vítima como medida da compensação.



3.2 – O argumento da indústria do dano moral

Além dos argumentos técnico-jurídicos contra a adoção das indenizações punitivas no Brasil, dos quais já tratamos acima, existe um argumento de ordem político-econômica que tem sido usado com frequência não só contra a indenização punitiva em si, mas contra as indenizações por danos morais em geral. Trata-se do argumento da “indústria do dano moral”. Segundo esse argumento, já haveria no Brasil excessos na concessão de indenizações por esse tipo de dano, o que já teria levado a um desvirtuamento da sua função. De indenização visando a compensar o mal causado à vítima, teria se tornado fonte inesgotável de toda sorte de demandas temerárias e de má fé, prejudicando principalmente as empresas. Embora o argumento tenha algum grau de plausibilidade, não parece que ele tenha sido demonstrado empiricamente.

No tocante à implantação das indenizações punitivas, as pesquisas coordenadas por Flávia Puschell apontam que, sem regulamentação legal, o argumento da indústria do dano moral não se sustenta. Acredita-se que, se

houvesse uma regulamentação legal bem estabelecida, os riscos do estabelecimento dessa “indústria” no Brasil seriam bem reduzidos.

Os próprios pesquisadores notaram que, no que se refere à alegada indústria do dano moral, o resultado da pesquisa claramente demonstrou que o valor concedido a título de indenização “apresenta marcada prevalência de valores baixos, sendo que em “38% dos casos as vítimas receberam menos que R\$ 5.000,00 e em 81% dos casos esse valor foi de até R\$ 24.999,00 sendo que nos casos em que as vítimas receberam valores superiores a R\$100.000,00 representaram apenas 3% do total”:

A mesma situação se verifica quando analisamos as amostras separadamente. Assim, nos Tribunais Estaduais, 41% das vítimas receberam menos que R\$5.000,00. Em 91% dos casos, esse valor foi de até R\$24.999,00. Os casos em que as vítimas receberam valores superiores a R\$110.000,00 representam apenas 2% do total.

Nos Tribunais Regionais Federais, 60% das vítimas receberam menos que R\$ 5.000,00. Em 87% dos casos esse valor foi de até R\$24.999,00. Os casos em que as vítimas receberam valores superiores a R\$100.000,00 representam apenas 3% do total.

Finalmente, também nos Tribunais Regionais do Trabalho, o padrão de concentração dos casos nas faixas mais baixas de valores se repete, embora com uma tendência maior à concentração na faixa que vai de R\$ 10.000,00 a R\$ 24.999,00: 16% das vítimas receberam menos que R\$ 5.000,00e, em 62% dos casos, esse valor foi de até R\$ 24.999,00. Os casos em que as vítimas receberam valores superiores a R\$ 100.000,00 representam apenas 4% do total.

78

Estes dados aferidos revelam uma clara desmistificação às afirmações negativas sobre a criação de uma indústria dos danos morais no Brasil, nos casos em que se viesse a adotar a indenização punitiva, pois, a ausência de normatividade específica não levou, como supunha alguns, a condenação de indenizações milionárias.

Assim, fica claro que, mesmo que existisse a alegada indústria dos danos morais, e que ela estivesse ligada à concessão de indenizações de caráter pedagógico, ainda assim o ordenamento jurídico brasileiro dispõe de mecanismos que impedem a sua conversão em fonte de prejuízos vultosos para as empresas, bem como em fonte de enriquecimento indevido por parte de litigantes motivados por má fé ou ambição.

⁷⁸ PUSCHELL, Flávia. **Projeto pensando o Direito** – FGV –, 2010, p. 72 e ss.

Ainda sobre a pesquisa, uma importante constatação foi o uso constante de palavras que constituiria uma definição ampla de pena, resultando na utilização das indenizações punitivas de forma indireta.

Sobre isso primeiramente considerou, acertadamente, a autora que existe diferenças importantes a serem consideradas.

naturalmente o dano moral é de tipo especial, que se deixa dificilmente provar e que, normalmente, se pode apenas compensar. Mas a renúncia ao dano⁷⁹, ainda que, do ponto de vista dogmático, disfarçada sob uma presunção de prejuízo, pode indicar que o objetivo buscado não é a reparação, e sim a punição pela violação de uma norma.

Flávia Puschell, citando Jakobs⁸⁰ entende que existe uma aproximação deste e outros conceitos com a teoria da prevenção geral positiva, onde ocorreria uma reafirmação para a sociedade da - “validade da norma jurídica violada, de modo a reforçar nas pessoas em geral o reconhecimento da norma e a confiança nela”.⁸¹

ao mesmo tempo em que a aplicação da sanção pelo simples fato de a violação da norma aproximar a situação da pena o emprego de presunções de dano é um recurso, possivelmente necessário, para simplesmente possibilitar a compensação em casos de danos morais.

Dentre os critérios punitivos, aquele de maior ocorrência foi a simples violação de direito (150 ocorrências), seguida pela menção expressa à função punitiva dos danos morais (124 ocorrências).

A análise do Projeto Pensando o Direito – Dano Moral mostrou que o ordenamento jurídico brasileiro contém os anteparos necessários para que as indenizações punitivas sejam aplicadas de forma segura e moderada. Com mais razão, acredita-se que, com a existência de uma lei regulamentadora, os riscos de excessos na aplicação das indenizações punitivas seriam reduzidos a um mínimo de casos isolados.

⁷⁹A autora aqui utilizou uma palavra ruim, contextualmente falando, pois não é a vítima que renuncia.

⁸⁰ JAKOBS (1993, p. 6-14) *apud* PURSCHELL, Flávia. **Projeto pensando o Direito** – FGV –, 2010.

⁸¹ PURSCHELL, Flávia. *Op.cit.*, p. 87.

Nesse sentido, é de se notar a existência de diversos projetos de lei tramitando no Congresso Nacional com o objetivo de disciplinar as indenizações por danos morais e/ou as indenizações punitivas. Entre esses, destaca-se o Projeto de Lei nº 413, de 2007, do Senador Renato Casagrande (PSB/ES), cuja tramitação já está avançada, e já conta com substitutivo, de autoria dos senadores Romero Jucá (PMDB/RO) e Lúcia Vânia (PSDB/GO). O texto original previa o seguinte:

Art. 1º O Art. 944, da Lei nº. 10.406, de 2002, passa a vigorar acrescido do parágrafo segundo, renumerando-se o atual parágrafo único para parágrafo primeiro, nos seguintes termos:

“Art. 944.

 §1º Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.
 § 2º A indenização atenderá as funções compensatória, preventiva e punitiva.” (NR)

Esse texto atende, ao que parece, aos objetivos defendidos nesta monografia, qual seja, de prover para a aplicação das indenizações punitivas em casos de danos morais (aliás, por esse texto, sua aplicação se tornaria possível até para danos materiais), atendendo à necessidade de prevenção e inibição da prática reiterada de condutas geradoras de danos morais coletivos e a vulneráveis.

O substitutivo, por sua vez, é, ao mesmo tempo, mais vago e menos determinante, enlarguendo a discricionariedade dos magistrados e, com isso, diminuindo de uma só vez sua efetividade e a regulação dos riscos de excesso⁸². Diante disso, o texto original aparenta atender melhor aos objetivos de uma indenização punitiva séria e segura. Contudo, como se sabe, sua aprovação depende de um certo consenso político, dificilmente atingível. Assim, o mais provável é que as indenizações punitivas continuem a ser aplicadas com base na legislação vigente, o que, como já se insistiu aqui, tem sido feito de forma moderada.

⁸² O substitutivo prevê o seguinte:

“Art. 944.....

§1º

§2º O juiz obedecerá o caráter compensatório da indenização, atribuindo a ela, conforme o caso, caráter educativo ou, ainda, punitivo”.

3.3 As indenizações punitivas como forma de proteção aos vulneráveis e de regulação dos danos morais coletivos: o aspecto preventivo

Reportando ao primeiro capítulo, quando foi abordado o problema de pesquisa que que essa a monografia procurou enfrentar, os danos morais tiveram uma história difícil no Brasil. De início, sequer se admitia, sem polêmicas, a sua autonomia perante os danos patrimoniais. Posteriormente, quando sua autonomia tornou-se indiscutível, surgiu o problema da sua reparabilidade. É que o dano moral é considerado, com razão, como impossível de ser reparado, porquanto ele atinge bens sem valor patrimonial calculável, como os direitos da personalidade. Apesar disso, ele é indenizável no Brasil, e isso provoca situações contraditórias, como a concessão de indenizações por violação a dano moral calculada como compensação pelo sofrimento causado, o qual é imensurável.

Ressaltando outros problemas que ajudam a sustentar o argumento pela adoção das indenizações punitivas: o dano moral coletivo e a vulnerabilidade das vítimas em boa parte dos casos. Em ambos os casos, a aplicação das indenizações punitivas é recomendável principalmente por seu aspecto punitivo.

3.3.1 Dano Moral Coletivo e a defesa dos interesses dos consumidores

A importância da responsabilidade civil e sua necessária adaptação e evolução também teve notável importância na seara consumerista.

Historicamente sua afirmação como instrumento protetivo se deu a partir da segunda metade do século XX, quando, devido ao aumento do consumo das sociedades de massa, os acidentes de consumo passaram a ser corriqueiros.

O sistema de responsabilidade vigente no período era o da relatividade dos contratos, considerado um dogma, assim como o princípio da culpa⁸³. Esse sistema, que já não suportava as novas demandas, teve que ser lentamente adaptado e reformulado, cabendo aos juristas a tarefa de jurisdicionar de forma inovadora servindo de *leading cases* para as novas demandas.

A necessidade de instrumentos e normas que respondessem de forma efetiva ao novo mercado teve sua origem então na jurisprudência, cabendo à doutrina e

⁸³ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do consumidor e a defesa do fornecedor**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 11 e ss.

posteriormente ao legislativo, sistematizar novos modelos que viabilizasse a proteção das novas relações de consumo.

No século XX, notadamente nos anos sessenta e setenta, os juristas europeus perceberam que, com o surgimento do Mercado Comum Europeu, nova realidade se impunha. O número crescente de acidentes de consumo, originados especialmente por produtos como carros, refrigerantes, medicamentos etc. gerava a necessidade de normas suficientemente robustas que dessem respostas suficientemente claras à esta realidade, ademais, cada país tinha um sistema de responsabilidade civil próprio, o que tornava essas relações mais e mais específicas.

Alguns países adotavam um sistema de responsabilidade civil objetiva do produtor (França, Luxemburgo e Bélgica). Outros, como a Itália, ainda adotavam um sistema de responsabilidade civil subjetiva, centrada no princípio da culpa. Finalmente, um terceiro grupo situava-se em uma posição intermediária, estabelecendo um regime de responsabilidade subjetiva, mas com presunção de culpa do produtor (Alemanha, Dinamarca, Inglaterra, Holanda e Irlanda).⁸⁴

Além dessas diferenças a responsabilidade do produtor também foi desenvolvida de forma distinta – A responsabilidade civil do produtor, na França, foi desenvolvida dentro da cadeia contratual - já o direito alemão desenvolveu essa modalidade dentro da responsabilidade extracontratual.

Assim, questionamentos como: qual modalidade de responsabilidade a ser seguida (objetiva ou subjetiva)? Há necessidade de seguir a cadeia (vendedor, produtor)? O terceiro (*bystander*) poderia ele mesmo acionar o produtor? Foram dúvidas que levaram aos primeiros estudos e congressos acerca da responsabilidade do fornecedor por produtos defeituosos. Como medida necessária, buscou-se no direito comparado instrumentos eficazes que fizessem frente às novas necessidades adaptando-o, se necessário, às suas realidades.

Ao observarem os Estados Unidos percebeu-se que as soluções encontradas pela jurisprudência havia sido no sentido de superar a *privity of contract* e a instituição da *strict product liability*. A *privity of contract* foi superada em uma decisão

⁸⁴ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do consumidor e a defesa do fornecedor**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 14.

do Juiz Cardoso, onde reconheceu a responsabilidade do fabricante pela colocação de produto no mercado, que foi considerada perigosa, superando assim os limites do próprio contrato⁸⁵ e do dever de diligência (*duty of care*) do fabricante.

Já o reconhecimento da responsabilidade objetiva (*Strict product liability*) se deu também no direito americano no caso *Greenman v. YubaPowersProduct Ins.* O Supremo Tribunal da Califórnia, em 1963, reconheceu a responsabilidade objetiva do fabricante de um equipamento doméstico que causou grave acidente, alegando, em síntese, que a colocação do produto no mercado não violaria apenas as garantias contratuais, como também as *strictliability in tort*.

Ainda como objeto de estudos, as indenizações fixadas em altos patamares, preocupava os juristas europeus que viam ali a necessidade de estabelecer limites para que os altos valores concedidos a título de indenizações não inviabilizasse a atividade econômica dos produtores, assegurando a livre concorrência.

Como resultado dos estudos e pesquisas do grupo de juristas, em 1985 foi criada a diretiva 85/374 - entendida como diretiva de cunho geral - do Conselho da Comunidade Europeia – CEE – que definiu normas uniformes, de adesão obrigatória, sobre a responsabilidade dos produtores sobre produtos defeituosos, a possibilidade de não mais respeitara cadeia de responsabilidade, conceito de produto defeituoso, causas excludentes de responsabilidade do produtor; limitação dos valores das indenizações (sem previsão expressa dos danos morais) e prazos prescricionais e decadenciais.⁸⁶

No Brasil a jurisprudência também teve seu papel na construção das defesas dos direitos privados, culminando com a adoção do Código de defesa do Consumidor.

⁸⁵ Em 1910 McPherson havia adquirido um Buick novo, no ano seguinte à compra envolveu-se em grave acidente. Ajuizou demanda onde o fornecedor alegou que suas garantias eram apenas em relação ao revendedor, com quem tinha relação contratual. Citando João Calvão da Silva, Responsabilidade civil do produtor, Coimbra: livr. Almedina: 1990, p. 294, o autor afirma que foi uma decisão épica, “O juiz Cardoso deixou seu nome inscrito para sempre no direito da *products liability* ao prescindir da *privity of contract*, numa ação do consumidor final contra o fabricante de qualquer produto perigoso, por si definido como toda a coisa de qualquer natureza que possa colocar a vida e a integridade física em perigo quando é fabricada negligentemente”.

⁸⁶ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do consumidor e a defesa do fornecedor**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

Aqui, assim como lá, foi incumbido a um grupo de juristas, constituído pelo Ministério da Justiça, a elaboração de um projeto de lei que efetivamente protegesse o consumidor e estabelecesse premissas gerais e específicas direcionadas ao mercado consumidor. A diretiva 85/374/CEE influenciou enormemente estes estudiosos que contavam assim com um ponto de partida e referencial.

Até então no Brasil os litígios envolvendo responsabilidade eram resolvidas principalmente com base no art. 159 do Código Civil de 1916 (CC/2002 art. 186) que estabelecia uma cláusula geral de responsabilidade subjetiva que era a maneira pela qual a jurisprudência fazia o controle dos danos. Com a posterior implantação do Código de Defesa do Consumidor os fundamentos foram transportados para o novo código que previa de maneira muito mais ampla as hipóteses de responsabilidades; objetiva e subjetiva.

Dando um passo além daquele que o influenciara, a diretiva 85/374/CEE, a comissão percorreu notável caminho no desenvolvimento da responsabilidade do fornecedor de serviços; maior proteção ao consumidor, considerado vulnerável, no que diz respeito as causas de exclusão de responsabilidade; ampliação da responsabilidade do produtor por produtos defeituosos.⁸⁷

Como exemplos pontuais do desenvolvimento da jurisprudência, o autor Sanseverino cita os seguintes casos; - 1969, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul julgou procedente demanda sobre defeito do produto⁸⁸; 1981 – Tribunal de justiça de São Paulo julgou procedente ação de reparação de danos causados por vacina contra a febre aftosa; - 1991 o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a responsabilidade de um laboratório pela morte de uma pessoa.

Dessa maneira deu-se a passagem da regulação das relações privadas baseadas no Código Civil para o Código de Defesa do Consumidor.

⁸⁷ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do consumidor e a defesa do fornecedor**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 26.

⁸⁸ Ibidem, p. 26 e 27. BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 3ª Câm. Civil, AC 9.283, Rel. Des. Paulo Boeckel Velloso, Acórdão 18.09.69. BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. AC.12.801-1, Rel. Des Toledo Piza; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 4ª T., REsp 6.422—PR. Rel. Min Barros Monteiro, Acórdão de 6.6.1991.

Entendendo ser na seara coletiva a maior aplicabilidade e eficácia da indenização punitiva, Freitas Filho e Thalita Lima⁸⁹, propõem e desenvolvem uma construção para a aplicação do dano moral punitivo coletivo sob a perspectiva da vulnerabilidade do consumidor sustentado por 4 bases, quais sejam:

a) o chamado dano moral não se verifica somente quando há lesão relativa à ofensa aos direitos de personalidade do sujeito; b) a indenização por dano moral com função punitiva deve ser compreendida, para que faça sentido, como instrumento de calibração econômica do comportamento do agente ofensor; c) a indenização por dano extrapatrimonial com função punitiva tem como objetivo prioritário a coibição da reiteração da conduta do ofensor, além da satisfação do direito do ofendido e, portanto, objetiva mais condicionar as expectativas de conduta do ofensor (pretérita e futura) do que a recomposição de bem jurídico lesado do ofendido; d) a 4ª asserção, que em parte decorre das anteriores, é relativa à definição de dever jurídico no direito do consumidor, subsistema do direito no qual as características específicas dos vínculos entre os agentes no mercado demandam que, na identificação do dano, sejam consideradas elementos hermenêuticos próprios à tipologia dos contratos relacionais, distintos daqueles disponíveis na matriz epistemológica liberal da teoria dos contratos.

Entendem os autores que tal construção proporciona um avanço nas “inconsistências conceituais” que por vezes constituem obstáculos a implementação de políticas públicas de cunho coletivo.

3.3.2 A vulnerabilidade – uma questão de justiça social

Vasconcelos⁹⁰ apoiando-se em Marx, afirma que o capitalismo foi um fenômeno que se concretizou plenamente a partir do século XVIII (apesar de reconhecer que sua origem é anterior) quando ocorreu a Revolução Industrial, iniciada na Inglaterra e disseminada rapidamente a outros países do continente europeu. A essência capitalista como busca desenfreada pelo capital não via qualquer impedimento político, moral ou ético para expropriar do trabalhador sua força motriz, seus atributos humanos. No capitalismo a força produtiva era mera peça de engrenagem na busca pelo poder e por mais capital.

⁸⁹ FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. Indenização por dano extrapatrimonial com função punitiva no direito do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 87, p. 93-122, mai./jun. 2013, p. 96.

⁹⁰ VASCONCELLOS, Marco Antonio, Sandoval de. **Economia, micro e macro**. 4. ed. São Paulo: Atlas.

Ocorre que, devido à alta complexidade e a radical mutação das necessidades da sociedade desde então, e devido ao aumento do consumo, existe hoje no ordenamento jurídico um déficit normativo e uma exaustão institucional por parte do judiciário.

Tais déficits normativos podem ser entendidos pelas novas mudanças de comportamento e relações de consumo que diariamente necessitam de uma nova complexidade estrutural e uma radical mutação axiológica cultural, como a dignidade da pessoa humana, cada vez mais presente e utilizada na defesa dos interesses e a função social do contrato, que limita em certa medida, a busca desenfreada pelo lucro.

Algumas mudanças despontam introduzindo novas relações interpessoais e suas necessidades como: a homoafetividade o poliamor, a barriga de aluguel, a doação de órgãos, a venda de filhos e há ainda aquelas relações ou ofertas que podem ser consideradas imorais ou amorais, como a caça legalizada a rinocerontes⁹¹ a baleias e golfinhos, a compra e venda do direito de emitir gás carbônico, a privatização e terceirização de prisões, os militares privados que encaram a guerra como um emprego etc. Essas novas complexidades axiológicas necessitam de uma nova conscientização do caminho que, sem perceber, estamos seguindo além de um ajuste normativo ou mesmo de cunho prático, como tentam alguns juristas isoladamente.

Sandel e Bauman demonstram cada um à sua maneira o caminho que a sociedade está percorrendo, o limite moral do mercado está cada vez mais sendo afastados dos valores necessários para constituir uma sociedade onde as diferenças sociais sejam minimizadas, e que duas são as consequências óbvias: 1 “quando todas as coisas boas podem ser compradas e vendidas, ter dinheiro passa a fazer toda a diferença do mundo; 2- Não se trata mais de desigualdade e injustiça, mas da tendência corrosiva dos mercados”.

⁹¹ SANDEL, Michael J. **O que o dinheiro não compra – os limites morais do mercado**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, Amana-Key, 2012, p. 43 ss - Direito de caçar um rinoceronte negro ameaçado de extinção na África; US\$ 150.000.

Em uma visão mais sociológica, defendida por Bauman, os déficits normativos podem ser também analisados como oriundos de uma tendência de competição entre os indivíduos, que acaba por fragilizar os alicerces das sociedades propiciando mais embates, em torno de direitos, basicamente de natureza privada. A crítica que se faz é que o “Estado Social”, encarregado de proteger seus membros elevando-os à condição de cidadãos, “detentores de direitos”, se perdeu. Este mesmo Estado que protegia, deixa seus súditos à mercê da própria sorte.

Um Estado é social quando promove o princípio da comunalidade endossada, do seguro coletivo contra o infortúnio individual e suas consequências.⁹²

Bauman⁹³, ao analisar as sociedades, principalmente aquelas afetadas à desigualdade social, observa que: um circuito elétrico ao ficar sobrecarregado, queima o fusível; em uma ponte que cai, o sobrepeso sobre uma pilastra faz com que toda a ponte desabe, e que igualmente em uma sociedade o mais vulnerável sofre as consequências e o peso das desigualdades sociais, sendo estes os danos colaterais.

Ressalta que equivocadamente a qualidade de vida de uma sociedade é determinada pelos dados médios obtidos, como a renda, a saúde, a educação etc, e que deixam critérios relevantes como os percentuais das diferenças entre o topo e a base de fora, critérios de bem estar social, sentido de engajamento político e a força dos vínculos que os ligam e os integram à sociedade. Não estão distantes, tais compreensões das realidades brasileiras, uma vez que as desigualdades e como são tratadas não variam muito de país a país, com exceção, afirma o mesmo autor, do Japão, que possui a menor diferença entre a base e o topo da pirâmide.

Essas constatações demonstram que os indivíduos estão jogados à própria sorte quando não encontram no estado social quem os defenda. Esse papel, de assegurar a defesa das relações, foi delegado constitucionalmente, compreendendo-se para tanto este papel como o de, em tempo, instituir, normatizar e adequar o fato à norma.

⁹² BAUMAN, Zygmunt. **Danos colaterais – desigualdades sociais numa era global**: Rio de Janeiro: Zahar, 2013, p. 25.

⁹³ Ibidem, p. 7 e ss.

É certo que a condição de vulnerabilidade humana foi o que fundamentou a necessidade de um Estado protetor “[...] e foi principalmente dessa promessa que ele tirou sua razão de ser, assim como a obediência e o apoio eleitoral de seus cidadãos”⁹⁴. E é essa mesma condição, mesmo hoje, que fundamenta a necessidade do Estado proteger os cidadãos limitando perdas e danos oriundos da economia de mercado, mercado este cada vez mais acirrado e sofisticado, uma vez que vivemos em um mundo em que quase tudo pode ser comprado ou comercializado.

É certo que nenhum outro modelo, que não o capitalista ou de economia de mercado, onde a produção de mercadorias em série passou a ser fator necessário e vital a dar conta das necessidades populacionais, teve igual resultado. Sandel, ao discorrer sobre o mercado de consumo e a organização da produção, resumiu que a economia tornou-se um domínio imperial.

os valores de mercado passavam a desempenhar um papel cada vez maior na vida social. A economia tornava-se um domínio imperial. Hoje a lógica da compra e venda não se aplica mais apenas a bens materiais; governa crescentemente a vida como um todo.⁹⁵

Para Sandel esses valores seriam a ganância. Ganância em maximizar o lucro, diminuir as responsabilidades, minimizar perdas. Já para Bauman⁹⁶ esses valores contêm uma relação não simétrica onde a parte forte possui mecanismos sutis de convencimento como as peças publicitárias que acabam por alargar ou flexibilizar os conceitos de moral que levou a assumir riscos de maneira irresponsável.⁹⁷

Se de um lado os mercados deixam suas marcas, na visão de Sandel, de outro a defesa dos interesses dos consumidores está travando uma luta desigual, uma vez que, apesar da “segunda onda” – a do acesso a justiça -, conforme Cappeletti, ter ajudado na persecução dos direitos, a falta de mecanismos mais

⁹⁴ BAUMAN, Zygmunt. **Danos colaterais – desigualdades sociais numa era global**: Rio de Janeiro: Zahar, 2013, p. 70.

⁹⁵ SANDEL, Michael J. **O que o dinheiro não compra – os limites morais do mercado**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, Amana-Key, 2012, p. 11.

⁹⁶ BAUMAN, Zygmunt. Op.cit., p. 94.

⁹⁷ SANDEL, Michael J. **O que o dinheiro não compra – os limites morais do mercado**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, Amana-Key, 2012, p. 12.

duros e eficazes de prevenção e dissuasão aos ilícitos praticados pelo mercado se mostra cada dia mais ineficaz .

O Projeto Pensando o Direito – Dano Moral - mostrou alguns dados interessantes sobre as relações em que os danos morais e as indenizações punitivas, normalmente ocorrem. Segundo o Projeto, trata-se quase sempre de danos ocorridos no âmbito de relações de consumo e de relações de trabalho.

Com efeito, o Projeto notou que o primeiro ilícito, em números, nos processos estudados, é a inscrição indevida do nome do consumidor nos sistemas de proteção ao crédito. Entre os quatro primeiros ilícitos em números, apenas acidentes de trânsito não são relações de consumo. Ora, os consumidores, como determinado pela Lei, são considerados vulneráveis em relação aos fornecedores. Isso significa que o Estado deve dar uma proteção mais expressiva a essa classe de vítimas.

CONCLUSÕES

O presente trabalho teve como objetivo tratar da possibilidade do uso das indenizações punitivas no Brasil e como estava se dando essas aplicações.

O trabalho revelou que as indenizações por danos morais, em geral, tiveram um desenvolvimento conturbado no Brasil. Inicialmente, a possibilidade da existência de dano moral autônomo era contestada em nosso direito. Assim, o dano moral, quando admitido, era um dano acessório ao dano material. A questão da autonomia do dano moral foi, no entanto, pouco a pouco superada, principalmente em razão da garantia constitucional da sua indenização (art. 5º, X).

A superação da polêmica sobre a indenizabilidade e a autonomia do dano moral não solucionou, porém, o problema de como indenizar um dano que é, por definição, intraduzível patrimonialmente (tomando-se a noção de patrimônio como sendo sinônimo de patrimônio material). Uma das tentativas de superar esse problema é a atribuição de função compensatória ao dano moral.

Contudo, ainda assim, a doutrina vem impondo obstáculos à desvinculação entre o dano sofrido e a compensação. Isso faz com que as compensações sejam insuficientes para coibir a prática reiterada da conduta danosa. A monografia defende que a indenização punitiva soluciona esses dois problemas: a questão da desvinculação entre o dano sofrido e a compensação e a questão da prevenção da reiteração da conduta já sabidamente danosa em razão de repetidos pronunciamentos judiciais ou em razão pura e simplesmente da clareza da determinação legal.

Em relação à desvinculação entre o dano sofrido e a compensação, a monografia defendeu que o foco deve ser deslocado do dano para a conduta do seu causador, com o fim de tornar as indenizações por danos morais um instrumento inibitório. Isso é importante principalmente se tivermos em conta que o dano moral atinge, justamente, valores e bens jurídicos irreparáveis, razão pela qual é importante que a violação não chegue a se produzir. Para que isso ocorra, é preciso que as indenizações enfoquem a conduta. Ressalte-se que, como a monografia afirmou, isso é ainda mais verdade em caso de dano moral coletivo, uma vez que a titularidade coletiva do bem jurídico atingido torna sobremaneira improvável tanto a reparação quanto a compensação (como compensar uma coletividade indeterminável por um dano irreversível?).

Em relação à prevenção da reiteração da conduta, a monografia sustentou que as indenizações punitivas têm um importante aspecto regulatório, como nos Estados Unidos, onde sua prática é levada em conta pelas empresas, notadamente em relações de consumo. A sua implantação no Brasil poderia ter esse efeito benéfico e a análise econômica do poderia ser um eficaz mecanismo de defesa nas reiteradas práticas ilícitas.

O trabalho também enfrentou alguns dos argumentos contrários à adoção das indenizações punitivas no Brasil. Os três primeiros são argumentos de ordem técnico-jurídicas, como a sua assimilação a uma pena criminal, a exigência de que se submeta previamente ao princípio da legalidade e, portanto, esteja prevista expressamente por lei, e sua possível vedação pelo princípio da proibição do enriquecimento sem causa. Além desses argumentos, existe um quarto, de ordem político-econômica, a alegação do risco de um exacerbamento da "indústria do dano moral".

Em relação aos três primeiros, a monografia sustentou, principalmente em relação ao princípio da proibição do enriquecimento sem causa, que é um óbice facilmente superável e que se mostra antes um possível aliado da boa aplicação das indenizações. É que, conforme já vem aplicando a jurisprudência, o princípio do enriquecimento sem causa limita as indenizações punitivas, evitando excessos. Evidentemente, para que essas indenizações sejam efetivas, seria preciso aumentar seu valor que conforme foi demonstrando não se constitui óbice aos agentes que produzem dano.

Quanto às exigências de submissão ao princípio da legalidade, aparentemente não haveria problemas, porquanto os magistrados já vêm aplicando essa modalidade de indenização, utilizando-se das normas legais e jurisprudenciais e da doutrina existente. Finalmente, quanto à aversão à mistura entre pena e ilícito civil, basta mirarmos os diversos exemplos históricos e no direito comparado para nos convenceremos de que ele não é obstáculo para a adoção dessas indenizações.

Quanto ao argumento da exacerbamento da "indústria do dano moral", a monografia mostrou, com base em pesquisa empírica, que o judiciário vem aplicando indenizações moderadas nesse caso, sendo pouco crível que a consolidação das indenizações punitivas tornassem o sistema de indenizações por danos morais mais inseguro. Ao contrário, é possível que a consolidação do instituto fortaleça os seus instrumentos dando-lhe mais segurança.

Registre-se que existem diversos projetos de lei regulamentando esse instituto, destacando-se o projeto de lei do Senado Federal nº 413, de 2007, de autoria do senador Renato Casagrande. Esse projeto poderia servir de base para que os tribunais trabalhassem o instituto, dando-lhe a tão pedida segurança jurídica.

Pontes de Miranda⁹⁸ defendia que o direito se resume a prescrever o equilíbrio, e que em matéria de obrigações, quem dana, paga, e que o Estado deve interferir e assegurar a estabilidade e a ordem quando necessário, mas, alerta o autor que “Tudo anuncia, porém, o aumento das visíveis brechas que no velho sistema se abriam; e dia virá que, para viver, terá o Estado de carregar com todas as responsabilidades decorrentes dos desvios e crimes individuais”.

⁹⁸MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Tomo LIII – Direito das obrigações. Fatos Ilícitos responsabilidade. Atualizado por Rui Stoco. São Paulo: Ed. RT, 2012.p 81.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALSINA, Jorge Bustamante. **Teoría general de la responsabilidad civil**. 5. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1987.

ALVIM, Agostinho, **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. São Paulo: Saraiva, 1949.

ANDRADE, André Gustavo Côrrea de. **Indenização punitiva**. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/institucional/dir_gerais/dgcon/pdf/artigos/direi_civil/indenizacao_punitiva.pdf>. Acesso em 04 nov. 2014.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social**. In: O Código Civil e sua interdisciplinaridade. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BAUMAN, Zygmunt. **Danos colaterais – desigualdades sociais numa era global**: Rio de Janeiro: Zahar, 2013, p. 25.

BENJAMIN, Antônio Herman; BESSA, Leonardo R; MARQUES, Claudia Lima. Manual de direito do Consumidor. 5 ed. São Paulo 2013.

BESSA, Leonardo R. Relação de consumo e Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2.ed. 2009.

BORDA, Guillermo A. **Tratado de derecho civil - obligaciones**. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1994.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em, 08 nov. 14.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 4ª T., REsp 6.422—PR. Rel. Min Barros Monteiro, Acórdão de 6.6.1991.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp: 1057274 RS 2008/0104498-1, Relator: Ministra Eliana Calmon, Data de Julgamento: 01/12/2009, T2 - Segunda Turma, Data de Publicação: DJe 26/02/2010. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19165433/recurso-especial-resp-1057274-rs-2008-0104498-1>>. Acesso em 08 nov. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. AC.12.801-1, Rel. Des Toledo Piza;

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 3ª Câmara Civil, AC 9.283, Rel Des. Paulo Boeckel Velloso, Acórdão 18.09.69.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 2ª ed São Paulo: Ed Revista dos Tribunais,.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CHAMATROPULOS, Demétrio Alejandro. **Los daños punitivos en la Argentina**. Buenos Aires: Errepar, 2009.

DEL MASSO, Fabiano. **Direito econômico esquematizado**. 2 ed. Rio de Janeiro. Método. 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves e ROSENVALD, Nelson. **Direito das obrigações**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FONSECA, João Bosco Leopoldino. **Direito econômico**. 7ed. Rio de Janeiro. Forense. 2010.

FOORMICA, Giovanni, *in* **Dizionario pratico Del diritto privato, de Scialoia**, Vol. II.

FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. Indenização por dano extrapatrimonial com função punitiva no direito do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 87, p. 93-122, mai./jun. 2013.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. **Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade**: o direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GONÇALVES, Vitor Fernandes, A punição na responsabilidade Civil (A indenização do Dano moral e da lesão a interesses difusos). Brasília. Brasília Jurídica 2005.a

GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo. NERY JUNIOR, Nelson. **Código de defesa do consumidor – Processo coletivo**. Ed. 10. Rio de Janeiro. Forense, 201

HOBBSAWM, Eric J. **A era do capital**. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, T.I, 1958, vol.I.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 01 – 57.

JAKOBS (1993, p. 6-14) *apud* PURSCHELL, Flávia. **Projeto pensando o Direito – FGV –**, 2010.

MARTINS-COSTA, Judith, PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva ("*punitive damages*" e o direito brasileiro), *in* **revista da Ajuris**, ano XXXII, n.º 100, dez/2005, p. 18.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (*punitive damages* e o Direito brasileiro). **Revista CEJ**, Brasília, n. 28, p. 15-32, jan./mar. 2005, p. 17.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. O dano moral coletivo e o valor da sua reparação. **Revista TST**, Brasília, vol. 78, n. 4, out/dez 2012.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago. **Dano moral coletivo**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007.

MORAES, Maria Celina B de. **Danos à pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Tomo LIII – Direito das obrigações. Fatos Ilícitos responsabilidade. Atualizado por Rui Stoco. São Paulo: Ed. RT, 2012.

MORAES, Maria Celina B de. **Danos à pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar 2003.

NUNES, Rizatto. **Curso de direito do consumidor**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

Otavio Luiz Rodrigues, Gladston Mamede e Maria Vital da Rocha. **Responsabilidade civil contemporânea**. Editora atlas, São Paulo 2011,

PEREIRA, Caio Mario da Silva, Instituições de direito civil, 16ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1998.

PETTER, Lafayete Josué. **Direito econômico**. 6. ed. Porto Alegre: Verbo jurídico, 2013.

PÜSCHEL, Flavia Portella **Projeto pensando o Direito – FGV –**, 2010.

PÜSCHEL, Flavia Portella. A função punitiva da responsabilidade civil no direito brasileiro: uma proposta de investigação empírica. **Revista direito FGV**, V. 3, n. 2, p. 17-36, jul-dez 2007.

POSSAS, Sílvia. **Concorrência e Competitividade – notas sobre estratégia e dinâmica seletiva na economia capitalista**. São Paulo: Ed. Hucitec, 1999.

RODRIGUES, Otavio Luiz, MAMEDE, Gladston e ROCHA, Maria Vital da. **Responsabilidade civil contemporânea**. São Paulo: Atlas, 2011.

SANDEL, Michael J. **O que o dinheiro não compra – os limites morais do mercado**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, Amana-Key, 2012.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do consumidor e a defesa do fornecedor**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Dano moral**. 7. ed. Belo Horizonte. Del Rey, 2010.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Dano moral**. Belo Horizonte. Del Rey, 2010, 7ª Ed.

Usos e abusos da Função punitiva (punitivedamage's e o direito brasileiro), **in revista da Ajuris**, ano XXXII, n.º 100, dez/2005

VASCONCELLOS, Marco Antonio, Sandoval de. **Economia, micro e macro**. 4. ed. São Paulo: Atlas.

WEBJUR. Capacidade tributária ativa. Disponível em: <http://www.webjur.com.br/doutrina/Direito_Tribut_rio/Capacidade_Tribut_ria.htm>. Acesso em 17 jun. 2014. 2.2 Parafiscalidade:

REFERENCIAS

<http://imagensdajustica.ufpel.edu.br/anais/trabalhos/GT%207/GT%207%20-%20AZEVEDO,%20Fernando%20Costa%20de.pdf>

http://repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/531/3/20706519_Vivian%20Ishii.pdf

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=20526>

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=535628>

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=36951>

http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=2687:reforma-serocada-na-demanda&catid=1:notas&Itemid=675 visitado em 12 de abril de 2014

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm visitado em 23/04/2014.

http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=84410

http://www.tjrj.jus.br/institucional/dir_gerais/dgcon/pdf/artigos/direi_civil/indenizacao_punitiva.pdf em 04/11/14

http://www.webjur.com.br/doutrina/Direito_Tribut_rio/Capacidade_Tribut_ria.htm visitado em 17/06/2014

ANEXO

Anexo II - Projeto de Lei do Senado Nº. 413, de 2007

Autor: Senador Renato Casagrande (PSB/ES)

Acrescenta parágrafo ao art. 944 da Lei nº 10.406, de 2002, para incluir a previsão das funções compensatória, preventiva e punitiva da indenização.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º O Art. 944, da Lei nº. 10.406, de 2002, passa a vigorar acrescido do parágrafo segundo, renumerando-se o atual parágrafo único para parágrafo primeiro, nos seguintes termos:

“Art. 944.

.....

§1º Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.

§ 2º A indenização atenderá as funções compensatória, preventiva e punitiva.” (NR)

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

