



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O Dano Moral e sua Função Punitiva-Pedagógica

Mayra Pinto Guimarães

RIO DE JANEIRO
2010

MAYRA PINTO GUIMARÃES

O Dano Moral e sua Função Punitiva-Pedagógica

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós- Graduação.

Orientadores: Prof^ª. Néli Fetzner
Prof. Nelson Tavares

RIO DE JANEIRO
2010

O DANO MORAL E SUA FUNÇÃO PUNITIVA-PEDAGÓGICA

MAYRA PINTO GUIMARÃES

Graduada pela Universidade
Estácio de Sá. Advogada.

Resumo: Após a Carta Política de 1988, a proteção ao consumidor recebeu *status* de princípio constitucional e, desde então, o mundo jurídico vem evoluindo na efetiva proteção consumerista. Apesar dos grandes avanços, ainda convivemos com sociedades que fazem do descaso para com o consumidor sua maior fonte de renda, prestando serviços inadequados e arcando com as indenizações que lhe são impostas, sem que tal afete seu lucro. O objetivo maior desse trabalho é estudar a viabilidade da condenação de tais sociedades a arcar com o pagamento de danos morais punitivos-pedagógicos, como forma de dar máxima efetividade ao princípio constitucional de proteção ao consumidor.

Palavras-chaves: Dano Moral. Funções. Função Punitiva-Pedagógica. *Punitive damages*.

Sumário: Introdução. 1- Aspectos gerais do dano moral. 1.1- Histórico jurídico. 1.2- Conceituações doutrinárias. 1.3- Espécies de dano moral. 2- As funções da indenização na responsabilidade civil. 2.1- A visão clássica. 2.2- A visão contemporânea. 3- *Punitive Damages*: A experiência norte americana. 3.1- Breves considerações sobre o sistema da *commom law*. 3.2- Precedentes históricos. 4- Aplicabilidade no ordenamento brasileiro. 4.1- Revisão da função punitiva-pedagógica. 4.2- Fundamento legal. 4.3- Forma de aplicação. 4.4- Requisitos configuradores. 4.5- Valor da indenização. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa a analisar todos os aspectos relevantes da adoção do sistema dos *punitive damages* no ordenamento jurídico brasileiro, como forma de dar máxima efetividade à proteção do consumidor, evitando as condutas abusivas por parte das sociedades fornecedoras.

Com a promulgação da Carta Política em 1988 e a elevação da proteção ao consumidor a princípio constitucional, os legisladores e os aplicadores do direito

passaram a criar mecanismos jurídicos para dar máxima efetividade ao comando constitucional.

Muito se avançou em tal questão, especialmente com o advento da legislação consumerista e com a criação dos juizados especiais, mas, ainda assim, grandes sociedades permanecem em situação de absoluto desrespeito para com o consumidor, auferindo lucros exorbitantes ao manterem uma estrutura de atendimento ao consumidor falha e ineficaz, atendendo apenas formalmente às exigências legais e, materialmente, deixando o consumidor à deriva.

Apesar de serem “campeãs” em demandas judiciais, as indenizações a que são condenadas, na imensa maioria das vezes, são financeiramente imperceptíveis para tais sociedades, sendo inclusive incluídas em sua planilha de orçamento mensal um determinado valor o a ser gasto com indenizações morais, valor esse repassado ao consumidor, sem que seja percebido. É o ciclo vicioso do abuso ao consumidor.

Dessa forma, as condenações ao pagamento de dano moral se revelam apenas repressivas, como compensação pelo sofrimento experimentado pelo consumidor individual, mas não exercem qualquer função preventiva ou social, apesar de a proteção ao consumidor, como gênero, ser direito difuso.

O presente trabalho visa a estudar a possibilidade de emprestar função preventiva e educativa ao dano moral, de forma que a condenação da sociedade ao pagamento de tal indenização represente, de fato, uma punição, incentivando a adoção de práticas que efetivamente respeitem o consumidor e representem uma prestação adequada dos serviços.

Enfrentar-se-ão as questões mais tormentosas acerca do referido tema com a reflexão de possíveis soluções, como a questão da legitimidade ativa, da superação do enriquecimento sem causa por parte do consumidor, do meio adequado para que se pleiteie a

referida condenação, além da análise da bem sucedida experiência norte-americana na aplicação dos *punitive damages*.

Por fim, analisaremos se tal mecanismo pode, de fato, maximizar a proteção do consumidor brasileiro.

1. ASPECTOS GERAIS DO DANO MORAL

Dentre as inúmeras inovações trazidas pela Constituição da República de 1988, a consagração da possibilidade de reparação do dano exclusivamente moral merece seguro destaque. Até esse marco constitucional sempre existiram celeumas jurídicas acerca da reparabilidade de dano imaterial e de seu fundamento jurídico.

Durante longo tempo, a existência jurídica do direito à indenização por dano moral foi questionada. Argumentava-se que um dano não patrimonial jamais poderia ser indenizado por pecúnia, bem nitidamente patrimonial. Muitos também sustentavam a impossibilidade de retorno ao *status quo ante*, concluindo que, por tal razão, o dano exclusivamente moral não poderia ser indenizado.

Além do debate acima apresentado, mesmo os juristas que admitiam a reparação do dano moral controvertiam acerca da abrangência de tal possibilidade. Parte da doutrina sustentava que o Código Civil de 1916 não trazia em seu corpo cláusula geral que possibilitasse a indenização por dano moral em qualquer caso. Para os que assim entendiam, somente seria cabível a indenização por dano moral nos casos em que a lei expressamente

permitisse, como no caso de perda definitiva de coisa esbulhada ou no caso de crime contra a honra.

Outros autores, entre eles Clóvis Beviláqua e Pontes de Miranda vislumbravam cláusula genérica que possibilitava a indenização por dano moral em qualquer situação configuradora de lesão moral no artigo 76 do revogado *Codex*, que condicionava a propositura ou a contestação de uma demanda a legítimo interesse econômico ou moral.

Com o advento da Constituição de 1988, a referida celeuma jurídica foi sepultada em razão da norma do artigo 5º, inciso V, que assegura, expressamente, a indenização por dano moral.

Com a nova ordem jurídica instaurada, multiplicaram-se os diplomas legais que previam a reparabilidade do dano moral, como o Código de Defesa do Consumidor e a Lei da Ação Civil Pública com a alteração promovida pela Lei 8.884/94.

Como não poderia ser diferente, o Código Civil de 2002 estabeleceu cláusula geral de reparação do dano moral, tanto em sede de responsabilidade subjetiva, como em sede de responsabilidade objetiva, nos artigos 186 e 927, respectivamente.

Assim, tanto a doutrina como a jurisprudência contemporâneas são uníssonas em sustentar a reparabilidade do dano moral. No entanto, as controvérsias acerca do tema continuam em ebulição, se mostrando presentes desde a conceituação do dano moral até o montante indenizatório e as funções de tal condenação.

1.2. CONCEITUAÇÕES DOUTRINÁRIAS

Um primeiro conceito, muito influenciado pela doutrina francesa clássica, adota conceito negativo de dano moral, o contrapondo ao dano material. São frequentes as definições do dano moral que puramente o diferenciam do dano patrimonial, afirmando simplesmente que o dano moral é aquele que não é patrimonial ou que não atinge o patrimônio material do ofendido.

Concorda-se com a crítica feita por ANDRADE (2009) que, acompanhando doutrina comparada, ressalta a incompletude de tal tipo de conceituação, que acaba por não definir o dano moral, apenas o apartando do dano patrimonial.

Conceituação que frequentemente é empregada pela doutrina e pela jurisprudência define o dano moral como a dor, a tristeza, o sofrimento, o aborrecimento ou qualquer outro tipo de alteração negativa no estado de ânimo da vítima.

Tal conceito vê o dano moral como umbilicalmente ligado a dor, seja ela física ou psíquica. Vale dizer: A referida corrente presume a dor e o dano como um único fato; a dor seria o dano em si.

Discorda-se de tal conceituação pela carga de subjetivismo que possui. Entender que o dano moral é, em si, a dor sentida pelo indivíduo acaba por exigir a demonstração de um sentimento, o que é impossível. Ainda que se argumente que a dor é presumida, tal tipo de lógica permite que haja prova da ausência de dor, o que culminaria com a inexistência de dano a ser reparado.

Entende-se que o dano não é configurado de acordo com os sentimentos pessoais do ofendido. Não é admissível que seja pressuposto de existência do dano qualquer tipo de sentimento pessoal da vítima. O dano deve ser configurado e ter seus pressupostos de existência preenchidos pela conduta do ofensor e não pela esfera subjetiva do ofendido.

A doutrina mais apropriada defende que a dor e o sofrimento são apenas consequências do dano moral e não o dano propriamente dito. Dessa forma, torna-se

irrelevante, para a existência do dano moral, o impacto subjetivo que a conduta do autor teve na vítima.

Tal linha doutrinária, que traduz o entendimento dominante do Superior Tribunal de Justiça, leva em consideração a natureza do direito violado para configurar o dano moral.

Assim, entende-se o dano moral como a ofensa aos direitos da personalidade. Nas palavras do doutrinador CAHALI (1998, p.20) deve se entender o dano moral “como a privação ou a diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranqüilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade individual, a honra e os demais sagrados afetos.”

Tal conceituação, portanto, dispensa, para a existência do dano moral, a perturbação física ou psíquica do indivíduo e melhor se adequa a natureza *in res ipsa* do dano moral. É puramente a conduta ofensiva ao direito da personalidade que constitui o dano moral. O eventual sofrimento posterior do indivíduo pode até desempenhar outras funções, mas é dispensável para a caracterização do dano e para sua conseqüente reparabilidade.

Como nota final, imprescindível destacar que o Superior Tribunal de Justiça tem emitido frequentes sinais de ser dispensável a alteração anímica para a caracterização do dano moral. Ressalte-se, especialmente, o caso dos doentes mentais, que não possuem a mesma percepção da realidade que o homem médio e, assim, podem passar incólumes psicologicamente a ofensa a sua personalidade.

Mesmo raciocínio foi conferido pela Corte às crianças de tenra idade. Em recente julgado a Corte Superior reconheceu que, apesar da pouca idade, a criança inegavelmente já possui direitos da personalidade que devem ser resguardados e, assim, reconheceu o direito a compensação por dano exclusivamente moral.

1.3. ESPÉCIES DE DANO MORAL

Conforme premissa fixada acima, o dano moral é caracterizado pela natureza dos direitos lesionados, no caso, qualquer dos direitos da personalidade.

Nesse diapasão, a doutrina, especialmente a doutrina francesa, tende a elencar diversas espécies de direito moral, a variar de acordo com o critério escolhido.

Pode-se reconhecer como as principais espécies na doutrina nacional o dano moral subjetivo em oposição ao dano moral objetivo. Tal classificação se mostra especialmente relevante para fins de demonstração da desnecessidade da alteração anímica do indivíduo para a existência do dano moral indenizável.

Tem-se como dano moral subjetivo aquele que atinge o sujeito em sua esfera psíquica. Em tais casos, pode-se afirmar que a dor psicológica quase sempre estará presente, assumindo a forma de consequência natural do dano perpetrado.

Deve ser esclarecido que, apesar de naturalmente ocorrer, a alteração anímica da vítima não é imprescindível para a configuração do dano moral subjetivo.

Já o dano moral objetivo se configura com o ataque a imagem da pessoa perante o grupo social. Em tal espécie o sofrimento é meramente circunstancial e, em grande parte das hipóteses, pode não estar presente.

Classificação que também apresenta grande relevo na doutrina brasileira é a que distingue o dano moral direto do dano moral em ricochete. O dano moral direto é aquele experimentado pela própria vítima do evento ofensivo. Já o dano em ricochete ou dano moral indireto é o dano moral reflexo, experimentado por terceiro estranho ao evento danoso, mas que suporta também lesão em sua esfera de personalidade, por ter vínculo de afeição legítima com a vítima direta do fato lesivo.

Deve ser salientado que, no dano em ricochete, a pessoa pleiteia dano próprio que deve ser individualmente considerado e compensado, sendo certo que a legislação brasileira não faz qualquer restrição à legitimidade ativa, restando tal tarefa para a jurisprudência, que ainda não fixou os parâmetros de tal legitimidade.

Espécie de dano moral que se afigura como a mais relevante dentro do contexto do presente trabalho é o dano moral decorrente de prévia relação contratual.

Já se tornou célebre a construção doutrinária e jurisprudencial resumida na máxima de que o mero descumprimento contratual não gera dano moral. Parece que tal frase é muito repetida, mas não é interpretada com a profundidade merecida, especialmente no que toca o sentido do “mero descumprimento”.

Uma análise apressada de tal conclusão pretoriana pode levar ao entendimento equivocado e ilógico de que, em havendo relação contratual entre as partes, não é possível cogitar-se da ocorrência de dano moral compensável pecuniariamente.

Ora, não há qualquer razão para que se vede a reparação moral em sede de relação contratual. Primeiramente, tal vedação seria inconstitucional, uma vez que a constituição, conforme já explicitado, assegura a reparação moral sem fazer qualquer tipo de restrição.

Ademais, nada impede que, no bojo de uma relação contratual um dos contratantes lesione direito da personalidade do outro contratante. Em tal situação, a existência de contrato prévio não imuniza o ofensor a compensar a vítima; Ao revés, a existência de relação contratual pode, inclusive, intensificar o grau de culpa do autor do dano.

Acerca de tal assunto, não se poderia deixar de citar as lições de ANDRADE (P.90, 2009) que distingue a patrimonialidade da prestação da extrapatrimonialidade do interesse do credor, com base nas idéias difundidas por Pizarro.

Leciona o jurista que: “Embora a prestação tenha conteúdo patrimonial, o interesse do credor na prestação, pode apresentar caráter extrapatrimonial, porque ligado à sua saúde ou de pessoas de sua família, ao seu lazer, à sua comodidade[...]”

Nesse diapasão, deve se asseverar que o mero inadimplemento contratual é aquele que não atinge nenhum interesse extrapatrimonial do contratante, se resumindo, assim, ao descumprimento de obrigação desvincilhada de qualquer direito da personalidade.

No entanto, diversas são as hipóteses dos contratos que, direta ou indiretamente são ligados à direitos da personalidade, à guisa de exemplo, cite-se os contratos de seguro de saúde ou mesmo os contratos de compra e venda de imóvel residencial.

Em ambos os casos o Superior Tribunal de Justiça, de forma recorrente, analisa hipóteses em que o descumprimento contratual fere direito da personalidade e, assim, gera direito a compensação como em casos de negativa injustificada de cobertura hospitalar ou em atrasos prolongados na entrega da unidade residencial.

Assim, o inadimplemento contratual pode sim gerar direito a compensação moral, devendo tal possibilidade ser analisada não pelo desconforto do ofendido com o inadimplemento, mas sim em razão do comportamento do ofensor inadimplente.

Especialmente nos casos em que o direito da personalidade ofendido é de ordem psíquica e não física, o comportamento do ofensor tem especial relevo para averiguação da existência de dano moral.

O contratante que age de forma negligente ou maliciosa, causando transtornos muito maiores do que os que decorreriam normalmente em razão do inadimplemento externa conduta abusiva e, assim, pratica ato ilícito, na forma do estabelecido pelo artigo 187 do Código Civil.

Quando tal ilícito fere direito da personalidade, como o direito à tranquilidade, o dano moral restará caracterizado e deverá ser compensado.

Independente de qual seja a espécie de dano moral perpetrado, o ofensor terá o dever de compensar a vítima pela lesão extrapatrimonial sofrida.

Tal compensação, diante da impossibilidade de retorno ao estado anterior das partes, será feita através de pecúnia e possui diversas funções, que agora se passa a analisar.

2. AS FUNÇÕES DA INDENIZAÇÃO NA RESPONSABILIDADE CIVIL

A doutrina clássica sempre enxergou a responsabilidade civil como o instrumento para recompor o estado das partes anterior à prática do ato danoso, de forma que, aquele que causasse o dano suportasse as perdas patrimoniais e não aquele que foi vítima do dano.

Tal noção é resumida no princípio da *restitutio in integrum*, que, voltado simplesmente à reparação do dano e ao reequilíbrio econômico-jurídico da relação social afetada, leva em consideração tão somente a extensão do dano sofrido pela vítima, mostrando-se indiferente para com a conduta e para com a culpa do autor do dano e, da mesma forma, para qualquer outra circunstância ligada ao ofensor, como seu padrão financeiro.

Tal função é consagrada na doutrina e jurisprudência, além de ser expressamente adotada pelo Código Civil pátrio.

Tradicionalmente, ainda, tinha-se como pressuposto da responsabilidade civil, em regra, a culpa e, dessa forma, predominava em nosso ordenamento jurídico a noção de responsabilidade subjetiva, com poucas e excepcionais exceções.

2.2. A VISÃO CONTEMPORÂNEA

Com a modernização social, o aumento progressivo do consumo e a massificação dos contratos, foi necessário que os parâmetros da responsabilidade civil fossem revisitados e, em muitos aspectos, alterados.

A primeira profunda alteração de tais parâmetros foi a objetivação da responsabilidade civil em incontáveis situações, com fundamento na teoria do risco. Diversas situações, consideradas pelo legislador como de risco intrínseco, passaram a dispensar a culpa para caracterização do dever de indenizar, de forma a proteger com mais eficiência a vítima do evento danoso, que apenas teria que provar a conduta, o dano e o nexo de causalidade entre os dois elementos anteriores.

Tal mudança de paradigma culminou com a edição do Código Civil de 2002 que não apenas aumentou os casos pontuais de responsabilidade objetiva como criou, no artigo 927 cláusula geral de responsabilidade objetiva, expressamente a ligando às atividades de risco normalmente desenvolvidas.

Adotando a mesma motivação, a jurisprudência e a doutrina passaram a reconhecer outras duas funções para a responsabilidade civil, quais sejam: a função preventiva e a função punitiva.

A função preventiva tem atuação semelhante à tutela inibitória do direito processual civil; Visa impedir a realização do dano ou mesmo a reincidência na conduta lesiva.

A função preventiva possui dois aspectos: O aspecto geral, funcionando como inibidor social de condutas lesivas e o aspecto especial, atuando de forma a impedir que o sujeito reitere a conduta danosa.

Tal desiderato encontra plena sintonia com os novos paradigmas constitucionais, especialmente no que toca a dignidade da pessoa humana. É indubitável que melhor se efetiva

a dignidade humana e mais se preserva os direitos fundamentais através da prevenção dos danos. Prefere-se evitar que o dano aconteça do que reparar o dano já perpetrado.

Teoricamente, o reconhecimento de tal função deveria permitir que a sanção pecuniária estabelecida ultrapassasse os limites da extensão do dano uma vez que, tudo o que for indenizado dentro de tal âmbito terá caráter meramente compensatório, desaliado de qualquer caráter preventivo.

A função punitiva, apesar de já contar com grande número de adeptos, ainda tem sido adotada de forma mais tímida no ordenamento jurídico brasileiro.

Como sua denominação enuncia, a função punitiva busca de fato punir o ofensor, levando em consideração para fixação de seu montante as características pessoais do autor do dano, como sua capacidade econômica ou a habitualidade com que adota posturas lesivas. Considera-se, ainda, o grau de culpa e as motivações do agente para a fixação do montante indenizatório.

A função punitiva, quando adotada, inegavelmente reforça a função preventiva, e, em um certo nível, reforça também a imperatividade do ordenamento jurídico como um todo, ao desestimular financeiramente as práticas abusivas.

Em alguns países, com especial destaque para os Estados Unidos da América, a indenização punitiva é adotada de forma extremamente avançada, especialmente porque há muito já é aplicada pelos Tribunais.

Diante da vasta experiência norte-americana no assunto, imprescindível a análise de seus precedentes, como forma de traçarmos as balizas para uma melhor interpretação da função punitiva do dano moral no Brasil.

3. A EXPERIÊNCIA NORTE AMERICANA

Os Estados Unidos da América são, na atualidade, a grande referência no que tange a compensação pelos danos extrapatrimoniais com caráter pedagógico, possuindo rica jurisprudência e farta doutrina acerca do tema.

A posição adotada pela jurisprudência foi bem sucedida na diminuição das práticas abusivas por parte das grandes sociedades, razão pela qual pode e deve ser usada como exemplo na implementação de tal função no dano extrapatrimonial no ordenamento pátrio, respeitadas as peculiaridades do nosso sistema jurídico.

3.1. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O SISTEMA DA *COMMON LAW*

Os sistemas jurídicos, em geral, são divididos em dois grandes grupos: os adeptos da *common law* e os adeptos da *civil law*. O Brasil, de tradição romano-germânica, está situado no sistema da *civil law*, extremamente ligado às normas escritas, razão pela qual o julgador possui menor liberdade para julgar, estando sempre adstrito às normas legais. Nos países que adotam tal sistema jurídico a função punitiva da responsabilidade civil, em regra, é timidamente utilizada.

Já o sistema da *common law* é marcado pela predominância do precedente judicial. A legislação escrita assume menor relevo, uma vez que o julgador deve respeito às prévias decisões preferidas por Cortes Superiores, ou até mesmo por Cortes de mesma hierarquia, em casos assemelhados.

Dessa forma, o julgador tem maior plasticidade na interpretação do ordenamento, especialmente porque apenas são obrigatórios os precedentes emanados de corte hierarquicamente superior. As decisões proferidas por corte mesma hierarquia possuem apenas força persuasiva.

Por não ser imprescindível regra legal expressa para condenações civis, os países que adotam a *common law* possuem largo histórico na aplicação da função punitiva do dano moral, como o que ocorre nos Estados Unidos da América.

Em sede de responsabilidade civil, que no direito americano recebe a nomenclatura de *law of torts*, praticamente inexistente lei escrita, sendo fundamentalmente construída em cima dos precedentes.

Nesse contexto, imperiosa a análise dos casos mais relevantes julgados acerca dos danos punitivos que, na referida ordem jurídica, recebem a denominação de *punitive damages*.

3.2. PRECEDENTES HISTÓRICOS

Apesar de, incontroversamente, os Estados Unidos da América serem o país de referência no que tange aos danos morais punitivos, a origem histórica da função punitiva remonta à Inglaterra do século XIII, com o estabelecimento de indenização triplicada em caso de dano a propriedade imobiliária por inquilino ou arrendatário ANDRADE (2009).

Nos Estados Unidos, apesar de existência de casos anteriores que podem ser considerados como exemplos históricos mais frágeis, foi em 1851 que a Suprema Corte Americana expressamente definiu a possibilidade de fixação de danos punitivos, quando a ofensa perpetrada fosse de alto grau.

Com o passar do tempo, a jurisprudência norte americana muito desenvolveu a teoria dos *punitive damages*, fixando-lhe parâmetros relativamente firmes, que oscilam apenas de acordo com o caso concreto levado a juízo.

Em tal ordenamento jurídico, os *punitive damages* são conceituados como verba que deve ser separadamente julgada, que visa a punir o ofensor por ter agido com grau elevado de culpa, sendo, assim, especialmente reprovável.

Assevere-se que a intenção primordial dos danos punitivos norte americanos é punir o autor do dano, além de desestimular a reiteração da conduta ofensiva, seja pelo próprio ofensor ou por terceiros. Conforme ensina o jurista ANDRADE (2009), considerando tal desiderato, os *punitive damages* demonstram caráter de interesse público e social.

Assim foi considerado, conforme enuncia ANDRADE (2009), no marcante caso do medicamento MER 29, comercializado no mercado norte americano em 1967 com o intuito de redução do colesterol mas que, como efeito colateral, causava catarata em parte dos usuários, como já havia sido atestado nos testes laboratoriais em animais.

No julgamento da apelação de um dos casos levados a juízo, (*Toole v. Richardson-Merrel, Inc.*), foi expressamente consignado que houve malícia da empresa, ao comercializar produto que tinha demonstrado efeitos colaterais na fase dos testes de laboratório, sem nem ao menos informar os usuários de tal possibilidade. A empresa foi condenada ao pagamento de US\$ 250.000,00 a título exclusivo de danos punitivos.

Seguindo a mesma linha, merece destaque, pela relevância da fundamentação da decisão judicial o caso *Sturm, Ruger & Co v. Day*, proferida em 1979. A situação versava acerca de defeito de produto e foi considerado na decisão o papel preventivo dos *punitive damages*, especialmente em casos em que é mais vantajoso economicamente arcar com os danos compensatórios do que adequar os produtos aos níveis de segurança exigidos pela lei.

Com a evolução da doutrina dos *punitive damages* e com a difusão de sua aplicação pretoriana, muitas críticas passaram a ser tecidas acerca de tal função da responsabilidade civil.

A principal oposição à doutrina dos danos punitivos se fundava no exagero dos montantes indenizatórios, que, por um lado, causariam enriquecimento sem causa para a vítima e, por outro, poderiam prejudicar a saúde financeira da empresa condenada, produzindo conseqüências sociais indesejadas, como a demissão de funcionários ou mesmo o fechamento da empresa.

Tal fundamento, apesar de plenamente justificável em diversos casos, acaba por ser falacioso diante da revisão das decisões judiciais, que geralmente diminui os valores fixados pelos jurados à título de indenização punitiva.

Em razão da constante redução dos valores pelas Cortes de Apelação, é possível elencar alguns parâmetros recorrentemente utilizados em tais julgamentos revisores.

Entende a Suprema Corte Americana que a compensação punitiva deve ser fixada levando-se em consideração a reprovabilidade da conduta do réu, o princípio da proporcionalidade entre o dano efetivo ou potencial e o valor compensatório e as indenizações fixadas para casos análogos.

Atento para o requisito da proporcionalidade entre a indenização compensatória e a punitiva tem assinalado a Suprema Corte que, ressalvadas situações excepcionais, a indenização punitiva deve ser fixada em até 4 vezes o valor da indenização compensatória.

4. APLICABILIDADE NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

Considerando que nosso sistema jurídico é diverso do sistema norte-americano, algumas considerações terão que ser tecidas, acerca da possibilidade de utilização dos parâmetros norte-americanos no direito brasileiro, sempre atentando para as peculiaridades do ordenamento jurídico pátrio.

4.1. REVISÃO DA FUNÇÃO PUNITIVA PEDAGÓGICA

Como já asseverado linhas acima, a doutrina e a jurisprudência brasileiras, com o avançar social, passaram a reconhecer a importância das funções pedagógica e punitiva da responsabilidade civil. Inobstante o fato de tal reconhecimento consubstanciar relevante avanço considerando nossa tradição romano-germânica, que liga umbilicalmente a indenização à extensão do dano, em nosso sentir é necessário dar um passo ainda maior em tal questão.

Reconhecer a possibilidade da feição punitiva e pedagógica da indenização por dano moral deve representar o primeiro passo na revisão jurídica das funções da responsabilidade civil no ordenamento jurídico.

Se, em tempos passados, sequer era possível indenizar-se o dano estritamente moral e, na atualidade, tal forma de pensar foi praticamente banida de nosso ordenamento por conta dos avanços sociais e da maior complexidade das relações travadas entre as pessoas, o mesmo deve acontecer com o apego exagerado ao critério da extensão do dano e da recomposição dos danos já sofridos como balizadores do montante a ser fixado à título de compensação por dano moral.

A massificação do consumo, a padronização dos contratos e o capitalismo desenfreado que vivemos produzem incontáveis efeitos no ordenamento jurídico, uma vez que o direito serve às relações sociais; ele existe para regulá-las e manter a paz e o equilíbrio social.

Nesse contexto, muitos diplomas normativos já surgiram, em especial o Código de Defesa do Consumidor que, quando da sua promulgação, alterou profundamente o comportamento reprovável de determinadas sociedades, produzindo um grande avanço jurídico-social no país.

Hoje, pouco mais de 20 anos após o surgimento do diploma protetivo do consumidor, é nítido que muitas sociedades, infelizmente, criaram métodos para que sua conduta reprovável, negligente ou imprudente seja economicamente viável, fazendo com que “valha a pena” desrespeitar o consumidor.

A situação é de tal monta que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro passou a elaborar relatórios mensais que elencam as sociedades tidas como “campeãs do juizado especial”, assim consideradas as sociedades mais acionadas nos juzizados especiais do estado.

Analisando os meses do ano de 2010, nota-se claramente que as mesmas empresas sempre figuram nas primeiras posições. Apenas à guisa de exemplo, cite-se a light, concessionária de energia elétrica que, no mês de janeiro de 2010 teve 2032 ações distribuídas em que figura como apenas nos juzizados especiais.

Cite-se ainda a Telemar Norte Leste S/A, operadora de telefonia, que, no mês de abril teve 2517 ações distribuídas, na qualidade de ré.

Parece que, após o choque inicial produzido pelo Código de Defesa do Consumidor, as sociedades, sequer cogitando a idéia de diminuir parcialmente seus lucros para oferecer um serviço adequado para os consumidores, passaram a “equacionar o direito”, ou seja, a analisar

quanto representa, economicamente, agir de acordo com o ordenamento jurídico e qual o valor econômico do patente desrespeito às normas jurídicas.

Concluíram que é mais barato desrespeitar as normas e indenizar depois.

Ora, se as indenizações se pautam exclusivamente na extensão dos danos, basta que pequena parcela dos consumidores não ingressem em juízo para que a falta de prevenção por parte da empresa tenha sido economicamente lucrativa.

Tal fato aliado à morosidade do Poder Judiciário, tornam o desrespeito ao ordenamento jurídico extremamente lucrativo.

Nesse contexto, a sanção se torna meramente um preço a se pagar e o ordenamento jurídico perde inteiramente sua credibilidade e sua imperatividade, tornando-se um real mercado de barganha, onde o único objetivo das empresas é pegar o menos possível pelo ilícito cometido.

Ora, tal situação é completamente absurda e demonstra a intensidade da inversão de valores que a sociedade atual vive.

O ordenamento jurídico não é um “preço a se pagar”. É norma cogente, imperativa, que deve ser respeitada por todos. Desrespeitar as normas não pode “valer a pena”, não pode se resumir a operações matemáticas. Esse tipo de raciocínio leva a deformação completa do ordenamento jurídico.

Carnelutti, ao estudar as funções da norma, concluiu que tudo que é normatizado apenas o é para que seja inviolável, sagrado. O ordenamento existe para que seja cumprido e não para que seja comprado.

A sanção não é e nem pode ser moeda de troca pelo ilícito perpetrado. Se está sendo vista dessa forma, sinal de que a sanção, da forma com que está sendo aplicada, não está cumprindo a função para qual foi concebida: proteger os direitos a que se destina.

Inegável que algumas sociedades têm agido com absoluto desprezo pelos direitos dos consumidores, atuando de forma negligente, criando situações absolutamente desnecessárias para solução de problemas de seus consumidores, ocasionando-lhes alterações profundas em suas rotinas, por falta de qualificação de seu pessoal de atendimento.

Nesse contexto, parece ser um bom caminho a revisão da função punitiva e preventiva da responsabilidade civil, para casos em que se está diante de reiteração de condutas lesivas, como na situação das maiores litigantes do Poder Judiciário acima demonstrada ou em casos de alto grau de culpa. Ainda defende-se tal revisão, conforme será pormenorizado abaixo, para casos em que o ofensor tenha obtido lucro com a conduta lesiva, enfatizando a função preventiva nessa última situação.

4.2. FUNDAMENTO LEGAL

Considerando que o Brasil integra o sistema da *civil law*, indispensável a demonstração da base legal que fundamenta a indenização punitiva pedagógica, uma vez que a normas legais, no sistema jurídico brasileiro, fundamentam toda e qualquer atuação do julgador.

Em tal tema, deve ser salientado que, atualmente, vive-se a era pós-positivista do direito, com o primado dos princípios, implícitos e explícitos, que pairam sobre todo o ordenamento jurídico, orientando a interpretação das regras.

Além de orientar a interpretação das regras, entende-se que os princípios possuem auto aplicabilidade, não dependendo de norma expressa que viabilize sua aplicação concreta e, por isso, são considerados como norma jurídica.

Ainda deve ser ressaltado que, contemporaneamente o Brasil vive o fenômeno da constitucionalização do direito, fenômeno que reconhece a supremacia e a primazia da Constituição da República, fazendo com que as normas constitucionais penetrem em todos os ramos do direito, orientando sua interpretação que sempre deverá ser feita de acordo com a Constituição.

Ora, se assim considerado, não há como negar fundamento legal para indenização punitivo-pedagógica. A Constituição da República estabelece em seu artigo 3º, I como objetivo fundamental a construção de uma sociedade justa e solidária.

Como conceber uma sociedade justa em que grandes sociedades utilizam sua disponibilidade econômica para desrespeitar os direitos de seus consumidores? Onde está a solidariedade quando nos deparamos com a situação de sociedades que compram o direito de desrespeitar o direito alheio? O contexto fático que hoje vivemos é o absolutamente oposto ao da justiça e da solidariedade, ambos princípios constitucionais que, por si sós, já poderiam fundamentar a indenização punitiva: aumenta-se o valor indenizatório como meio de fazer cessar a injustiça e a ausência de solidariedade em determinadas condutas ofensivas.

Mas não é só. O artigo 5º, XXXII determina que o Estado promova a defesa do consumidor, na forma da lei.

Tal norma consubstancia princípio explícito da Carta Constitucional que é a defesa do consumidor. De acordo com o entendimento assente da doutrina e da jurisprudência os princípios constitucionais e os direitos e garantias constitucionais devem ter eficácia máxima.

Ora, a eficácia máxima da proteção do consumidor não reside, pura e exclusivamente, em reparar o dano por ele sofrido, mas sim em evitar, ao máximo, a ocorrência de dano, em sede de defesa preventiva do consumidor.

A função punitivo-pedagógica é a resposta capaz de atuar na defesa preventiva do consumidor, desestimulando a atuação negligente das empresas e, assim, restabelecendo a

imperatividade do ordenamento jurídico, ao compelir o ofensor a se portar de acordo, respeitando os direitos básicos do consumidor.

Como argumento de reforço deve ainda ser trazido à baila o artigo 170 da Constituição que estabelece a defesa do consumidor como princípio da ordem econômica e ainda expressamente se refere à justiça social em seu caput.

Se a ordem econômica tem como princípio da proteção ao consumidor é inconstitucional o lucro que derive do desrespeito aos direitos do consumidor, especialmente se tal desrespeito se dá de forma contumaz e generalizada.

Conforme já assinalado, as normas constitucionais, em sua maioria, podem ser aplicadas sem apoio em qualquer norma hierarquicamente inferior, já sendo suficiente sua previsão na Constituição, como nos casos acima.

Os princípios, com mais razão ainda, independem de norma que os concretize, uma vez que devem orientar todas as demais normas. Portanto, as referências constitucionais acima referidas são suficientes para fundamentar a atividade jurisdicional que fixa indenização com caráter punitivo-pedagógico.

Ainda que assim não fosse, entendemos que, se as regras que tratam da responsabilidade civil forem revistas sob a ótica das normas constitucionais acima elencadas, poder-se-ia fundamentar a indenização punitiva com base em tais regras.

A título de exemplo, consideremos a norma do Código Civil que determina que a indenização será fixada com base na extensão do dano. Escolhemos tal norma por ser ela a regra que, em tese, impossibilitaria a indenização punitiva no ordenamento brasileiro, de acordo com os críticos da teoria que aqui defendemos.

A extensão do dano, se encarada através das lentes constitucionais que vedam o lucro fundado no desrespeito aos direitos do consumidor, não se restringe ao dano moral sofrido

pelo consumidor que ingressou em juízo, mas se expande de forma a alcançar os lucros obtidos com a conduta que motivou a demanda judicial.

Tal conduta, muito mais do que gerar ofensa a direito da personalidade de um consumidor, gerou ofensa ao princípio constitucional acima descrito, maculando direito transindividual.

4.3. FORMA DE APLICAÇÃO

Conforme já asseverado, a função punitiva e preventiva do dano moral já vem ganhando espaço nos Tribunais, mas entende-se que, tal função, da forma como é aplicada atualmente não exerce de forma efetiva o papel de dissuadir o ofensor à reiteração, especialmente por, muitas vezes, seu valor ser inferior ao que seria gasto para prevenir a ocorrência do ilícito.

Assim, defende-se que a indenização punitiva deve ser fixada separadamente da compensação por dano moral. Primeiramente, porque uma não deve ser confundida com a outra. A compensação por dano moral deve ser fixada por meio de dos critérios clássicos, visando a reparar o dano sofrido pela vítima e reequilibrar a relação jurídica.

Já a indenização punitiva toma por base critérios diversos, que serão examinados em separado. Além dos critérios serem diferentes, a função das condenações também é diversa, uma vez que a punitiva visa prevenir a reincidência e punir o ofensor, de forma que não seja melhor economicamente praticar o ilícito do que prevenir o dano.

Ainda, como será demonstrado em seguida, entende-se que a legitimidade ativa e a ação adequada para pleitear a indenização punitiva são diversas das respectivas condições da ação que visa reparar a lesão moral da vítima.

Quanto à legitimidade ativa, defende-se acima que, nos casos que justificariam a incidência dos danos punitivos, não resta ferido um direito individual, mas sim interesse transindividual, por ferir princípios constitucionais como a proteção máxima do consumidor e a vedação do lucro fundado na violação de direitos do consumidor.

A postura do ofensor que reitera nas práticas lesivas, ou que se porta de forma irregular com intuito de lucro sempre atinge algum direito transindividual, seja ele o meio ambiente, a defesa preventiva do consumidor ou qualquer dos demais. O espírito emulativo, que busca o lucro, mesmo em detrimento do ordenamento jurídico sempre acaba por ferir algum dos princípios constitucionais que protege a coletividade.

A guisa de exemplo, imagine-se sociedade que, desenvolvendo sua atividade empresarial gera poluição, que pode ser diminuída ou evitada através da instalação de mecanismos filtradores.

Mesmo tendo ciência desse fato, a sociedade opta por não utilizar o mecanismo preventivo, em razão do alto custo, e passa a produzir poluindo o meio ambiente.

Ora, o aumento do lucro dessa sociedade deriva do ato ilícito que comete. Assim, não apenas deve ser condenada a indenizar os indivíduos, na extensão de seus danos, que residem nas proximidades do estabelecimento, mas também deverá ser condenada em indenização punitiva, para evitar que seja mais barato indenizar de forma compensatória do que prevenir o dano ao meio ambiente.

Sabe-se que tal questão pode ser considerada como dano moral coletivo. Entendemos desnecessário passar por tal polêmica, vez que, se encarada como danos punitivos, a indenização seria utilizada como forma de prevenção e punição, buscando evitar a

reincidência da sociedade em tal ilícito, especialmente reprovável, pois coloca o ordenamento jurídico abaixo do lucro, subjugando e retirando a eficácia das normas.

Portanto, defende-se que os danos punitivos devem ser requeridos separadamente do dano moral individual, através de ação civil pública, pela natureza do direito envolvido quando a conduta do ofensor se encaixa naquelas que podem dar azo a indenização punitiva.

Em se tratando de ação civil pública, não teria legitimidade para deflagrar o processo judicial aquele indivíduo que sofreu o dano pontual. No entanto, lhe seria facultado procurar qualquer dos legitimados para propor a ação civil pública, dando notícia de seu dano e da reiteração das condutas ou do especial grau de malícia envolvido no dano individual que o torna apto a ensejar a indenização punitiva.

Caberia ainda ao julgador, ao se deparar com situação fática que possa ensejar a indenização punitiva, remeter cópias ao Ministério Público, que poderia, então deflagrar a ação.

Ressalte-se que, dessa forma, ao viabilizar a fixação da indenização punitiva através da ação civil pública, supera-se o problema do enriquecimento sem causa da vítima, vez que os valores indenizatórios seriam destinados a fundo especial.

Sugere-se, inclusive, que o fundo, quando possível, tivesse relação de pertinência temática com o direito violado pelo ofensor.

4.4. REQUISITOS CONFIGURADORES

Nem toda situação que gera dano moral é apta a gerar os danos punitivos. Exige-se que, no caso concreto, exista alguma circunstancia especial que enuncie a insuficiência da indenização compensatória como forma preventiva e punitiva do ilícito.

Assim, exige-se que a conduta ofensiva subjuguie o ordenamento jurídico, encarando a indenização como simples moeda de troca pelo ilícito cometido.

Entende-se que situações de ofensa contumaz, em que se nota que o autor do dano reitera diversas vezes no mesmo tipo de ilícito seja uma das hipóteses em que a indenização punitiva seja cabível, punindo de forma eficaz o ofensor, de forma repreende-lo de forma séria, impondo-lhe o respeito pelo ordenamento jurídico e prevenindo que o sujeito permaneça violando direitos indiscriminadamente.

Assevere-se que em tais casos a indenização punitiva ainda restabeleceria a imperatividade do ordenamento jurídico.

Ainda, em casos em que o ofensor tenha auferido lucros com o cometimento do ilícito, deve ser imposta indenização punitiva ao autor do dano, prestigiando o princípio jurídico que enuncia que a ninguém é dado se beneficiar da própria torpeza.

Em tais situações a indenização punitiva parece ser o caminho adequado para restabelecer a função da sanção cominada pelo ordenamento jurídico. Afinal, a sanção, como já esclarecido linhas acima, não é um preço a se pagar para desrespeitar o ordenamento jurídico e sim a forma de se tornar as normas coercitivas.

Com a indenização punitiva, as normas de responsabilidade civil, no caso presente, voltariam a exalar sua coercitividade, uma vez que não poderia ser compradas ou matematicamente equacionadas, de forma que o ilícito valha à pena.

Assim, seria respeitada a justiça social, norteadora da ordem econômica brasileira, na forma do artigo 170 da Constituição da República.

Vislumbra-se ainda mais uma hipótese em que a indenização punitiva pedagógica deveria ser aplicada, consubstanciada na situação em que o ofensor, mesmo não sendo autor contumaz da ofensa e não auferindo lucro com o ilícito, atua com alto grau de culpa, sendo sua conduta imbuída de altíssima reprovabilidade.

Em tais casos, não apenas se estaria prevenindo a reiteração de condutas altamente culpáveis, como impondo maior sendo de responsabilidade e zelo ao autor do dano. Ademais, nessa situação a função punitiva assume papel de destaque, atuando nas áreas cinzentas, não tão graves que atraiam o direito penal e não tão simples que possam ser suficientemente reprimidas com a indenização compensatória.

4.5. VALOR DA INDENIZAÇÃO

Como da indenização punitiva possui critérios e funções diferentes da indenização compensatória, mister fixar as balizas para a fixação do montante indenizatório.

Primeiramente, entende-se que, em havendo lucro do ofensor com a conduta ilícita e sendo possível estimar-se o montante lucrativo, tal cifra deve ser levada em consideração.

Adicionalmente, deve-se atentar para o grau de reprovabilidade da conduta ofensiva, utilizando-se parâmetros como a existência de dolo ou de culpa, o possível conhecimento do potencial danoso da conduta, o número aproximado de pessoas que foi atingida com a conduta do autor do dano e, também a necessidade social do serviço prestado pelo ofensor.

Ainda deve ser considerada a situação econômica do réu. Nesse tocante, deve o julgador agir com especial prudência, fixando o valor de forma que o ofensor sinta o golpe

financeiro, mas não seja levado a ruína, o que poderia ter repercussões sociais nefastas, especialmente quando o réu for pessoa jurídica e, assim, assuma a função de empregador.

Defende-se, ainda, em oposição à jurisprudência da Suprema Corte Americana que eventual indenização compensatória não deve ter qualquer influência no montante da indenização punitiva, por se tratarem de institutos diversos.

Assevere-se que a discordância com os precedentes da Suprema Corte tem por fundamento a diversidade da dinâmica neste trabalho sugerida para a indenização punitiva. Enquanto no direito norte americano a verba punitiva seja paga à vítima do dano, no presente trabalho sustenta-se que tal verba deve ser requerida em sede de ação civil pública e destinada a fundo especial de proteção de direitos, o que justifica a diversidade de critérios valorativos.

CONCLUSÃO

Não se pode olvidar que o Direito é uma ciência em constante evolução e transformação, uma vez que acompanha os anseios sociais, ainda que se depare com certo conservadorismo. Fato é que o ordenamento jurídico não pode estar indefinidamente atrelado a conceitos e dogmas centenários, frutos de uma sociedade diferente da atual.

Nesse diapasão, é imprescindível que o conceito da função punitiva e da função preventiva da responsabilidade civil sejam revisitados e relidos, de forma a dar máxima eficácia ao princípio constitucional da defesa do consumidor, especialmente no que toca sua função preventiva.

Ao se notar que, determinadas sociedades têm tratado o direito como um custo e não como uma norma cogente a que se deve respeito, é imprescindível que sejam adotadas

medidas hábeis a restabelecer a imperatividade do ordenamento jurídico, para, assim, se tutelar os direitos fundamentais nele previstos de forma efetiva e real.

A indenização punitiva pedagógica pode e deve ser utilizada para tal finalidade. Com fundamento nos objetivos da República Federativa do Brasil, nos direitos e garantias fundamentais e nos princípios da ordem econômica, é patente a possibilidade de sua aplicação pelo órgão julgador, quando presente situação que justifique tal condenação.

Entende-se, pois, que tal tipo indenizatório é o meio mais efetivo de se coibir os freqüentes desrespeitos aos direitos dos consumidores, impondo às sociedades que se comportem de forma jurídica, buscando seus lucros dentro do que a ordem normativa permite.

Assim, deve ser admitida a indenização punitiva, a ser requerida por meio de ação civil pública, com as verbas destinadas a funda especial que, preferencialmente, tenha pertinência temática com o direito violado pelo ofensor.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ANDRADE, André Gustavo de. *Dano Moral e Indenização Punitiva: os Punitive Damages na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2009

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. São Paulo: Saraiva. 2009.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2008.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil.

BRASIL. Lei n. 3.071 de 1º de janeiro de 1916.

BRASIL. Lei n. 8.078 de 12 de setembro de 1990.

BRASIL. Lei n. 8.884 de 11 de junho de 1994.

BRASIL. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. n 1.037.759. Relator: Min. Nancy Andrigui. Publicado no DOU de 05.03.2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Consulta às empresas mais acionadas*. Disponível em <http://srv85.tjrj.jus.br/maisAccionadas/pesquisaMaisAccionadas.do;jsessionid141e0630e3d2db9fb5d1664f3fbd338b1a75c970d5.e38KbhqQaNORb40LahaNc3iTb3aLe0?acao=consultarPorData>. Acesso em 14.06.2010.

CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Âmbito Cultural. 1999.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Atlas. 2010.

DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Obrigações*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva. 2002.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Parte Geral das Obrigações*. 30. ed. São Paulo: Saraiva. 2002.