

FUNDAÇÃO OSWALDO ARANHA
CENTRO UNIVERSITÁRIO DE VOLTA REDONDA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

JULIANO GERMANO DA COSTA SILVA

**O DANO MORAL PUNITIVO-PEDAGÓGICO À LUZ DA
DOCTRINA DO *PUNITIVE DAMAGES***

VOLTA REDONDA

2017

**FUNDAÇÃO OSWALDO ARANHA
CENTRO UNIVERSITÁRIO DE VOLTA REDONDA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

**O DANO MORAL PUNITIVO-PEDAGÓGICO À LUZ DA
DOCTRINA DO *PUNITIVE DAMAGES***

Monografia apresentada ao Curso de
Direito do UniFOA como requisito à
obtenção do título de bacharel em Direito

Aluno:

Juliano Germano da Costa Silva

Orientadora:

Prof. Marise Baptista Fiorenzano Henrichs

VOLTA REDONDA

2017



Fundação Oswaldo Aranha



FOLHA DE APROVAÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso intitulado:

*Dano Moral. Punitivo pedagógico à luz da doutrina
do punitivo danoso.*

Elaborado por *Juliano Gervano da Costa Silva* apresentado publicamente perante a Banca Avaliadora, como parte dos requisitos para conclusão do Curso de Direito.

Aprovada em *9* de *novembro* de *2017*.

Banca Avaliadora:

Luise Baptista Saenzon Fereida

Professor Orientador - Unifoa

Infância Regine Port de J. de

Professor Avaliador - Unifoa

[Signature]
Professor Avaliador - Unifoa

Dedico esse trabalho à Maria Luiza Costa, minha mãe, e Juciara Bernadino de Araújo, minha mãe de consideração.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus e a espiritualidade, a minha mãe carnal e minha mãe de consideração por todo suporte, emocional e financeiro proporcionado durante toda vida. Aos meus amigos e demais familiares, que acompanharam todo meu esforço e abdições para conseguir a tão sonhada graduação em Direito, pelo apoio, pelas palavras amigas, pela confiança, em mim depositados. Também, agradeço aos meus ilustríssimos Professores, que foram à ponte e fonte de mediação ao saber. Agradeço também a minha querida turma, que esteve junto a mim em todas as situações. Por fim, agradeço a minha orientadora, por todo suporte dado, não somente no desenvolvimento desse trabalho, mas também como Mestre, indubitavelmente, cumprindo de forma exímia o seu mister.

RESUMO

O presente trabalho tem o escopo de examinar o dano moral em sua feição punitiva pedagógica com égide na doutrina do *Punitive Damages*, oriundo do direito anglo-saxão, que diferentemente do que acontece na responsabilidade civil brasileira, tem o foco voltado na punição e prevenção. Analisa sobre fundamento maior do ordenamento jurídico pátrio, qual seja a dignidade humana, passando pela responsabilidade civil, percorrendo seus meandros até a chegada ao dano, mormente, na espécie extrapatrimonial ou moral, ponto curial do trabalho. Neste, aprecia a importância de se utilizar a função punitivo-pedagógica do instituto, bem como, sua eficácia para a tutela de direitos no ordenamento jurídico brasileiro, em especial, na seara consumerista, com base na atual conjuntura dos Tribunais brasileiros.

Palavras Chave: Dano moral; *Punitive damages*; Dignidade humana; Responsabilidade Civil; Direito do Consumidor.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	8
2	UMA VISÃO CONSTITUCIONAL DOS DANOS INDENIZÁVEIS...10	
	2.1 A dignidade da pessoa humana.....	10
3	A RESPONSABILIDADE CIVIL.....	16
	3.1 Breve Histórico e Ato Ilícito.....	16
	3.2 Conceito e Peculiaridades da Responsabilidade Civil.....	19
	3.3 Responsabilidade Objetiva e Subjetiva.....	24
	3.4 Funções da Responsabilidade Civil.....	31
	3.5 O Dano: Uma visão geral.....	33
4	O DANO PUNITIVO-PEDAGÓGICO (<i>PUNITIVE DAMAGES</i>).....	49
	4.1 Origem e Conceito.....	49
	4.2 Dano Moral Punitivo-pedagógico no Direito brasileiro e no Direito americano: Direito Comparado.....	56
	4.3 A aplicabilidade do <i>punitive damages</i> no Direito do Consumidor.....	65
5	CONCLUSÃO.....	77
6	REFERÊNCIAS.....	81

1 INTRODUÇÃO

O Direito brasileiro é baseado na *Civil Law*, que tem suas bases na tradicional escola romano-germânica, utilizando-se, assim, dos institutos jurídicos desta. Nesse sentido, positivou instituto que tem o condão de realizar o controle das relações sociais em sede privada, denominada responsabilidade civil.

Tema que sempre causou bastante afã no ordenamento jurídico é o atinente ao instituto do dano moral e sua indenizabilidade, sendo uma discussão que se perdurou por longevos anos, geradora de imensa celeuma desde os tempos mais remotos.

Esse instituto é deveras importante, uma vez que o Direito não pode se inquietar quando são perpetuadas lesões contundentes ao patrimônio mais importante das pessoas, que é sua dignidade humana.

A responsabilidade civil desempenha um papel fundamental em nossa sociedade, tendo como máxima “que não se deve lesar a ninguém” e quando desrespeitada acarreta a necessidade de uma “restituição integral” ou o mais próximo desta.

Assim, já se tem enraizado que a função precípua da responsabilidade civil é a reparatória, não obstante, também possua outras duas, que são a punitiva e a educativa, socioeducativa ou pedagógica. Essas últimas, por exercerem um papel acessório ou secundário, acabaram sendo esquecidas ou quando consideradas, aplicadas de maneira deturpada, no direito brasileiro.

O presente trabalho tem por fulcro a análise do instituto do *punitive damages*, se debruçando melhor acerca desse em todas as suas facetas, e que embora seja um instituto antigo e oriundo do *Common Law*, com raiz na escola anglo-saxão, muito tem para oferecer para o direito pátrio, uma vez que, muitas arbitrariedades que vêm sendo cometidas hodiernamente, principalmente, no tocante a seara do

Direito do Consumidor, poderiam ser inibidas pelo espírito do presente instituto.

2. UMA VISÃO CONSTITUCIONAL DOS DANOS INDENIZÁVEIS

2.1 A dignidade da pessoa humana

A Constituição Federal de 1988 ampliou de modo significativo os direitos inerentes à pessoa humana, no que tange, exclusivamente, a sua dignidade, quando em cotejo com a Constituição anterior.

No sistema normativo brasileiro, após mais de duas décadas sob o regime militar, o constituinte de 1988 destacou que o Estado Democrático de Direito possui, como um de seus fundamentos, a dignidade da pessoa humana, consagrando-a como um alicerce da ordem jurídica democrática e justa.

O doutrinador José Afonso da Silva expõe acerca da notória importância despendida pelos constituintes acerca da dignidade que “se é fundamento é porque se constitui num valor supremo, num valor fundante da república, da federação, do país, da democracia e do direito” (SILVA, 2007, p.92). Impende registrar que segunda as lições de Maria Celina Bodin de Moraes, que:

Após o término da segunda grande guerra, em reação às atrocidades cometidas pelo nazi-facismo, a Declaração Universal dos Direitos humanos, proclamada pelas Nações Unidas em 1948, enunciava em seu artigo 1º: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. A Constituição italiana de 1947, entre os princípios fundamentais, também já havia proclamado “que todos os cidadãos têm a mesma dignidade e são iguais perante a lei. (MORAES, 2007, p.82-83).

Mas foi a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, Lei de Bonn que prelecionou a dignidade da pessoa humana em direito fundamental expressamente em seu art. 1 n° 1, declarando: “A dignidade humana é inviolável. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todos os Poderes estatais”.

A fundamentação da positivação constitucional desse princípio, de base filosófica, se perfaz do fato de o Estado nazista ter maculado

de forma contundente a dignidade da pessoa humana mediante a prática de horrorosos crimes políticos, sob a invocação de razões de Estado e outras razões, quando da ocorrência do genocídio alemão.

E assim, também a tortura e toda sorte de desrespeito à pessoa humana, praticadas sob o regime militar levaram o Constituinte brasileiro a incluir a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, em que se constitui a República Federativa do Brasil, conforme o disposto no Inc. III do art. 1 da Constituição de 1988.

Sobre o valor despendido à dignidade, respeitar a dignidade humana, com supedâneo nos ensinamentos do imperativo categórico do filósofo Kant, se tornou um comando jurídico no Brasil, pois consagrou a dignidade da pessoa humana como fundamento, assim como já havia tornado uma importante baliza em ordenamentos jurídicos de países alhures. (MORAES, 2007)

Muito se fala sobre a dignidade da pessoa humana, mas qual seria o conceito deste que representa o macrodireito, que é previsto e garantido em várias convenções e constituições ao redor do mundo, sendo sua explanação por si só caractere de Estados que se mostram democráticos de direito e ordenados juridicamente. Para realização desta, é de suma importância a divisão dos termos dignidade e de pessoa humana, iniciando as considerações acerca do último.

Para conceituar a pessoa humana mister se faz adentrar na seara filosófica, no ensaio de Emmanuel Kant, acerca dos estudos dos homens, que denota que este é um ser racional, existindo como um fim em si mesmo, e não como um meio.

Para este filósofo, os seres desprovidos de razão têm um valor relativo e condicionado, o de meios, eis por que são chamados de coisas (KANT *apud* SILVA, 2007, p.90). Ao contrário, os seres racionais são pessoas, pois sua natureza já os designa como fim em si, ou seja, como algo que não pode ser empregado simplesmente como meio e

que, por conseguinte, limita na mesma proporção nosso arbítrio, por ser um objeto de respeito, assim, revelando-se como valor absoluto, representando necessariamente sua própria existência.

Daí o porquê de o imperativo kantiano rogar que: “age de tal sorte que considera a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca como meio”.

Decorrendo deste imperativo que “os seres racionais estão submetidos à lei segundo a qual cada um deles jamais se trate a si mesmo ou aos outros como meio”.

Assim, como bem exposto por Kant, podemos entender que só o ser humano, o ser racional, é pessoa, ou seja, um ser espiritual que serve como fonte e imputação de todos os valores e direitos existentes em nossa sociedade.

O ser humano consciente de si entende que todo ser humano reproduz no outro como seu correspondente e reflexo de sua espiritualidade, razão por que desconsiderar uma pessoa é desconsiderar em última análise a si mesmo. Eis o porquê de ser a pessoa o centro da imputação jurídica e do direito ter a função de salvaguardar o seu desenvolvimento.

Desse modo pode-se depreender a ideia de dignidade ser insita as pessoas, racionais, que tem capacidade suficiente de entenderem e obedecem às leis que são instituídas por outras pessoas, em nossa atual conjectura cabendo ao nosso poder legislativo (SILVA, 2007).

Por dignidade ainda no entendimento kantiano, no reino dos fins, tudo tem preço ou dignidade, sendo aquilo que tem preço podendo ser substituído por outra coisa. Assim a dignidade é atributo intrínseco da essência da pessoa humana, único ser que compreende um valor interno, superior a qualquer preço, que não admite qualquer tipo de substituição.

Para o doutrinador André Gustavo de Andrade, dignidade é “qualidade ou atributo inerente ao homem, decorrente da própria condição humana, que o torna credor de igual consideração e respeito por parte de seus semelhantes.” (ANDRADE, 2009, p.21 *apud* SOUZA *et al*, 2013, p. 16).

Assim a dignidade pode se confundir com a própria natureza do ser humano, assim se compreende que a coisificação ou precificação da pessoa humana é diametralmente oposta ao sentido que fora dada ao conceito da dignidade humana, que tem égide constitucional, tendo-o não só como fundamento, mas também como princípio norteador, que como bem cediço os princípios têm peso de norma geral em nosso ordenamento jurídico.

Em síntese, pode-se interpretar que a dignidade da pessoa humana é vista como um conjunto de atributos que compõe a pessoa humana, que é um ser complexo, seja no seu aspecto físico ou no psicológico, vez que os abalos sofridos, neste último, também merecem a chancela estatal e quando atingidos devem receber correta reprimenda.

Os danos morais, como cediço, estão inseridos nesse âmbito, em que pese não irá se aprofundar sobre o instituto no momento, vez que será mais bem debatido, em capítulo específico, posteriormente.

Nesse íterim, mostra-se deveras necessário que o princípio da dignidade humana seja aplicado pelo Poder Judiciário com eficácia normativa e seguindo a fatos que tenham a devida repercussão jurídica, não se olvidando ainda dos princípios da isonomia, proporcionalidade e razoabilidade.

Não se pode olvidar ainda de tecer, mesmo que de modo sucinto, nos Direitos Fundamentais, que estão elencados no Título II, da Constituição Federal, vez que para entender o instituto que se pretende analisar é crucial entender sobre esses direitos previstos na carta magna, que os subdividiu em cinco capítulos, quais sejam:

No capítulo I, encontra-se positivado os Direitos individuais e Coletivos: são os direitos ligados ao conceito atrelado à pessoa humana e à sua personalidade. São encontrados no artigo 5º e seus incisos (SILVA, 2006).

No Capítulo II, que versa acerca dos Direitos sociais. Um Estado que preza pelo Bem-Estar Social e de Direito deve garantir as liberdades positivas aos indivíduos. Estão elencados do artigo 6º à 11 da Constituição de 1988 (SILVA, 2006).

No capítulo III, foi reservado para o tocante aos Direitos de Nacionalidade: nacionalidade significa o vínculo jurídico político que liga um indivíduo a um Estado certo e determinado. Estão previstos nos artigos 12 e 13 da Carta Magna de 1988 (SILVA, 2006).

No capítulo IV previu os Direitos políticos, permitindo que as pessoas pudessem exercer sua cidadania, através de direitos públicos subjetivos, concedendo permissão de voto e participação ativa a assuntos relacionados às políticas estatais, tendo ampla participação. Estão elencados no artigo 14 a 16 da Constituição (SILVA, 2006).

E por fim, em seu capítulo V, previu os Direitos relacionados à existência, à organização e à participação em partidos políticos. Tem previsão no artigo 17 da Constituição (SILVA, 2006).

Todo ser humano já nasce com direitos e garantias, pois estes são inerentes a todos os seres humanos, advogam nesse diapasão os adeptos da doutrina do direito natural.

Assevera tal doutrina não poderem estes ser considerados como uma concessão do Estado, pois, alguns destes direitos são criados pelos ordenamentos jurídicos, como, por exemplo, o direito de preferência, outros são criados através de certa manifestação de vontade, como nos negócios jurídicos e outros apenas são reconhecidos nas cartas legislativas, sendo estes inerentes os direitos da personalidade, que na conceituação de Maria Helena Diniz são:

Direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, sua integridade física (vida, alimentos, próprio corpo, vivo ou morto, corpo alheio vivo ou morto, partes separadas do corpo, vivo ou morto): a sua integridade intelectual (liberdade de pensamento, autoria científica, artística e literária) e a integridade moral (honra, recato, segredo profissional e doméstico, identidade pessoal, familiar e social. (DINIZ *apud* GONÇALVES, 2014. p.69).

As pessoas devem exigir que a sociedade e todas as demais pessoas respeitem sua dignidade e garantam os meios de atendimento das suas necessidades básicas.

Os direitos humanos, que são se analisados de modo exegético, a exteriorização da dignidade possui uma posição dupla, pois por um lado, tem um ideal a atingir, que é a conciliação entre os direitos do indivíduo e os da sociedade; e por outro, assegura um campo legítimo para o fiel exercício da tão almejada democracia.

Os Direitos Fundamentais ou Liberdades Públicas ou Direitos Humanos pode se definir como o conjunto de direitos e garantias dos seres humanos institucionalizados, cuja finalidade principal é o respeito a sua dignidade, com proteção ao poder estatal e à garantia das condições mínimas de vida e desenvolvimento do ser humano, ou seja, visa garantir ao ser humano, o máximo respeito à vida, à liberdade, à igualdade e à dignidade, para o pleno desenvolvimento de sua personalidade.

Esta proteção deve ser reconhecida pelos ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais de maneira positivada, tendo como suas principais referências O Pacto San Jose de Costa Rica e a ONU.

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL

3.1 Breve Histórico e Ato Ilícito Civil

Nos primórdios da civilização, no Direito Romano, aquele que não quitava os débitos contraídos responderia a dívida com o próprio corpo, fato este que poderia inclusive gerar a morte do devedor, o que recebeu a denominação de *nexum*, que seria um acordo onde se garantia a dívida com a escravidão própria ou de algum membro da família para a quitação de determinada dívida.

Esse método perdurou até que surgisse a *Lex Poetelia Papiria*, pela qual o patrimônio do devedor, e não mais o seu corpo ou de membros da família, respondessem pelos débitos outrora contraídos (Nunes, 2011).

Também se aplicou em tempos primitivos a Lei de Talião, que impunha as máximas: “olho por olho, dente por dente”, “quem com ferro fere, com ferro será ferido” de modo que na aplicação da pena de Talião, aquele que sofria um dano poderia retribuí-la ao seu causador.

Essa maneira de se aplicar o direito foi determinada como pena privada, ou autotutela, que seria o que atualmente se intitula de “justiça com as próprias mãos”, que é terminantemente vedada pelo direito brasileiro, em sede de Direito Penal, que é o ramo onde mais comumente este tipo acontece e só em raras exceções, já tipificadas em seu Código, é que este instituto pode ocorrer.

Em sede de Direito Civil, há também o instituto do desforço imediato, previsto no artigo 1210, parágrafo 1º do Código Civil, que consiste na autopreservação da posse, no caso de esbulho, ou seja, de perda da posse, tendo como imperativo que haja logo após a agressão ou assim que possa agir, desde que dentro dos limites da lei, sob pena de incorrer em abuso de direito, artigo 187, Código Civil.

Art. 1.210. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado.

§ 1 O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, a boa-fé e pelos bons costumes.

Porém foi com advento da *Lex Aquilia de Damno*, do final do século III a.c. que se fixaram os primeiros parâmetros da responsabilidade extracontratual, também chamada de aquiliana, de forma que aquele que fosse lesado, precisaria provar a culpa do lesante.

Para analisar de forma mais contundente o instituto da Responsabilidade Civil propriamente dita, é crucial tecer sobre sua fonte geradora, que no Direito Brasileiro são chamados de atos ilícitos.

Os atos ilícitos são subespécies dos Fatos Jurídicos ou também conhecidos como fatos jurígenos, diferentemente dos Códigos Civis da Alemanha, França, Itália, Suíça e Portugal, que disciplinam os atos ilícitos na parte das Obrigações. Estão elencados no Código Civil de 2002, lei nos artigos 186 a 188.

Os atos jurídicos podem ser lícitos e ilícitos, nos importando somente o que concerne aos ilícitos. Os atos ilícitos são aqueles expressamente proibidos em lei, e sua prática gera o dever de indenizar, seja material ou moralmente, assim sendo entendido o porquê de ser este chamado de gerador da responsabilidade civil.

Para Silvio Rodrigues, o ato ilícito pode ser definido como “aquele ato humano que não se acomoda com a lei, provocando um resultado que se não afaz à vocação do ordenamento jurídico” (RODRIGUES, 2003, p.308 *apud* SOUZA *et al*, 2013, p. 18).

Os atos ilícitos geram responsabilidade civil chamado de aquiliana ou extracontratual, ou seja, o descumprimento de um dever jurídico imposto pela lei, já o contratual importa pela violação a deveres que foram expressamente previstos pela vontade das partes, já que como é cediço que o *pacta sunt servanda* (o contrato faz lei entre as partes), que pode ocorrer por via contratual ou de manifestação unilateral da vontade.

É curial entender que os deveres jurídicos não são meros conselhos, recomendações ou advertências, mas tem imperativo e valor *erga omnes* (para todos), emanado do Estado, que nessa acepção entendido como ente governamental, que tem o poder/dever de zelar pela ordem jurídica, estado democrático e manter a pacificação social das relações pessoais. Esses imperativos, ou normas são dotados de coerção e obrigatoriedade.

O artigo 186 do Código Civil é o que estampa o primeiro dos artigos que tratam do assunto, que aduz: artigo 186 “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, **ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito**” (Grifo nosso).

Vale mencionar que o Código de 1916, trazia na dicção de seu artigo 159, que é o que corresponde ao artigo 186, do Código Civil vigente, (lei 10.406, de 10/01/02), o seguinte: “Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano” (Código Civil, 1916).

Assim, pode-se interpretar que o antigo código não fazia nenhum tipo de alusão aos abalos de sede exclusivamente moral, que com advento da Constituição de 1988 expôs expressamente que estes deveriam ser devidamente recompensados, em que pese ser um instituto de sede psicológica e de caráter subjetivo, sendo de início deveras difícil conseguir determinar quando de sua ocorrência.

Entretanto, mostra-se bastante significativo que o constituinte pós-regime militar tenha suplantado uma espécie de dano dessa peculiaridade em seu texto, a demonstrar o quanto o direito evoluiu e mudou os seus paradigmas jurídicos para atender aos novos anseios sociais.

No artigo 5º da Carta maior em seus incisos V e X informar, *ipsis litteris*: Art. 5º[...] “V- É assegurado o direito de resposta proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, **moral**, ou à imagem (Grifo nosso)” e “X- São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra, a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material, **ou moral** decorrente de sua violação” (Grifo nosso).

Assim, vê-se agora que aquele que viola a direitos ainda que em sede moral, tem o dever legal de ressarcir os prejuízos que causar, não mais vigorando a regra da reparação apenas em âmbito material.

Para melhor entender sobre o instituto, no subtítulo posterior será analisado de modo mais acurado acerca do instituto que é um dos mais importantes dentro para o direito brasileiro.

3.2 Conceito e Peculiaridades da Responsabilidade Civil

Antes de adentrar especificamente no conceito de responsabilidade civil, é curial entender qual o conceito de responsabilidade. A palavra responsabilidade, segundo o Dicionário online de língua portuguesa (Dicionário Online, 2017) tem por significado uma obrigação de responder por ações próprias ou de outrem

Ocorre que alguns destes atos ou ações podem trazer lesões que tem repercussão no mundo jurídico, assim passando de uma mera responsabilidade para receberem a alcunha de responsabilidade jurídica.

Nas lições do doutrinador Pablo Stolze e Pamplona Filho, a palavra responsabilidade vem do “verbo latino *respondere*, com significado de obrigação que alguém tem de assumir com as consequências jurídicas de sua atividade [...]” (GAGLIANO *et al*, 2011, p. 43-44).

Assim, essa responsabilidade tem atrelada a si uma obrigação derivada ou também chamado de dever jurídico sucessivo que é bem explicado por Cavalieri Filho (2000, p. 20), como se verifica, *in verbis*:

Obrigação é sempre um dever jurídico originário; responsabilidade é um dever jurídico sucessivo consequente à violação do primeiro. Se alguém se compromete a prestar serviços profissionais a outrem, assume uma obrigação, um dever jurídico originário. Se não cumprir a obrigação (deixar de prestar os serviços), violará o dever jurídico originário, surgindo daí a responsabilidade, o dever de compor o prejuízo causado pelo não cumprimento da obrigação. Em síntese, em toda obrigação há um dever jurídico originário, enquanto na responsabilidade há um dever jurídico sucessivo. E sendo a responsabilidade uma espécie de sombra da obrigação (a imagem é de Larenz), sempre que quisermos saber quem é o responsável teremos que observar a quem a lei imputou a obrigação um dever originário (CAVALIERI FILHO, 2000, p.20).

O que fundamenta tal responsabilidade no campo do Direito Civil é o princípio do *neminem laedere*, que traduz a ideia de que não se deve lesar ou ofender ninguém, também vista na máxima de Ulpiano-jurisconsulto romano- tendo tal acepção escopo de ser o limite específico da liberdade individual em sociedades ditas civilizadas (GAGLIANO *et al*, 2011).

Para Rui Stocco, não se pode permitir que alguém lese aos direitos de outrem sem sofrer as consequências desse ato, que em sede de responsabilidade civil brasileira se concretiza mediante a devida reparação, seja material ou moral, de modo a ensejar a retomada do *status quo ante* da vítima, ou seja, fazê-la retornar ao estado anterior a lesão que percebeu.

Além disso, existe também a necessidade de se buscar uma reparação integral, também conhecida como *restitutio in integrum*, ou o mais próximo deste possível, vez que nem todo dano é suscetível de se indenizar na integralidade, como por exemplo, a morte de um filho.

Faz-se mister também entender que essa reparação tem peso de princípio quando atinentes a seara civilista, sendo umas das balizas utilizadas pelo julgador na apreciação de casos, cujo fundamento seja pela inobservância dos ditames legais (aquiliana) ou contratuais.

Assim pode-se depreender que existem dois princípios norteadores da responsabilidade civil, quais sejam o do *neminem laedere* (não lesar ninguém) e o da *restitutio in integrum* (restituição integral).

O ordenamento pátrio adotou a Teoria Dualista das Obrigações. Nesta teoria o *shuld/debitum* é o débito que consubstancia a obrigação em si, e a *haftug/obligatio*, que é a responsabilidade, consagra a obrigação sucessiva, pelo descumprimento do débito (HENRICHS, 2016, p.6).

Assim, pode-se concluir que no direito civil a responsabilidade ocorre quando existe débito com responsabilidade. Não obstante a regra estipulada para que se concretize a responsabilidade, existem ainda, casos de existir débitos sem responsabilidade, são essas as obrigações naturais, como a dívida prescrita, ou dívida de jogo, que existe um débito, mas não há obrigação sucessiva de cumpri-lo. Tais fatos têm previsão legal, quando atinentes aos jogos, no artigo 814 do Código Civil, que aduz:

Artigo 814. As dívidas de jogo ou aposta não obrigam a pagamento, mas não se pode recobrar a quantia, que voluntariamente se pagou, salvo se foi ganha por dolo ou se o perdente é menor ou interdito.

Já no que tange às dívidas prescritas, estas têm expressa previsão no Código Civil: “Artigo 189. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206”, que informam, *in verbis*: “Artigo 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor”.

Art.206. Prescreve:

§1º- Em um ano[...]

§2º-Em dois anos, a pretensão para haver prestações alimentares, a partir da data em que se vencerem;

§3º- Em três anos[...]

§4º- Em quatro anos, a pretensão relativa à tutela, a contar da data da aprovação das contas

§5- Em cinco anos[...]

Há também débitos sem responsabilidade, como no caso do fiador, que é aquele que responde pela despesa alheia por ser garantidor legal.

Em síntese pode-se conceituar a responsabilidade civil como um dever estipulado em lei de ressarcir aos prejuízos causados a outrem, sendo inerente àquele que lesou restituir integralmente aos direitos alhures atingidos, de modo a fazer com que aquele que experimentou o dano, material ou moral, seja devidamente recompensado para que possa retornar ao estado que possuía antes da lesão, conforme os ditames legais.

Vê-se assim quão importante é a responsabilidade para que consiga debruçar-se sobre a responsabilidade civil.

Outrossim, não se pode olvidar, que a mesma não está inserida apenas no ramo civil, mas em outros ramos jurídicos, embora em cada qual tenha peculiaridades específicas e nem sempre gerando o dever de indenização pela inobservância do imperativo legal.

Assim, a responsabilidade pode ser também observada em sede administrativa, penal e tributária, sendo todas estas espécies do gênero que é a responsabilidade jurídica (GAGLIANO *et al*, 2011).

Por responsabilidade penal podemos entender ilícitos que são perpetrados contrários às normas estabelecidas pela política criminal, sendo estes ilícitos mais graves e reprováveis pela sociedade, tanto é que a responsabilidade penal tem como consequência máxima a retirada do indivíduo do âmbito social para que este possa se ressocializar. Acerca dessa responsabilidade e sintetizando seu espírito Caio Mário da Silva Pereira aduz:

Como sentimento social, a ordem jurídica não se compadece com o fato de que uma pessoa possa causar mal a outra pessoa. Vendo no agente um fator de desequilíbrio, estende uma rede de punições com que procura atender às exigências do ordenamento jurídico. Esta satisfação social gera a responsabilidade criminal (PEREIRA, 2001, p. 11 *apud* GAGLIANO, 2011, p. 47).

Não obstante, em casos que ocorra também repercussão em âmbito cível, sendo possível se falar também em responsabilidade civil, sem ser considerado *bis in idem* (duas vezes o mesmo fato), vez que a ação exercida gerou uma responsabilidade jurídica, em mais de uma espécie ou seara do direito (GAGLIANO *et al*, 2011).

Há também a responsabilidade administrativa, quando há inobservância de regimentos internos de servidores públicos ou quando afetos as responsabilidades preestabelecidas nas leis de trânsito, e assim como na penal, os atos podem gerar também uma indenização em sede cível se o ato realizado acarretou prejuízo a terceiros.

Assim, para melhor explicitar as razões de que uma ação/ato macule mais de uma das espécies de responsabilidade, e pode gerar mais de uma reprimenda se perfaz:

Segundo Jean-Louis Bergel, cumpre distinguir a justiça reparadora e a pena imposta, por razões de ordem pública, àquele que está errado, ficando entendido que esses dois tipos de sanção podem se acumular (BERGEL, 2011 *apud* DELLEGRAVE NETO, 2017, p.73).

Feitas as noções gerais do instituto, é salutar se debruçar acerca de outras facetas da responsabilidade civil, exclusivamente no que diz respeito à culpa pelo ato danoso.

3.3 Da Responsabilidade Civil Objetiva e Subjetiva

Inicialmente, cumpre destacar que como dito alhures a responsabilidade civil constitui, em síntese, em uma obrigação sucessória, decorrente de um dever primário de não descumprir os imperativos legais, que são extracontratuais/aquiliana ou contratuais

Nosso ordenamento consagrou no Código Civil, em título IX- Da Responsabilidade Civil, Capítulo I- Da Obrigação de indenizar, especificamente no artigo 927 do Código Civil que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”, não se vai esmiuçar acerca dos atos ilícitos mencionados no artigo 927, pois já se realizou debate sobre o instituto anteriormente.

É curial se ater a definição dada por Gagliano e Pamplona Filho (2011), no que tange ao termo repará-lo do premente artigo, pois, quando se estiver diante da possibilidade de auferir em pecúnia o dano, como guisa de exemplo, no caso de um abaloamento, que desencadeia em obrigação de reparar o dano causado ao veículo, este pode ser estimado com o orçamento, neste caso recebe a denominação de indenização. Já quando não se pode estimar patrimonialmente este dano, no caso de uma ofensa a um direito extrapatrimonial, como a dignidade, a honra, a imagem, este tem natureza de compensação.

A responsabilidade subjetiva é a aquela prevista tanto no *caput* (enunciado de artigo) do art. 186, como também, no art. 14, § 4º do CDC, onde deve ser perquirida a culpa *lato sensu* (sentido amplo) do causador, correspondendo a uma de suas modalidades (imprudência, negligência ou imperícia) ou quando por dolo, que consubstancia a vontade de exercer o ato gerador do dano.

Assim, pode-se vislumbrar que a conduta/ comportamento do agente é fundamental para que se esteja diante de uma responsabilidade civil subjetiva - a própria etimologia da palavra já remonta à responsabilidade atrelada à pessoa que causou o dano, logo, somente quando existente o elemento culpa é que deverá haver a obrigação de indenizar, materialmente ou compensar, extrapatrimonialmente, os danos.

Assim, se pode depreender que consagrador da responsabilidade civil subjetiva é a ocorrência dos atos ilícitos (artigo. 186 C.C), que por sua vez ensejam àqueles que lhe deram causa, seja por descumprimento de dever previsto na norma jurídica ou contrato, de realizar a devida reparação (art. 927 C.C), isso desde que se enquadre nos elementos típicos dessa forma de responsabilidade.

É salutar saber que as regras processuais aplicáveis, nos casos dessa responsabilidade, determinam a comprovação do fato que constitui o direito do autor, gerando, desse modo, a prova deste quanto culpa do causador do dano.

Como análise acurada da modalidade subjetiva da responsabilidade, pode-se depreender estarem presentes alguns elementos ou pressupostos, quais sejam:

(a) conduta humana, ou seja, voluntariedade omissiva ou comissiva em agir;

(b) ato ilícito, fonte geradora da responsabilidade civil

(c) culpa pela negligência, imprudência e imperícia ou dolo;

(d) dano, ou seja, prejuízo causado a outrem e;

(e) nexos causal, que consubstancia a ligação entre a conduta ilícita culposa ou dolosa, ao prejuízo percebido.

Porém, faz-se mister explicitar que foi em um contexto de evolução da tecnológica e desenvolvimento socioeconômico, que começaram a surgir situações onde muitos danos ocasionados não vinham a ser, de fato, reparados, haja vista que era praticamente impossível ao autor comprovar a culpa do lesante, gerando dessa forma uma instabilidade social.

Nesse contexto, mostrava-se deveras necessária a criação de uma formulação jurídica, em sede de responsabilidade civil, de modo a mitigar o pressuposto de culpa “[...] o que foi editado pela adoção do fundamento baseado na ideia do risco de causar danos – que necessariamente assume o agente, por sua conduta e atividade exercida” (MEDEIROS, 2007, p. 39-40). Foi com esse fundamento que nasceu a responsabilidade civil objetiva no Brasil.

Em relação à responsabilidade objetiva, no Brasil, sua previsão encontra-se no parágrafo único do art. 927 do código civil que aduz:

Art.927[...]

Parágrafo único: Haverá obrigação de indenizar, **independentemente de culpa** nos casos previstos em lei, ou quando atividade desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (Grifo nosso)

Nessa modalidade de responsabilidade, é desnecessário perquirir a culpa ou não do agente pelo resultado prejudicante, uma vez que, somente é necessária a ocorrência de um liame jurídico entre a conduta e o dano causado, sendo desnecessária a observância do elemento da culpa.

As teorias objetivas surgiram em meados “do século XIX, quando o Direito Civil passou a receber influência da Escola Positiva Penal” (DAMÁSIO, 1988, p.397 *apud* GAGLIANO *et al*, 2011, p. 57).

A pedra de toque da responsabilidade objetiva tem fulcro na chamada Teoria do risco, que no Brasil é chamada de Teoria do risco do empreendimento ou da atividade.

Nesta, que tem sua origem no século XIX na França, inicialmente para tratar os casos de responsabilidade objetiva, decorrentes de acidentes de trabalhos, determina que aquele que exerce atividade que enseja riscos a outrem, deve responder pelos danos causados, faz-se necessário explicitar novamente, nesta modalidade, a apuração do elemento culpa é indiferente.

Essa teoria, possui inúmeras acepções, sendo estas:

- a) Teoria do Risco administrativo, adotada nos casos de responsabilidade objetiva do Estado, preceituada no artigo 37, parágrafo 6º da Constituição Federal;
- b) Teoria do Risco proveito, adotada em situações que o risco decorre de uma atividade eminentemente lucrativa, como os casos que envolvam risco do produto ou do serviço, regidos pelo Código de Defesa do Consumidor;
- c) Teoria do Risco da atividade ou do risco profissional- quando a atividade desempenhada criar riscos a terceiros, que para Flávio Tartuce, se enquadra na segunda parte do artigo 927 CC; a depender do grau de risco da atividade profissional.
- d) Teoria do Risco criado, defendida por Caio Mario, é uma ampliação do risco proveito, bastando que haja dano em razão da atividade, independente desta trazer vantagem econômica ou não, sendo importante a atividade em si e não o lucro que dela decorra;
- e) Teoria do Risco Excepcional, a reparação é devida, quando o dano decorre de um risco excepcional que escapa à atividade comum da vítima, mesmo que estranho ao trabalho que exerça. Nessa teoria a indenização é oriunda de atividade que causa extremo risco como as explorações nucleares, de explosivos e produtos radioativos e;
- f) Teoria do Risco integral, que é modalidade deveras extrema, que aduz que deve haver o dever de indenizar, mesmo que estejam presentes as causas que excluem a responsabilidade, como caso fortuito, força maior, fato da vítima ou de terceiro, ocorre no ordenamento pátrio, nos casos de danos ao meio ambiente artigo 14, parágrafo 1º da lei 6.838/81 (HENRICHS, 2016, p. 57).

Porém, nem toda atividade geradora de risco é suficiente para que se esteja perante uma responsabilidade objetiva, uma vez que se assim o fosse, um sem número de causas adentrariam ao Judiciário, a criar uma verdadeira celeuma no ordenamento jurídico, assim, na primeira Jornada de Direito Civil, o enunciado 38 veio tornar mais hialina a dicção do premente artigo:

Enunciado 38: art. 927: A responsabilidade fundada no risco da atividade como prevista na segunda parte o art. 927 do Novo Código Civil, configura-se quando a atividade desenvolvida pelo autor do dano causar a pessoa determinada **um ônus maior do que aos demais membros da coletividade**. (Grifo nosso).

Porém ainda é bem asseverado nessa tocante que

[...]com a responsabilidade objetiva, especialmente em função da atividade de risco desenvolvida pelo autor do dano (conceito jurídico indeterminado) a ser verificado pelo juiz no caso concreto pela ação judicial, *ex vi* do disposto no art. 927, parágrafo único (GAGLIANO *et al*, 2011, p.58).

Desta feita, deve o juiz, por força de sua criatividade e com base na hermenêutica jurídica traçar as balizas necessárias para a apreciação dos casos concretos que façam submissão ao conceito entabulado para a responsabilidade civil objetiva.

Insta informar também, que a ocorrência dessa modalidade em sede do ramo civil é deveras limitada. Isto porque existem inúmeras legislações especiais, consoante estipulado no trecho do parágrafo único do artigo, que se utilizam da responsabilidade civil objetiva como regra geral.

Assim, a depender da relação jurídica instaurada, não se utilizarm as normas legais da codificação civil, mas sim a legislação própria, como bem explicitado por Xisto Tiago Medeiros, *in verbis*:

No ordenamento jurídico nacional, citem-se como exemplos da adoção progressiva da responsabilidade objetiva, independente do elemento culpa (*latu sensu*), preceitos constantes da lei sobre:

- a) Estradas de Ferro (Decreto n. 2.671/1912);
- b) Transporte aéreo (Decreto-lei n. 483/1938 e Lei n. 7.565/1986);
- c) Transporte marítimo (Decreto-lei n. 116/1967);
- d) Acidentes de trabalho (desde os Decretos n. 3.724/1919) e n. 24.637/1934, passando pelas Leis n. 5.316/1967 e n. 6.367/1976, até as Leis Previdenciárias n. 8.212/1991 e n.8.213/1991;
- e) Mineração (Decretos-leis ns. 277/1967 e 318/1967);
- f) Seguro- obrigatório (Lei n. 6.194/1974);
- g) Atividades e danos nucleares (Lei n. 6.453/1977);
- h) Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.939/1977) (MEDEIROS, 2007, p. 43).

Além disso, existe como uma das mais importantes legislações esparsas adotantes da de responsabilidade civil objetiva, por força da vulnerabilidade presente na relação, quando historicamente considerada, que é o código de defesa do consumidor, instituído por ordenamento constitucional na lei 8.078/90, acerca dessa legislação será mais bem debatido em instante posterior neste trabalho.

Ademais, na esteira das legislações que determinaram essa modalidade, encontra-se também a modalidade objetiva na lei Antitruste, que se refere à repressão de infrações contra a ordem econômica, especificamente em seu artigo 20, aduz que “constituem infração da ordem econômica, independente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos [...]”.

Existe ainda, a responsabilidade objetiva indireta, prevista no artigo 932 da codificação, que aduz:

São também responsáveis pela reparação civil:

- I- Os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;
- II- O tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;
- III- O empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;
- IV- Os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;
- V- Os que gratuitamente houverem participado nos produtos de crime, até a quantia que concorrerem.

O artigo 933, por sua vez é que determina a responsabilidade objetiva e solidária dos pertencentes ao rol, quando informa que “as pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos”.

Vale ainda se ater ao EN 451 do V Jornada de Direito Civil, que informa: “Arts. 932 e 933 - a responsabilidade civil por ato de terceiro funda-se na responsabilidade objetiva ou independente de culpa, estando superado o modelo da culpa presumida”.

Porém, faz-se necessário ressaltar que estes só irão responder pelos danos causados, se for comprovada a culpa daqueles, pelos quais são responsáveis.

Assim, pode-se visualizar como pressupostos da responsabilidade objetiva a(o):

- (a) conduta humana;
- (b) ato ilícito;
- (c) dano e o;
- (d) nexu causal.

Assim, pode-se afirmar que a responsabilidade civil subjetiva seja, sem sombra de dúvidas, a regra geral no ordenamento pátrio, fato este que pode ser confirmado de forma hialina, quando da leitura do artigo 186, do Código Civil de 2002, especificamente no trecho que informa que “[...] aquele que por ação ou omissão voluntária, **negligência ou imperícia** [...]” (Grifo nosso).

Oportuno também se ressaltar que ambas as modalidades subsistem de forma harmônica em nosso ordenamento, de modo que “insurgir-se contra a ideia tradicional da culpa é criar uma dogmática desafinada de todos os sistemas jurídicos. Ficar somente com ela é entravar o progresso” (GONÇALVES, 2016, p. 51).

3.4. Das Funções da Responsabilidade Civil

É cediço que todo instituto, seja este social, político e principalmente os jurídicos têm funções para existirem, no que concerne à responsabilidade civil não seria diferente.

A responsabilidade civil não é meramente uma restituição integral, um dever de indenizar, muito menos tem somente intento de ressarcir ou indenizar, ela vai bem além, tendo como máxima maior a de reestabelecer o equilíbrio das relações, podendo alcançar assim o escopo maior do Direito que é a pacificação social.

Nessa tocante, observa-se que:

o ofensor receberá a sanção correspondente consistente na repreensão social, tantas vezes quantas forem suas ações ilícitas, até conscientizar-se da obrigação em respeitar os direitos das pessoas. Os espíritos responsáveis possuem exata noção de dever social, consistente em uma conduta emoldurada na ética e no respeito aos direitos alheios. Por seu turno a repreensão contida na normal legal tem como pressuposto conduzir as pessoas a uma compreensão dos fundamentos que regem o equilíbrio social. Por isso, a lei

possui um sentido tríplice, **reparar, punir e educar** (REIS, 2000, p.17 *apud* GAGLIANO, 2011, p. 63). (Grifo nosso)

Logo, ínsitas a responsabilidade civil pode-se vislumbrar três funções primordiais, quais sejam:

- a) reparatória/indenizatória ao dano percebido
- b) punitiva ao ofensor e
- c) pedagógica/educativa.

A função reparatória/indenizatória está intimamente ligada ao fim objetivado pela reparação da responsabilidade, que consubstancia retornar o lesado ao seu estado anterior, seja pela via da reposição do bem perdido, ou quando não for este possível, ao pagamento de valor pecuniário a título compensatório do direito personalíssimo ferido.

A função punitiva traduz-se em punir, de forma contundente, aquele que lesou a um direito, justamente pela ausência de cautela, de modo que sua conduta danosa não reitere, este tem um papel de persuadir o causador a não mais lesar a ninguém.

A função pedagógica/educativa está atrelada ao fator educativo, para mostrar a toda à sociedade, que condutas semelhantes a estas, receberão reprimendas iguais dos Tribunais.

É salutar tecer ainda que por vezes a própria função punitiva, acaba por gerar um efeito pedagógico da conduta, quando assim é realizada é também interpretado o verbete como punitivo-pedagógico.

Ademais, ainda se vislumbra que destas podem ser depreendidas as características de prevenção e sanção, englobando nestas as três características anteriores, nesse sentido se aponta que:

É impossível olvidar o papel das regras de responsabilidade civil como um mecanismo de prevenção e sanção de atos ilícitos(..) Prevenção, porque as pessoas responsabilizadas, uma vez obrigadas a pagar o valor da condenação, procuram logicamente evitar futuros pagamentos idênticos, da mesma forma que terceiros procuram aprender com o exemplo do responsável. Sanção, porque a prestação jurisdicional civil não deixa de ser um sofrimento, suportado a contragosto pelo responsável. (GONÇALVES *apud* MEDEIROS,2007).

Em seu ensaio sobre a responsabilidade civil, Arnold Wald (2015) aponta que, os danos causados devem ser ressarcidos e/ou recompensados, o ofensor deve ser punido pela conduta contrária à lei, bem como, há um contorno socioeducativo para o ofensor com intuito preventivo de novas lesões a direitos.

Assim para esse autor os danos podem ter certos contornos, sendo um específico da esfera do dano material e o outro da esfera dano moral, que melhor será debatido em momento posterior,

Essa faceta da responsabilidade foi por muito tempo reprimida, e faz-se sentido para que assim o seja.

Se for revisitada a história do surgimento da responsabilidade civil, poder-se-á perceber que, no decorrer de desenvolvimento, esta teve o condão de afastar uma realidade onde a punição privada era a regra máxima, e, levou longevos anos para se firmar como se encontra hodiernamente.

Como é sabido, na conjuntura atual, se utiliza da pecúnia, ou coisas que podem a ela converter, ou seja, os bens, em vez da tutela própria, para sanar questões afetas a reparabilidade.

3.5 O Dano: Uma visão geral

Um dos elementos cruciais para a responsabilidade civil é o dano, ora, se não existir tal elemento, não se pode sequer falar em responsabilidade civil, vez que se não existe dano, não há dever

sucessivo de indenizar. Esse fato foi bem asseverado por Cavalieri em sua doutrina na matéria de responsabilidade, onde aduziu que:

O dano é o grande vilão da responsabilidade civil, encontra-se no centro da obrigação de indenizar. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não fosse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. O dever de reparar só ocorre quando alguém pratica ato ilícito e causa dano a outrem. Em outras palavras, a obrigação de indenizar pressupõe o dano e sem ele não há indenização devida. Não basta o risco de dano, não basta a conduta ilícita. Sem uma consequência concreta, lesiva ao patrimônio econômico ou moral, não se impõe o dever de reparar. O art. 927 do Código Civil é expresso nesse sentido: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.” O art. 186, por sua vez, fala em violar direito e causar dano. Da mesma forma o parágrafo único do art. 927: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, [...] quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.” (CAVALIERI FILHO, 2015, p.102).

O conceito de dano, na definição de Xisto Tiago (2007, p.32) é “qualquer lesão sofrida pelo ofendido (pessoa física, pessoa jurídica ou mesmo uma coletividade) em seus bens jurídicos, pertinentes aos campos, patrimonial e extrapatrimonial (ou moral)”.

Já Gagliano e Pamplona Filho (2011, p.78), definem o dano como “lesão a um interesse jurídico tutelado - patrimonial ou não -, causado por ação ou omissão do sujeito infrator”.

Assim se pode interpretar que o dano é a ofensa aos direitos juridicamente protegidos, sejam estes patrimoniais ou extrapatrimoniais, pois, com a expressa previsão deste último na Constituição Federal em vigor, já mencionado em capítulo próprio, se tornou pacífico na doutrina e jurisprudência que o dano ocorrido em sede moral dos indivíduos, vez que esta se traduz como um corolário da proteção que merece o princípio da dignidade humana, que é um importante norteador em nosso ordenamento.

Porém, cabe ressaltar que para a configuração do dano passível do dever de indenizar, é curial a análise dos seguintes requisitos, que são amplamente aceitos pela doutrina e jurisprudência nacional:

- a) A violação de um interesse jurídico tutelado (material ou moral) de pessoa física, jurídica ou toda coletividade.

Ou seja, deve-se haver uma lesão taxativa a algum dos direitos juridicamente protegidos, o sentido coletivo diz respeito às ações danosas de forma ampla como os danos ambientais.

- b) Certeza do dano

O dano deve ser efetivo e real, não sendo permitido indenizar por um dano abstrato ou hipotético. Assevera-se que o dano extrapatrimonial não se enquadra na definição de um dano hipotético ou abstrato.

O dano certo, também pode se apresentar como atual, dizendo respeito a quanto o bem foi lesado, quantitativa e qualitativamente, ou futuro, dizendo respeito ao quanto o lesado deixou de ganhar por conta da lesão, sendo que quando os prejuízos auferíveis são atuais são estes os danos emergentes (*damnum emergens*), e quando as perdas são futuros, consubstancia o lucro cessante (*lucron cessans*) (MEDEIROS NETO, 2007).

Ainda oportuno tecer sobre aquela hipótese do dano ter sido causado por fato de perda de uma possível pretensão, ocasionada por ato de terceiros, que tem amparo na teoria da perda de uma chance (*perte d' une chance*) oriunda do Direito Francês, que traz a ideia de que o lesado “vê frustrada, por ato de terceiro, uma expectativa séria e provável, no sentido de obter um benefício ou evitar uma perda que a ameaça” (SEVERO, p.11, *apud* MEDEIROS, 2007, p.34-35).

A doutrina traz a guisa de exemplo, o caso de vestibulando que perde o exame vestibular, por não conseguir chegar dentro do horário estimado, por falha no sistema de transportes, ou de advogado que

deixa de recorrer ou ajuizar a ação de seu cliente. Nestes casos, se houver o nexo de causalidade entre a conduta e o prejuízo a que foi acometido, por vezes será necessária à indenização como meio de retornar o *status quo ante* do prejudicado.

c) A subsistência do dano

Este diz respeito ao dano existir no momento da propositura da demanda, uma vez que se este foi devidamente reparado pelo seu causador, não há como se pretender qualquer responsabilidade, pois neste caso houve uma verdadeira perda de seu objeto.

Se o prejuízo foi quitado pelo lesado, este ainda tem o direito de exigir a sua reparabilidade, com o *quantum* gasto no mesmo e seus consectários, como no caso de fazer jus, por exemplo, dos lucros cessantes.

Assim, pode-se vislumbrar serem estes os três requisitos indispensáveis para averiguação dos danos em sede de responsabilidade.

É sabido que o dano pode atingir, tanto a esfera do patrimônio, como também a esfera extrapatrimonial da vítima, assim a doutrina entende que este pode ser subdividido em duas espécies, quais sejam, respectivamente, a de dano material e do dano moral.

O dano material nas lições de Gagliano e Pamplona Filho são “bens e direitos economicamente apreciáveis de seu titular. Assim ocorre quando sofremos um dano a nossa casa ou veículo” (Gagliano *et al*, 2011, p. 82).

Essa modalidade de dano (material) ainda comporta duas espécies, que são depreendidas da dicção art. 402 do Código Civil, *ipsis litteris* “Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”.

No trecho que informa “[...] abrangem, além do que ele efetivamente perdeu [...]”, encontramos os chamados danos emergentes, que traduzem a verdadeira perda patrimonial que experimentou o lesado.

Já no trecho do artigo retro, que informa “[...] o que razoavelmente deixou de lucrar [...]”, estamos perante os denominados lucros cessantes, que são correspondentes àquilo que não lucrou por conta do dano experimentado, ou seja, aquilo que não pode ganhar, em decorrência do prejuízo.

Acerca dessas modalidades, é bem asseverado:

Ser possível estabelecer, com precisão, o desfalque de nosso patrimônio, sem que as indagações se perturbem por penetrar no terreno hipotético, Mas com relação ao lucro cessante, o mesmo já não se dá (ALVIM, 1955, p.206 *apud* GAGLIANO *et al*, 2011,p.83).

O termo “razoavelmente” empregado no artigo, aduzindo não está ligado a valor pecuniário razoável pelo lucro cessado, mas sim na razoabilidade de ter ocorrido esse prejuízo a ensejar a ocorrência desta modalidade de dano material. Não se podendo olvidar, outrossim, que tanto uma, como a outra deverá ser provada (ALVIM, 1955, *apud* GAGLIANO *et al*, 2011).

Pode-se ainda depreender que enquanto ao efeito temporal o dano emergente é um dano presente e direto, enquanto os lucros cessantes são futuros e indiretos, estando este vinculado a ocorrência do primeiro (WALD, 2015).

Noutro giro, existe também o dano moral pode ser interpretado como aquele prejuízo ou lesão que aos bens jurídicos tutelados, que não se pode determinar uma quantificação econômica, por força de sua própria essência.

Essa espécie danosa gerou muita celeuma nos seus contornos iniciais, recaindo inúmeras críticas sobre o presente, havendo vários fundamentos contrários trazidos pela corrente negativista, acerca de se possibilitar indenização na seara extrapatrimonial.

Esses argumentos, entretanto, foram totalmente rebatidos pela corrente positivista, que é a prevalecente, tanto, que muitos ordenamentos jurídicos estrangeiros, assim como o ordenamento pátrio, aceitam pacificamente a possibilidade de serem indenizáveis (compensáveis) tais danos.

A doutrina de Arnold Wald trouxe de maneira taxativa o que fundava tais preceitos, quais sejam:

- a) Ausência de direito violado pela ordem jurídica.

Rebatido, pois o conceito de dano é uno, aceitando sua projeção tanto material como imaterialmente considerada.

- b) Incerteza da existência efetiva do dano ou falta de um efeito penoso durável.

Rebatido, pois o dano moral é corolário de um efetivo ato lesivo havendo sua prova de *per se* (por si mesmo) ou *in re ipsa* (presumido).

O dano moral *in re ipsa* configura lesões que não precisam de prova para sua comprovação, são, por exemplo, os casos da morte de um filho ou ente próximo e a negativação indevida de consumidor em cadastro restritivo de créditos, este termo é utilizado largamente pela jurisprudência, quando se dispensa a demonstração do efetivo prejuízo, que se presume absolutamente à luz dos fatos ocorridos, como se pode observar nos presentes julgados:

TJ-SC- Apelação Cível AC 63062 SC 2006.006306-2 (TJ-SC)

Ementa:

APELAÇÃO DOS REQUERIDOS - PEDIDO DE REFORMA DA SENTENÇA SOB O ARGUMENTO DE CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA - INSUBSISTÊNCIA - PROVAS

QUE DEMONSTRAM A IMPRUDÊNCIA DO MOTORISTA REQUERIDO - ATROPELAMENTO DE CICLISTA EM LOCALIDADE COM MOVIMENTAÇÃO DE MORADORES A MARGEM DA AVENIDA A IMPOR AO CONDUTOR RESPONSABILIDADE DE SOBRECUTA - INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 28 E 29, § 2º, DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO - CULPA EXCLUSIVA DO REQUERIDO EVIDENCIADA NOS AUTOS - DEVER DE INDENIZAR CARACTERIZADO - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO. DANOS MORAIS - MORTE DO FILHO DOS AUTORES - RECONHECIMENTO IN RE IPSA DO DANO - INDENIZAÇÃO DEVIDA.

"Não há dúvidas de que a perda de um ente querido provoca abalo moral considerável à família, principalmente quando se trata de uma filha morta brutalmente em acidente de trânsito. Assim, é evidente a necessidade de uma compensação pecuniária com o intuito de amenizar a dor dos familiares". (Data da Publicação: 01/12/2010)

**Tribunal de Justiça do Estado da Bahia TJ-BA - Apelação:
APL 01767627220088050001 BA 0176762-72.2008.8.05.0001**

Ementa

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. EXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA FIRMADA ENTRE AS PARTES. NÃO DEMONSTRAÇÃO. NEGATIVAÇÃO DO NOME E CPF DA PARTE AUTORA NO ÓRGÃO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO - SPC. RECONHECIMENTO PELO APELANTE TER AGIDO COM ACERTO, EM RAZÃO DA SUPOSTA INADIMPLÊNCIA DO AUTOR/CONTRATANTE. INCOMPROVAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DA NORMA INSTITUÍDA NO ART. 333, II, DO CPC. SENTENÇA PARCIALMENTE PROCEDENTE. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS IN RE IPSA. CONFIGURAÇÃO. DESNECESSIDADE DE PROVA. NEXO CAUSAL. COMPROVAÇÃO. QUANTUM INDENIZATÓRIO FIXADO EM R\$15.000,00. VALOR ARRAZOADO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO. (Data da Publicação: 20/11/2013).

Conforme esse fato o STJ tem firmado posição de que “a prova do dano moral se satisfaz, em regra, com a demonstração do fato que o ensejou” (MEDEIROS, 2007, p. 63).

- c) Indeterminação do número de vítimas

Tal argumento está umbilicalmente ligado ao anterior (da existência do dano), mas diz respeito à cadeia de pessoas legitimadas ao manejo do Judiciário por também terem sofrido um prejuízo com a lesão ocorrida sentida por outrem, a doutrina conceitua essa forma de dano como em ricochete ou reflexa.

Os critérios que têm sido utilizados atualmente para não se permitir que um sem número de pessoas fosse lesada em sua moral, pelo prejuízo de outrem é o critério sanguíneo e da afetividade.

A esse último estariam inclusos os casos de amigos, ou pessoas que tem vínculo emocional, mesmo não consanguíneo que poderiam se socorrer do Judiciário para serem compensados do prejuízo obtido no caso em concreto, sendo que nesse diapasão

para a resolução desta dificuldade não se deve exigir um critério rígido, consagrado numa lei, mas se deve deixar ao juiz a faculdade de , em cada caso concreto, e segundo circunstâncias, verificar quem são as pessoas cuja dor merece ser reparada (PIRES *apud* GAGLIANO *et al*, 2011, p.114).

d) Impossibilidade de uma rigorosa avaliação pecuniária

Esse é o argumento mais forte que se utilizou a doutrina contrária, uma vez que, é segundo a corrente que negativista exige que devam ser utilizados critérios matemáticos para limitar a extensão, como exemplo de um orçamento quando lesado um bem material, o que é impossível, no que tange ao dano material, que tem critérios diferentes para uma indenização, dentre outros elementos em respeito os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

e) Imoralidade da compensação da dor com dinheiro

Questão polêmica e tormentosa, pois a corrente negativa rechaça que os bens tutelados pelo dano moral possam ser “precificados”.

Tal argumento não prosperou, uma vez que a indenização moral tem cunho meramente compensatório, sendo impossível delimitar, como

já se informou alhures, a amplitude da lesão sofrida e o tempo necessário para que esta termine.

Concluiu assim a corrente positiva, que é a vigorante, não ser errado ou imoral determinar um valor pecuniário com o condão de amenizar o prejuízo sofrido pelo lesado ou quem seja a eles ligado, pois “mais imoral do que compensar uma lesão com dinheiro, é, sem sombra de dúvida, deixar o lesionado sem qualquer tutela jurídica e o lesionador “livre leve e solto” para causar outros danos no futuro” (GAGLIANO *et al*, 2015, p. 115).

f) Amplo poder conferido aos magistrados

Tal critério era sem dúvidas o que mais temiam os contrários ao dano moral, com a tese de que a falta de critérios para a definição do *quantum* (quantia), poderiam perpetrar valores exorbitantes nos julgamentos que tivessem esse viés.

Não se mostrou frutífera tal preleção, vez que o magistrado, quando da análise de cada caso, deve se pautar nos instrumentos que tem para determinar que a indenização não fuja do seu objetivo principal, devendo este usar seu arbítrio magistral de maneira ponderada, de modo que não cometa injustiças com seus julgados.

Esses eram, pois, os critérios que fundamentavam a não indenização as lesões de sede moral, como já mencionado não mais prosperam, já que a Constituição que vigora ressalvou que tais direitos são tuteláveis e devem ser reparados, sem qualquer vedação, quanto a esta ser realizada por meio de pecúnia.

Realizada as delimitações, quanto aos prejuízos que esta traz, deve-se partir para a análise da conceituação deste dano, sendo vastas as ofertadas pela doutrina pátria, em que pese, não possa se esgotar todas estas.

Nesse diapasão, Gagliano e Pamplona Filho interpretam-na como sendo um “prejuízo ou lesão de direitos, cujo conteúdo não é

pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro (...)” (GAGLIANO *et al*, 2011, p. 86).

Também é tida como “o constrangimento que alguém experimenta em consequência de lesão a direito personalíssimo, ilicitamente produzida por outrem” (GOMES, 1996, p. 271 *apud* SOUZA *et al*, 2013, p.35).

Para Maria Celina, o dano moral

É aquele que, independentemente de prejuízo material, fere direitos personalíssimos, isto é, todo e qualquer atributo que individualiza cada pessoa, tal como a liberdade, a honra, a atividade profissional, a reputação, as manifestações culturais e intelectuais, entre outros. O dano é ainda considerado moral quando os efeitos da ação, embora não repercutam na órbita de seu patrimônio material, original angústia, dor, sofrimento, tristeza ou humilhação à vítima, trazendo-lhe sensações e emoções negativas (MORAES, 2003, p, 157 *apud* MEDEIROS NETO, 2007, p.157).

Bem asseverado por Xisto Medeiros (2007) acerca da não limitação dos danos morais a esfera do sentimento, o atrelando somente nos casos de ter havido dor ou sofrimento, uma vez que, muitos direitos que mesmo fora desta órbita e que também não se enquadram nos danos ao patrimônio acabariam a esmo, embora pertencentes aos valores afetos à dignidade humana, em razão disso é que se pode buscar o dano moral, quando infringida a boa-fé objetiva, nos contratos.

Um dos argumentos para tal é que se restringir o dano moral a aspectos meramente sentimentais, limitaria que pessoas jurídicas pudessem intentar aos danos que sofressem como na macula a honra objetiva da empresa, que como sabido já amplamente aceito hodiernamente.

Assim, o dano moral, em que pese seja o termo amplamente utilizado na doutrina e jurisprudência, é em sua realidade espécie do gênero danos extrapatrimoniais - verbete este que amplia o alcance

jurídico dos danos -, que fogem as arestas do campo meramente sentimental.

Segundo Segalla, o artigo 186 do Código Civil, no trecho “violar direito”, consagra o gênero, pois diz respeito a ato ou fato lesivo a direitos “(...) mesmo inexistindo qualquer reflexo nos direitos da personalidade ou na esfera íntima da vítima” (SEGALLA, 2001, *apud* SOUZA *et al*, 2013, p. 37).

Pode-se perceber que a doutrina não é uníssona quanto a denominação do verbete, seja dano moral, não-material, imaterial ou extrapatrimonial, porém se observa que todos concordam que esses abalos, independente do âmbito que se encontrem, geram aquele que a causou o dever constitucional de a compensar pecuniariamente.

Tanto é que, existem casos de danos que atingem o patrimônio material e repercutem na ocorrência de abalos passíveis de danos morais, conhecidos como danos morais indiretos, e sendo os morais diretos aqueles que atingem de plano aos direitos afetos à dignidade humana, a própria pessoa do lesado.

Por se encontrarem na posição mais íntima da vítima, atrelada ao seu espírito, aos atributos psicológicos, pode-se sintetizar que o dano moral visa à tutela de todos os atributos que compõem a pessoa humana, assim entendidos os atributos de ordem física, psicológica, moral e social.

A doutrina e jurisprudência, que são as encarregadas de delimitar suas formas de ocorrência, sendo algumas delas:

a) Dano estético

Uníssono que o dano estético se mostra como uma forma separada do dano material e moral, havendo inclusive súmula do Égregio Superior Tribunal de Justiça, nesse sentido: súmula n 387 “ é lícita acumulação de dano estético e dano moral”

É cediço que tal dano por sua peculiaridade, ou seja, por gerar de uma alteração no corpo da vítima de modo a deformá-la de alguma maneira, abala contundentemente aos seus direitos mais íntimos.

Ela proporciona um sentimento de inferioridade ou constrangimento, e se enquadra nos direitos atrelados à integridade física, portanto, um direito da personalidade. Nesse sentido, deve o causador indenizar aos prejuízos que fatalmente oportunizou.

b) Dano à honra

A honra pode ser associada à conduta ou ao comportamento honesto, virtuoso, honesto, qualidades que são socialmente relevantes para todas as pessoas (Dicionário Online, 2017).

Tal direito pode ser facilmente infringido, a título de exemplo, nos casos em que terceiros imputem fatos falsos em relação à vítima, podendo este prejudicá-lo no corpo social, tais fatos são de tão tamanho alcance, que além de repercussão civil, tem repercussão penal, que como é cediço é conhecido como *ultima ratio* e soldado de reserva do direito.

A jurisprudência tem atendido aos pleitos nesse sentido:

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul TJ-RS - Apelação Cível : AC 70070690177 RS

Ementa

RECURSOS DE APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CAUTELAR DE BUSCA E APREENSÃO E AÇÕES DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS JULGADAS EM CONJUNTO. ILÍCITO: DENUNCIÇÃO CALUNIOSA E PANFLETAGEM ATENTATÓRIA À HONRA E À IMAGEM DOS DEMANDANTES. PRESENÇA DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS À RESPONSABILIDADE CIVIL DO DEMANDADO. SENTENÇA INTEGRALMENTE MANTIDA (Data da Publicação: 28/10/2017).

Importante também frisar que, doutrinariamente, se denomina a honra em subjetiva e objetiva, sendo a objetiva dizendo respeito à imagem da pessoa perante a sociedade, e a subjetiva, intimamente

ligada aos direitos da personalidade, previstos nos artigos 11 a 21 do Código Civil.

Vale destacar também que as pessoas jurídicas também tem o direito de ajuizar demandas, com fulcro em dispositivos que versem sobre danos morais, embora antigamente tenha havido certa resistência na sua aceitação, que era realizada por força da jurisprudência, por ausência de dispositivo legal objetivo acerca desta, embora a Constituição Federal não tenha delimitado o alcance de pessoas previsto no artigo 5º incisos V e X.

Nesse tocante, não se pode olvidar, outrossim, que

Sem demérito de reconhecer que a teoria dos direitos da personalidade tenha sido construída a partir de uma concepção antropocêntrica do direito(...) inadmissível a posição que limita a possibilidade de sua aplicação à pessoa natural" (GAGLIANO *et al*, i 2011, P.123)

Assim, para que se findasse essa discussão, o Código Civil, positivou tal previsão em seu artigo 52, aduzindo que "Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade".

c) Dano à liberdade

A liberdade é um direito constitucionalmente garantido e em que pese seja na maioria das vezes atrelado a liberdade física, essa pode se dar de forma mais amplificada, como liberdade de se expressar, de crença, sexual, de pensamento, é assim um dos vários elementos que compõem a dignidade humana.

Ocorre que se esta liberdade ensejar ofensa aos direitos de outrem, de certo, é possível se perquirir a reparação, assim como no caso desta ser cerceada por equívoco pelo Poder estatal se faz possível o pleito indenizatório, pois "tolher a liberdade do homem é algo semelhante a tirar-lhe metade da vida" (SOUZA *et al*, 2013, p. 53).

d) Direito à igualdade

Nossa Constituição Federal traz no caput do artigo 5º tal previsão. A proteção à igualdade vem sedimentar que nenhum tipo de atitude preconceituosa ou discriminatória, seja de sexo, cor, religião região ou de forma que o Estado possa prosperar e se fomentar.

Casos comuns podem ser observados no direito pátrio, que tocam a práticas discriminatórias com negros, pessoas de baixa-renda, pessoas que nascem em dadas regiões, pessoas com baixos recursos, aidéticos, pessoas com diversidade sexual e de gênero, pessoas com deficiência, sendo que quando constatadas são estas passíveis da devida indenização.

Também se tem visto casos de cerceamento de vagas pagamentos de salários menores de vagas a algumas por essas características, onde o Tribunal especializado na seara trabalhista TRT's (Tribunais Regionais do Trabalho) e o TST (Tribunal Superior do Trabalho) têm proferido decisões contundentes de modo a elidir tais práticas.

e) Dano ao direito autoral

Autoria diz respeito a exercício de criação de algo pela inteligência das pessoas, e tem previsão na Constituição federal em seu artigo 5º, nos incisos, *in verbis*:

“XXVII- Aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar”.

“XXVIII - São assegurados, nos termos da lei:

a) Produção as participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas

b) “O direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas”.

XXXIX- A Lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes das empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País (artigo 5º,XXXIX, Constituição Federal, 1988).

Desta feita, o plágio, o contrabando, ou outros meios que atentem as criações de alguém acarretam o manejo de ação judicial com fundamento nos danos morais. Não raro são os casos de músicos ou artistas que vindicam a autoria de músicas, quadros, entre outros direitos protegidos pela autoria.

f) Dano à privacidade, à intimidade e ao sigilo

Com previsão expressa nos incisos X e XII da Constituição os direitos afetos ao momento de intimidade dos sujeitos são passíveis de indenizações morais.

Esses danos têm sido habitualmente abalados no ordenamento pátrio, com advento da era digital, nas redes sociais e aplicativos de conversas tem sido inúmeros os casos de vazamento de fotos, áudios e conversas do foro mais íntimo dos sujeitos, dando azo assim para um arbitramento de dano moral que seja condizente a reprovável conduta despendida pelos seus autores.

Em que pese tenha-se melhor explicitado algumas classificações do dano, não se pode esgotar a mesma vez que existem outros casos como o dano a imagem, dano ao crédito, dano existencial, que traduzem o espírito dessa espécie danosa.

Como se observa o dano moral é um instituto muito complexo, justamente pela peculiaridade dos direitos e interesses que visa

amparar, vez que se estes, por ventura, forem maculados, por força de seu alcance, podem acarretar reflexos duradouros e indeléveis à vítima. Assim mostra-se importante que em determinados casos, como forma de que se coíba a prática, se utilize do viés punitivo-pedagógico, nas indenizações, o que melhor será debatido no capítulo seguinte.

4. O DANO PUNITIVO-PEDAGÓGICO (*PUNITIVES DAMAGES*):

4.1 Origem e Conceito

O *Punitive Damages* (*indenização punitiva*) é uma doutrina adotada nos países anglo-saxões que se utilizam da tradição *Common Law* em seu direito.

A primeira acepção de *Common Law* é a de um "direito comum", ou seja, aquele nascido das sentenças judiciais dos Tribunais de Westminster, cortes essas constituídas pelo Rei, na sua tarefa de impor uma lei comum a toda Inglaterra; tais cortes estavam subordinadas diretamente ao Rei, e suas decisões acabaram por suplantando os direitos costumeiros e particulares de cada tribo dos primitivos povos da Inglaterra (este, portanto, antes da conquista normanda em 1066, denominado direito anglo-saxônico).

Ladeado ao direito denominado *Common Law*, haveria outro direito, a *Equity* (*equidade*), sistema jurídico emergente das decisões dos Tribunais do Chanceler do Rei, originado de uma necessidade de temperar o rigor daquele sistema e de atender a questões de equidade, sendo esse um meio de revisão das decisões anteriormente aplicadas, similar ao que se entende hoje como tribunais recursais.

Ao estudar a formação do *Common Law* (direito comum) percebe-se que até o século XII a história do direito inglês foi bastante semelhante à dos países do continente europeu. Dentre as semelhanças pode-se citar: a Inglaterra fez parte do Império Romano, do século I ao V; foi invadida pelos bárbaros; sofreu o domínio dos reinos germânicos; vivenciou o feudalismo, importado por Guilherme, a partir de 1066, quando a Inglaterra foi conquistada pelos normandos; além do direito canônico, até o século XII o costume permaneceu como a única fonte do direito.

Em que pese tenha fortes influências e origem no direito inglês, com sua evolução, houve expressivas transformações que atingiram o próprio espírito desse sistema, que em sua preambular acepção objetivou a supressão dos direitos costumeiros e locais das tribos e implantou um direito comum nas circunscrições do reino, oriundo dos mandamentos do rei, vez que nesse novo conceito de direito comum instaurado, houve uma padronização do direito e sua aplicação sob os cuidados do Rei e de seu Chanceler.

O primeiro caso dos *Punitive Damages* no Direito Inglês ocorreu no século XIII no Estatuto de Gloucester de 1278, quando foi estabelecida de indenização triplicada, chamada de *treble damages* nos casos de recuperação de propriedade imobiliária danificada por inquilino ou arrendatário na *action of wastes* (ação de resíduos) (ANDRADE, 2009 p.186 *apud* SOUZA *et al*, 2013, p. 58).

Em 1763, no caso *WILKES v WOORD*, onde se vê o primeiro caso da aplicação da doutrina dos *punitive damages* na Inglaterra:

O nº 45 do jornal semanal *The North Briton* publicara artigo anônimo de conteúdo alegadamente ofensivo à reputação do rei George III e de seus ministros. Em consequência, Lord Halifax, secretário de Estado do rei, determinou a expedição de mandado genérico (*general warrant*), autorizando a prisão dos suspeitos de envolvimento na publicação do artigo, sem identifica-lo nominalmente. Foram presas 49 pessoas, dentre as quais o autor do artigo, John Wilkes, inflamado membro da oposição do parlamento. Mensageiros do rei invadiram e revidaram a casa de Wilkes, forçando gavetas e apreendendo livros e papéis privados, sem inventaria-los. Wilkes, então, ajuizou uma *action for trespass* (ação por transgressão) contra Mr. Wood, subsecretário do Estado, que havia pessoalmente supervisionado a execução do mandado. Demandou *exemplary damages* (danos exemplares), ao argumento de que uma indenização de reduzido valor não seria suficiente para impedir a prática de condutas semelhantes. O júri estabeleceu a soma, considerável para à época, de 1000 libras, a título de *punitive damages* (indenização punitiva) (ANDRADE, 2009, p. 179 *apud* SOUZA *et al*, p. 58-59).

O doutrinador também traz outro caso que se funda em mandado genérico (*general warrant*), no caso *Huckle v. Money*, onde Huckle que era tipógrafo:

Por esta razão, ajuizou um *action for trespass, assault and imprisonment* (ação por transgressão, assalto e prisão). Embora relatos do caso indiquem que ele tenha sido confinado por apenas seis horas e, nesse período, tenha recebido tratamento cortês o júri estabeleceu em seu favor *punitive damages* no montante de 300 libras, quase trezentas vezes o salário semanal que ele recebia do seu empregador. Em sua apelação, o réu admitiu sua responsabilidade, mas sustentou que a indenização era excessiva, dado o curto período de tempo de confinamento e o civilizado tratamento dispensado à vítima, assim como a baixa renda e a posição econômica desta. Essa argumentação foi rejeitada por Lord Chief Justice Camden, que observou que, se o júri tivesse considerado apenas o dano pessoal, “talvez 20 libras de indenização pudessem ser consideradas suficientes”, mas concluiu que o júri fez bem em estabelecer *exemplar damages* (danos exemplares), por entender que um policial entrar na casa de um homem com base em um mandado genético, para procurar evidências constitui um dos mais ousados ataques à liberdade individual (ANDRADE, 2009, p. 179-180 *apud* SOUZA *et al*, p.59).

Assim, pode-se perceber que o primeiro caso de *punitive damages* se fundou em ações que tinham por escopo punir mais severamente aqueles que atingiam ao patrimônio alheio, e em momento posterior a aplicação do instituto foi utilizado como forma de restringir os usos arbitrários de poder cometidos pelos representantes do Estado.

Os julgadores da época interpretaram, pois, que a conduta destes que prestava a atingir de modo tão agressivo, aos direitos personalíssimos dos cidadãos da época, ensejava que fossem punidas de uma maneira exemplar (*exemplary damages*) que é uma das vertentes da doutrina da indenização punitiva.

Consagrou-se a máxima de que “*Exemplary damages can proberbly be awarded whenever it is necessary to teach a wrongdoer that tort does not pay*” que em tradução livre significa que: Danos exemplares podem ser devidamente atribuídos quando é necessário ensinar a um infrator que o ilícito não compensa”

Nesse caminho, foi possível se verificar uma ampliação de paradigma de proteção, que num primeiro momento se inclinava para se valorizar e acautelar aos direitos de âmbito patrimonial, e, em

momento posterior se preocupou com os direitos calcados liberdade individual e na vida privada dos indivíduos.

Na evolução do sistema *Common Law*, este que também é o aplicado no direito americano, onde melhor se desenvolveu e passou a ser aplicado massivamente em todos os estados do país, com exceção de Louisiana (SILVEIRA, 2007).

Neste solo passou-se a se deparar com julgadores que eram estudiosos do direito, magistrados não mais monarcas, onde de fato estes é que criavam a lei por intermédio de suas decisões criarem importantes *precedents* (precedentes) que deveriam ser observados por todos os outros julgadores, quando da existência de similaridade temática com caso, sendo que estas decisões recebem a denominação de *leading cases* que se traduzem a ocorrência de um verdadeiro ineditismo, uma inovação no mundo jurídico, um caso notório gerador de uma primeira decisão, utilizada em casos com semelhança.

Ainda vale frisar, que em solo americano, o direito costumeiro não recebe a terminologia *Common Law* mas *Costumary Law*, que também é uma das fontes do direito americano, ao lado da *Equity* (equidade), que nos primórdios ainda na Inglaterra, fazia parte da Corte do Chanceler do rei e mais tarde desembocou em uma legislação esparsa, similar a divisão da Justiça Comum para a Justiça do trabalho do Brasil.

Ocorre que a referida legislação, paulatinamente foi remetida à Justiça Comum, extinguindo essa especializada, e os estados americanos, não ficando a esmo, começaram a realizar o mesmo e aplicar ao instituto em sede de Justiça Comum.

Outra fonte formal é *Statute Law*, que são as leis escritas- como sobredito, também presentes nos países, que são adeptos da *Common Law* e por último, o *Standard* jurídico (padrão de conduta), que para o jurisconsulto Roscoe Pound, são uma medida média de conduta social, que repousa sobre noções de moralidade cívica e comercial corrente,

que não podem ser definidas por métodos exatos de lógica legal, também recebe definição, segundo Alípio Silveira de “processo pelo qual prescreve ao juiz que tome em consideração o tipo médio de conduta social correta, para a categoria determinada de atos de que se trata julgar” (SILVEIRA, 2007, p.99).

Esse instituto utiliza-se, mormente na *Tort Law* ou também conhecida por *Law of torts*, que é a Responsabilidade Civil americana, onde se encontra inserido o *Punitive Damages*. O primeiro caso que se têm notícia da aplicação desse instituto no solo estadunidense ocorreu no ano de 1784, no caso *Genary vs. Norris*, que segundo André Gustavo Corrêa de Andrade:

autor e réu haviam concordado em resolver uma disputa em duelo com pistolas. Antes do duelo, porém convidou o autor para beber e fazer um drinque de reconciliação secretamente colocou alguma substância nociva na bebida do autor, causando-lhe grande dor. Em consequência, a Corte considerou que o autor fazia jus a *exemplary damages* -que como dito alhures é uma das acepções do *punitive damages*. (ANDRADE, 2009, p.180 *apud* SOUZA *et a*, 2013, p. 60).

Outro caso que também apresentou-se como pioneiro nessa senda foi o caso *Coryell v. Colbough* em 1971, que estabeleceu um dano exemplar em uma ação de quebra de promessa de casamento.

Essa doutrina é aceita em 45 dos 50 estados americanos, escrita ou por força dos precedentes, não sendo aceita, em Massachussetts, Nebraska, Washington, New Hampshire e Louisiana

Insta salientar que o Brasil é adepto do direito filiado à família da tradicional escola romano-germânica, onde é aplicado o *Civil Law*, nela o direito deve ser racionalmente coerente e ordenado, com base em leis positivadas (escritas), fazendo estas as suas principais referências, no que concerne à aplicação do direito.

Acerca da acepção principal, cabe informar que tanto na *Common Law*, como na *Civil Law*, não há absolutismo, pois mesmo que

em menor escala, aplicam-se leis escritas, onde impera os direitos dos precedentes, e precedentes, onde é signatário da escola romano-germânica, que aplica leis escritas.

Tanto, que os Tribunais Superiores brasileiros utilizam-se da jurisprudência, que são os precedentes, embora adepto de outra tradição.

Findas as noções sobre a história do instituto, curial se debruçar sobre a sua conceituação.

O *Punitive Damages*, na célebre definição de Judith Martins-Costa e Mariana Souza Pargendler “consistem na soma em dinheiro conferida ao autor de uma ação indenizatória em valor expressivamente superior ao necessário à compensação do dano” (MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005, p. 16 *apud*, SOUZA *et al*, 2013, p. 57).

Para o doutrinador, Salomão Resedá (2009, p. 225), apresenta o conceito do instituto do *Punitive Damages*, *in verbis*:

Um acréscimo econômico na condenação imposta ao sujeito ativo do ato ilícito, em razão da sua gravidade e reiteração que vai além do que se estipula como necessário para satisfazer o ofendido, no intuito de desestimulá-lo à prática de novos atos, além de mitigar a prática de comportamentos semelhantes por parte de potenciais ofensores, assegurando a paz social e consequente função social da responsabilidade civil.

O presente instituto também recebe as denominações de *exemplary damages* (danos exemplares) *vindictive damages* (danos vingativos), *punitive damages* (danos punitivos), *speculative damages* (danos especulativos), *imaginary damages* (danos imaginários), *presumptive damages* (danos presumíveis), *added damages* (danos adicionados), *smart money* (dinheiro esperto) como bem leciona André Gustavo de Andrade.

A doutrina de Maria Celina Bodin de Moraes não se olvidou dos danos punitivos, tecendo que estes:

Punitive damages, sometimes called exemplary damages or vindictive damage, or 'smart money' consists of an additional sum, over and above compensation of the plaintiff for the harm that he has suffered, which are awarded to him for the purpose of punishing the defendant, of admonishing him not to do it, and of deterring others from following his example que em tradução livre aduz que: Também chamados de danos exemplares ou vingativos, ou ainda, "dinheiro esperto", consiste em uma soma adicional, além da compensação ao réu pelo mal sofrido, que lhe é concedida com o propósito de punir o acusado, de admoestá-lo a não repetir o ato danoso e para evitar que outros sigam o seu exemplo. (MORAES, 2007 p.7).

No presente trabalho, limitar-se-á ao termo *punitive damages* que é o mais utilizado no Brasil, que traduzido recebe o significado de indenização punitiva, tradução esta que recebe críticas da doutrina, por ser termo que acaba por denotar em uma pena privada, que é fato fortemente vedado pelo ordenamento pátrio. Acerca deste fato realizar-se-á análise acurada em momento posterior.

Assim, com base na conceituação doutrinária entender-se-á que a definição da indenização punitiva ou *punitive damages*, aduz ser esta um valor pecuniário a maior pago pelo espoliante ao lesado, que não tem o condão de somente recompensar ou retornar ao *status quo ante* (estado anterior), já que esses são requisitos utilizados quando se vislumbra o dano moral de modo meramente compensatório, em que pese, não esteja somente vinculado a essa modalidade de dano (vez que também pode ocorrer em sede de dano material), mas de principalmente punir, de maneira mais enérgica o causador do dano, ante a gravidade da sua conduta e da lesão aos bens jurídicos tutelados, de forma a publicizar que posturas lesivas aos direitos alheios, não continuem por se reiterar.

4.2 Dano Moral Punitivo-pedagógico no Direito brasileiro e no Direito americano: Direito Comparado

Com base na origem do instituto, pode-se observar que foi nos Estados Unidos que melhor se desenvolveu a doutrina dos danos punitivo-pedagógicos e assim como no ordenamento pátrio, consagrou um instituto que têm o condão de controle social de demandas que abalem os direitos tutelados, e logo, a própria a pacificação social, a denominada *Tort Law* (Responsabilidade Civil) para os americanos.

No ordenamento alienígena, assim como no nosso é previsível a apreciação a indenização de forma reparatória/ressarcitória (no Brasil, utilizado com alusão ao dano material), e também na forma compensatória (no nosso ordenamento afeto aos danos morais).

Assim, o escopo maior da responsabilidade civil americana tem suas bases na prevenção dos danos similares e futuros. Assim, tal ordenamento se pauta nas finalidades de *punishment* (punição) e *deterrence* (dissuasão) que também pode ser entendida como prevenção, ou seja, o intento da indenização punitiva tem sua ótica voltada, mormente, na conduta do agente, do que na vítima ou no dano em si.

Assim a responsabilidade civil deve funcionar “não simplesmente para transferir os prejuízos relevantes da vítima para ofensor, mas também para impedir a conduta ilícita em questão” (BRAZIER *et al* apud ANDRADE, 2004, p.3).

No ordenamento brasileiro, a função primordial das indenizações de responsabilidade civil se funda no ressarcimento, ou quando não for este possível, em compensar de forma pecuniária, a vítima, para se mitigar os rigores do dano a que foi sujeitado, de forma que “o aspecto de configuração da culpa do agente como pressuposto para responsabilização restou mitigado e secundarizado” (MEDEIROS, 2007, p.29).

É o que se observa do artigo 944 do Código Civil “a indenização mede-se pela extensão do dano”, esta tem ainda as funções punitiva e socioeducativa, embora estas sejam utilizadas de modo comedido, sendo este o fundamento maior de se analisar melhor as peculiaridades da doutrina do *punitive damages* e de onde os críticos se pautam para a não aceitação do uso dessa forma, na responsabilidade civil pátria.

Em sede de dano moral, seu fundamento maior é pautado em acautelar aos direitos mais importantes da pessoa humana, quais sejam os direitos da personalidade e seus reflexos (dor, sofrimento, angústia, e etc).

Por conta da amplitude das lesões nesse campo, é dever do direito uma reprimenda que seja justa, porém somente até o grau da lesão experimentada, sendo, como já apontado, demasiado difícil poder esmiuçar até onde foi a “dor” de alguém.

Assim, como forma de se buscar meios de poder fazê-la, foram convencionados alguns critérios pela doutrina e jurisprudência do Brasil, para se arbitrar os danos morais, sendo estes:

a) Gravidade da culpa do agente: grave, leve ou levíssima

A culpa grave ocorre quando uma pessoa, com diligência abaixo da média, poderia evitar o dano, também é entendida como dolo eventual, que é quando o agente assume o risco de produzir o resultado. A culpa leve é quando uma pessoa, de diligência média, poderia evitar o resultado danoso e a levíssima, quando pessoa diligente acima da média, poderia evitar o dano (HENRICHS, 2016).

No arbitramento do valor, o juiz se pautará nesse critério e quando mais grave for o ato lesivo, maior será a indenização paga.

b) Repercussão da ofensa/extensão do dano

Tarefa bastante difícil ao magistrado, vez que é imensurável medir o quão abrangente foi à lesão sofrida, pois, a mais trivial pode

ter um maior alcance para alguns, enquanto uma mais severa pode ter uma menor amplitude, de forma que o magistrado utilizar-se-á de sua criatividade e experiência para que realize uma análise justa deste critério.

c) A situação econômica da vítima e do ofensor

Um dos princípios norteadores da responsabilidade civil pátria é o da vedação ao locupletamento ilícito, que traz aduz que o Poder Judiciário não pode ser campo utilizado como um meio de alcance de um enriquecimento sem causa, assim estando à indenização adstrita aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Já o modo de arbitramento do valor do dano moral, no direito americano é feito de forma diferente da realizada no Brasil.

Naquele país as indenizações vêm de forma separada, tendo cada modalidade uma especificação própria: *compensatory damages*, que se atribuí a compensação, e o *punitive damages*, a título punitivo-pedagógico, este comumente com valores mais altos, para que o lesante tenha plena ciência de quanto terá que indenizar por sua conduta perniciosa e de que já dito “*tort does no pay*” (o ilícito não compensa).

Como bem asseverado na doutrina de Andre Gustavo, grande estudioso dos *punitive damages*, para ser considerado de fato punitiva-pedagógica, a doutrina americana impõe que devam existir:

(...) responsabilidade civil de produtores e fornecedores de produtos e serviços por danos decorrentes de produtos defeituosos (*product liability*), ofensa à honra (*defamation*), erro médico (*malpractice*), danos em acidentes de trânsito (*transportation injuries*). A indenização punitiva tem sido aplicada, também em casos variados de ilícitos intencionais (*intentional torts*), em casos de responsabilidade de profissionais em geral (*liability of professionals*), fraude (*fraud* ou *misrepresentation*), invasão da privacidade (*invasion of*

privacy), assédio sexual (*sexual harassment*), dentre outros (ANDRADE, 2004, p.4).

Assim, se chegou a um consenso que as práticas que remontassem a culpa grosseira (*gross negligence*), dolo ou obtenção de lucro ilícito são passíveis de indenização punitiva. No Brasil, já existem julgados nesse sentido quanto às duas primeiras formas, porém, faz-se mister uma melhor análise do último, uma vez que como é sabido, é vedado o locupletamento ilícito.

O ordenamento americano aponta que a indenização punitiva, não é possível em sede de culpa leve ou levíssima ou quando diante de responsabilidade objetiva. Porém, excepciona tais verbetes, nos casos de a culpa leve ou responsabilidade objetiva seja reiterada e geradora de lucro ilícito ao ofensor.

Outra diferença substancial esta em que no Brasil, quem faz o arbitramento das indenizações são os nossos magistrados, e no solo americano estes são feitos pelo tribunal do júri (que só é permitido em sede penal em casos específicos, como os de crimes dolosos contra a vida, no Brasil), sendo que estes funcionam como um “garantidor da justiça, baluarte contra a tirania e fonte dos valores cívicos” (MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005, p. 19).

Ocorre que estes júris acabavam, em muitos momentos, por gerar certas indenizações milionárias justamente pelo “(...) excessivo poder discricionário entregue ao júri, e de outro lado, a falta de preparo dos jurados para estabelecer esses valores” (ANDRADE, 2004, p. 4)

Assim, após o emblemático caso *BMW v Ira Gore Jr.*, foi essa discricionariedade anteriormente concedida mitigada pela Suprema Corte, criando pressupostos para a análise mais justa na fixação dessa indenização punitiva, de modo a atender os preceitos do devido processo legal americano. Explica-se o caso:

O autor, Ira Gore Jr, comprara um novo BMW sedan de um comerciante do Alabama. Posteriormente, soube que o vendedor, BMW of North America, havia repintado parte do veículo por conta de um pequeno dano ao automóvel antes de sua chegada aos Estados Unidos, embora a BMW não tivesse revelado o fato. O júri conferiu ao réu *compensatory damages* no valor de \$4.000 dólares pela diminuição do valor do carro e *punitive damages* no valor de \$4 milhões de dólares! A Suprema Corte do Alabama reduziu os *punitive damages* para \$2 milhões. Recorrendo ainda o vendedor, a Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso, considerou esse montante como *grossly excessive* (manifestamente excessivo), e, portanto, inconstitucional. A Suprema Corte do Alabama, em reconsideração, os reduziu para \$ 50 mil dólares. POLINSKY; SHAVEL, 1998, p. 901 *apud* MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005, p. 19).

Após esse caso a Suprema Corte Americana orientou as cortes estaduais, para considerar três diretrizes, explicitadas na doutrina de Martins-Costa e Pargengler:

a) O grau de reprovabilidade da conduta do réu, se considerado os 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 a conduta envolveu ações repetidas ou foi um incidente isolado
5. Se o prejuízo foi o resultado de uma ação intencional ou isolado.

b) A disparidade entre o dano efetivo ou potencial sofrido pelo autor e os *punitive damages*;

c) A diferença entre os *punitive damages* concedidos pelo júri e as multas civis autorizadas ou impostas em casos semelhantes (MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005, p. 19).

Nesse sentido, são inúmeros os casos de grande monta que se utilizaram dos danos punitivo-pedagógicos, na feição de indenização

punitiva, sendo notórios os casos de Ford Corporation v. Grimshaw (1981)

onde após um acidente de trânsito, o carro Ford Pinto explodiu, causando a morte de três ocupantes. A explosão ocorreu porque o tanque/reservatório do carburador havia sido colocado na parte traseira do veículo, o que – comprovou-se posteriormente- permitia uma economia de 15 dólares por cada automóvel produzido.

Nesse caso, o júri não hesitou em conceder uma considerável soma a título de *punitive damages*, considerando que o comportamento da Ford era “altamente reprovável”. Para alcançar uma economia de 15 dólares por automóvel, o tanque foi colocado em local inadequado e perigos em caso de colisão, considerando o fabricante que resultaria mais vantajoso, tendo-se em vista uma análise de custos e benefícios, ressarcir os eventuais danos do que colocar o tanque em outro lugar: como foi verificado no curso do processo, a Ford, para escolher uma tal solução, havia efetuado uma análise levando de custo e benefício levando em conta não tanto o inteiro custo social de uma tal colocação do reservatório, mas unicamente a probabilidade (de qualquer forma baixa), de alguém entrar em juízo para ser ressarcido. (MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005, P.19)

Outro caso que resultou numa das maiores indenizações já conferidas em sede de uma corte americana foi no caso Texaco v. Pennzoil em 1984, na monta de 7,53 bilhões de dólares de indenização mais 1 bilhão a título de *Punitive Damages*, impostos a Texaco em demanda promovida pela Pennzoil.

O que ensejou tal indenização foi a interferência da Texaco, principal concorrente da Pennzoil, na negociação anteriormente iniciada por esta última, a ação intentada foi a de *tort induction into breach of contract* (responsabilidade pela indução à violação de contrato). O fundamento da indenização vultosa foi a (*tortiously*) intervenção ilícita, da Texaco na relação negocial.

Ainda vale destacar que, existem algumas objeções da aplicação do instituto no direito pátrio, sintetizados na doutrina de Thania Maria Bastos Lima Ferro acerca da temática, sendo estas:

- a) Ausência de previsão legal (afronta ao princípio da legalidade)

Tem essa objeção se fundamentado que o artigo 16 do código de defesa do consumidor tenha vetado um artigo que trazia uma espécie de *punitive damages* responsabilidade civil e na rejeição da proposta de alteração legislativa do Projeto de lei 6.960/2012, que trazia modificação do artigo 944 do Código civil, acrescentando um parágrafo segundo a aduzir que “a reparação do dano moral deve constituir-se em compensação do lesado e adequado desestímulo ao lesante”.

Na época do surgimento da legislação consumerista e do projeto do aludido Projeto de lei, a realidade social era outra, de forma que, no contexto atual, as funções da responsabilidade civil tradicional não têm atendido os próprios objetivos.

Nessa senda, insurgiu o Projeto de lei 699/2011, que prevê dentre outras alterações ao Código, a alteração do artigo 944, permitindo ao juiz que o valor da indenização seja calculado não somente na extensão do dano, mas também pela possibilidade de punir o agente, com vistas a desestimular outras condutas.

Houve ainda um apensamento ao anterior, do Projeto de lei 3.880/2012, que visa à alteração dos artigos. 186 e 944 do mesmo, para autorizar ao juiz o aumento (material, moral e social) decorrente de ato ilícito, com fito de atingir a função punitiva e pedagógica da responsabilidade civil, este inclusive já possuindo a aprovação da Comissão de Constituição e Justiça.

Observa-se que, em que pese inicialmente tenha sido vencida a pretensão, novamente foram formulados pleitos pela via de Projetos de lei, anos após, com fundamento idêntico.

Tal movimentação vem reforçar que as demandas sociais mais recentes não mais têm sido atendidas com o Código vigente, que como sabido é de 2002, urgindo por mudanças circunstanciais, para que se operacionalize o código, principalmente no tocante a responsabilidade civil.

b) Ofensa aos critérios de aferição da responsabilidade

Fundamenta-se que a aferição deve ser medida pela extensão do dano, e é rebatida pelo princípio da restituição integral, assim tanto a vítima como o ofensor devem ao fim retornar ao estado anterior, não aceitando, portanto, que o ofensor se beneficie com sua própria torpeza. Ademais, em sede de direito extrapatrimonial, o critério de gravidade de culpa é observado para fins de gradação indenizatória, não estando adstrita somente a extensão do dano.

c) *Bis in idem*

Argumentam os negativistas que uma mesma conduta poderia acarretar uma dupla penalidade e uma na esfera civil, esse argumento acabou por não prosperar, uma vez que o ordenamento adota o princípio de independência de instâncias, de modo a não ser proibido que houvesse penalidade, além de nas esferas penal e civil, também na esfera administrativa, cumulativamente.

d) Loteria judiciária

Se funda em que a falta de critérios objetivos para a fixação dos valores indenizatórios poderia gerar valores absurdos. Já rebatido pela doutrina favorável, vez que o temor dos que sustentam esse argumento são os valores altos aplicados no ordenamento americano, e como se informou anteriormente, não poderia ocorrer no Brasil, vez que a indenização, mesmo que seja punitiva, deve respeitar aos limites da proporcionalidade e razoabilidade, vez que, valores exagerados demais, também vão contra ao espírito do instituto.

e) Enriquecimento sem causa da vítima

A Argumentação dos contrários a doutrina, se baseia em que a indenização punitiva provocaria um enriquecimento sem causa, vez que os valores vão além do necessário para compensar o prejuízo ofertado.

Não se sustenta, pois, conforme o fundamento anterior ordenamento pátrio se pauta na razoabilidade e proporcionalidade, e que a indenização com esse viés é válida, pois, é uma ferramenta usada como vetor de práticas de tamanha gravidade ou de meios de o ofensor obter lucros com o ato ilícito perpetrado.

Sendo que dessa forma, a punição exercida acaba transcende a esfera da vítima, para abarcar toda sociedade, sendo o fundamento que mitiga a vedação ao enriquecimento da vítima, para ensejar a aplicação do dano na sua feição punitivo-pedagógico.

f) Incentivo a indústria das indenizações

O fundamento utilizado são as inúmeras ações instauradas com pedido de dano moral. Rebatido, pois não pode o ordenamento vedar o direito de ação, vez que é inclusive princípio constitucional.

Ademais, o dano punitivo-pedagógico deve ser utilizado somente em casos bastante específicos em que a conduta é dolosa ou de culpa grave e naquelas em que se objetivem lucros com as lesões que ofertam, não prosperando tal intento para afastar a incidência da indenização com caráter de punição no Brasil.

g) Riscos de produção de efeitos economicamente danosos

O fundamento é que a aplicação das indenizações punitivas em valores exacerbados, poderiam acarretar o fim de sociedades empresarias, restringindo postos de trabalho, ou, até mesmo acarretando a própria falência da empresa.

Não prosperou tal argumento, vez que o escopo maior da indenização punitiva é justamente a punição e a prevenção de práticas temerárias, cabendo aos conglomerados empresariais, se adaptarem para não gerar prejuízos aos direitos alheios ou angariarem benefícios com a própria torpeza, cenário este que tem ocorrido no Brasil (FERRO, 2016).

Há ainda aqueles que sustentem que não poderia haver a punição, vez que cabe ao direito penal o exercício da função de punição e a responsabilidade civil as de reparações, não competindo a esta perseguir a condutas dos agentes.

Tal argumento se pode afastar, pois, o próprio código e legislações esparsas, como o Direito do consumidor, consagram institutos jurídicos, não penais, mas que tem o espírito, evidentemente, punitivo.

No Código Civil encontramos os juros de mora (artigo 406), cláusula penal (artigo 416), arras (artigos 418 a 420), pagamento em dobro (artigo 940) e a restituição em dobro presente no (artigo 42) do Código de Defesa do Consumidor.

Como se pode perceber no cotejo entre os ordenamentos brasileiro e americano, alguns pontos do instituto estrangeiro são, de fato, totalmente incomunicáveis com o ordenamento jurídico pátrio, como o arbitramento do montante ser realizado pelo tribunal do júri e dos valores astronômicos ofertados pelos mesmos.

Porém, mostra-se oportuno analisar principalmente acerca da questão da obtenção de lucro ilícito que também é um dos critérios observados na seara indenizatória brasileira e da reiteração de condutas já consideradas danosas a moral anteriormente, que é o que melhor será vislumbrado no capítulo seguinte.

4.3 A aplicabilidade do *punitive damages* no direito do consumidor pátrio.

O Direito do consumidor, lei 8.078 de 1990 foi sem dúvidas um marco trazido com o advento da Constituição Federal de 1988, já que salvaguardar aos interesses e direitos do consumidor, era sem dúvidas um dos mais importantes diante das evoluções ocorridas nessa área no século passado.

Tal ramo jurídico tem status de direito constitucional, justamente por ter sua previsão no rol do artigo 5º da Constituição Federal, que aduz “artigo 5º(...), XXII- O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa dos consumidores”.

Os Estados Unidos, sem dúvidas, foi o precursor na tocante as primeiras movimentações relativas à seara consumerista, já havendo observado, anos antes do Brasil, a proteção desse nicho.

O marco inicial para tal esta no discurso de John Kenedy em 15 de março de 1962 no chamado *Special Message to the Congresso n Protecting the Consumer Interest* (Mensagem Especial ao Congresso para a Proteção do interesse do consumidor), neste defendia a ideia de que a proteção do consumidor protegia a própria economia, vez que em algum momento, todos somos consumidores e a não proteção desses direitos poderiam causar prejuízos na própria economia, pois o mercado com mais integrantes era justamente o dos consumidores (GODOY, 2016).

Delimitou ainda nesse discurso quatro pilares, sendo: a) o direito à segurança, b) o direito de informação c) o direito de escolha e d) o direito de ser ouvido.

Em momento posterior, pelo impacto causado com tal discurso e importância que deveria ser dada ao consumidor, a ONU criou a Resolução 29/248 prevendo inúmeras diretrizes de orientação as nações no sentido do desenvolvimento e proteção voltadas ao do Direito do Consumidor.

Tal resolução teve o condão de influenciar inúmeras legislações consumeristas em todo mundo em “relação aos critérios de responsabilização dos fornecedores, inclusive o nosso festejado código” (OLIVEIRA, 2016, p. 21).

Na atualidade, cada vez mais os contratos de massa passam a ser uma realidade na nossa sociedade.

Os contratos de telefonia, internet, TV a cabo, ou seja, todas as relações de consumo de grandes fornecedores, você somente adere às cláusulas do contrato, que já vem pronta, não havendo como negociar de suas cláusulas estes são os chamados contratos de adesão, e estão previstos nos artigos 423 e 424 do Código Civil e no artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor, dando especial atenção, nesse momento, ao atinente a seara consumerista. O artigo leciona que:

Artigo 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecida unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

§1º - A inserção de cláusula no formulário não desfigura a natureza de adesão do contrato.

§ 2º - Nos contratos de adesão admite-se cláusula resolutória, desde que a alternativa, cabendo a escolha ao consumidor, ressalvando-se o disposto no §2º do artigo anterior.

§ Os contratos de adesão serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos, e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor.

§ 4º As cláusulas que implicarem limitação do direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.

Essa forma de contratar em sede de consumo mostrou-se pertinente, já que seria deveras difícil para o fornecedor negociar com cada consumidor, por exemplo, as cláusulas de seu contrato de serviços de telefonia pelo alto número de contratantes, ademais poderia gerar desigualdade entre os próprios consumidores, com cláusulas mais benéficas para alguns, além de ser pouco funcional para os fornecedores.

Como se observa, o artigo 52 do Código consumerista, tem como pano de fundo a garantia da relação de consumo equânime e sempre com vistas na proteção do consumidor, que é a parte mais fraca nessa relação contratual.

Não obstante, por força dessa modalidade de contrato muitos fornecedores de produtos ou serviços começaram a ter práticas flagrantemente abusivas, no que tange ao descumprimento do próprio fornecedor, das cláusulas contratuais, ensejando assim, inúmeros prejuízos aos consumidores.

Em razão disso, como forma de coibir tais práticas e desestimular essas práticas a doutrina começou a vislumbrar a possibilidade da aplicação do dano moral punitivo-pedagógico, inspirado na doutrina dos *punitive damages*, que embora ainda existam divergências e resistências por certa parte da doutrina, principalmente aqueles ligados ao tradicionalismo dos institutos jurídicos.

O doutrinador Carlos Alberto Bittar, com inspiração na doutrina dos danos punitivos-pedagógicos americanos, traz a ideia da tese ou teoria do valor do desestímulo, que aduz que a indenização do dano moral

deve-se, em qualquer hipótese, ter presentes os princípios básicos da satisfação integral dos interesses lesados e da estipulação de valor que iniba novas investidas, como balizas maiores na determinação da reparação devida (BITTAR *apud* ANDRADE, p. 5-6).

O próprio Superior Tribunal de Justiça, com base na dupla função já informou em sede de Recurso Especial nº 487749/RS que:

Cabe ao Superior Tribunal de Justiça o controle do valor fixado de indenização por dano moral, que não pode ser

ínfimo ou abusivo, diante das peculiaridades de cada caso, mas sim proporcional à dúplice função deste: reparação do dano, buscando minimizar a dor da vítima, e punição do ofensor, que na volte a reincidir.

Nessa conjuntura, analisa o doutrinador de André Gustavo Corrêa de Andrade:

Contudo o reconhecimento pelo Superior Tribunal de Justiça da dupla função da indenização do dano moral não trouxe, como se poderia imaginar, um incremento considerável dos valores indenizatórios referente ao dano moral. O que se verifica, na verdade, é uma reiterada limitação dos valores indenizatórios por aquela Corte de Justiça, que, embora acene com possibilidade de elevação das quantias arbitradas quando estas se mostrarem ínfimas, raramente parece encontrar oportunidades de fazê-lo, enquanto, ao contrário, com considerável frequência, exercia o poder de reduzir os montantes de indenização, por considerá-los abusivos, excessivos ou exorbitantes (ANDRADE, 2004, p.7).

Esse problema apontado pelo doutrinador no tocante à fase revisional, que tem base dicção do parágrafo único do artigo 944, “se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir equitativamente, a indenização”.

Nossos Tribunais acabaram por realizar esse *múnus* (obrigação) com extremo rigor, em poucas ou raras possibilidades aumentando o valor, mas em muitas oportunidades o diminuindo, o que remontou, em paradoxalmente, num verdadeiro “desestímulo às avessas”, pois, quando eram dadas indenizações com valores maiores, que atenderiam assim, os aspectos condizentes com o dano punitivo-pedagógico, reduziam os valores com o fundamento de que a vítima não pode se locupletar ilicitamente pela via judicial ou utilizá-la como forma de loteria.

O doutrinador trouxe como exemplo do Superior Tribunal Justiça, no RESP (Recurso Especial) 183508/SP (2002), caso que envolvia lesões corporais gravíssimas produzidas por projétil de arma de fogo.

O autor da ação ficou paraplégico após ser atingido pelo tiro, o réu, foi condenado em 1º grau a pagar 600 salários, mínimos em sede de embargos infringentes, o valor foi majorado para 1.000 salários mínimos e em fase de Recurso Especial, foi esta majorada pra 1.500 salários mínimos (ANDRADE, 2004).

O relator considerou a situação econômico-social das partes, a atividade ilícita do 2º réu (era banqueiro de jogo de bicho), de ganho fácil, o abalo físico, psíquico e social sofrido pelo autor, o elevado grau de agressão, a ausência de motivo e a natureza punitiva e inibidora que a indenização, no caso, deve ter, considerando ainda a conduta criminosa, de extremo dolo, como se vivêssemos em um País sem leis e em estado de barbárie.

Cita o autor também o caso do RESP (Recurso Especial) 240441/MG (2000), onde o Egrégio majorou de 200 para 400 salários, em lesão corporal decorrente de acidente de trânsito, considerando para o montante indenizatório, o grau de culpa e o porte econômico das partes (ANDRADE, 2004).

De fato, como apontado, existem julgados que já consagram o fator punitivo na indenização, quando existem condutas gravosas por dolo ou culpa grave (lesão corporal, morte, mutilações, tortura).

Porém, no que tange exclusivamente aquelas condutas tidas como leves, porém reiteradas, e, naquelas em que se obtém lucro com a prática do ilícito, como exemplo de bancos que cobram taxas indevidas de vários clientes, ou quando empresas de telefonia realizam cobranças de serviços não solicitados, não se tem conseguido um papel dissuasivo com as indenizações arbitradas.

Pois, embora informem nas ementas terem observado o papel punitivo-pedagógico (teoria mista ou funcional), com foco no desestímulo, essa de fato não acontece, vez que se realiza a

apreciação baseada apenas na clássica função compensatória do dano moral.

Acerca dessa situação, aduz André Gustavo:

Criticável na tese mista funcional, tal como exposta geralmente pela doutrina, é a ideia de que a indenização do dano moral *sempre* as funções compensatória e punitiva.

Nem todos os comportamentos causadores de dano moral são passíveis de punição. Somente aqueles particularmente reprováveis dão ensejo a sanção dessa natureza. É possível, por exemplo, que o dano moral tenha sido causado sem culpa do agente, que, todavia responderia por estar inserido em situação de responsabilidade objetiva.

Do mesmo modo, no âmbito da responsabilidade subjetiva, não há razão para atribuir caráter punitivo à indenização nos casos em que o dano moral foi causado por culpa simples do ofensor.

Por outro lado, a generalização da função punitiva da indenização do dano moral acaba por anular ou, pelo menos, enfraquecer sensivelmente essa função que se busca imprimir à indenização. A invocação da função punitiva da indenização do dano moral, ao fim e ao cabo, torna-se um simples jargão, vazio de conteúdo. De nada adianta o julgador mencionar, na fundamentação da sentença, que a indenização do dano moral deve atender às finalidades compensatória e punitiva (é frequentemente, também a alusão às funções preventiva, pedagógica, exemplar e outras semelhantes), se na fixação do montante indenizatório não levou em consideração critérios punitivos (ANDRADE, 2004, p. 8).

Não se mostra como novidade que o almejado pelas empresas é o lucro, nada de errado possuindo nestas buscarem tal intento. Todo aquele que se predispõe aos riscos do empreendedorismo deseja uma melhora, principalmente, de sede financeira.

Entretanto, não se pode tolerar que essa melhora se baseie em prejuízos para alguns, como vem por acontecer em sede consumerista no direito brasileiro.

Rizzato Nunes, bem vaticina tal situação:

Com o surgimento das junções de empresas, fusões, aquisições etc, criou-se oligopólios e enormes grupos que atuam em conjunto dominando todo ou quase todo o mercado de sua área de atuação. Além disso, com a administração dessas gigantescas corporações cada vez mais “financeiras” que produtiva, a preocupação com a qualidade se esvaiu. O capitalismo mudou: o consumidor se tornou apenas um número (ou um nome num painel, num banco de dados ou algo semelhante) que pode gerar certa receita monetária, mas cujos direitos, interesses e necessidades não têm mais importância (NUNES, 2012 *apud* OLIVEIRA, 2016, p. 160).

Apesar de não ser possível evitar a ocorrência de danos, as empresas podem tomar medidas para melhorar a qualidade do serviço, porém, se tratando de grandes empresas, essas reformulações às vezes podem custar mais caro do que pagar as indenizações, proveniente dos danos que possam ofertar aos consumidores.

Essa forma de pensamento é chamada de dano eficiente, que por seus traços tem inspiração na doutrina das *punitive damages*, quando correr os riscos jurídicos de indenização se apresenta mais vantajoso, do que prevenir os danos.

Dessa forma, o ofensor ao negar direito a todo um nicho a ele vinculado por uma relação contratual, acaba por auferir lucro ou conter gastos que se constituí pelo valor monetário do direito negado multiplicado ao número de ofendidos.

Tal conduta mostra-se arriscada, porém vantajosa, já que o litigante contumaz tem plena ciência de que nem todos os prejudicados irão ajuizar demandas, e que aqueles que demandam nem sempre saíram vitoriosos de seu pleito, por diversos motivos.

Já o dano é ineficiente, quando ao apreciar o casuístico, o Poder Judiciário, anula a pretensão de eficiência que se obteria com a práxis danosa. A celeuma trazida se funda nas mesmas da indenização punitiva, pois:

De um lado a indenização há de ser substancial, para que o dano seja de fato ineficiente para seu causador. De outro, deve-se evitar que a indenização seja fonte de enriquecimento, apenas cumprindo seu papel como reparadora de danos e repressora de reincidência.

(...) No Brasil, em patente contradição, litigar habitualmente no polo passivo das demandas consumeristas se transformou de possibilidade de perda para fonte de riqueza das empresas mais acionadas (OLIVEIRA, 2016, p 163).

Como sobredito, a parcimônia de nossos julgadores, tem acabado por enfraquecer a seara consumerista, mormente pelas inúmeras alterações de entendimentos ocorridos, em curto lapso temporal, nessa tocante, e na maioria dos casos, tornando casos passíveis de danos morais, por reiteração das empresas, em mero dissabor.

Tal postura, segundo os nossos Tribunais, visa combater a chamada “indústria do dano moral”, fortemente conhecida no direito americano justamente pelos altos valores concedidos nas suas indenizações, principalmente em sede consumerista.

Por mero dissabor ou meros aborrecimentos, entendem-se aqueles aborrecimentos e estresses cotidianos a que todos somos expostos nas relações pessoais, só podendo ensejar a indenização moral aqueles atos que perdurem por longo tempo, Sérgio Cavalieri bem leciona sobre o instituto:

a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo (CAVALIERI FILHO, 2016, p. 122)

Percebe-se assim, que o direito do consumidor, criou um instituto similar aos que o Direito Penal intitulou de crimes de bagatela, onde mesmo lesando a direitos, sendo essa lesão demasiadamente leve ou tida como insignificante, não se mostra necessária uma atuação para tal.

Conquanto, assim como ocorre com o instituto no direito em cotejo, a aplicação do mero dissabor, pode, em muitos casos, ensejar injustiças e fortalecer ainda mais aqueles que descumprem sem temor a legislação de consumo.

Cumprido informar, ainda, que o direito pátrio, já consagra a possibilidade dos danos punitivos (*punitive damages*) de forma incontestada, quando atinentes aos danos coletivos, assim como, nos casos de danos sociais, onde estão inseridos os danos ambientais.

O fundamento é que pela peculiaridade dos casos e a transdividualidade que lhe é ínsita, ensejam ao causador do dano da ofensa ter que pagar uma indenização vultosa pela prática altamente repressiva, conforme assevera Xisto Tiago, com expertise acerca do assunto:

O que se almeja, de maneira primordial, não é demais repetir, é atender-se à necessidade de imposição ao ofensor de uma condenação pecuniária que signifique sancionamento pela prática da conduta ilícita, cuja realização, certamente, resultou em benefícios indevidos para si, não obstante a violação de direitos fundamentais, circunstância esta inaceitável para o sistema. (MEDEIROS NETO, 2007, p 160).

(...) Nesse passo, à vista da função sancionatória da responsabilidade incidente em face do ofensor, confere o sistema jurídico ao órgão julgador, sob os limites da razoabilidade, a possibilidade de estabelecer a condenação consistente de pagamento de parcela pecuniária (o equivalente a uma reparação) destinada a um fundo previsto em lei, cujo valor seja bastante para expressar, à vista do caso concreto, uma eficaz reação punitiva, com finalidade também pedagógica-preventiva (MEDEIROS NETO, 2007, p 161).

Esses fundos tem previsão no artigo 13 da lei 7347/85 (Lei de Ação Civil Pública), são exemplos destes fundos o FAT- Fundo de Amparo ao Trabalhador, o FNMA- Fundo Nacional do Meio Ambiente e o FDD- Fundo de Defesa dos Direitos Difusos e Coletivos.

No direito do trabalho, por força da teoria do diálogo das fontes artigo 7º do Código de Defesa do Consumidor, também se tem aplicado os *punitive damages*, por atual mudança de entendimentos, que a não aceitação do dano moral nessa área, estava por fomentar abusos nos empregadores, conforme o trecho da sentença proferida no processo número 0100994-72.2016.5.01.0341 do TRT/RJ- Tribunal Regional do Trabalho da 1º Região.

(...) 5 .DOS DANOS MORAIS.

Pede a reclamante indenização por danos morais, no valor de R\$ 8.800,00. O fundamento é a falta de pagamento das verbas rescisórias a tempo e modo.

Sempre tendemos, ao longo de anos, indeferir esse pedido, por entender que a atitude do empregador, por mais criticável, somente feria o empregado em seu patrimônio.

Todavia, modificamos nosso entendimento nessa oportunidade, uma vez que a reiterada prática adotada por uma sucessão de empregadores que temos visto nos últimos tempos exige uma resposta diferente. Com efeito, tem-se tornado comum nos últimos tempos o empregador simplesmente dispensar o empregado e não quitar as verbas rescisórias a que ele faz jus.

Tal comportamento, por se configurar uma prática que cada vez mais se torna comum, demanda uma abordagem diferente, até mesmo como uma forma de coibi-la. Isto porque o empregado que se vê sem os seus direitos trabalhistas mais comecinhos certamente se coloca numa situação de risco que transcende a mera esfera econômica.

Assim sendo, registrando-se nossa mudança de entendimento, afirmamos que a conduta da ré feriu a autora em sua honra e em sua reputação, o que autoriza, para efeito pedagógico, a aplicação de uma multa equivalente a R\$ 8.800,00 (Data da Publicação: 20 de fevereiro de 2017).

Assim, percebe-se que a jurisprudência trabalhista como forma de prevenir novas condutas, que se mostram ultrajantes por parte dos empregadores, tem vislumbrado a possibilidade de aplicação, em sede de dano moral, mesmo em ações individuais, do instituto dos danos

punitivos, uma vez que, assim como o direito do consumidor, trata de direitos onde a relação jurídica é desequilibrada, por ser uma das partes vulnerável.

5 CONCLUSÃO

O dano punitivo-pedagógico ou indenização punitiva é, indubitavelmente, conforme delineado no presente trabalho, um instituto complexo, mas que tem um desiderato muito importante, qual seja a vedação de práticas reiteradas, gravosas, que atingem aos direitos mais importantes da nossa sociedade, tendo assim, um viés protecionista.

Sabendo que a nossa atual responsabilidade civil abarca metodologias de controle que por motivos diversos apontados, não tem atendido a sua função social sendo curial se utilizar de uma nova forma de pensar, trazendo a lume um instituto que embora antigo, seja de muita valia para o direito pátrio, principalmente no contexto hodierno.

Pode-se afirmar, que apenas as funções meramente ressarcitória e compensatória da tradicional responsabilidade civil não tem sido suficiente para combater as condutas perspicazes e maliciosas de certas pessoas, que em sua maioria são feitas por pessoas jurídicas, que se valem da própria torpeza, poder econômico e da banalização em matéria de dano moral pelo nosso Judiciário, como subterfúgio para lesar indistintamente os direitos das pessoas e sair praticamente incólume.

Os sem número de empecilhos que são criados pelos órgãos julgadores acabam por fomentar, paradoxalmente, uma verdadeira indústria do mero aborrecimento/mero dissabor de forma que, mesmo em questões que pela peculiaridade fariam jus não só a uma indenização de dano moral, como em seu uso na função punitivo-pedagógica, principalmente quando as empresas estão por reiterar as condutas danosas, auferindo assim uma alta lucratividade, de modo a fomentar a ideia de que descumprir a legislação pátria é um “bom negócio”.

Deve-se interpretar ainda que a vedação ao locupletamento ilícito tem que ser uma “via de mão dupla” e não somente ter o olhar voltado para a vítima do prejuízo, vez que, em muitos casos o locupletamento real é obtido pelo causador do prejuízo.

Não se almeja, com a aplicação dos danos punitivos, a inserção de uma loteria judiciária ou meio de se ganhar de dinheiro fácil.

O intento de sua aplicação é que as indenizações possam sair das amarras da tradição compensatória, nos casos em que sejam pertinentes, com o condão de fazer com que as empresas que a recebem, bem como terceiras, a partir de sua aplicação, pela dor sentida em seu patrimônio financeiro, se previnam que problemas estruturais já tão conhecidos, por longevos anos, continuem a acontecer.

Assim como no direito pátrio, a um primeiro momento criava resistência à possibilidade de uma responsabilidade objetiva, mas com a evolução social entendeu ser necessário inserir tal modalidade, vez que impedi-la acabava por inviabilizar, indubitavelmente, o acesso à justiça aos cidadãos. No mesmo sentido foi com o dano moral, que por longevos anos foi repellido e hoje é amplamente aceito no ordenamento brasileiro.

Assim, a mesma lógica para com os institutos mencionados deve ser realizada sobre o instituto gerador desse trabalho. O Direito não é uma ciência exata, mas social, e deve sempre procurar evoluir quando algum instituto não corresponde mais aos seus anseios informadores.

Nessa senda, é importante uma mudança de posicionamento nos Tribunais que cuidam das questões afetas ao Consumo, assim como foi realizado pelos Tribunais trabalhistas, vez que somente informar que utiliza a função punitiva, sem utilizar critérios punitivos, é o mesmo que se comunicar, mas não ser entendido.

Ademais, a continuidade em erros, sem qualquer melhoria oferecida em relação a fornecedores de um serviço ou produtos denota

que a função social da empresa não está mais sendo prontamente atendida.

A aplicação da indenização punitiva traria muitos pontos positivos, mas o principal seria na tocante a mitigação das vastas ações repetitivas propostas em sede de consumo, que como é cediço, são um grande problema e acabam por abarrotar o Judiciário brasileiro.

Ora, se as empresas souberem que o Judiciário não é mais tão paciente e que pune mais severamente por práticas já reiteradas e lesivas a direitos, certamente, procuraram reformular-se do que ter que indenizar, quando estas indenizações não forem mais de baixa monta.

O instituto, como se percebe pode trazer benesses, desde que, logicamente, seja aplicado de forma comedida, se adaptando aos critérios do direito nacional, sobretudo em respeito aos princípios norteadores da viabilidade e manutenção das atividades empresariais, que não são considerados na realidade do direito ordenamento americano.

Assim como o instituto vingou no direito americano, tornando o país referência em questões afetas ao consumidor, de certo seria uma ferramenta útil e eficaz ao direito pátrio. O que não se pode mais ocorrer são os tribunais aceitarem inertes que práticas reiteradas e de lucro indevido continuem a se perpetuar.

De fato já se observa que em casos de extrema gravidade a aplicação do instituto vem aparecendo, porém, no que tange exclusivamente as práticas que geram a vantagem indevida aos fornecedores, isso não acontece.

O Direito do Consumidor pátrio urge, com a atual conjuntura, de uma reformulação, e o ressurgimento vigoroso da função punitiva, de fato, pode ser a saída que esse ramo jurídico tanto precisa, para voltar a reequilibrar suas relações, para alcançar assim a dissuasão a

práticas veementemente abusivas, reiteradas e de se lucrar de maneira ilícita.

E é com fulcro nesse instituto que se poderá oportunizar um novo caminho para se proteger os direitos mais comezinhos dos vulneráveis, especialmente, naqueles afetos a sua dignidade.

6 REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **INDENIZAÇÃO PUNITIVA**. Disponível em: http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=dd10e43d-25e9-478f-a346-ec511dd4188a. Acesso em 08 de julho de 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. 2010. AC 63062/SC. Rel. Min. Stanley da Silva Braga. DJ: 01 de dezembro de 2010. Disponível em: <<https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19223648/apelacao-civel-ac-63062-sc-2006006306-2/inteiro-teor-19223649>>. Acesso em 10 de setembro de 2017.

BRASIL. 2013. APL 01767627220088050001/BA. Rel. Min. Dinalva Gomes Laranjeira Pimentel. DJ: 19 de novembro de 2013. Disponível em: <https://tj-ba.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/115769568/apelacao-apl-1767627220088050001-ba-0176762-7220088050001>. Acesso em 10 de setembro de 2017.

BRASIL. 2013. AC 70070690177 /RS Rel. Min. Catarina Rita Krieger Martins. DJ: 28 de setembro de 2017. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/507551922/apelacao-civel-ac-70070690177-rs?ref=juris-tabs>>. Acesso em 10 de setembro de 2017.

_____. Código Civil (2002). Brasília, DF: Senado Federal.

_____. Código de Defesa do Consumidor (1990): Brasília, DF: Senado Federal.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**, 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Programa de Responsabilidade Civil**, 12 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DALLEGRAVE NETO. José Antônio. **Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho**. 6 ed. São Paulo: LTr, 2017.

DICIONÁRIO Online de Português. **Conceito de Responsabilidade**. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/responsabilidade/>. Acesso em 10 de setembro de 2017.

FERRO, Thania Maria Bastos Lima. **A função punitiva da responsabilidade civil em acidente de trabalho**. São Paulo: LTr, 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GODOY, Guilherme Baena Fernandes de. **Indenizações Punitivas: punitive damages da common law e a possibilidade de sua aplicação no direito consumerista brasileiro**. 2014. 50 f. Monografia (Graduação). – Faculdade de Direito, Centro Universitário de Brasília, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil: parte geral**. Vol. 1. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

HENRICHES, Marise Baptista Fiorenzano. **Apostila de Responsabilidade Civil**, 2016.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Manual de Direito Tributário**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva. In: **Revista CEJ**, nº 28. Brasília: 2005. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/643>. Acesso em 05 de junho de 2017.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago. **Dano Moral Coletivo**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2007.

NUNES, Marcelo Porpino. **O Regime de Responsabilidade Civil no Novo Código Civil**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI126063,31047O+regime+de+responsabilidade+civil+no+novo+Codigo+Civil>. Acesso em 14 de Agosto de 2017.

OLIVEIRA, Miguel Luiz Barros Barreto de. **A indústria do mero aborrecimento**. 2.ed. Juiz de Fora: Editar, 2016.

SILVA, Flavia Martins André da. **Direitos Fundamentais**. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2627/Direitos-Fundamentais>. Acesso em 17 de junho de 2017.

SILVA, Gilberto Garcia da. Juiz do Trabalho Titular da 1º Vara do Trabalho de Volta Redonda. Sentença procedente em parte de ação trabalhista. Reclamante. Maria da Gloria dos Santos Gondin. Processo

n.0100994-72-2016.5.01.0341. Volta Redonda, RJ. 20 de fevereiro de 2017. Data da Publicação: 20 de fevereiro de 2017. Disponível em :https://consultapje.trt1.jus.br/consultaprocessual/pages/consultas/DetalhaProcesso.seam?p_num_pje=1068238&p_grau_pje=1&popup=0&dt_autuacao=&cid=15565. Acesso em 14 de julho de 2017.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. In: **Revista de Direito Administrativo**, nº 212. Rio de Janeiro: FGV, 1998. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47169/45637>. Acesso em 08 de Junho de 2017.

SILVEIRA, Alipio. Introdução ao Direito e a Justiça Norte-Americano. In: **Revista Justitia**. Disponível em: <http://www.revistajustitia.com.br/revistas/21y9wc.pdf> . Acesso em 03 de julho de 2017.

SOARES, Guido Fernando Silva. **O que é a "Common Law", em particular, a dos EUA**. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/O_%20que_%20e_%20a_%20Common.htm. Acesso em 10 de julho de 2017.

SOUZA, Adriano Stanley Rocha *et al.* **Dano Moral & Punitive Damages**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

RESEDÁ, Salomão. **A Função Social do Dano Moral**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. Vol. 4. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

WALD, Arnold; GIANCOLI, Brunno Pandori. **Responsabilidade Civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.