

EFICÁCIA DO CARÁTER PREVENTIVO E EDUCATIVO DO DANO MORAL¹

EFFECTIVENESS OF PREVENTIVE AND EDUCATIONAL MORAL DAMAGE

Diego Alves de Sousa ²

Davy Dantas Paulino ³

Deborah Vieira Freire ⁴

RESUMO: O presente artigo possui a finalidade de analisar o instituto do dano moral e suas características em relação à punição e desestímulo de práticas danosas realizadas por grandes empresas com o intuito de aferir lucro por causa da impunidade. O problema em questão foi tratado ao analisar os fundamentos da responsabilidade civil, do dano moral, as principais funções do dano moral, a aplicação do conceito norte-americano “punitive damages” ao ordenamento jurídico brasileiro, bem como quais seriam as possíveis consequências desta aplicação e a opinião de autores que concordam ou discordam da utilização deste instituto.

Palavras-chave: Dano moral. Responsabilidade civil. Punitive damages. Direito.

ABSTRACT: The purpose of this article is to analyze the institute of moral damage and its characteristics in relation to the punishment and discouragement of harmful practices performed by large companies in order to make a profit because of impunity. The problem in question was addressed by analyzing the fundamentals of civil liability, moral damages, the main functions of moral damages, the application of the US concept “punitive damages” to the Brazilian legal system, as well as the possible consequences of this application and the opinion of authors who agree or disagree with the use of this institute.

Key-words: Moral damage. Civil responsibility. Punitive damages. Right.

Data de aprovação: 12/11/2019

¹ Artigo apresentado como requisito parcial para a conclusão do curso de Graduação em Direito da Faculdade de Ensino Superior da Amazônia Reunida - FESAR. Ano 2019.

² Discente do curso de Direito da Faculdade de Ensino Superior da Amazônia Reunida (FESAR); com previsão de conclusão em fevereiro de 2020. E-mail: as-diego@hotmail.com.

³ Discente do curso de Direito da Faculdade de ensino Superior da Amazônia Reunida (FESAR); com previsão de conclusão em fevereiro de 2020. E-mail: davy_dantas_paulino@hotmail.com.

⁴ Docente da Faculdade de Ensino Superior da Amazônia Reunida - FESAR. E-mail: Deborah.freire@hotmail.com.

1 INTRODUÇÃO

Toda atividade que tem como risco o prejuízo, traz consigo, como fato social, o problema da responsabilidade. Ela tem o intuito de restaurar o equilíbrio moral e patrimonial provocado pelo o agente causador do dano. E é exatamente o interesse em restabelecer a harmonia e o equilíbrio violados pelo dano que constitui a fonte geradora da responsabilidade civil.

Contudo, afirma-se que a responsabilidade extrai uma ideia de restauração de equilíbrio, de reparação de dano.

O instituto jurídico do dano moral ou extrapatrimonial tem três funções básicas que seriam: a) compensar alguém em razão da lesão cometida por outrem à sua esfera personalíssima; b) punir o agente causador do dano; c) dissuadir ou prevenir nova prática do mesmo tipo de evento danoso. Essa prevenção ocorre tanto de maneira pontual, em relação ao agente que causou o dano, como também de maneira ampla, para atingir a sociedade como um todo.

Em se tratando da função dissuasora ou preventiva, ela tem um duplo objetivo, como supracitado, dissuadir o responsável pelo dano a cometer novamente a mesma modalidade de violação e prevenir que outra pessoa pratique ilícito semelhante.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL

É muito importante, antes de falarmos do conceito de responsabilidade civil propriamente dito, devemos entender que esse conceito de responsabilidade se aplica a muitas situações das nossas vidas e que não necessariamente todas elas são jurídicas.

Quando pensamos em responsabilidade, temos que pensar em atribuição de efeitos. Então, é um ato ou uma omissão que fazemos ou deixamos de fazer e essa atribuição de efeitos vamos chamar de responsabilização, que faz parte do assunto abordado.

Quando pensamos que isso é uma coisa que extrapola o mundo jurídico, a compreensão sobre o assunto fica mais fácil.

Tenhamos como exemplo sobre responsabilidade fora do mundo jurídico: Digamos que seu namorado (a) pede para você fazer alguma coisa e por algum motivo você esquece-se de fazer aquilo que ele (a) pediu para que você fizesse e, por conta disso, vocês ficam por uma semana sem se falar.

Ora, isso de certa forma gerou alguma consequência na sua vida, te deixou triste e etc. Então veja um ato que foi atribuído efeitos, no caso essa briga e todas as consequências desagradáveis que gerou pelo seu não fazer, que é o exemplo de omissão, mas que não tem relevância alguma no mundo do Direito. Então, não podemos dizer que essa responsabilidade seja jurídica.

Este é um exemplo sobre algo que também tem a ver com ação ou omissão, que produziu efeitos, mas que o mundo do Direito não se interessou.

Dessa forma, como vamos conseguir entender uma espécie de responsabilidade que tem relevo para o mundo do Direito? Ora, toda aquela situação que, uma vez realizada, vai produzir efeitos jurídicos. Digamos então que você cometeu um dano no patrimônio de alguém, assim você poderá ser responsabilizado. Por quê? Pelo simples fato do sistema jurídico, o sistema de normas, assim o colocou em sua previsão.

Então, toda vez que isso acontecer e for passível de ser um ato ou omissão, há atribuição de efeitos jurídicos, veja; jurídicos, não estamos falando do âmbito pessoal, religioso, moral, mas jurídico propriamente dito, aí vamos dizer que ocorreu uma responsabilização sobre aquilo.

Quando falamos em responsabilização jurídica, é importante destacar que pode se dar em diversos âmbitos e ramos do direito, inclusive ao mesmo tempo. Daremos uma situação hipotética:

“Você está lá, conduzindo seu veículo, e aí você por um momento de distração ultrapassa o sinal vermelho, e em decorrência disso você atropela uma pessoa”.

Agora vamos analisar. Estamos lidando aqui, em uma situação em que você, por uma ação sua, transgrediu uma série de normas jurídicas e a partir disso, por ser relevante ao Direito por diversos aspectos, vão ser atribuídos algumas consequências. Vejamos; você primeiro transgrediu uma norma de trânsito que vai te gerar uma consequência administrativa no mínimo, pois você ignorou um comando que o estado te deu por meio daquele sinal vermelho para você parar, e você simplesmente avançou. Então aqui, ocorreu o fenômeno da subsunção e por isso ter acontecido, você vai responder pelas consequências que o próprio sistema jurídico, no âmbito desse direito administrativo do trânsito, vai te trazer. Nesse caso, a aplicação de uma multa.

Mas não somente você, por conta dessa atitude transgressora, também acabou agredindo, ferindo, lesionando outra pessoa. Ou seja, você incorreu em mais uma previsão de subsunção no direito penal, que no penal se chama tipificação, e por conta dessa tipificação do crime de lesão corporal, você será responsabilizado no âmbito do direito penal.

Você também sofrerá consequências no âmbito civil, que é o que importa para nós. Veja que elas acontecem ao mesmo tempo. Além de você ter violado uma norma de trânsito e por isso receber uma multa, ter cometido um crime e por isso ser passivo de responsabilização no âmbito penal na forma como ele prevê você também, ao atropelar uma pessoa, acabou transgredindo uma norma civil e por conta disso, você vai ser responsabilizado e essa sua atitude vai ser passiva de diversas consequências no âmbito civil.

Quando falamos de Direito Civil, estamos falando basicamente em aspectos patrimoniais. Então o objetivo da administração é a aplicação de penalidades no âmbito administrativo, no Direito Penal a finalidade é a privação de liberdade, restrição de direitos ou multa ali no âmbito do Direito Penal e na esfera cível estamos falando basicamente na sua obrigação que vai ser gerada a partir desse fato e que vai te conduzir a ter que indenizar uma pessoa, ou seja, reparar no âmbito da sua esfera patrimonial aquilo que você lesionou pela sua atitude transgressora.

2.1 RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL

A responsabilidade civil contratual ou aquiliana acontece quando a transgressão for em um acordo pactuado pelas partes. Como sabemos, o contrato não é uma lei, não tem força de lei, mas há uma previsão normativa que diz que toda vez que você violar essa normal contratual, você vai incorrer na responsabilização. Veja que o sistema sempre vai fechar numa espécie de comando legal, mesmo que o comando legal dê a autorização para que numa situação hipotética decorrente disso haja essa responsabilização.

Agora, o que mais nos importa nesse estudo, é a responsabilidade civil na modalidade extracontratual. A modalidade extracontratual é aquela em que há violação direta de uma norma. Então veja, no nosso exemplo supracitado, acerca do atropelamento da pessoa, quando você furou o sinal vermelho, é evidente que não havia um acordo de vontade formalizado que tivesse como expectativa a produção desse efeito, ou seja, atropelar a pessoa.

Então, a violação que você cometeu não foi de um prévio ajuste de vontade no âmbito contratual de um negócio jurídico, mas foi legal. Você, a partir do momento em que deixou de atender aquele comando do estado e avançou o sinal vermelho, violou uma expectativa que a lei criou em você.

Em se tratando de importante artigo do Código Civil, na modalidade extracontratual, temos o artigo 186, que diz:

“Art. 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”.

Aqui, vamos estudar o conceito de dano, que é o próximo assunto, então vamos destrinchar isso em dois momentos. O primeiro momento é agora, na responsabilidade civil e o segundo é no dano e o que ele vai trazer de consequências a partir disso.

O conceito de ato ilícito trazido o artigo 186 está bem tratado lá no artigo 927 do Código Civil, que vai dizer:

“Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Então veja que a atribuição de consequências vai ser dada por uma junção desses dois conceitos, o artigo 186 e o artigo 927. Porque no artigo 927 nos dirá que se você comete ato ilícito, está obrigado a indenizar. Essa obrigação de reparar, nos termos da lei, é a atribuição dos efeitos que falamos no começo.

Vejamos, se você deixa de fazer algo que seu namorado (a) esperava, você terá a atribuição de consequência para isso. Se você deixa de cumprir um contrato, também haverá consequências, mas de outro tipo. Agora, se você comete um ato ilícito e causa dano, ficará obrigado a repará-lo por previsão legal.

2.2 RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA E SUBJETIVA

De forma sucinta, a subjetiva será aquela em que haverá, naquele ato ilícito, o elemento da culpa e do dolo, enquanto a responsabilidade objetiva, aquela que decorre da teoria clássica, não é necessário haver dano e dolo para que haja responsabilização civil por isso.

3 DANO MORAL

Nas lições de Sílvia de Salvo Venosa (2015), o dano moral é um prejuízo imaterial, ou seja, afeta diretamente a saúde psíquica da vítima e lembra que o dano moral é a violação de um dos direitos da personalidade. Nas palavras do doutrinador, dano moral é a lesão ao direito à imagem, ao nome, à privacidade, ao próprio corpo etc.

Na sua obra sobre Responsabilidade Civil, Venosa (2015) aprofunda sua análise a respeito do tema, afirmando que o dano moral estará presente quando uma conduta ilícita causar a determinado indivíduo extremo sofrimento psicológico e físico que ultrapasse o razoável ou o mero dissabor, sentimentos estes, que muitas vezes podem até mesmo levar à vítima a desenvolver patologias como depressão, síndromes, inibições ou bloqueios.

Como Venosa (2015) dizia em sua obra:

Será moral o dano que ocasiona um distúrbio anormal na vida do indivíduo; uma inconveniência de comportamento ou, como definimos, um desconforto comportamental a ser examinado em cada caso. Ao se analisar o dano moral, o juiz se volta para a sintomatologia do sofrimento, a qual, se não pode ser valorada por terceiro, deve, no caso, ser quantificada economicamente.

Ele também citou:

Acrescentamos que o dano psíquico é modalidade inserida na categoria de danos morais, para efeitos de indenização. O dano psicológico pressupõe modificação da personalidade, como sintomas palpáveis, inibições, depressões, síndromes, bloqueios etc. Evidente que esses danos podem decorrer de conduta praticada por terceiro por dolo ou culpa.

O doutrinador ainda acrescenta que não é qualquer aborrecimento do dia a dia que justifica a indenização por dano moral. Deve-se ter como base, o comportamento do ser humano médio, que é um meio termo entre a pessoa extremamente sensível que se aborrece com qualquer contratempo cotidiano e a pessoa completamente fria que não altera seu humor ou seu comportamento com os aborrecimentos diários da vida.

Venosa ressalta ainda que não há critérios objetivos nem mesmo fórmula matemática para fixação de indenização por dano moral, sendo que nem mesmo a própria vítima possui condições de avaliar monetariamente o dano moral sofrido.

Venosa destaca que o dano moral ganhou força no ordenamento jurídico brasileiro com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que no artigo 5º, X, assegura à parte lesada o direito de indenização pelo dano moral ou material em caso de violação a qualquer dos direitos da personalidade.

Além do citado artigo 5º, X, previsto na Constituição Federal, o nosso Código Civil dispõe em seus artigos 186, 187 e 927 a respeito do dano moral. O artigo 186 do referido diploma legal dispõe:

“Art. 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”.

Já no artigo 187 supracitado, dispõe:

“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, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

E por fim, o artigo 927 prevê:

“Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

As palavras de Venosa:

Com frequência, muitas situações de rompimento da vida conjugal por culpa, adultério, bigamia, ofensas físicas, abandono moral e material, alcoolismo etc. ocasionam o dano moral ao cônjuge inocente, abrindo margem à pretensão de indenização nos termos do artigo 186, não havendo necessidade de norma específica para tal.

Dado isto, podemos concluir que o dano moral é um prejuízo imaterial, ou seja, o que é atingido pelo ato ilícito é psicológico da vítima, causando-lhe dor, sofrimento e angústia que vão além do mero aborrecimento e dos transtornos normais da vida cotidiana. É provocada por uma conduta ilícita, dolosa ou culposa, que viola o direito ao nome, à imagem, a privacidade, à honra, à boa fama e a dignidade da pessoa humana.

No entanto, o reconhecimento da existência de dano moral e o montante a ser fixado a título de indenização só será possível mediante contraditório e a ampla defesa, o que nem sempre é fácil no caso concreto.

4 FUNÇÃO PREVENTIVA

Nessa função, a inibição do ilícito é muito mais importante do que a sua reparação.

Tal escopo preventivo foi objeto de enunciado na V Jornada de Direito Civil, de novembro de 2011. Assim, consta no enunciado n. 446: “Art. 927. A responsabilidade civil prevista na segunda parte do parágrafo único do artigo 927 do

Código Civil deve levar em consideração não apenas a proteção da vítima e a atividade do ofensor, mas também a prevenção e o interesse da sociedade”.

Nota-se facilmente a intensificação dos riscos. Na medicina, temos os efeitos colaterais dos remédios e os riscos inerentes a qualquer prática médica. Além disso, vê-se, por exemplo, riscos nos transportes, no terrorismo e em outras formas de violência, etc.

A sociedade contemporânea é caracterizada pela ubiquidade do medo e dos riscos e isso se reflete na responsabilidade civil.

O risco de que se fala na função preventiva é diverso daquele presente na responsabilidade objetiva. Nesta, o risco das atividades econômicas forçou o reconhecimento de responsabilidade mediante a prova do dano e do nexo de causalidade. Retirou-se a exigibilidade da prova da culpa para permitir uma responsabilização objetiva. Ao abordar a função preventiva, fala-se de risco de dano com a finalidade de se antecipar a eles, de gerenciar as possibilidades de algum prejuízo vir a ocorrer e de efetivar medidas que os evitem.

Enquanto que a responsabilidade objetiva a preocupação é voltada para o dano que ocorre com a vítima, a ideia de risco, atualmente, procura se basear em um âmbito preventivo.

Os princípios da prevenção e da precaução assumem o escopo da responsabilidade civil, de modo que se devem prevenir os danos já conhecidos (prevenção) e hipóteses (precaução) presentes em todas as atividades, com suas peculiaridades próprias.

O princípio da precaução tem origem no direito ambiental, mais precisamente no direito alemão, na década de 70. Ao longo dos anos, apareceu em discussões acerca de temas ambientais, como a “Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano”, que ocorreu em Estocolmo em 1972. Posteriormente, o princípio da precaução foi tratado na “Conferência sobre o Mar do Norte”.

O princípio da precaução estendeu-se para outras áreas do Direito, como o direito sanitário, direito do consumidor e direito médico. Lopez (1999) conceitua-o:

O Princípio da precaução é aquele que trata das diretrizes e valores do sistema de antecipação de riscos hipotéticos coletivos ou individuais, que estão a ameaçar a sociedade ou seus membros com danos graves e irreversíveis e sobre os quais não há certeza científica; esse princípio exige a tomada de medidas drásticas e eficazes com o fito de antecipar o risco suposto e possível, mesmo diante da incerteza.

Com o contexto era marcado pela responsabilidade objetiva, a questão que se suscitou era de se a teoria do risco e a responsabilidade objetiva seriam eficazes no estágio atual de desenvolvimento da humanidade, em que há “novos riscos” desde o final do século XX. Sobre o assunto, Lopez (1999) defende a insuficiência da teoria do risco, inclusive a vertente do risco integral, que a torna incapaz de solucionar os problemas atuais que ocorrem na responsabilidade civil.

Outro fator interessante está relacionado aos seguros, no contexto da socialização dos riscos. O objetivo dos seguros era oferecer uma indenização às vítimas de maneira imediata, sendo que não se cogitava da culpa ou de perquirir a respeito do causador dos danos.

Semelhante ao seguro, a responsabilidade objetiva causou um descompromisso com a prevenção. As indenizações ocorriam após a prova do nexo de causalidade entre o dano e a atividade de risco. Os empreendedores e gestores das atividades buscavam compreender o preço das indenizações no próprio preço de seus produtos e serviços mediante cálculo atuarial.

A reparação dos danos não deve ser mais o norte da responsabilidade civil e de sua evolução. Diante do surgimento de novos riscos, cujos efeitos não sabemos com propriedade, principalmente com o aprimoramento das tecnologias, os princípios da prevenção e da precaução devem ser aplicados, preliminarmente a qualquer preocupação indenizatória.

Tendo em vista que a aplicação do princípio da precaução é um momento anterior ao dano, que é hipotético e abstrato, uma das críticas feitas contra o referido princípio é de que ele é um empecilho ou um obstáculo para o “progresso tecnológico e científico”. Para que não obste o desenvolvimento científico, é preciso que o princípio seja aplicado com razoabilidade, no sentido de precaver danos e não para promover uma situação pior com entraves ao progresso.

Os princípios da prevenção e da precaução causam um interessante efeito na responsabilidade civil. A finalidade de se antecipar aos danos e evita-los, mediante a cautela, o cuidado nas atividades econômicas, a efetivação de pesquisas, dentre outras medidas, suscitam o retorno da importância do elemento culpa para a responsabilidade civil.

A atuação dessa função dá-se em um momento prévio ao dano e posterior a ele. Assim, procura-se inserir medidas que possam anteceder ao dano. Ademais, existem medidas que procuram disciplinar o agente que comete danos para que este não volte a exercer sua atividade lesiva. Aqui não é somente o efeito de punir, mas de educar e de prevenir danos. Neste sentido, a função punitiva da responsabilidade civil é um caminho de atuação da função preventiva, podendo-se falar de função punitivo-preventiva.

5 FUNÇÃO PUNITIVA

A função punitiva tem como objetivo punir aquele que cometeu a ofensa, por meio do pagamento de uma indenização suficiente para demonstrar que o ato ilícito praticado não é tolerável pela justiça. Apresenta-se como uma função indispensável para desestimular novas infrações, tendo em vista que a impunidade do agente lesante pode transmitir a ideia de uma vantagem obtida no cometimento do ilícito. Clayton Reis afirma neste sentido:

A compensação da vítima tem um sentido punitivo para o lesionador, que encara a pena pecuniária como uma diminuição do seu patrimônio material em decorrência do seu ato lesivo. Esse confronto de forças, de um lado a vítima que aplaca o seu sentimento de vingança pela compensação recebida, e do outro o lesionador que punitivamente paga pelos seus atos inconsequentes, é forma de o Estado agiu para conseguir o equilíbrio de forças antagônicas. (REIS,1995, p.90).

Apesar de inúmeros autores defenderem o caráter punitivo da reparação extrapatrimonial, há uma resistência dos tribunais brasileiros à aplicação de tal instrumento. Essa cautela origina-se, em parte, de acontecimentos comuns nos julgados de tribunais dos Estados Unidos, onde, reiteradas vezes, são definidas

indenizações milionárias por motivos fúteis, sem a menor equivalência racional de dano e consequência. Como Rui Stoco aponta:

Nesse país o exagero nas pretensões de quem pede – particulares ou consumidores – e a perda de senso de equilíbrio e de equidade que devem nortear e orientar (na fixação do valor do dano) aquele a quem se pede, contribuíram decisivamente para estabelecer a verdadeira “indústria” das indenizações. (STOCO, 2004, p.1704).

Em que pese os argumentos acima, nos julgados pátrios o risco do quantum indenizatório alcançar valores exorbitantes é quase nulo, uma vez que os magistrados pautam-se na ideia de que os valores arbitrados não podem causar um enriquecimento sem causa da vítima. Podemos tomar como exemplo o a seguinte jurisprudência:

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DÍVIDA QUITADA. RESTRIÇÃO INDEVIDA. TRANSTORNOS. DANOS MORAIS. CONDENAÇÃO MANTIDA. RECURSO, NESTA PARTE, IMPROVIDO. Deve ser reconhecido o dever de indenização por danos morais, em decorrência dos transtornos e aborrecimentos causados com a arbitrariedade da Requerida, no momento da cobrança de débito quitado, com a restrição do seu nome junto aos Órgãos de restrição. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. RESTRIÇÃO INDEVIDA. FIXAÇÃO DOS DANOS MORAIS EM DEZ (10) SALÁRIOS MÍNIMOS. VALOR DO DANO MORAL NÃO PODE CAUSAR ENRIQUECIMENTO. RECURSO, NESTA PARTE, PROVIDO. Reputa-se razoável o arbitramento da indenização, por danos morais, em 10 salários mínimos, a Requerente, levando em conta as repercussões por ela sofridas com a restrição do nome. (TJ-SP - APL: 1212285020118260100 SP 0121228-50.2011.8.26.0100, Relator: Armando Toledo, Data de Julgamento: 27/11/2012, 31ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 29/11/2012). (grifo nosso).

Outro fator que dificulta a utilização da função punitiva seria o fato de que o sistema jurídico brasileiro faz uma separação entre o direito civil e o direito penal. Segundo alguns doutrinadores, a orientação do direito penal pelo princípio da legalidade afasta as pretensões punitivas no que pese a responsabilidade civil, pois não existe legislação a respeito da punição de causadores de dano extrapatrimonial. Uma vez que o direito penal visa punir e reprimir crimes, o direito civil busca a reparação a um estado anterior ao ato danoso causador de prejuízo à vítima.

Por outro lado, Talamini (2001, p. 178- 179) posiciona-se no sentido de que não há nenhuma incoerência entre o sistema penal e civil com relação à punição nas ocorrências de dano extrapatrimonial, como se observa no trecho abaixo:

A sanção retributiva negativa (punitiva), que se constitui pela imposição de uma desvantagem para o transgressor da norma, recebe também o nome de pena. Aflige-se um mal ao sancionado, ou priva-se-lhe de um bem, em reprovação pela conduta ilícita. A sanção punitiva não opera só na esfera criminal - ainda que geralmente se reserve o termo “pena” à consequência da conduta ilegalmente tipificada como crime. Também há, portanto, sanção punitiva civil. O liame unificador de todas essas punições – civis e criminais – está no seu escopo aflitivo: pune-se como reprovação pelo ilícito, e não com o escopo primordial de obter situação equivalente a que existiria se não houvesse a violação.

Concordamos com Talamini neste sentido, pois entendemos não ser possível o alcance de uma justa interpretação do tamanho do dano causado sem levar em consideração que o autor do dano seja punido por sua prática, deixando claro a reprovabilidade de sua conduta perante o poder judiciário e, conseqüentemente, à sociedade. Além de considerarmos que não existe na aplicação do direito apenas a intenção de punir por punir, sem que haja um propósito repressivo à conduta lesiva.

6 PUNITIVE DAMAGES

A função punitiva do dano moral encontra seu maior respaldo no direito norte-americano sob a denominação de *Punitive Damages* ou *Exemplar Damages*. Este instituto é pautado na ideia de punir o ofensor pelo dano causado para que o fato em questão não volte a ocorrer, servindo assim, de exemplo para os demais.

Há muita discussão entre os doutrinadores brasileiros a cerca da possível adoção do *punitive damages* pelo ordenamento jurídico nacional, nos moldes norte-americanos. Alguns autores sustentam que a aplicação da teoria do desestímulo afronta o art. 5º, V e X da Constituição Federal que permite apenas indenização por dano material e moral, na medida da lesão causada, não permitindo uma indenização punitiva, a qual poderia se passar por um enriquecimento descabido da vítima proporcionando valores que ultrapassam a compensação pelo dano experimentado. A posição de Rodrigo Delgado é um exemplo deste sentido:

Portanto, o que o dispositivo constitucional permite é que se defira uma indenização, por danos morais ou materiais, podendo ser concedidos ambos, cumulativamente, pois, a Súmula n.º37 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) permite essa cumulação. Todavia, em momento algum o permissivo constitucional menciona uma verba a ser concedida a título de danos punitivos, ou danos exemplares, porquanto isso feriria de forma brutal a Carta Republicana de 1988. No Brasil, essa teoria é, destarte, impraticável. Para sua implantação, seria necessário que se elaborasse uma nova Constituição. Caso contrário, qualquer pretensão neste sentido, já nasce fadada à inconstitucionalidade, uma vez que não se coaduna com o sistema constitucional em vigor. Ademais, consoante já dito, a teoria do valor do desestímulo cria um ilegal sistema híbrido, mesclando o Direito penal e o Direito civil. (DELGADO, 2011, p.316).

No sentido oposto, há doutrinadores que se mostram favoráveis ao instituto dos *punitive damages* por entenderem ser uma saída mais justa para uma responsabilização civil do causador do ato ilícito, de forma que influencie na diminuição de seu patrimônio a fim de realmente reprimir novos atos do tipo. O jurista Carlos Alberto Bittar aponta que:

Adotada a reparação pecuniária – que, aliás, é a regra na prática, diante dos antecedentes expostos -, vem-se cristalizando orientação na jurisprudência nacional que, já de longo tempo, domina o cenário indenizatório nos direitos norte-americano e inglês. É a fixação de valor que serve como desestímulo a novas agressões, coerente com o espírito dos referidos *punitive* ou *exemplar damages* da jurisprudência daqueles países. Em consonância com essa diretriz, a indenização por danos morais deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo advindo. Consubstancia-se, portanto, em importância compatível com o vulto dos interesses em conflito, refletindo-se de modo expressivo, no patrimônio do lesante, a fim de que, sinta efetivamente, a resposta da ordem jurídica aos efeitos do resultado lesivo produzido. Deve, pois, ser quantia economicamente significativa, em razão das potencialidades do patrimônio do lesante. (BITTAR, 1999, p.232-233)

Para que não ocorra o tão temido enriquecimento ilícito, cabe aos operadores do direito tomarem o devido cuidado no momento da apreciação da lide, levando em consideração tanto a quantidade do dano causado quanto a capacidade do causador. Portanto, o *punitive damage* pode ser usado pelo direito pátrio levando em consideração seus princípios basilares e, com o cuidado esperado, aqueles que recorrem ao judiciário poderiam ter suas demandas mais amplamente satisfeitas.

Alguns julgados, mesmo com certa dificuldade, procuram aplicar o instituto de origem norte-americana. Utilizando o argumento da necessidade de observância das funções preventivas e punitivas da responsabilidade civil. Trazemos como exemplo o seguinte acórdão:

RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. DUPLICATA MERCANTIL. PROTESTO INDEVIDO. ENDOSSOMANDATO. RESPONSABILIDADE DO ENDOSSANTE. PRECEDENTE. ART. 1.313 DO CÓDIGO CIVIL. DIREITO DE REGRESSO. RESSALVA. VALOR DA INDENIZAÇÃO. APLICAÇÃO DO DIREITO À ESPÉCIE. RECURSO PROVIDO.

I – Na linha da orientação deste Tribunal, no endosso-mandato, por não haver transferência da propriedade do título, o mandante é responsável pelos atos praticados por sua ordem pelo banco endossatário.

II – Não há negar, ademais, a responsabilidade da endossante também por não ter sido eficiente em impedir que o banco encarregado da cobrança efetivasse o protesto da cártula, consoante os fatos registrados em sentença.

III – A indenização pelo protesto indevido de título cambiariforme deve representar punição a quem indevidamente promoveu o ato e eficácia ressarcitória à parte atingida.

IV – Fica ressaltado, no entanto, o direito de regresso do endossante contra o endossatário, nos termos do art. 1.313 do Código Civil.

V- O protesto indevido de duplicata enseja indenização por danos morais, sendo dispensável a prova do prejuízo. (STJ - REsp: 835638 RS 2006/0073432-0, Relator: Ministro JORGE SCARTEZZINI, Data de Julgamento: 06/06/2006, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 01/08/2006 p. 453).

O enaltecimento da ideia da advertência contra o encorajamento a novas condutas semelhantes justifica a aplicação do instituto em análise. Na verdade, o aspecto vingativo observado por alguns doutrinadores não existe quando se analisa a sua estrutura com cuidado. A decisão do pagamento de um valor mais elevado não passa de uma atitude mais firme por parte do Poder Judiciário na busca pela paz social.

7 LUCRO ATRAVÉS DO DANO AO CONSUMIDOR

Mesmo com o Código de defesa do consumidor criado principalmente para tornar mais justas as relações de consumo, é muito comum que se veja demandas judiciais motivadas pelo desrespeito à legislação que protege o consumidor em decorrência de interesses econômicos dos empresários. Apesar disso, os valores fixados a título de indenização norteados apenas na reparação dos danos morais e materiais causados, mostram-se insuficientes para reprimir as práticas danosas por parte das empresas.

Preocupação recorrente na doutrina e jurisprudência com relação à aplicação do dano moral no direito brasileiro é o arbitramento de indenizações exorbitantes. O receio em majorar valores desproporcionais faz surgir um conjunto de decisões que não satisfazem todas as finalidades da responsabilidade civil. Este fator é o principal motivo da não utilização efetiva do dano moral punitivo no momento da fixação dos valores indenizatórios.

Juntando a isso, há a ideia de que altos valores podem fomentar uma indústria ou mercantilização do dano moral e conseqüentemente, a banalização do instituto. Argumenta-se, ainda, que valores que não têm com o dano causado podem provocar o enriquecimento sem causa ou ilícito da vítima.

Ainda existe muita cautela na admissão de valores que, efetivamente, exerçam a finalidade punitiva. No entanto, essa relutância pelo instituto se mostra sem fundamento. Pelo motivo de que no sistema jurídico brasileiro, uma mesma decisão pode ser revista mais de uma vez, impedindo que persistam valores que superem o bom senso. Além disso, desde que o valor arbitrado seja devidamente fundamentado pela autoridade judicial, não se pode falar em enriquecimento sem causa do lesado, pois este foi vítima de um dano.

No mais, as decisões costumam ser pautadas nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, salvo exceções raras. Os julgados, em sua maioria, argumenta-se a importância do equilíbrio e da moderação na quantificação do valor a título de indenização.

Certamente tais critérios são imperiosos na quantificação do dano moral e em alguns casos, a exemplo dos julgados americanos, corretores de indenizações desproporcionais.

Entretanto, na seara do direito do consumidor, é preciso levar em conta também, no caso concreto, a abrangência econômica da empresa responsável pelo dano. Para evitar o risco de reiteração do fato, o valor da indenização punitiva deveria ser elevado no caso de demandas que envolvam grandes empresas. Do outro lado, uma empresa que não dispõe de recursos financeiros suficientes, se condenada a valores excessivos, poderia vir à falência.

Apesar de decisões fundamentadas na necessidade de punir os responsáveis pelo dano, os julgadores não imputam quantidades suficientes para fazer valer o objetivo da função punitiva. Ao contrário, quantias ínfimas proporcionam noção de impunidade e intensificam as práticas abusivas pela noção de impunidade proporcionada.

Esse fato é mais perceptível nas relações de consumo. Grandes empresas optam por manter as práticas lesivas ao consumidor, pois se faz mais vantajoso o pagamento de indenizações irrisórias do que investir em qualidade de produtos e serviços. Sem contar o fato de que nem todos os consumidores lesados recorrem ao judiciário, seja por causa de suas custas, seja pela morosidade da justiça, ou mesmo por pensarem que aquele fato já se tornou comum. Desse modo, o desrespeito ao consumidor continua e, em consequência, as demandas judiciais aumentam em número.

Pelo exposto, deve-se focar na eliminação do lucro gerado às custas dos danos suportados pelo consumidor. O provocador do dano não deve ficar impune, pois esse tipo de situação não gera dano apenas ao consumidor no caso concreto, na verdade, toda a sociedade perde no sentido de que a impunidade somente gera um comportamento repetitivo dos causadores do dano.

Uma forma de cessar esse desrespeito constante aos consumidores seria uma atuação mais combativa do Judiciário pátrio, por meio da imposição de indenizações contra comportamentos lesantes de maneira a ter o caráter punitivo inserido em seu *quantum*. Através disto, as empresas seriam conscientizadas dos riscos que a falta de cuidados com os direitos dos consumidores poderia causar, melhorando assim, a prestação de serviços e fornecimento de produtos.

A proposta fundamental da função punitiva e uso do instituto do punitive damages seria, diante do exposto, a busca pelo equilíbrio nas relações de consumo. Sem a impunidade provocada pelas indenizações módicas, as relações que teria o mercado com o consumidor suscitariam em um caráter mais justo e igualitário.

Referências

BITTAR, Carlos Alberto. **Responsabilidade civil**: teoria e prática. 3. ed., rev. e atual. Por Eduardo C.B. Bittar. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, pp. 232-233.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 02 de jun. 2019

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm

DELGADO, Rodrigo Mendes. **O valor do dano moral**: Como chegar até ele. Teoria e Prática: Teoria do Valor do Desestímulo, 3ª ed., rev., atual. e amp. São Paulo: HH Mizuno, 2011, p. 316.

LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. **Garantia de acesso à justiça**: assistência judiciária e seu perfil constitucional. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (coord.). Garantias constitucionais do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999;

REIS, Clayton. **Dano moral**. 4. ed. atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p.90 *et. seq.*

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 1704.

STJ - REsp: 835638 RS 2006/0073432-0, Relator: Ministro JORGE SCARTEZZINI, Data de Julgamento: 06/06/2006, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 01/08/2006 p. 453, Jusbrasil, 2006. Disponível em:

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7148394/recurso-especial-resp-835638-rs-2006-0073432-0/>. Acesso em: 02 de jun. 2019.

TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 178- 179.CPC461CDC84.

TJ-SP – APL:1212285020118260100 SP 0121228-50.2011.8.26.0100, Relator: Armando Toledo, Data de Julgamento: 27/11/2012, 31^a Câmara de Direito Privado, Jusbrasil, 2012. Disponível em: <https://tjsp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22732965/apelacao-apl-1212285020118260100-sp-0121228-5020118260100-tjsp?ref=serp>. Acesso em : 02 de Junho de 2019.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**: direito de família. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015.