

A FUNÇÃO PUNITIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL: UMA ANÁLISE DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA POR DANO SOCIAL NO BRASIL

THE PUNITIVE FUNCTION OF CIVIL LIABILITY: AN ANALYSIS OF THE PUNITIVE DAMAGES BY SOCIAL INJURIES IN BRAZIL

João Victor Rozatti Longhi¹
Letícia Rezende Silva²

RESUMO

Este trabalho versa sobre a responsabilidade civil e suas mudanças ao longo dos últimos anos, tendo em vista o fenômeno conhecido por constitucionalização do Direito privado. Além, busca investigar também a função punitiva da responsabilidade civil e sua crescente aplicação no país, desenvolvendo uma apreciação do instituto estrangeiro chamado *punitive damages* como parâmetro de comparação e estudo. Para uma melhor compreensão do instituto será realizada uma breve análise histórica e conceitual, para que assim seja possível entender quais são suas funções e alguns aspectos que têm sido levantados no Brasil, quais sejam: a importância das indenizações punitivo-pedagógicas, como fixar o quantum indenizatório, a destinação das indenizações punitivas e a vedação ao enriquecimento sem causa. Por fim, através de explanação acerca do conceito de dano social e sua aplicação jurisprudencial, visa-se demonstrar como os Tribunais brasileiros têm tentado aplicar indenizações punitivas de cunho social, além do mais, evidenciará a necessidade da positivação destas, e as tentativas já feitas.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade; Civil; Indenizações; Punitivas; *Punitive Damages*; Dano; Social

ABSTRACT

The paper aims to analyze civil liability and its changes over the past few years, in consequence of the phenomenon called constitutionalization of private law. In addition, specifically examines the punitive function of civil liability and its growing application in the country, developing an appreciation of the foreign institute called punitive damages as a comparison and study parameter. For a better understanding of the institute a brief historical and conceptual analysis will be performed, so that it becomes possible to understand what are their functions and some issues that have been raised in Brazil, which are: the importance of punitive damages, how to fix the amount of indemnity, the destination of the amount fixed as punitive damages and the problem of the unjust enrichment. Finally, through the explanation about Social Damage and the analysis of homelands jurisprudence, remain demonstrated how Brazilian courts have attempted to apply punitive damages of social characteristics, moreover, will emphasize the need of positivization of these institutes, and the attempts ever made.

KEY-WORDS: Civil; Liability; Indemnities; Punitive; Damages; Damage; Social

1. INTRODUÇÃO

¹ Professor Assistente-DE da Faculdade de Direito 'Prof. Jacy de Assis' da Universidade Federal de Uberlândia. Mestre em Direito Civil pela UERJ e Doutorando em Direito do Estado pela USP.

² Acadêmica do curso de bacharelado de Direito da Faculdade de Direito 'Prof. Jacy de Assis' da Universidade Federal de Uberlândia. Pesquisadora PIVIC/CNPQ.

O Direito brasileiro tem passado por um período de intensas modificações em razão da releitura da ordem infraconstitucional à luz da Constituição Federal, fenômeno chamado de Constitucionalização do Direito.

A Constitucionalização do Direito resultou em mudanças de entendimento em institutos há muito tempo consolidados, dentre estes a Responsabilidade Civil que prima por uma aplicação mais atenta a questões transindividuais.

Há quem preconize que se faz necessário o estímulo às indenizações de cunho punitivo, preventivo e pedagógico, deixando de lado a responsabilidade civil meramente compensatória e ressarcitória que não mais satisfaz a complexidade das relações humanas.

O presente trabalho fará uma análise do instituto estrangeiro *punitive damages*, buscando abarcar a tentativa de incorporá-lo no Direito brasileiro e alguns outros aspectos relevantes, como sua importância e as técnicas de fixação e destinação do *quantum indenizatório*.

Em razão das mudanças de paradigma na responsabilidade civil a doutrina identifica o surgimento de espécies autônomas de dano, tais como o dano moral coletivo, dano por perda de uma chance, e, dentre estas, o dano social, recorte principal do presente estudo.

Em linhas gerais, pode-se conceituar dano social como aquele que, através de uma conduta socialmente reprovável, dolosa ou gravemente culposa, vai além da esfera individual da vítima atingindo os direitos difusos e ocasionando em um rebaixamento do nível de vida da coletividade, ou seja, de sujeitos indeterminados ou indetermináveis.

A tentativa de punir grandes conglomerados empresariais por condutas repetitivas que atingem os direitos difusos da sociedade tem resultado na aplicação de indenizações punitivas em razão de danos sociais, mesmo sem prévia cominação legal.

Sendo assim, o artigo pretende debruçar-se sobre o tema, através de análise doutrinária e principalmente jurisprudencial. Por fim, será feita uma breve explanação acerca da positivação das indenizações punitivas, tais como o Projeto de lei nº 6960/02, popularmente conhecido como “Projeto Fiuza” e o Projeto de Lei nº 413/07, e a necessidade de incorporar o dano social expressamente no ordenamento jurídico, mesmo a despeito da burocratização e lentidão do sistema legislativo brasileiro.

2 – A RESPONSABILIDADE CIVIL NO BRASIL E OS NOVOS PARADIGMAS

2.1. ASPECTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil pode ser vista, em uma abordagem inicial, como a obrigação de reparar ou compensar um dano patrimonial ou extrapatrimonial causado em razão de uma

ação, omissão ou risco criado aos direitos de outrem, buscando o retorno ao *stato quo ante* de equilíbrio social seja restaurado.

Carlos Roberto Gonçalves versa sobre o conceito de responsabilidade civil da seguinte forma:

Toda atividade que acarreta prejuízo traz em seu bojo, como fato social, o problema da responsabilidade. Destina-se ela a restaurar o equilíbrio moral e patrimonial provocado pelo autor do dano. Exatamente o interesse em restabelecer a harmonia e o equilíbrio violados pelo dano constitui a fonte geradora da responsabilidade civil. Pode-se afirmar, portanto, que responsabilidade exprime ideia de restauração de equilíbrio, de contraprestação, de reparação de dano.³

Por seu turno, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho lecionam que:

[...] diríamos que a responsabilidade civil deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando, assim, o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor in natura o estado anterior de coisas.⁴

Por fim, há que trazer à tona o conceito conferido pelo professor José de Aguiar Dias:

O instituto é essencialmente dinâmico, tem de adaptar-se, transformar-se na mesma proporção em que evolve a civilização, há de ser dotado de flexibilidade suficiente para oferecer, em qualquer época, o meio ou processo pelo qual, em face de nova técnica, de novas conquistas, de novos gêneros de atividade, assegure a finalidade de restabelecer o equilíbrio desfeito por ocasião do dano, considerado, em cada tempo, em função das condições sociais então vigentes.⁵

Como já se mencionou alhures, a responsabilidade civil tem a função de restaurar a ordem social alterada pelo dano, seja através da reparação integral ou de sua compensação, porém, em segundo plano, acoplada às funções primárias, afirma-se que estaria a função de sancionar e prevenir a reincidência de tal conduta (punitivo-pedagógica).

Parte significativa da doutrina assevera que a função punitiva realmente se vê presente na responsabilidade civil, em especial no que tange aos danos morais, todavia esta característica só está presente por ser uma espécie de consequência da necessidade de compensar o prejuízo ocasionado.

Como leciona Carlos Roberto Gonçalves:

³ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro - Responsabilidade Civil, vol. 4. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 19.

⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze. Pamplona Filho, Rodolfo. Novo curso de direito civil, vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 54.

⁵ DIAS, José de Aguiar. Da Responsabilidade Civil – 12ª ed.. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011. p. 18-19.

O caráter punitivo é meramente reflexo ou indireto: o autor do dano sofrerá um desfalque patrimonial que poderá desestimular a reiteração da conduta lesiva. Mas a finalidade precípua do ressarcimento dos danos não é punir o responsável, e sim recompor o patrimônio do lesado.⁶

Contrariamente, Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes e Heloísa Helena Barboza, para quem os *punitive damages* não têm guarida no ordenamento jurídico pátrio, pelos seguintes argumentos: Ausência de previsão legal e violação do princípio da legalidade estrita previsto constitucionalmente; risco de bis in idem haja vista ser possível a responsabilidade criminal paralela à civil (art. 935, CC0); possibilidade de recair a indenização punitiva em outra pessoa que não o ofensor, ultrapassando a pessoa do condenado, havendo incluso hipóteses em que é vedada a ação de regresso (934, CC); possibilidade de exclusão contratual pela seguradora de cobertura por *punitive damages*, deixando o autor do dano sem resguardo por eventual indenização neste sentido; riscos de que a teoria seja aplicada na responsabilidade civil do Estado, podendo ocasionar prejuízos à ordem financeira a serem arcados pelo contribuinte; possibilidade de desestímulo à responsabilidade objetiva.⁷

Entretanto, é certo que mesmo os críticos reconhecem a importância do instituto, principalmente em “casos em que a extensão do dano é insignificante e as indenizações, por reflexo, atingem caráter irrisório se comparados ao lucro obtido pelo próprio agente com a conduta danosa”.⁸ Dessa forma, será analisado a seguir como o instituto se insere nas tendências contemporâneas da responsabilidade civil.

2.2. NOVOS PARADIGMAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL E O SURGIMENTO DAS NOVAS ESPÉCIES DE DANO

Primeiramente, é preciso atentar para o fato de que atualmente passamos por um processo de constitucionalização do Direito privado, em especial no que se refere ao ramo do Direito Civil, conhecido por Direito Civil-Constitucional. A constitucionalização do Direito traduz a recompreensão de diversos institutos há muito tempo consolidados na doutrina e jurisprudência pátria. Dentre estes está a responsabilidade civil. Nesse sentido, Gustavo Tepedino:

⁶ GONÇALVES. Op. Cit.. p. 342.

⁷ Cf. BARBOZA, Heloísa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina; TEPEDINO, Gustavo. Código comentado conforme a Constituição da República. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 863-864.

⁸ id. p. 864.

[...] a perspectiva de interpretação civil-constitucional permite que sejam revigorados os institutos de direito civil, muitos deles defasados da realidade contemporânea e por isso mesmo relegados ao esquecimento e à ineficácia, repotencializando-os, de molde a torna-los compatíveis com as demandas sociais e econômicas da sociedade atual.⁹

Dentre as mudanças mencionadas alhures, destacam-se para desenvolvimento do presente estudo: 1. A crescente tentativa de ampliação das funções punitiva e pedagógica da responsabilidade civil, tomando como referência o instituto estrangeiro chamado *punitive damages*.; 2. O desenvolvimento da teoria de uma terceira função da responsabilidade civil, a chamada distributiva, na qual aquilo que foi retirado da coletividade através de um dano ocasionado por grandes conglomerados econômicos, deve ser a ela devolvido.¹⁰

Em segundo lugar, vale ressaltar que a Constituição brasileira vigente conferiu grande destaque e importância aos direitos transindividuais, tornando necessário o surgimento de aparatos jurídicos que lhe conferissem maior proteção.

Portanto, a imprescindibilidade de conferir maior proteção aos interesses coletivos e difusos combinada com as mudanças de paradigma da responsabilidade civil resultou no reconhecimento de espécies autônomas de dano, quais sejam, o dano moral coletivo, o dano social e o dano por perda de uma chance, por exemplo. Nesse sentido, Anderson Schreiber:

O fenômeno da constitucionalização do direito civil refletiu-se, portanto, também na responsabilidade civil, e de forma notável. Um novo universo de interesses merecedores de tutela veio dar margem, diante da sua violação, a danos que até então sequer eram considerados juridicamente como tais, tendo, de forma direta ou indireta, negada a sua ressarcibilidade.¹¹

Por concludente, conforme assevera Gustavo Tepedino, cabe ao Direito Civil incentivar os novos horizontes da ciência e tecnologia sem perder de vista a dignidade da pessoa humana, o que resultou em reflexos na responsabilidade civil com o surgimento de novos danos ressarcíveis.¹²

3 – OS DANOS PUNITIVOS OU *PUNITIVE DAMAGES*

3.1. BREVE HISTÓRICO ACERCA DOS *PUNITIVE DAMAGES*

⁹ TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil, Tomo I - 4ª ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.22.

¹⁰ TJSP – Comarca de Jales – Processo n.º 0005261-74.2013.8.26.0297 - RENATA RUIZ SILVA X TIM CELULAR S.A - Sentença n.º 4789/2013 registrada em 10/10/2013 no livro n.º 513 às Fls. 262/349

¹¹ SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos – 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2009. p. 88.

¹² f. TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil – Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 23.

O instituto dos *punitive damages* remonta das sociedades primitivas, em especial dos primórdios do Direito Romano no qual a responsabilidade civil possuía o intuito principal de punir, reprimir as condutas lesivas aos interesses privados de outrem, e somente em segundo plano o intuito de ressarcir o indivíduo lesado. Porém, no período denominado de justinianeu esta prioridade se inverteu e o direito privado sofreu um processo de “despenalização”.

Somente no século XVIII, nas cortes do Reino Unido, ressurgiu tal instituto, também chamado de *exemplary damages*, como justificativa para indenização nos casos em que não existia um prejuízo real, ou seja, quando o dano causado era essencialmente extrapatrimonial. Com a evolução do Direito os prejuízos extrapatrimoniais foram acoplados a outros institutos, restando aos *exemplary damages* apenas a finalidade de punir a conduta lesiva e prevenir sua reincidência.¹³

Atualmente o instituto dos *punitive damages* é adotado em diversos países, em especial nos anglo-saxônicos, sendo importante destacar a ampla aplicabilidade e severidade deste instituto no Direito norte-americano. É preciso destrinchar o famoso caso *Grimshaw vs. Ford Motor Company*¹⁴, também chamado de *Ford Pinto Case*, julgado pela Corte Americana em 1972, que ganhou destaque mundial pela aplicação dos *punitive damages* e do grau de reprovabilidade da conduta praticada pela *Ford*.

A *Ford* com intuito de inovar no ramo automobilístico, de conferir mais conforto aos compradores e economizar na fabricação do veículo, criou um projeto onde o tanque de combustível ficaria situado atrás do eixo traseiro do carro.

Porém, restou provado nos autos do processo que durante os testes de colisão os engenheiros descobriram que um acidente envolvendo a traseira desse tipo de veículo poderia romper o tanque de combustível e provocar um incêndio. Apesar dos riscos envolvendo o uso desse veículo a *Ford* decidiu produzi-lo e colocá-lo no mercado como originalmente projetado.

Em 1972 Lily Gray e Richard Grimshaw foram vítimas de um acidente envolvendo o *Ford Pinto*, que, como previsto, se incendiou, ocasionando a morte de Lily Gray.

Durante o tramite do processo foi comprovado que os problemas no projeto além de serem de conhecimento da empresa, foram alvo de estudo para apurar qual o custo-benefício

¹³ Para uma abordagem histórica mais aprofundada, V. SERPA, Pedro Ricardo E. [corrigido] Indenização Punitiva. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, USP, São Paulo. 2011. p. 27 e ss. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-15052012-102822/publico/Dissertacao_Indenizacao_Punitiva.pdf>. Acesso em 19 fev. 2014.

¹⁴ Cf. LEGGETT, Christopher. The ford pinto case: the valuation of life as is applies to the negligence-efficiency argument. Disponível em: < <http://www.wfu.edu/~palmitar/Law&Valuation/Papers/1999/Leggett-pinto.html>> Acesso em: 11 março 2013.

de não modificar o projeto original, ou seja, qual seria o valor necessário para suprir as indenizações, incluindo possíveis mortes e lesões corporais.

O Tribunal da Califórnia entendeu que a política da empresa desvalorizava e banalizava a vida humana, sendo assim proferiu sentença que fixava, além do montante indenizatório e compensatório, o pagamento de grande quantia em dinheiro a título punitivo, tornando o *Pinto Case* um marco na história de aplicação dos *exemplary damages*.

Os *punitive damages* foram amplamente difundidos pelo mundo nas últimas décadas, porém o referido instituto ainda não foi enraizado no ordenamento jurídico pátrio, ou mesmo extensivamente admitido pela jurisprudência.

No Brasil muito se fala na expansão da responsabilidade civil, visto que, tradicionalmente, a função deste instituto no Brasil é a de reparação do dano, seja pelo ressarcimento do prejuízo sofrido ou mesmo através da compensação do dano por montante em dinheiro. Sendo assim, o valor da indenização não deve ultrapassar a extensão do prejuízo ou do dano sofrido (art. 944, CC).

Após a promulgação da Constituição da República de 1988 a visão tradicional tem sido ofuscada pelo surgimento de novos paradigmas na responsabilidade civil, visto que renomados doutrinadores e juristas brasileiros têm compreendido que a indenização deve ir além das funções reparatória e compensatória, para que só assim consiga ser efetivo diante da complexidade das relações sociais na atualidade.

Dentre as novas funções que têm sido comentadas no meio jurídico destacam-se a preventiva e a punitiva, características base dos *punitive damages*, contudo, a aplicação de uma indenização com tais características ainda encontra resistência no tradicionalismo exacerbado, no positivismo e na burocracia na aprovação de novas leis.

Como leciona Geneviève Viney, a responsabilidade civil, tradicionalmente, tem como função principal, senão única, assegurar a reparação de danos, porém esta visão tem sido alvo de críticas por parte da doutrina que tem entendido que a responsabilidade nestes moldes está unicamente voltada ao passado e que busca uma orientação voltada para o futuro, acoplando outras funções como a de dissuasão de comportamentos incorretos e danosos, bem como a função de prevenção.¹⁵

3.2. CONCEITO E FINALIDADES DOS *PUNITIVE DAMAGES*

¹⁵ VINEY, Geneviève. As Tendências Atuais do Direito da Responsabilidade Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Organizador). Direito Civil Contemporâneo – Novos Problemas À Luz da Legalidade Constitucional. São Paulo: Atlas, 2008. p. 54-55.

Como já foi elucidado anteriormente, os *punitive damages* possuem diversas denominações, tais como: *exemplary damages*, *penal damages*, *smart money*, *punitory damages* ou mesmo indenização punitiva, pena civil ou privada.

Independente de como se prefere chamá-lo, este instituto possui, em suma, o propósito de punir o ofensor pelo ato ilícito cometido contra outrem. Os *punitive damages* pretendem também, além de punir o ofensor, desestimular a prática de atos semelhantes, ressaltando assim a função social da responsabilidade civil.¹⁶

Resumidamente, os *exemplary damages* possuem dois objetivos principais, o de caráter punitivo, que visa castigar o ofensor pela prática do ato ilícito, e o preventivo-pedagógico, que pretende mitigar a prática de novos atos ofensivos de mesma característica.

A indenização punitiva, ultrapassando as antigas barreiras entre o direito civil de caráter meramente ressarcitório e o direito penal exclusivamente punitivista, pretende trazer para o Direito privado as sanções punitivas.

Os *punitive damages* consistem em grande quantia em dinheiro somada a indenização compensatória que só poderá ser concedida se no ato lesivo estiver presente quaisquer das características subjetivas que se assemelham com o dolo, tais como a negligência grave, malícia, fraude, opressão, arbitrariedade, dentre outros.

Nelson Rosenvald afirma acerca das finalidades dos *punitive damages* que:

Os *punitive damages* são deferidos com duas finalidades: retributiva (*punishment*) e desestímulo (*deterrence*). A retribuição reclama que a conduta revele extrema reprovação social – uma malícia, evidenciada pelo dolo ou grave negligência do agente -, cumulada ao desestímulo, no sentido de direcionar a pena e afligir o transgressor, induzindo-o a não reiterar comportamentos antissociais e ultrajantes análogos.¹⁷

Por seu turno, Judith Martins-Costa e Mariana Souza Pargendler:

¹⁶ RESEDÁ, Salomão. A Função Social do Dano Moral. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009 apud CERQUEIRA, Naiara Guimarães. Disciplina Jurídica dos Punitive Damages no ordenamento jurídico brasileiro. Revista do curso de Direito da UNIFACS, Salvador, n.º 127, jan. de 2011. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1395>> Acesso em: novembro de 2013.

¹⁷ ROSENVALD. Op. Cit.. p. 144.

[...] a figura dos *punitive damages* pode ser apreendida, numa forma introdutória e muito geral, pela ideia de indenização punitiva (e não “dano punitivo”, como às vezes se lê). Também chamados *exemplary damages*, *vindictive damages* ou *smart money*, consistem na soma em dinheiro conferida ao autor de uma ação indenizatória em valor expressivamente superior ao necessário à compensação do dano, tendo em vista a dupla finalidade de punição (*punishment*) e prevenção pela exemplaridade da punição (*deterrence*) opondo-se – nesse aspecto funcional – aos *compensatory damages*, que consistem no montante da indenização compatível ou equivalente ao dano causado, atribuído com o objetivo de ressarcir o prejuízo.¹⁸

Salomão Resedá, por sua vez, entende que:

No Brasil, sua conceituação é feita de forma bastante superficial. Não há uma preocupação latente no intuito de construir uma estrutura que vise apresentar os contornos definidores do tema em questão. [...]. Sendo assim, diante dessa estruturação, conceitua-se o *punitive damage* como sendo um acréscimo econômico na condenação imposta ao sujeito ativo do ato ilícito, em razão da sua gravidade ou reiteração, que vai além do que se estipula como necessário para compensar o ofendido, no intuito de desestimulá-lo, além de mitigar a prática de comportamento semelhantes por parte de potenciais ofensores, no intuito de assegurar a paz social e consequente função social da responsabilidade civil.¹⁹

Alguns ainda ressaltam duas outras funções ligadas às funções principais, quais sejam a exclusivamente educativa, em relação ao ofensor e a sociedade em geral, evidenciando através da indenização punitiva a importância do interesse violado e a vingativa, aquietando qualquer sentimento de necessidade de vingança por parte do ofendido.

Paolo Gallo acredita que as penas privadas devem ser aplicadas em quatro hipóteses:

1) casos de responsabilidade civil “sem dano”, isto é, sem dano de natureza econômica imediatamente perceptível, como ocorre no vasto setor das lesões aos direitos de personalidade; 2) situações em que o lucro obtido com o ato ilícito é superior ao dano; 3) hipóteses em que a probabilidade de condenação a ressarcir os danos é inferior relativamente à probabilidade de causar danos; 4) crimes de bagatela.²⁰

No Brasil, os *exemplary damages*, melhor dizendo, as sanções punitivas são divididas pela doutrina em penas privadas e penas civis. A pena privada possui um caráter

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

¹⁹ RESEDÁ, Salomão. A aplicabilidade do *punitive damage* nas ações de indenização por dano moral no ordenamento jurídico brasileiro. Dissertação de mestrado na Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2008, p. 230. Disponível em : < <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/12303/1/SALOMÃO%20RESEDÁ.pdf>> Acesso em: 23 de janeiro de 2014.

²⁰ Cf. GALLO, Paolo. *Pene private e responsabilità civile*. Milano: Giuffrè, 1996, p.175 ss. apud PARGENDLER, Mariana. O caráter exemplar da indenização e o Direito Civil Brasileiro: pena privada ou *punitive damages*. Disponível em : <<http://lanic.utexas.edu/project/etext/llilas/ilassa/2004/pargendler.pdf>> Acesso em: 11 de outubro de 2013.

complementar, secundário, ou seja, é preciso que exista um dano a ser reparado para que exista a possibilidade de aplicação da pena privada, mesmo que estas sejam independentes entre si.

Nas penas civis a finalidade punitiva é primária, sua aplicação é independente da identificação de um dano e seus efeitos, vez que esta está ligada ao valor sintomático do ato ilícito, ou seja, a violação de um preceito por si só enseja na necessidade de punição, mesmo que não tenha sido danoso a outrem, conferindo destaque a função social das sanções punitivas.²¹

Fábio Ulhoa Coelho, por exemplo, admite as indenizações punitivas. *In verbis*: “Entendo, portanto, ser cabível no direito brasileiro, mesmo sem lei que a estabeleça em termos gerais ou específicos, a indenização punitiva nos casos em que a conduta do demandado tiver sido particularmente reprovável”.²²

Apesar das indenizações punitivas terem ganhado espaço na doutrina e jurisprudência brasileira nos últimos anos, tal posicionamento não é unânime. Nesse sentido, por exemplo, Maria Celina Bodin de Moraes:

No entanto, ao se adotar sem restrições o caráter punitivo, deixando-o ao arbítrio unicamente do juiz, corre-se o risco de violar o multissecular princípio da legalidade, segundo o qual *nullum crimen, nulla poena sine lege*; além disso, em sede civil, não se colocam à disposição do ofensor as garantias substanciais e processuais – como, por exemplo, a maior acuidade quanto ao ônus da prova – tradicionalmente prescritas ao imputado no juízo criminal.²³

Ainda utiliza como argumento para rechaçar as indenizações punitivas a vedação ao *bis in eadem*, pois entende que parte dos danos que ensejam a aplicação danos punitivos, também são crimes, não devendo ser permitida esta dupla punição pelo menos fato.²⁴

3.3. ASPECTOS RELEVANTES DAS INDENIZAÇÕES PUNITIVAS NO BRASIL

3.3.1. A IMPORTÂNCIA DAS INDENIZAÇÕES PUNITIVAS

A busca por atribuir um caráter punitivo mais severo à responsabilidade civil, aplicando reparações punitivas (*punitive damages*), se relaciona com a importância de

²¹ ROSENVALD, Nelson. As funções da responsabilidade civil : a reparação e a pena civil. São Paulo: Atlas, 2013. p. 43.

²² COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito civil, vol. 2: obrigações : responsabilidade civil – 5ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 375.

²³ MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 260.

²⁴ MORAES. Op. Cit.. p. 260.

redirecionar parte do foco da responsabilidade civil para o ofensor, para a conduta ofensiva propriamente dita.

Desta maneira, afirma-se que as indenizações punitivas atuam de forma a não deixar impunes as condutas que ofendem gravemente direitos humanos, coletivos e difusos, especialmente nos casos em que é difícil demonstrar a extensão desses danos, e também nas hipóteses em que o dano atinge diversas pessoas de forma semelhante.²⁵

É preciso atentar para a reprovabilidade das condutas praticadas contra direitos individuais e coletivos, deixando de utilizar da responsabilidade civil somente para solucionar conflitos interindividuais, para que seja possível mitigar a prática de novas condutas lesivas e não somente aplicar medidas temporárias que, em vocabulário vulgo, somente “tapam o sol com a peneira”.

A responsabilidade civil, sob o prisma das indenizações punitivo-preventivas, pode ser utilizada como meio de transformação social, para que a busca indiscriminada pelo lucro não interfira na segurança e nos direitos sociais. Conforme Nelson Rosenvald:

[...] a segurança que se prende às funções preventiva e punitiva é uma segurança social, na linha do princípio da solidariedade, objetivando a transformação social pela via constitucional da remoção de obstáculos de ordem econômica e social que limitam de fato a liberdade e a igualdade dos cidadãos, impedindo o pleno desenvolvimento da pessoa humana.²⁶

3.3.2. TÉCNICAS PARA FIXAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO

Um dos impasses doutrinários acerca do tema é a questão de como seria fixado o quantum indenizatório. A grande preocupação é o exagero (*overkill*) na estipulação do valor deste tipo de sanção, fator que poderia levar uma empresa a estados críticos de insolvência ou a falência.

Nos Estados Unidos da América foram estabelecidos três índices para orientar a fixação dos *punitive damages*: a) grau de reprovabilidade da conduta; b) proporcionalidade entre os danos compensatórios e punitivos (1:10); e c) comparação com outras condenações por condutas equivalentes.²⁷

²⁵ ROSENVALD. Op. Cit.. p. 165.

²⁶ Id. p. 83.

²⁷ Id. p. 214.

No Brasil os critérios apresentados pela doutrina e jurisprudência são o grau de culpa do autor, a gravidade e extensão do dano, a situação socioeconômica do ofensor e a capacidade econômica do ofendido.²⁸

No que diz respeito ao primeiro fator, o grau de culpa do autor, é importante ressaltar que quando se trata das indenizações punitivas deverá ser feita uma avaliação acerca da existência ou não de dolo, negligência, imperícia, imprudência, fraude, sendo que a mera culpa, com potencial ofensivo mínimo, não enseja aplicação de reparações punitivas.

Muitas divergências permeiam o último critério, tendo em vista que a capacidade econômica do ofendido só deverá ser relevante caso a indenização seja destinada ao particular que intentou a ação, o que tem dividido opiniões no meio acadêmico, pois muito se fala que o mais justo seria destinar o *quantum* indenizatório a fundações públicas ou entidades beneficentes.

Apesar dos fatores de quantificação acima expostos ainda existe um receio no meio acadêmico de indenizações elevadíssimas que levassem o ofensor à falência, duas soluções para o problema foram abordadas: a) a utilização de um controle legislativo que estabelecesse um mínimo e um máximo para as reparações punitivas; e b) um controle judicial que utilizará dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.²⁹ Ambas as soluções são alvos de críticas.

3.3.3. DESTINAÇÃO DAS INDENIZAÇÕES PUNITIVAS

Como já se mencionou alhures um dos pontos de discordância a respeito dos danos punitivos é a destinação do *quantum* indenizatório. Podem ser destacadas três correntes sobre o assunto.

A primeira admite que o montante deve ser destinado ao demandante, sendo este vítima direta ou indireta da conduta que enseja a indenização. Nesse sentido, Antônio Junqueira de Azevedo, quem entende que ao recorrer ao Poder Judiciário o demandante pretende ser ressarcido de seus danos, mas também que aquele que o lesou seja punido para que não cometa novas condutas de mesmo caráter, assim sendo, está agindo em benefício próprio e de toda comunidade, pelo que deve receber a indenização punitiva.³⁰

²⁸ SERPA, Pedro Ricardo E. [corrigido]Indenização Punitiva. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, USP, São Paulo. 2011. p. 318. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-15052012-102822/publico/Dissertacao_Indenizacao_Punitiva.pdf> Acesso em: 25 de novembro de 2013.

²⁹ SERPA. Op. Cit... p. 335 e ss.

³⁰ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: Filomeno, José Geraldo Brito; Wagner Júnior, Luiz Guilherme da Costa; Gonçalves, Renato Afonso (Coord.). O Código Civil e sua interdisciplinaridade. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 383.

Por seu turno, uma segunda visão assevera que a destinação da indenização deve ser destinada à coletividade, através fundos públicos destinados a reparar os danos causados à sociedade. A hipótese em questão tem sido adotada pelos Tribunais pátrios.

Maria Celina Bodin de Moraes é defensora dessa corrente, afirmando que: “o valor a mais da indenização. a ser pago ‘punitivamente’, não poderá ter como destinatário a vítima, mas coerentemente com o nosso sistema, deverá servir a beneficiar um número maior de pessoas, através do depósito das condenações em fundos pré-determinados”.³¹

A terceira e última corrente, identificada na visão de Nelson Rosenvald, adota a possibilidade de fracionar a indenização entre o particular e a sociedade, de acordo com o tipo de conduta e dano causado:

A possibilidade de fracionamento da condenação entre o Estado/órgãos públicos/entidades beneficentes e o agente permite uma ideal composição entre o interesse social primário de tutela à segurança da coletividade, com o interesse pessoal da vítima que provocou o judiciário e indiretamente beneficiou um número indeterminado de pessoas. Ademais, a concessão parcial da condenação em prol da vítima é um evidente estímulo para que várias pessoas possam procurar o judiciário, conscientes de consequências positivas que excedam a simples reintegração patrimonial.³²

3.3.4. O OBSTÁCULO DA VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA

Um dos pontos controversos acerca da incorporação das indenizações punitivas no Brasil é a vedação ao enriquecimento ilícito, incorporada nos artigos 884 e seguintes do Código Civil brasileiro.

No Direito brasileiro se entende que toda indenização que ultrapassa a extensão real do dano sofrido, materialmente ou moralmente, é causa de enriquecimento ilícito, conceito muito utilizado para rechaçar a indenização punitiva.

Primeiramente, faz-se imperioso delinear que uma vez adotada a corrente que prima pela destinação da indenização punitiva a entidades beneficentes ou a fundos públicos se encontra superado o problema da vedação ao enriquecimento sem causa. Porém, quando adotadas as outras correntes que destinam pelo menos parte da indenização ao particular o enriquecimento ilícito ainda se prova um problema.

Há quem assevere que a solução para o referido problema estaria na prévia cominação legal das indenizações punitivas. Contudo, Pedro E. Serpa conclui que uma

³¹ MORAES, Maria Cecília Bodin de. Punitive Damages em Sistemas Civilistas: Problemas e Perspectivas. In Revista Trimestral de Direito Civil, vol. 18. Rio de Janeiro: Padma, abril/junho 2004, p. 77. apud SERPA. Op. Cit., p. 288.

³² ROSENVALD. Op. Cit., p. 198.

decisão judicial fundamentada bastaria para permitir sua aplicação sem que fosse esta causa de enriquecimento ilícito.³³ Fato é que doutrinariamente não existe um consenso acerca deste tópico, ou mesmo um patamar razoável para estudos acadêmicos mais aprofundados.

4 – DANOS SOCIAIS

O dano social é um dos aparatos que surgiram em razão do advento dos direitos coletivos e difusos na Constituição Federal brasileira de 1988, com intuito de assegurá-los maior proteção.

Nas palavras do professor Antônio Junqueira de Azevedo, o dano social ocorre quando: “[...] um ato, se doloso ou gravemente culposos, ou se negativamente exemplar, não é lesivo somente ao patrimônio material ou moral da vítima, mas sim, atinge a toda a sociedade, num rebaixamento imediato do nível de vida da população”.³⁴

Carlos Roberto Gonçalves entende que:

Danos sociais são aqueles que causam um rebaixamento no nível de vida da coletividade e que decorrem de condutas socialmente reprováveis. Nesses casos, **o juiz fixa a verba compensatória e aquela de caráter punitivo ao dano social**. Esta indenização não se destina à vítima, mas a um fundo de proteção consumerista (CDC, art. 100), ambiental ou trabalhista, por exemplo, ou até mesmo a uma instituição de caridade, a critério do juiz. Constitui, em suma, a aplicação social da responsabilidade civil.³⁵

Portanto, pode-se aferir que danos sociais são aqueles causados por condutas reprováveis que atingem direitos difusos, ou seja, de um número indeterminado de pessoas, e que ocasionam um rebaixamento do nível de vida da coletividade.

E não só, nesta categoria também se encaixam as situações em que se chega à conclusão de que determinados atos não devem ser repetidos por serem atos negativamente exemplares aos quais não se pode admitir a prática reiterada, pois rebaixam drasticamente a qualidade de vida. Nesse sentido, Flávio Tartuce leciona que: “Os danos sociais são difusos, envolvendo direitos dessa natureza, em que as vítimas são indeterminadas ou indetermináveis”.³⁶

Resta caracterizar então o que são direitos difusos. São interesses metaindividuais, dispersos pela sociedade civil em estado fluido, cujas características principais são a

³³ Cf. SERPA. Op. Cit., p. 230.

³⁴ AZEVEDO. Op. Cit., p. 380.

³⁵ GONÇALVES. Op. Cit., p. 563.

³⁶ TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. São Paulo: Método, 2011. p. 438.

indeterminação dos sujeitos titulares destes direitos, a indivisibilidade do objeto e a tendência de mutação no tempo e no espaço.³⁷

O art. 81, inciso I do Código de Defesa do Consumido afirma que: “I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.

O próprio Ministério da Justiça caracteriza os direitos difusos como sendo:

[...] todos aqueles direitos que não podem ser atribuídos a um grupo específico de pessoas, pois dizem respeito a toda a sociedade. Assim, por exemplo, os direitos ligados à área do meio ambiente têm reflexo sobre toda a população, pois se ocorrer qualquer dano ou mesmo um benefício ao meio ambiente, este afetará, direta ou indiretamente, a qualidade de vida de toda a população. O mesmo ocorre com os direitos do consumidor, com os direitos ligados à preservação do patrimônio sócio cultural e com os bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, por infração à ordem econômica etc.³⁸

Vale destacar também que a reparação dos danos aos direitos difusos está expressamente prevista no Código de Direito do Consumidor, art. 6º, inciso VI, *in verbis*:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e **difusos**;

A necessidade de proteção aos direitos sociais enseja uma indenização pelos danos causados a estes, que se caracteriza como uma espécie de indenização punitiva vez que sua maior pretensão é a do desestímulo da prática de atos danosos contra a coletividade, não olvidando também das funções punitiva e pedagógica em sua aplicação.

Todavia, como todo novo instituto jurídico, ainda existem questões controversas acerca de sua aplicação, no caso dos danos sociais a destinação da indenização, a vedação ao enriquecimento ilícito e a possibilidade processual e material de sua aplicação são algumas das problemáticas.

³⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesses difusos: conceito e legitimação para agir. 2. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 114. apud. MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 13. ed.. São Paulo: Atlas S.A., 2003. p. 174.

³⁸ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Direitos Difusos. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={2148E3F3-D6D1-4D6C-B253-633229A61EC0}&BrowserType=IE&LangID=pt-br¶ms=itemID%3D%7B575E5C75-D40F-4448-AC91-23499DD55104%7D%3B&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>> Acesso em: 15 de janeiro de 2014.

Apesar de ainda não ser pacífico na doutrina, alguns autores e grande parte da jurisprudência pátria têm entendido que o dano social por ser uma forma de compensação à coletividade pelo dano sofrido, nada mais justo do que a destinação da quantia indenizatória à própria sociedade e não ao particular, através de entidades beneficentes ou fundos públicos.

Flávio Tartuce acredita que:

A grande dificuldade do dano social, sem dúvida, refere-se à questão da legitimidade, ou seja, para quem deve ser destinado o valor da indenização. [...] A ideia, nesse sentido, é perfeita, se os prejuízos atingiram toda a coletividade, em um sentido difuso, os valores de reparação devem também ser revertidos para os prejudicados, mesmo que de forma indireta.³⁹

A possibilidade de destinar a indenização a uma entidade beneficente se encontra por analogia ao art. 883, parágrafo único do Código Civil Brasileiro, cuja redação é a seguinte:

Art. 883. Não terá direito à repetição aquele que deu alguma coisa para obter fim ilícito, imoral, ou proibido por lei.
Parágrafo único. No caso deste artigo, o que se deu reverterá em favor de estabelecimento local de beneficência, a critério do juiz.

Como já se disse anteriormente, uma das maiores problemáticas que se vê na incorporação das indenizações punitivas no Brasil é a vedação ao enriquecimento ilícito (art. 884 e seguintes do Código Civil). Uma vez destinado o *quantum* indenizatório a entidades beneficentes ou a um fundo público, a barreira da vedação ao enriquecimento ilícito, no que diz respeito à indenização punitiva por dano social, se encontra superada.

Alguns doutrinadores, como Antônio Junqueira de Azevedo, defendem que a indenização por dano social deve ser revertida à própria pessoa parte do processo, não admitindo que seria esta causa de enriquecimento ilícito, assumindo que o dano social cometido seja a causa em si, e ainda, postulando que tal permissão seja positivada.⁴⁰

Por fim, importante destacar a questão da possibilidade processual e material de aplicação do dano social. O art. 944 do Código Civil brasileiro afirma, *ipsis litteris*, que: “A indenização mede-se pela extensão do dano.”, todavia, nos resta entender qual a abrangência da palavra **dano**.

Em 2012 o enunciado 456 da V Jornada de Direito Civil do CJF/STJ buscou clarear a interpretação do art. 944 do Código Civil, declarando que: “Art. 944: A expressão ‘dano’ no art. 944 abrange não só os danos individuais, materiais ou imateriais, **mas também os danos**

³⁹ TARTUCE. Op. cit.. p. 438.

⁴⁰ AZEVEDO. Op. Cit.. p. 383.

sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos a serem reclamados pelos legitimados para propor ações coletivas”(G.n).⁴¹

No que se refere à possibilidade processual de aplicar uma indenização punitivo-desestimuladora, o professor Antônio Junqueira de Azevedo afirma que:

O art. 944 do Código Civil, ao limitar a indenização à extensão do dano, não impede que o juiz fixe, além das indenizações pelo dano patrimonial e pelo dano moral, também – esse é o ponto – uma indenização pelo dano social. A ‘pena’ – agora, entre aspas, porque no fundo é reposição à sociedade -, visa restaurar o nível social de tranquilidade diminuída pelo ato ilícito.⁴²

Por sua vez, em jurisprudência é possível encontrar decisões em que se conclui que a indenização punitiva por dano social pode se encaixar, por analogia, como uma forma de coerção indireta, permitida pelo art. 461, §5º do CPC, cuja redação é a seguinte:

5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

Apesar da explanação acima acerca da possibilidade real de aplicação do dano social, faz-se mister destacar que sua positivação, bem como das indenizações punitivas, poderá por fim a diversas controvérsias sobre sua congruência ao sistema jurídico brasileiro.

Afinal, é disposição constitucional expressa que não pode haver crime ou aplicação de pena sem prévia cominação legal, além da necessidade de se estabelecer limites e direções a este tipo de reparação, para que não ocorra uma desenfreada aplicação do instituto que venha a causar uma crise na responsabilidade civil, como ocorre nos Estados Unidos da América. Maria Celina Bodin de Moraes, crítica da admissão das indenizações punitivas no Brasil, admite que:

⁴¹ V Jornada de Direito Civil. Organização Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. Brasília: CJF, 2012. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil/VJornadadireitocivil2012.pdf>> Acesso em: 25 de janeiro de 2014.

⁴² AZEVEDO. Op. Cit.. p. 381.

É de admitir-se, pois, como exceção, uma figura semelhante à do dano punitivo, em sua função de exemplaridade, quando for imperioso dar uma resposta à sociedade, isto é, à consciência social, tratando-se, por exemplo, de conduta particularmente ultrajante, ou insultuosa, em relação à consciência coletiva, ou, ainda, quando se der o caso, não incomum, de prática danosa reiterada. Requer-se a manifestação do legislador tanto para delinear as extremas do instituto, quanto para estabelecer as garantias processuais respectivas, necessárias sempre que se trate de juízo de punição. É de aceitar-se, ainda, um caráter punitivo na reparação de dano moral para situações potencialmente causadoras de lesões a um grande número de pessoas, como ocorre nos direitos difusos, tanto na relação de consumo quanto no Direito Ambiental. Aqui, a ratio será a função preventivo-precautória, que o caráter punitivo inegavelmente detém, em relação às dimensões do universo a ser protegido.⁴³

4.1. APLICAÇÃO DE INDENIZAÇÕES PUNITIVAS POR DANOS SOCIAIS: UMA ANÁLISE JURISPRUDÊNCIAL

Nos últimos tempos os Tribunais pátrios têm aplicado indenizações punitivas por danos sociais de uma forma exemplar, como se verá a seguir. Assim, procede-se a uma análise ilustrativa de arestos recentes que chamaram a atenção pela fundamentação que alude aos preceitos doutrinários expostos até então.

4.1.1. CASO JOÃO ANGÊLO GARBELIN CONTRA AMIL ASSISTÊNCIA MÉDICA S.A. (TJSP)

A primeira decisão aqui analisada é proferida na apelação em cautelar em ação de obrigação de fazer combinada com indenização por danos morais, em que foram partes: AMIL ASSISTÊNCIA MÉDICA S.A. e JOÃO ANGÊLO GARBELIN.

O autor contratou plano de assistência médica com a empresa ré em junho de 2009, cientificando que sofria de hipertensão, e em de junho de 2010 teve que ser socorrido com urgência em razão de um infarto no miocárdio.

Contudo, a ré se recusou a cobrir os serviços necessários para a internação e atendimento do Autor em razão de não ter sido cumprido o prazo de carência de 24 meses, ocasionando diversos aborrecimentos e desconfortos. Porém, é questão pacífica que em atendimentos de urgência ocasionados por doenças com grande risco à vida, o plano de saúde não pode recusar atendimento ao segurado por não cumprimento do período de carência (art. 12, V, lei nº 9656/98).

Em primeira instância a ação foi julgada procedente e a empresa Ré condenada a pagar a quantia de R\$5.000,00 a título de indenização por danos morais e a arcar com os custos da internação.

⁴³ MORAES. Op. Cit.. p. 263.

A sentença foi objeto de apelação, tanto por parte do Autor, para majorar os danos morais, quanto por parte da empresa Ré, reafirmando o argumento acerca do não cumprimento do período de carência.

Por sua vez, o Exmo. Desembargador relator, Teixeira Leite, em decisão de 18/07/2013, entendeu brilhantemente que a seguradora, apesar de ter sido Ré de diversos outros processos idênticos decidiu pela prática reiterada de uma conduta que coloca em risco a vida e a saúde humana, motivo pelo qual deveria ser punida.

O Magistrado considerou o comportamento da seguradora injusto para com o Autor, bem como para com outros milhares de pessoas, seguradas ou não, visto que o interesse coletivo pela saúde foi violado, e também pelo fato de que a conduta da empresa faz com que os segurados tenham que recorrer ao sistema público de saúde agravando mais ainda a situação pública.

Primando também pela celeridade processual, decidiu por bem de aplicar uma indenização punitiva de cunho social, levando em consideração a reincidência da prática em questão por parte da seguradora.

Por fim, considerando o potencial econômico da Ré determinou o pagamento de R\$1.000.000,00 (um milhão de reais), quantia destinada ao Hospital de Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, em razão da vedação ao enriquecimento ilícito em relação ao Autor. No que diz respeito aos danos morais, estes foram majorados para o montante de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais). A ementa do acordão em questão foi a seguinte:

EMENTA: PLANO DE SAÚDE. PEDIDO DE COBERTURA PARA INTERNAÇÃO. SENTENÇA QUE JULGOU PROCEDENTE PEDIDO FEITO PELO SEGURADO, DETERMINADO QUE, POR SE TRATAR DE SITUAÇÃO DE EMERGÊNCIA, FOSSE DADA A DEVIDA COBERTURA, AINDA QUE DENTRO DO PRAZO DE CARÊNCIA, MANTIDA. DANO MORAL. CARACTERIZAÇÃO EM RAZÃO DA PECULIARIDADE DE SE CUIDAR DE PACIENTE ACOMETIDO POR INFARTO, COM A RECUSA DE ATENDIMENTO E, CONSEQUENTEMENTE, PROCURA DE OUTRO HOSPITAL EM SITUAÇÃO NITIDAMENTE AFLITIVA. **DANO SOCIAL. CARACTERIZAÇÃO. NECESSIDADE DE SE COIBIR PRÁTICA DE REITERADAS RECUSAS A CUMPRIMENTO DE CONTRATOS DE SEGURO SAÚDE, A PROPÓSITO DE HIPÓTESES REITERADAMENTE ANALISADAS E DECIDIDAS. INDENIZAÇÃO COM CARÁTER EXPRESSAMENTE PUNITIVO, NO VALOR DE UM MILHÃO DE REAIS QUE NÃO SE CONFUNDE COM A DESTINADA AO SEGURADO, REVERTIDA AO HOSPITAL DAS CLÍNICAS DE SÃO PAULO.** LITIGÂNCIA DE MÁ FÉ. CONFIGURAÇÃO PELO CARÁTER PROTETÓRIO DO RECURSO. APLICAÇÃO DE MULTA. RECURSO DA SEGURADORA DESPROVIDO E DO SEGURADO PROVIDO EM PARTE.⁴⁴

Do caso acima exposto é possível notar que a indenização punitiva por dano social foi imposta em razão da prática reiterada de conduta lesiva à saúde, aplicada com intuito de desestimular novas condutas de mesmo padrão e punir a empresa por agir de forma a privilegiar o lucro em detrimento da vida e saúde humana.

4.1.2. CASO RENATA RUIZ SILVA CONTRA TIM CELULAR S/A (TJSP – Comarca de Jales)

Em decisão datada de 10 de outubro de 2013, o Exmo. Juiz de Direito Fernando Antônio de Lima da comarca de Jales-SP decidiu por condenar a TIM ao pagamento de indenização punitiva por dano social.⁴⁵

Sucedeu que, a cliente Renata Ruiz Silva contratou o plano “Infinity Pré” que permitia que ela falasse com outros usuários da TIM por apenas R\$0,25 a chamada, todavia ao utilizar o plano percebeu que suas ligações para números da TIM eram interrompidas após alguns segundos, sendo necessário que ela ligasse novamente gastando mais R\$0,25. Prática interruptiva que foi comprovada pela ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações).

Concluiu-se que as ligações eram interrompidas por atitude deliberada da TIM, para forçar que diversas tarifas fossem pagas. Sendo assim, a publicidade do plano infinity foi

⁴⁴ TJSP - Apel.: 0027158-41.2010.8.26.0564, Relator: Teixeira Leite, Data de Julgamento: 18/07/2013, 4ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: DEJT 13/05/2011. Grifamos.

⁴⁵ TJSP – Comarca de Jales – Processo n.º 0005261-74.2013.8.26.0297 - RENATA RUIZ SILVA X TIM CELULAR S.A - Sentença n.º 4789/2013 registrada em 10/10/2013 no livro n.º 513 às Fls. 262/349

considerada enganosa, ferindo o Código de Defesa do Consumidor e as regras da boa-fé objetiva, pelo que foi deferida indenização por danos morais no valor de R\$6.000,00.

Ademais, foi constatado que essa prática de interromper as ligações era recorrente em todo o Brasil, sendo alvo de reprimendas por parte dos Procons estaduais, da ANATEL e razão de diversos processos no território pátrio.

Chegou-se à conclusão de que a falta de transparência na relação consumerista, ocasionada pela atitude da Ré, não atingia somente à Autora do processo, mas sim a toda coletividade. O douto Magistrado passa então a elaborar brilhante explanação acerca da responsabilidade civil e do dano social, cujos pontos principais serão destrinchados a seguir.

Afirma que a responsabilidade civil possui três funções, quais sejam: a) compensatória ou reparatória; b) punitivo-desestimuladora; e c) distributiva.

Explica que, para que a reparação por danos sociais seja aplicada, é preciso que a conduta danosa preencha quatro requisitos: 1) o ofensor seja pessoa jurídica de grande atuação no País, Estado ou região; 2) condutas ilícitas repetitivas; 3) dano que afete toda a coletividade ou um grupo de pessoas indeterminadas ou indetermináveis; e, por fim, 4) dano grave que cause intranquilidade social, sofrimentos e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva.

Compreende que a indenização por dano social é também instituto do direito processual civil, como forma indireta de coerção, cuja previsão legal afirma estar no art. 465, §5º do Código de Processo Civil, *data máxima venia*, erroneamente, tendo em vista que a previsão legal se encontra no art. 461, §5º do CPC.

A decisão ainda afirma que, uma vez estabelecida como meio de coerção indireta, a reparação por dano social pode ser aplicada de ofício pelo Juiz, sem ferir, portanto, os arts. 128 e 460 do CPC.

Entende que para a aplicação sensata das reparações por danos sociais é preciso levar em consideração o capital econômico, os lucros da empresa violadora e o tamanho da violação ao coletivo.

Destarte, tendo em vista o enorme potencial econômico da TIM e a reiteração da conduta ilícita, fixou a indenização punitiva em R\$5.000.000,00 (cinco milhões), valor a ser destinado em parte para a Santa Casa de Jales/SP e parte para o Hospital do Câncer da mesma comarca. É preciso aclarar que a síntese acima não demonstra a profundidade da fundamentação da sentença proferida pelo magistrado, contudo, serve como ilustração da aplicação da teoria do dano social e sua função punitiva.

4.1.3. CASO CONFINS CONSULTORIA, CONSTRUÇÕES E LOCAÇÃO LTDA CONTRA TIM CELULAR S/A (TJMG – Comarca de São Leopoldo)

Por fim, em sentença ainda mais recente advinda da 2ª vara da comarca de Pedro Leopoldo/MG, proferida em 10 de janeiro de 2014, o Exmo. Juiz de Direito Henrique Alves condenou também a empresa de telefonia TIM ao pagamento de indenização por dano social.⁴⁶

O presente litígio trata-se de Ação Anulatória de Débito c/c Indenização por dano moral em que a empresa CONFINS CONSULTORIA, CONSTRUÇÕES E LOCAÇÃO LTDA. contende com TIM CELULAR S/A.

A parte Autora firmou com a Ré em 2011 um contrato de plano corporativo acompanhado de duas linhas e dois aparelhos celulares combinado com a recuperação da linha de um dos sócios da empresa, todavia a linha em questão não foi reativada o que resultou em diversas reclamações por parte da Construtora, que sem resolução para o problema requereu o cancelamento desta linha e a devolução do aparelho provido.

Todavia, a TIM nunca recolheu o aparelho ou cancelou a linha em questão chegando a emitir novas faturas e a inserir o nome da Autora no cadastro de inadimplentes (SERASA), razão pela qual se deu início ao processo.

O magistrado entende que a mera compensação por dano moral não tem sido eficaz para prevenir novas condutas danosas em ações contra grandes empresas, que entendem ser mais vantajoso pagar uma indenização por dano moral do que melhorar o serviço prestado para milhares de pessoas.

A decisão determina uma quantia indenizatória a título de dano social, fundamentando sua decisão na doutrina de Antônio Junqueira de Azevedo, afirmando que o art. 944 do Código Civil não limita a indenização à extensão do dano e que o art. 883 do mesmo Código permite, por analogia, que os valores sejam revertidos em proveito de um estabelecimento beneficente. Não se pode aceitar, enfim, que o ordenamento jurídico se mantenha nos limites acanhados de tempos idos porque, modernamente, os fatos têm ocorrido de formas até então imprevistas. Assim, o direito, que é dinâmico, deve acompanhar os acontecimentos, afirma.

Afinal, menciona que a aplicação do dano social é permitida pelas bases legais do Código de Defesa do Consumidor cujas normas são de ordem pública e interesse social, condenando a empresa Ré ao pagamento de R\$10.000,00 de danos morais e R\$300.000,00

⁴⁶ TJMG – Comarca de Pedro Leopoldo – Processo n.º 0058388-88.2012.8.13.0210- Confins Consultoria, Construções e Locação LTDA. X TIM CELULAR S.A

fixados como indenização por dano social, esta última quantia a ser depositada no Banco do Brasil para posterior distribuição a instituições beneficentes.

Resta demonstrado então que as indenizações punitivas por dano social têm prosperado na jurisprudência pátria, mesmo a despeito de não estarem expressamente positivadas no ordenamento jurídico brasileiro.

5. IMPORTÂNCIA DA POSITIVAÇÃO DAS INDENIZAÇÕES PUNITIVAS E DO DANO SOCIAL

Como dito anteriormente, as indenizações de cunho punitivo-pedagógico não estão expressamente previstas no ordenamento jurídico pátrio, nem ao menos os danos sociais.

Porém, apesar da falta de regulamentação, as reparações de ordem punitivo-pedagógica têm sido aplicadas aos casos concretos, visto que grande parte dos juristas brasileiros tem entendido que a atual complexidade das relações humanas exige medidas que sirvam como contrapeso aos abusos cometidos diante do atraso do Direito positivado.

No Direito brasileiro o processo de aprovação de novas leis é extremamente lento e burocrático, demorando até décadas para a promulgação de novas normas, o que não tem sido condizente com a evolução das relações humanas contemporâneas. Não é admissível que em tempos modernos injustiças sejam toleradas, com a justificativa de que não existem previsões legais ou mesmo de que em razão de limites ou impedimentos legais atrasados, antigos, arcaicos, nada pode ser feito.

Apesar de ser incabível é de conhecimento geral que atrocidades jurídicas são cometidas com grande frequência, sendo assim, é mais que imprescindível que o Direito brasileiro avance nesse sentido, ultrapassando os interesses políticos e econômicos que burocratizam demasiadamente a promulgação de novas leis. Tudo questão de segurança jurídica.

Existe também uma indiferença por parte do poder Legislativo no avanço do Direito, em razão de motivos que não serão discutidos aqui, o que resulta em descompassos entre o direito vivo com a lei e a doutrina. A Responsabilidade Civil é um exemplo deste atraso do direito positivo, como pondera brilhantemente o professor Anderson Schreiber:

Exemplo emblemático desta artificial indiferença se tem na Responsabilidade Civil, até hoje descrita como técnica de solução de conflitos ocasionais, patológicos e de natureza puramente interindividual, mesmo que os tribunais, há muito, decidam tais litígios em atenção a preocupações sociais bem mais abrangentes. Cria-se, então, este assustador descompasso: enquanto a imensa maioria dos manuais de direito civil continuam a descrever uma Responsabilidade Civil fundada nas bases individualistas do pensamento liberal, as cortes judiciais esticam antigos conceitos, relativizam noções clássicas, transformam cotidianamente o instituto a fim de obter resultados mais justos nos conflitos que lhe são submetidos. Diante da indiferença da doutrina e do legislador, este *diritto vivente* da Responsabilidade Civil segue se desenvolvendo de modo clandestino, pontual e verdadeiramente aleatório, não logrando, por limites intrínsecos aos meios judiciais, oferecer solução efetiva à crescente produção de danos na vida social, questão do mais profundo interesse coletivo, que não pode ser encarada senão como o objeto urgente de uma tão necessária quanto adiada política pública.⁴⁷

Em 2002, o então deputado federal Ricardo Fiúza propôs inúmeras alterações ao Código Civil brasileiro, que ainda se encontrava no período de *vacatio legis*. Dentre as modificações propostas, alterou a redação do art. 944 do CC, ao qual seria acoplado um § 2º, da seguinte forma:

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

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

§ 2º. A reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e **adequado desestímulo ao lesante**.(G. n.)

O deputado acreditava que era necessário incluir no Direito brasileiro a teoria do desestímulo, somente em relação aos danos morais, o que foi entendido pelos juristas como uma tentativa de inserir a indenização punitiva em nosso ordenamento.

O projeto de Lei 6.960/2002, apelidado de “Projeto Fiúza”, apesar de ter sido uma tentativa louvável possuía inúmeras deficiências em relação às indenizações punitivas, como o fato de só abarcar os danos morais, de não delimitar quais tipos de condutas estariam sujeitas à reparação punitiva ou mesmo como seria quantificado o montante punitivo a ser pago.

Resta dizer que o projeto até hoje não foi aprovado, recebendo inúmeras críticas doutrinárias. Outras tentativas foram feitas, como o Projeto de Lei n.º 1.914/2003 que prima pela alteração do art. 953 do CC, e os Projetos de Lei n.º 276/2007 e n.º 413/07, que propõem alterações ao art. 944 do Código Civil.

⁴⁷ SCHREIBER, Anderson. A responsabilidade civil como política pública. In: TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson (Coord.). O direito & o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.745.

O Projeto de Lei n.º 276/2007 também pretende a inclusão de um §2º ao art. 944, da seguinte forma: “a reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante”.

Por sua vez, o Projeto de Lei proposto pelo Senador Renato Casagrande (413/07) pretende, igualmente ao “Projeto Fiúza”, adicionar ao art. 944 do CC um §2º com a seguinte redação: “A indenização atenderá as funções compensatória, preventiva e punitiva.”.

O PLS 413/07 foi recebido pela CCJ – Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania e aguarda designação do Relator desde 14/01/2011⁴⁸, já a PL 276/2007 foi enviada ao arquivo na data de 31/01/2012.⁴⁹

Portanto, não há que se dizer que não existiram tentativas de agregar as indenizações punitivas no ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto, nenhum Projeto de Lei foi satisfatório, uma vez que nenhum deles abarcou todos os pontos controversos que se destacaram durante a aplicação jurisprudencial, como a forma de delimitação do quantum indenizatório, as condutas que ensejam sua aplicação, as condutas ilícitas recorrentes, dentre outros.

No que diz respeito especificamente aos danos sociais, não se tem notícia de nenhuma tentativa de regulamentação, especialmente pelo fato de estar ligado às indenizações punitivas.

CONCLUSÃO

A complexidade das relações humanas e o dinamismo do mundo contemporâneo por diversas vezes exige do Direito uma resposta rápida e atual, o que muitas vezes não condiz com o ordenamento jurídico positivado.

As indenizações punitivas em razão de dano social surgem do ímpeto de consecução do equilíbrio do sistema, concretizando critérios de justiça e conformidade do Direito com a realidade social. Apesar de ainda não estarem expressas em lei, têm sido identificadas tanto em sede de doutrina como de jurisprudência, em cujas decisões se tem aplicado os postulados teóricos em condenações que visam moldar o instituto do dano punitivo à realidade brasileira por intermédio da categoria do dano social.

⁴⁸ Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/Materia/detalhes.asp?p_cod_mate=81887> Acesso em: 10 de novembro de 2013.

⁴⁹ Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=343231>> Acesso em: 10 de novembro de 2013.

Haja vista o pouco consenso acerca do tema, é certo que as controvérsias estão longe do fim. Não obstante, é papel tanto da doutrina quanto da jurisprudência exercerem sua posição jurídica de fonte do direito. Tal condição não pode ser relegada a segundo plano, haja vista o processo de constitucionalização do direito privado que dá ao intérprete da regra a possibilidades de criação de uma norma do caso concreto que dê vida aos valores constitucionais.

Nesse jaez, é possível afirmar que se tem avançado no sentido de reconhecer como instituto autônomo o dano social, incorporado ao sistema jurídico por intermédio da preconizada função sancionadora e pedagógica da prestação pecuniária da responsabilidade civil.

Portanto, este trabalho procurou realizar seu escopo ao analisar fragmento da jurisprudência que aplicou os postulados teóricos do dano social, o que pode fazer com que a circulação dos bens jurídicos por intermédio da responsabilidade civil atinja aos critérios de justiça e efetivação da dignidade da pessoa humana, fazendo doer no bolso daquele que afere lucros pela ilicitude reiterada incorporada à atividade por ele empreendida.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: Filomeno, José Geraldo Brito; Wagner Júnior, Luiz Guilherme da Costa; Gonçalves, Renato Afonso (Coord.). O Código Civil e sua interdisciplinaridade. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BARBOZA, Heloísa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina; TEPEDINO, Gustavo. Código comentado conforme a Constituição da República. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CERQUEIRA, Naiara Guimarães. Disciplina Jurídica dos Punitive Damages no ordenamento jurídico brasileiro. Revista do curso de Direito da UNIFACS, Salvador, n.º 127, jan. de 2011. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1395>> Acesso em: novembro de 2013.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito civil : obrigações : responsabilidade civil, vol. 2 – 5ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2012.

DIAS, José de Aguiar. Da Responsabilidade Civil – 12ª ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FACHIN, Luis Edson. Teoria crítica do direito civil. À luz do novo código civil brasileiro. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

GAGLIANO, Pablo Stolze. Pamplona Filho, Rodolfo. Novo curso de direito civil, vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro - Responsabilidade Civil, vol.4. São Paulo: Saraiva, 2012.

LEGGETT, Christopher. The ford pinto case: the valuation of life as is applies to the negligence-efficiency argument. Disponível em: <<http://www.wfu.edu/~palmitar/Law&Valuation/Papers/1999/Leggett-pinto.html>> Acesso em: 11 março 2013.

MARTINS-COSTA, Judith. PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o Direito brasileiro). R. CEJ. n.º 28. Brasília: Edição jan./mar., 2005.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional - 13. ed.. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

PARGENDLER, Mariana. O caráter exemplar da indenização e o Direito Civil Brasileiro: pena privada ou punitive damages. Disponível em: <<http://lanic.utexas.edu/project/etext/llilas/ilassa/2004/pargendler.pdf>> Acesso em: 11 de outubro de 2013.

PERLINGIERI, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RESEDÁ, Salomão. A aplicabilidade do punitive damage nas ações de indenização por dano moral no ordenamento jurídico brasileiro. Dissertação de mestrado na Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2008, p. 230. Disponível em : <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/12303/1/SALOMÃO%20RESEDÁ.pdf>> Acesso em: 23 de janeiro de 2014.

ROSEVALD, Nelson. As funções da responsabilidade civil : a reparação e a pena civil. São Paulo: Atlas, 2013.

SCHREIBER, Anderson. A responsabilidade civil como política pública. In: TEPEDINO, Gustavo e FACHIN, Luiz Edson (Coord.). O direito & o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos – 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2009.

SERPA, Pedro Ricardo. Indenização Punitiva, Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2011, p. 318. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-15052012-102822/publico/Dissertacao_Indenizacao_Punitiva.pdf> Acesso em: 25 de novembro de 2013.

TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. São Paulo: Método, 2011.

TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil – Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TEPEDINO, Gustavo. Temas de direito civil, Tomo I - 4ª ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

VINEY, Geneviève. As Tendências Atuais do Direito da Responsabilidade Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Organizador). Direito Civil Contemporâneo – Novos Problemas À Luz da Legalidade Constitucional. São Paulo: Atlas, 2008.