



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O Caráter Punitivo-educativo do Dano Moral

Gabriel de Souza Riva Gargiulo

Rio de Janeiro
2013

GABRIEL DE SOUZA RIVA GARGIULO

O Caráter Punitivo-Educativo do Dano Moral

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação Lato Sensu da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro em Responsabilidade Civil e Direito do Consumidor

Professores Orientadores:
Maria de Fátima Alves São Pedro

Rio de Janeiro
2013

O CARÁTER PUNITIVO-EDUCATIVO DO DANO MORAL

Gabriel de Souza Riva Gargiulo

Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogado.

Resumo: O objetivo deste trabalho é explorar os mais recentes posicionamentos jurisprudências e doutrinários sobre o caráter punitivo do dano moral. A mera aplicação do caráter punitivo é criticada por muitos em virtude de sua aparente falta de previsão legal. Inicialmente, o artigo explorará o próprio conceito do dano moral e sua contraposição com a vedação ao enriquecimento imotivado. Após, analisará como o caráter punitivo pode ser utilizada como meio de aprimorar as relações consumeristas. Em um último momento, analisará alguns projetos de leis que buscam tanto a extinção do caráter punitivo quanto a sua dissociação do dano moral.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Dano Moral. Caráter punitivo-educativo. *Punitive Damages*. Dignidade da Pessoa Humana.

Sumário: Introdução 1. Conceito jurídico de dano moral e o dano moral x o enriquecimento imotivado 2. O caráter punitivo-educativo do dano moral como forma de aprimoramento das relações consumeristas 3. A dissociação entre o caráter punitivo e o dano moral 3.1 Tentativas de limitar o quantum indenizatório e vedar a aplicação do caráter punitivo atualmente no senado 3.2 Tentativas de desassociar o caráter punitivo da indenização por dano moral atualmente no senado. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a sistemática do caráter punitivo-educativo, atualmente admitido como constituidor do dano moral no sistema jurídico brasileiro, buscando entender quais limites jurídicos e fáticos o mesmo encontra.

Encontramos no sistema jurídico pátrio um fenômeno de judicialização das problemáticas, em especial, de natureza consumerista. O judiciário brasileiro vem sendo acionado em diversas demandas por pessoas que buscam apenas a reparação por danos decorrentes de atos ilícitos que teriam sofrido.

O excesso de demandas ajuizadas contra os mesmos réus (grandes prestadoras de serviços e concessionárias de serviços públicos, principalmente) leva à existência de inúmeras

condenações das mesmas, o que, entretanto não vem ocasionando uma melhora no serviço prestador por estas grandes empresas.

Desta forma, derivada dos *punitive damages*, adveio a teoria do caráter punitivo-educativo do dano moral, que buscaria, em suma, agir como medida coercitiva ,de forma a buscar uma real melhoria nos serviço. Ocorre que, até o presente momento, não se vêm aceitando de forma pacífica a existência de um caráter punitivo-educativo, e, mesmo onde este vem sendo aceito, não vem esta aplicação apresentando o resultado almejado.

Pelo presente trabalho busca-se entender quais os fundamentos que tem sido adotado pelos julgadores no momento atual de nosso sistema jurídico e quais projetos de lei foram criados com o intuito ou de refrear tal prática ou de dar uma maior legalidade ao instituto. Isto será feito através de uma pesquisa majoritariamente bibliográfica qualitativa, parcialmente descritiva.

1. CONCEITO JURÍDICO DE DANO MORAL E O DANO MORAL X O ENRIQUECIMENTO IMOTIVADO

A Conceituação do dano moral sofreu profundas transformações no ordenamento jurídico brasileiro. Fator fundamental para isto foi o aumento da proteção concedida aos direitos individuais e a consagração da Dignidade Humana como preceito fundamental do nosso sistema jurídico, recebendo status de cláusula pétrea ao vir previsto no artigo 1º, III da Constituição Federal de 1988 (CF/88). Com o advento do Código Civil de 2002, ainda, vivos um deslocamento do núcleo de valores fundamentais, deixando a proteção à propriedade privada e à família e erigindo os direitos fundamentais e a dignidade humana (e seus subprincípios) como essenciais nas relações privadas.

Assim, à luz desta nova definição constitucional, podemos, *a priori*, conceituar, em *sentido estrito*¹ o dano moral como sendo a violação do direito à dignidade em si, sendo a reparação do mesmo prevista no art. 5º V e X da CF/88. A ocorrência do mesmo se dá independente de uma reação negativa por parte da vítima, de um sentimento vexatório ou de dor, bastando para tanto que ocorra um real lesão. Já em sentido amplo², o dano moral envolveria as diversas dimensões dos chamados novos direitos da personalidade que poderia o comportamento danoso violar³.

Com esta valoração dada ao indivíduo, o ser humano passou, juridicamente, a concentrar em seu âmago um valor moral, maior que qualquer outro valor pecuniário. A importância deste "pacote" de valores carregadas por cada indivíduo é tão grande que o ordenamento, inclusive, dispôs sobre a existência de um núcleo destes quais nem mesmo a pessoa, com o seu livre consentimento, poderia dispor. O indivíduo e tudo que é humano passa a ser considerado de valor imensurável.

De tal forma, este dano não poderia ser reparado, mas apenas compensado, visto que não é suscetível de avaliação pecuniária, isto é, a lesão sofrida não é material, não é palpável e por isso não pode ser mensurada, mas apenas construída através de uma abstração, vez que que não trás qualquer repercussão no patrimônio do indivíduo.

Sergio Cavalieri Filho, complementa esta definição, somando à esta, aquela apresentada por Caio Mario Pereira⁴, que sustenta que, além do motivo já exposto, a compensação pelo dano moral deveria prever um caráter punitivo.

¹ GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto.* Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 82.

² *Ibidem.* p. 84.

³ Maria Celina Bodin de Moraes em sua obra "Na medida da pessoa humana: Estudos de direito civil-constitucional" expõe como sendo a igualdade, a liberdade, a integridade psicofísica e a solidariedade sub-princípios da dignidade humana e que, qualquer comportamento capaz de gerar uma lesão à qualquer um destes sub-princípios, já seria suficiente para configurar um dano moral.

⁴ PEREIRA, Caio Mario *apud* CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil.* 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2008. p. 98.

Este caráter punitivo deveria ser adotado sempre que o comportamento do ofensor se revelar particularmente reprovável, incorrer na obtenção de lucro indevido pelo seu agente ou for decorrente de conduta ilícita repetitiva, conceituando, desta maneira, o dano moral como tendo uma dupla função. Esta dúplici função do dano moral já foi reconhecida, inclusive, pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ):⁵

A adoção desta função punitiva,entretanto, é vista com extrema cautela por parte da doutrina. Isto porque, a pena civil tem sido, pouco a pouco, abolida do nosso ordenamento, considerada por alguns incondizente com o sistema jurídico pátrio, que teria deixado a punição para a esfera criminal. Desta forma, vimos uma mudança na denominação deste conceito "punitivo" atribuído ao dano moral, que passou a receber as mais diversas denominações como caráter pedagógico e sócio-educativo.

Essa necessidade de renomeação do instituto se daria inclusive pelo disposto no inciso XXXIX, art. 5^o⁶, de nossa Carta Republicana.

Mas, num contexto de massificação das relações jurídicas, será que a esfera jurídica criminal seria capaz de dar a efetiva proteção às mais variadas lesões ao direito? Será que apenas merecem ser efetivamente punidos aqueles que assumem comportamento lesivos em relação à vida, integridade física, liberdade, ordem pública e à segurança?

É neste sentido que se manifestaria o caráter punitivo do dano moral⁷. A indenização punitiva seria uma alternativa à tutela penal, que seria mantida como *ultima ratio*. A indenização punitiva, ainda, tem que ser interpretada como tendo uma função coercitiva. Ela busca não apenas punir, mas ser uma sanção coercitiva, isto é, busca desestimular que tanto o ofensor quanto outras pessoas venham a perpetrar o mesmo tipo de comportamento.

⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 575.023/RS. Relator Ministra Eliana Calmon,.Disponível em < <http://tinyurl.com/ongxwaf> >. Acesso em 06 Jun 2013.

⁶ Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

⁷ VAZ, Caroline. *funções da responsabilidade civil:da reparação à punição e dissuasão: os punitives damages no direito comparado e brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009,p. 21.

Segundo Caroline Vaz⁸, o que busca-se, assim, com o caráter sócio-educativo seria combater a reiterada prática de ilícitos, principalmente (mas não exclusivamente), nas relações que envolvem consumo, e não a cominação em um verdadeiro sistema penal de natureza civil nem, tão pouco, a incursão em instituto alienígena ao direito civil brasileiro.

Assim, para que se entenda a legalidade do instituto, é preciso, primeiramente que se faça uma construção hermenêutica partindo do próprio ideário constitucional. Isto porque, o Brasil é um Estado Democrático de Direito cuja Constituição Federal prevê uma gama de princípios e direitos quais devem ser interpretados de forma extensiva (isto é, não sendo o seu rol exemplificativo, podemos, com a evolução da sociedade, ver nascer diversos novos direitos e princípios implícitos).

Estes valores, embora previstos constitucionalmente, tem sua origem na sociedade brasileira, isto é, foram construídos axiologicamente, e transportados para o sistema jurídico brasileiro, de forma a garantir sua real proteção e materialidade.

Isto posto, nas palavras da autora⁹, “de forma a ver a efetivação desta previsão constitucional, deve o Estado oferecer instrumentos para que tais direitos efetivamente atinjam os seus destinatários” Essa necessidade é tamanha, que o Supremo Tribunal Federal já reconheceu que nossa Constituição Federal legitima a "Teoria dos Poderes Implícitos"¹⁰, pela qual, existiriam poderes implícitos aos três poderes do Estados, de forma a proporcionar meios do Estado garantir a efetivação dos direitos e princípios nela contido¹¹.

O sistema jurídico brasileiro traz poucos institutos normatizados que buscam a efetivação dos direitos constitucionalmente previstos. Da mesma forma, os mecanismos que assegurariam esta prestação positiva de diversos direitos (no caso do direito do consumidor,

⁸ E muito embora sua origem se dê nas violações praticadas pela imprensa à privacidade.

⁹ VAZ, Caroline. *op. cit.*, p. 92.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1547. Relator Ministro Carlos Velloso. Disponível em: <<http://tinyurl.com/adcs7z3>>. Acesso em 06 jun. 2013.

¹¹ VAZ, Caroline. *op. cit.*, p. 93.

deveria se dar pela criação e atuação de entidade governamentais e não governamentais, nos termos do art. 4º III do CDC) vem se mostrando ineficaz.

E aqui é importante entender-se que o reconhecimento da dignidade humana pressupõe, também, o entendimento de que as relações, públicas e privadas, envolvem em diversas situações, polos vulneráveis, indivíduos que, naquela específica situação, encontram-se em situação de fragilidade e que, por isso, mereceriam maior proteção para que pudessem tratar, naquela realidade específica, de igual para igual com um outro interlocutor de maior poder(seja ele uma grande empresa, o Estado, a sociedade como um todo ou individualizada).

Ainda, é falacioso o entendimento de que não existem, no ordenamento jurídico brasileiro, institutos de natureza civil com caráter punitivo. A cláusula penal concede aos privados o direito de dispor em contrato sobre a possibilidade de indiscutível punição (independente, aqui, se à título de perdas e danos ou compensação) pela não cumprimento daquele negócio ou obrigação firmado.

É esta realidade que levou o judiciário a ter que buscar no direito comparado¹² solução para refrear o crescente desrespeito aos direitos individuais, no caso, nos *punitives damages*, mantendo, conforme já dito, a esfera penal como última instância, para ofensas mais graves, mas não permitindo que a impunidade prosperasse¹³ em sua obra sobre o tema:

Neste sentido, uma parte da jurisprudência e da doutrina vem apontando como limitador do mesmo o que chamam de *princípio da vedação ao enriquecimento imotivado*. Para esta, para que não haja um enriquecimento a partir daquela decisão, deve-se levar em consideração a condição socioeconômica do ofendido, devendo o valor arbitrado estar dentro do resultado social que o juiz pretende alcançar ao conceder tal compensação à vítima que se encontrar naquela faixa econômica.

¹² Caroline Vaz, em sua obra aqui já oportunamente citada, faz importante construção hermenêutica com base nas lições de Juarez de Freitas, Robert Alexy e Ronald Dworkin para justificar esta busca feita no direito comparado que justificaria a importação do instituto dos *punitives damages*.

¹³ VAZ, Caroline. op. cit., p. 114.

Para estes, a reparação de origem moral com caráter punitivo esbarraria na vedação ao enriquecimento sem causa, conforme exposto no art. 884 do Código Civil. De tal forma, para que se chegasse à um *quantum* indenizativo justo, deveria ser feita uma valoração baseada na equidade e proporcionalidade, de forma que se buscasse indenizar aquela lesão à um valor humano, levando em consideração a reprovabilidade da medida praticada, sem, ao mesmo tempo, permitir que haja um locupletamento.

Defende a doutrina, que para a aplicação do dano moral de caráter pedagógico, deve, o julgador, arbitra-lo dentro das possibilidades econômicas do ofensor¹⁴. Não pode ser esta ínfima, de forma que o agente não se importará em repetir o comportamento que se pretende combater, nem suficientemente alta para levar à verdadeira ruína àquele que deu causa à reparação.

Para esta, o aumento do valor indenizatório vem sendo responsável por um "inchaço" do judiciário, onde diversas demandas tem sido ajuizadas visando não a compensação por um dano moral sofrido, mas sim a obtenção de benefício econômico.

É de se ressaltar, por fim, que o STJ vêm, desde 1997, admitindo recursos especiais impetrados visando a redução de indenizações que, a seu ver, sejam desproporcionais, fundamentando suas decisões nos Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade, vez que, nas palavras do ex-ministro Nilson Naves “o valor da indenização por dano moral não pode escapar ao controle do Superior Tribunal de Justiça”¹⁵.

¹⁴ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Indenização punitiva*, p. 16. Disponível em < <http://tinyurl.com/lc6pycj> >. Acesso em 06 jun. 2013

¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 53321/RJ. Relator Ministro Nilson Naves. Disponível em < <http://tinyurl.com/lorgwnh> >. Acesso em 06 jun. 2013

2. O CARÁTER PUNITIVO-EDUCATIVO DO DANO MORAL COMO FORMA DE APRIMORAMENTO DAS RELAÇÕES CONSUMEIRISTAS

A aplicação do caráter pedagógico ao dano moral teria como pressupostos lógicos a ocorrência de um dano moral e a existência de um dolo ou culpa grave, devendo também ser levado em consideração se, da postura que gerou o dano, houve, por parte de seu agente, um lucro ilícito¹⁶. Isto porque, o objetivo aqui já não é mais a mera compensação, mas sim criar uma fonte de desestímulo para que o agente não venha a rescindir naquele comportamento reprovável.

Crítica à este pressupostos é que os mesmos trazem de volta para o processo, aquilo que desde o início tentou-se afastar dos processos consumeristas: a discussão da culpa. Não basta, mais, apenas a existência de um dano à *psique* ou aos direitos do ofendido, é necessário que se prove nos autos a existência de uma conduta reprovável para que se aplique o caráter pedagógico, do contrário este não estaria exercendo sua função dissuasória.

Esta gravidade do comportamento pode advir, inclusive, da reiterada prática de uma conduta leve que, de outra forma, não seria considerada desta magnitude.

Desta forma, o que percebemos é que o caráter pedagógico não mantém a natureza compensatória do dano moral, mas busca duas outras funções, de natureza mais coletiva que individual: preventiva, inibindo que um comportamento considerado lesivo volte a ser praticado, e outra punitiva, na forma de uma retribuição.

Esta característica preventiva tem uma natureza dissuasiva¹⁷. Pela perda de um valor pecuniário, busca-se refrear a prática de comportamentos ilícitos, de forma que, caso voltem a ser praticados, o ofensor (seja outro ilícito ou o mesmo) tenha sempre aquela lembrança que assumir tal postura poderá lhe sair caro. Busca-se, através desta perda pecuniária, que deveria

¹⁶ DE ANDRADE, André Gustavo Corrêa. op. cit. p. 12.

¹⁷ Idem, Ibidem, p. 14

ir além daquela advinda do dano moral, incrementar a sanção pecuniária, para que o vulto desta indenização como um todo seja mais significativa aos olhos do ofensor.

Ao trazer de volta a discussão da culpa, e ao assumir uma natureza retributiva, se percebida a incidência do comportamento nos pressupostos aqui expostos, o dano moral toma forma de um imperativo ético, introduzindo um critério de justiça ao instituto da responsabilidade civil¹⁸.

Imperativo porque busca trazer de volta ao ordenamento a noção de que o cumprimento dos pressupostos civis e consumeristas (boa-fé, transparência, função social do contrato, etc.) não é uma opção, muito menos uma exceção; é um dever daqueles que buscam a atividade empresarial.

De toda a discussão em torno do caráter pedagógico do dano moral, porém, é esta natureza retributiva, junto da falta de uma previsão legal, que gera a maior controvérsia na aceitação do instituto.

É em razão desta que a possibilidade de um enriquecimento sem causa é trazida a tona. É a possibilidade de um ganho material pelo ofendido, sem necessariamente fazer jus a tamanho ganho, advindo desta característica, que os defensores de um combate ao superlotação do judiciário, aonde diariamente vem sendo despejadas ações de natureza indenizatória, apontam como ponto que deve ser combatido.

O que esta parte da doutrina esquece, porém, é que o excessivo número de demandas não é a causa do problema, mas a consequência de um muito maior: a falência do sistema de consumo brasileiro, vez que outros poderes mostram-se ineficientes em solucionar a problemática, adotando comportamentos incondizentes com nosso sistema jurídico perpetrados, muitas vezes tomando, assim, posturas coniventes com os grandes fornecedores, em detrimento do cidadão e dos interesses da ordem pública e econômica.

¹⁸DE ANDRADE, André Gustavo Corrêa. op. cit., p. 13

Desta forma, o que temos que questionar com muito cuidado é onde está o real enriquecimento sem causa nas relações de consumo: no consumidor, que teve direitos básicos seus violados, e que, normalmente após tentar recorrer à diversas outras formas de resolução (seja em tratativas diretas com o fornecedor, através de uma agência reguladora ou utilizando-se de outros órgãos como o PROCON) se vê obrigado à recorrer ao judiciário, ou nos fornecedores, que reiteradamente vem violando os direitos dos consumidores, pura e simplesmente porque até o presente momento o gasto com a judicialização ainda é menor do que aquele que seria gasto para melhorar o serviço?

Ainda, de tal forma, seria justo prejudicar a sociedade como um todo, deixando-se de aplicar indenizações que realmente causem algum transtorno aos grandes fornecedores, apenas para impedir que aquele consumidor sofra um enriquecimento desproporcional? Qual das duas atitudes aqui narradas será que ofendem mais nosso sistema jurídico? Fica aqui para reflexão.

Em virtude destas duas naturezas que o caráter punitivo assume, podemos associa-lo com um remédio de natureza dupla: combateria o mal que já teria acontecido e preveniria que este voltasse a acontecer.

O caráter punitivo busca garantir a livre concorrência, estabelecer uma igualdade também entre aqueles que, dotados do espírito empreendedor, buscam criação de negócios justos e não apenas obtenção de lucro adotando práticas abusivas. É uma igualdade, também, entre fornecedores¹⁹. Objetiva apenas o estabelecimento de valores que deveriam ser inerentes ao mercado de consumo, mas que, por uma série de motivos, nunca foram implementados.

Desta forma, temos ainda que a banalização do mesmo acaba por desmotivar aquele que, de boa-fé, se aventuram neste mercado. Quando todas as decisões passam a adotar um "pequeno caráter punitivo", independente de culpa ou reincidência, vê-se a condenação, ai sim

¹⁹ DE ANDRADE, André Gustavo Corrêa. op. cit, 16.

exacerbada, daquele que, ao tentar sua sorte como empresário, não foi feliz e, repentinamente, tem sua empresa quebrada, sua personalidade desconstituída e seus bens pessoais penhorados.

Ao mesmo passo, o grande fornecedor, ao ver a adoção do mesmo caráter punitivo de forma branda, quase padrão, equaciona este custo e não dá à devida importância ao cumprimento de seus deveres, vez que não fazê-lo é mais barato que fazê-lo.

Assim, o que se busca com a implementação do caráter punitivo do dano moral é combater as práticas ilícitas perpetradas no mercado fazendo com que, aquele que prefira a adoção de um comportamento ilícito a um lícito tenha não só que pagar, mas pagar caro.

3. A DISASSOCIAÇÃO ENTRE O CARÁTER PUNITIVO E O DANO MORAL

Como vimos, a principal crítica à aplicação do caráter punitivo ao dano moral é que este geraria um enriquecimento sem causa para o ofendido. Embora não sejam necessariamente contra a aplicação de sanção de caráter coercitivo, acreditam que a aplicação deste caráter possibilitaria com que aqueles que pleiteassem teriam um ganho maior do que o dano sofrido. Não se estaria, desta forma, compensando, mas sim gerando um enriquecimento ilícito. Isto, para muitos, seria ainda o responsável pelo crescente número de ações indenizatórias ajuizado no judiciário.

Desta forma, retirando esta dupla função do dano moral (compensar/sancionar), algumas soluções, mais compatíveis com o sistema jurídico brasileiro, vem apresentando formas de desassociar o caráter punitivo do dano moral.

3.1 TENTATIVAS DE LIMITAR O *QUANTUM* INDENIZATÓRIO E VEDAR A APLICAÇÃO DO CARÁTER PUNITIVO ATUALMENTE NO SENADO

Para combater esta possibilidade, alguns projetos de lei encontram-se em votação no Senado Federal, que buscam, de certa forma, limitar este subjetivismo da aplicação da indenização do dano moral e a aplicação do caráter punitivo.

O projeto de lei (PL) nº 1914/03²⁰ busca modificar o art. 953 do nosso código civil, inserindo parágrafos cujo o objetivo seria dar uma maior legalidade para a, até então, fraca de embasamento legal, vedação do enriquecimento desmotivado. Os parágrafos introduzidos seriam limitadores à atividade jurisdicional. O juiz deveria adotar determinados parâmetros na hora da fixação da verba indenizatória, de natureza principalmente socioeconômica.

A aprovação do citado projeto de lei é perigosa. A adoção de parâmetros socioeconômicos para a fixação de um *quantum* indenizatório poderia ser interpretado como uma diferenciação da pessoa humana, de acordo com o seu *status* político, econômico e social. Em outras palavras, poderia ser visto como quem tem mais, tem mais direitos do que quem tem menos. Se visto desta forma, a inserção do § 2º poderia ser visto como inconstitucional.

De necessária observação, ainda, é que no esquema de quantificação da compensação não está incluído um caráter pedagógico. Dessa forma, se o rol de parâmetros exposto no § 2º for interpretado de forma restritiva, este virá a excluir de vez a aplicação do mesmo nas indenizações de cunho moral sem, no entanto, criar um instituto responsável pela aplica deste.

Já o projeto de lei nº 2.496/07²¹, após sofrer emenda, pretende alterar a redação do art. 6º do Código de Defesa do Consumidor de forma, no mínimo, estranha. Isto porque, em sua infeliz redação, o mesmo introduz a necessidade de análise da culpa, elemento não

²⁰ BRASIL. Projeto de lei n. 1914/03. Disponível em < <http://tinyurl.com/mezydsx> > . Acesso em 06 jun. 2013

²¹BRASIL. Projeto de Lei n. 2.496/07. Disponível em < <http://tinyurl.com/my39q7s> > Acesso em 06 jun. 2013

compositivo do sistema de responsabilização objetiva, para a compensação por danos morais, e sendo verdadeiro retrocesso aos direitos do consumidor.

Ainda, o mesmo trás um modelo de tarifação dos danos morais, a partir da gravidade da lesão perpetrada: leve, média, ou grave. Esta tarifação limitaria assim o montante indenizatório que poderia ser arbitrado, deixando, entretanto, a classificação da gravidade de lesão como cláusula aberta, a ser definida pela doutrina e jurisprudência. Esta, porém, congela o valor máximo das indenizações morais de forma incoerente, não só porque a lesão à um direito decorrente da dignidade humana é considerado de valor pecuniário inconcebível, mas também porque impossibilita o acompanhamento da compensação à inflação real.

O § 3º do mesmo projeto, dispõe que a capacidade econômica do ofensor não autorizaria a fixação de indenização que promovesse o enriquecimento sem causa, limitando, expressamente, a aplicação do caráter punitivo do dano moral.

3.2 TENTATIVAS DE DESASSOCIAR O CARÁTER PUNITIVO DA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL ATUALMENTE NO SENADO

De interessante redação, o projeto de lei nº514/2011²², busca em seu art. 1º a instauração de uma multa civil, que seria aplicada pelo juiz no caso de inadimplemento de obrigações legais ou contratuais nas relações econômicas, consumerista inclusive. Expõe o autor, em sua justificção, que o projeto de lei objetiva buscar sanção eficaz para as infrações perpetradas nas relações em que, até então, vinha sendo aplicado o caráter punitivo do dano moral. De acordo com o projeto, a verba levantada com a multa civil seria destinada à fundos destinados à proteção dos direitos dos cidadãos.

Em bem verdade, o código de consumidor, em sua redação original previa algumas formas de multa civil, que poderiam ser aplicados pelo juiz de direito, em muito se assemelhando aos *punitives damages*. O art. 16 previa uma multa nos casos em que o produto

²² BRASIL. Projeto de Lei n. 514/2011. Disponível em < <http://tinyurl.com/kl87lb8> >. Acesso em 06 jun. 2013

ofertado fosse, comprovadamente, de alta periculosidade ou se o dano provocado fosse originário de serviço prestado com grave imprudência, negligência ou imperícia do fornecedor.

No mesmo sentido, o art. 45 dispunha que a infração ao disposto no capítulo IV (Da Qualidade de Produtos e Serviços, da Prevenção e da Reparação dos Danos), culminaria em multa civil “proporcional à gravidade da infração e à condição econômica do infrator, cominada pelo juiz na ação proposta por qualquer dos legitimados à defesa do consumidor em juízo”. Por fim, o § 3º do art. 53 expandia esta sanção aos casos de desrespeito aos deveres prescritos naquele artigo, referente à concessão de crédito.

Tais dispositivos, porém foram vetados em razão da inexistência de disposição sobre a justificativa ou a destinação da multa civil, se aplicada. Trata-se, mais uma vez, do impedimento do enriquecimento ilícito. A aplicação de uma multa civil (que em muito se assemelha a figura anglo-saxônica do *punitve damages*), revertida ao consumidor lesado, é verdadeiramente incoerente não só com o sistema jurídico brasileiro, mas com os valores que permeiam nossa sociedade.

O projeto de lei proposto, por outro lado, sanaria este vício. A multa civil seria destinada às instituições protetoras dos direitos difusos, nos termos da lei nº 7.347, de 24 de Julho de 1985. A adoção do projeto de lei seria a verdadeira incorporação dos *punitives damages* ao direito brasileiro. Não de forma literal, como fora feito anteriormente, mas adaptando o instituto a realidade brasileira.

CONCLUSÃO

As relações consumeristas no Brasil vivem um momento de crise. Enquanto houve uma expansão desenfreada das formas de consumo, dos tipos de relação de consumo e da produção em massa, os sistemas protetivos do consumidor não acompanharam esta expansão, mesmo após a criação da legislação consumerista.

Neste passo, o caráter punitivo-educativo do dano moral desenvolveu papel fundamental na defesa dos direitos do cidadão, ajudando a aprimorar o desenvolvimento das relações consumeristas como um todo, obrigando os fornecedores a se preocupar com os direitos do consumidor e com a segurança dos produtos e serviços oferecidos.

Em contra partida, a possibilidade de um enriquecimento pessoal com o dano, uma vez que a indenização aplicada ao utilizar-se deste critério extrapolaria o valor do dano experimentado, passou a motivar estas indenizações a valores, na maioria das vezes, insuficientes para servir como método coercitivo. Desta forma, ao invés de propiciar uma melhoria nas relações de consumo, as indenizações, muitas vezes, acabam apenas sendo incorporadas no valor do produto/serviço oferecido. Pode-se dizer, assim, que o caráter punitivo vem perdendo, se não sua função, pelo menos a sua eficácia.

Não obstante, a retirada desta forma de punição judiciária, trará consequências calamitosas para a população, que se verá à mercê dos fornecedores uma vez que o sistema protetivo privado/administrativo não é capaz de, por si só, regular as relações de consumo.

Por outro lado, a criação de uma multa civil parece bastante razoável. A aplicação destas multas geraria maior receita para instituições que buscam a defesa dos direitos difusos. Permitiria, ainda, que os magistrados aplicassem uma multa única condizente com a gravidade do ato praticado sem se preocupar com a geração de um ganho e sem a necessidade de ingresso de milhares de consumidores no judiciário para que se aplique. Seria, em suma,

uma verdadeira importação do instituto dos *punitives damages*, dessa vez, adaptado ao sistema jurídico brasileiro, às suas questões morais e às suas raízes do direito romano.

REFERÊNCIAS

- BESSA, Leonardo Roscoe; BENJAMIN, Antônio Herman V; MARQUES, Cláudia Lima. *Manual de Direito do Consumidor*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2012.
- BRASIL. Projeto de Lei n. 514/2011. Disponível em < <http://tinyurl.com/kl87lb8> >. Acesso em 06 jun. 2013
- BRASIL. Projeto de lei n. 1914/03. Encontrado em < <http://tinyurl.com/mezydsx> > . Acesso em 06 jun. 2013
- BRASIL. Projeto de Lei n. 2496/07. Disponível em < <http://tinyurl.com/my39q7s> > Acesso em 06 jun. 2013
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 53321/RJ. Relator Ministro Nilson Naves. Disponível em < <http://tinyurl.com/lorgwnh> >. Acesso em 06 jun. 2013
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 575023/RS. Relator Ministra Eliana Calmon,.Disponível em < <http://tinyurl.com/ongxwaf> >. Acessado em 06 Jun 2013.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1547. Relator Ministro Carlos Velloso. Disponível em: < <http://tinyurl.com/adcs7z3> >. Acessado em 06 jun. 2013.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2008.
- DE ANDRADE, André Gustavo Corrêa. Indenização punitiva,. Disponível em: < <http://tinyurl.com/lc6pycj> >. Acesso em 16/05/2013
- GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; NERY JÚNIOR, Nelson. Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto Rio de Janeiro: Forense, 2011
- VAZ, Caroline. Funções da Responsabilidade civil – Da Reparação à punição e dissuasão: os punitives damages no direito comparado e brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009