

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS IV

MARCELO ANTONIO THEODORO

ANTÔNIO GERMANO RAMALHO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direitos e garantias fundamentais IV [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Antônio Germano Ramalho, Marcelo Antonio Theodoro – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-356-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Garantias Fundamentais. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS IV

Apresentação

A Constituição Federal de 1988 se aproxima dos trinta anos de promulgação, no entanto, a parte que trata dos direitos e garantias fundamentais ainda por muito tempo será foco de permanentes e complexos debates no âmbito da academia do Direito, cujos discursos procuram fundamentos que sejam razoáveis ou proporcionais que expliquem o fenômeno do descumprimento desse conjunto de normas superiores cuja representação tem repercussão no poder da sociedade.

Neste Grupo de Trabalho, algumas dessas questões são reiteradas, sendo que nos casos aqui expostos, são apresentadas performances como resultado de pesquisa em estudos de casos cujas decisões independentem da ordem jurisdicional tem importante alcance que possa permitir a aplicação do conjunto dos direitos e das garantias constitucionais.

No ranking da saúde destacam-se trabalhos de excelência pautados na seguinte ordem: pressupostos buscando meios de concretização desses direitos; A reserva do possível e a garantia mínima do direito à saúde; A justiça como guardiã da concretização do direito à saúde; a proposta do reconhecimento e paternidade efetiva nos casos de reprodução assistida heteróloga no Brasil.

Outras linhas se expandem procurando dinamizar o debate sobre esses direitos consagrados pela CFB/88, a exemplo do estudo que aponta o Ministério Público como instrumento de defesa dos direitos humanos; O reconhecimento da comunidade das cidades e seus direitos de fala nos planos de desenvolvimento urbano; Os limites da liberdade de expressão e a prudência dos reclamos na atuação dos movimentos feministas; A necessidade de ampliação de se ampliar a discussão do uso do Habeas Data como remédio constitucional; O processo de (re) educação do apenado através da formação no ensino superior através de estudo de caso; O processo migratório em perspectivas de alternativas laborais e a atenção para a repercussão social.

O leitor terá a oportunidade de se debruçar sobre temáticas pouco usuais ainda nas discussões acadêmicas, mas, que trazem extraordinários benefícios para quem atua na linha de Direito Constitucional e seus desdobramentos, quer sejam de ordem teórica, formal ou de ordem material.

O melhor conselho que podemos oferecer é convidá-los a leitura!

Prof. Dr. Marcelo Antonio Theodoro - UFMT

Prof. Dr. Antônio Germano Ramalho - UEPB

A TEORIA DO DANO SOCIAL NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS COLETIVOS APLICAÇÃO DOS PUNITIVE DAMAGES

THEORY OF SOCIAL DAMAGES FOR THE PROTECTION OF THE COLLECTIVE RIGHTS - THE APPLICATION OF PUNITIVE DAMAGES

Carlos Henrique Solimani ¹
Zaiden Geraige Neto ²

Resumo

Este trabalho trata da proteção dos interesses metaindividuais e a reparação de danos por meio da sanção por ato ilícito. O ponto central do estudo são os danos sociais, os danos coletivos, a forma de sua reparação, fazendo-se a distinção entre ressarcimento e compensação e os mecanismos legais de proteção, por meio da dupla finalidade da sanção, o ressarcimento e aplicação da teoria do desestímulo, enquanto conceito pedagógico. Destaca-se a ineficiência das sanções aplicadas, face à reincidência do ofensor, e a aplicação da teoria dos Punitive Damages da common law, também chamado de teoria do valor do desestímulo.

Palavras-chave: Direitos coletivos e individuais, Danos coletivos, Punitive damages, Danos sociais

Abstract/Resumen/Résumé

This work deals with the protection of metaindividual interests and indemnity through penalty for an unlawful act. The central point of the study are the social harm, the collective damage, the form of repair, making the distinction between compensation and compensation and legal protection mechanisms, through the double purpose of the penalty, reimbursement and application of theory discouragement, as a pedagogical concept. It highlights the inefficiency of sanctions, against any repeat of the offender, and the application of the theory of Punitive Damages common law, also called disincentive theory of value.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Collective and individual rights, Collective damage, Punitive damages, Social harm

¹ Mestrando em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto/SP – UNAERP. Especialista em Direitos das Obrigações pela UNESP. MBA Executivo pela FGV (Fundação Getúlio Vargas). Advogado.

² Doutor e Mestre em Direito PUC/SP. Professor Mestrado Direito UNAERP. Professor convidado de pós-graduação Faculdade de Direito da USP - Ribeirão Preto. MBA Executivo pela FGV. Advogado.

INTRODUÇÃO

A defesa do interesse público primário, dos interesses metaindividuais também chamados de transindividuais, dentre estes os coletivos, difusos e individuais homogêneos, bem como dos interesses individuais privados, devem receber a proteção do Estado e, neste aspecto, a aplicação da sanção decorrente da responsabilidade civil na medida e proporcionalidade adequada é fundamental para o equilíbrio e paz social.

No entanto, percebe-se que a complexidade da vida contemporânea tem desafiado os operadores do direito na tentativa de estabelecer a tão almejada paz social. Não raras vezes o poder econômico dos agentes envolvidos não se intimida diante das contumazes condenações estabelecidas nas ações de reparação de danos individuais ou coletivos. É a conhecida Teoria do Gerenciamento dos Riscos Operacionais que todas as empresas aplicam em sua gestão. A Gestão do Risco Operacional é um fator importante a ser observado quando da aplicação das condenações por danos sociais, pois, caso contrário, inexistirá mudanças de comportamento, já que o custo judicial concretizado não inflexiona a curva da lucratividade.

Verifica-se assim, que não obstante todo o aparato estatal na defesa dos interesses coletivos e sociais, a complexidade do sistema econômico capitalista globalizado impulsiona uma competitividade desenfreada que desequilibra o respeito ao sistema legal, moral e ético, apesar das sanções que são impostas aos agentes infratores.

Assim, diante deste cenário em que o risco assumido é vantajoso, seria dever do Estado Juiz a aplicação de condenações punitivas a exemplo do direito norte americano dos *Punitive Damages*, no sentido de impingir aos ofensores a aplicação da teoria do valor do desestímulo? Qual a natureza jurídica desta condenação, pode ser considerada uma multa ou uma condenação suplementar de natureza compensatória? As condenações em danos sociais e danos morais coletivos podem ser consideradas como aplicação dos *Punitive Damages*?

Neste trabalho será abordada a reparação por dano social os mecanismos de proteção e as ferramentas colocadas à disposição dos operadores do direito, em especial a aplicação dos *Punitive Damages* como meio de aplicação da teoria do valor do desestímulo na tutela dos direitos coletivos.

Tentar-se-á equacionar o texto, na profundidade e extensão proporcionada pelas dimensões de um artigo, para que as respostas aos questionamentos acima sejam referendadas. Será realizada a revisão da literatura através do método hipotético-dedutivo, levantamento da jurisprudência e aspectos doutrinários sobre o tema proposto.

1. A RESPONSABILIDADE CIVIL – PREVISÃO LEGAL – ETIMOLOGIA

A palavra “DANO” conceituada por De Plácido e Silva:

“Derivado do latim *damnum*, genericamente, significa todo mal ou ofensa que tenha uma pessoa causado a outrem, da qual possa resultar uma deterioração ou destruição à coisa dele ou um prejuízo a seu patrimônio. Possui, assim, o sentido econômico de diminuição ocorrida ao patrimônio de alguém, por ato ou fato estranho à sua vontade. Equivale, em sentido, a perda ou prejuízo. Juridicamente, dano é, usualmente, tomado no sentido do efeito que produz: é o prejuízo causado, em virtude de ato de outrem, que vem causar diminuição patrimonial. Assim, está conforme à definição de PAULUS: ‘*Damnum et damnatio ab ademptione et quasi deminutione patrimonii dicta sunt.*’³

Etimologicamente, a palavra dano, oriunda do latim *damnum*, possui conotação ampla e é utilizada para estabelecer qualquer prejuízo material ou moral causado a uma determinada pessoa. Para que determinado dano seja passível de ressarcimento é necessário verificar-se a efetiva diminuição do patrimônio lesado, seja moral ou patrimonial, o dolo ou a culpa, bem como o nexos de causalidade entre o comportamento do agente e o resultado apresentado, o dano.⁴

Posto isto, infere-se que o termo “dano” é tratado pela doutrina de forma equânime. Para Marai Helena Diniz o “dano é um dos pressupostos da responsabilidade civil, contratual ou extracontratual, visto que não poderá haver ação de indenização sem a existência de um prejuízo. Só haverá responsabilidade civil se houver um dano a reparar”.⁵

Dentro da ideia de perda, o conceito de dano abrange o dano patrimonial e extrapatrimonial e o prejuízo é a consequente diminuição do patrimônio ou deterioração de coisas materiais e imateriais. O dano moral, obviamente, atinge bens de ordem moral, como o nome a imagem, o aspecto intrínseco da personalidade, do bem-estar interior, como também aspectos exteriores como a liberdade, a honra, a profissão, a família entre outros. O dano material é conhecido pelo seu aspecto real, ou perda total ou parcial da utilidade de determinado bem ou diminuição de seu valor.

Esclarece Maria Helena Diniz sobre o dano moral direto e indireto que

" [...] dano moral direto consiste na lesão a um interesse que visa a satisfação ou gozo de um bem jurídico extrapatrimonial contido nos direitos da personalidade (como a vida, a integridade corporal, a liberdade, a honra, o decoro, a intimidade, os sentimentos afetivos, a própria imagem) ou nos atributos da pessoa (como o nome, a capacidade, o estado de família). Abrange ainda, a lesão à dignidade da pessoa humana (CF/88, art. 1º, III).

O dano moral indireto consiste na lesão a um interesse tendente à satisfação ou gozo de bens jurídicos patrimoniais, que produz um menoscabo a um bem extrapatrimonial, ou melhor, é aquele que provoca prejuízo a qualquer interesse não

³ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico v. II.** 3 ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1993. p. 2.

⁴ FLORINDO, Valdir. **Dano Moral e o Direito do Trabalho.** 3a. ed. São Paulo: LTR, 1999, p. 19.

⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** 7o Vol. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 77.

patrimonial, devido a uma lesão a um bem patrimonial da vítima. Deriva, portanto, do fato lesivo a um interesse patrimonial. P. ex.: perda de coisa com valor afetivo, ou seja, de um anel de noivado.”⁶

No Código Civil a previsão para a imputação da responsabilidade civil pela prática de ato ilícito tem previsão no artigo 186.⁷ O artigo 187, do mesmo *codex*, prevê punição para o titular de um direito que ao exercê-lo excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.⁸ Praticado o ato ilícito, causado o dano, fica o agente obrigado a repará-lo, nos exatos termos do art. 927 e 944.⁹

A obrigação para reparação de danos de natureza civil se configura quando estão presentes os três elementos caracterizadores, a prática pelo agente de ato lesivo em conduta culposa (em sentido amplo), a existência de um dano patrimonial ou moral e o nexo de causalidade entre a conduta e o dano. Esta é a dimensão doutrinária e legal da responsabilidade civil. Pela prática do ato ilícito surge o dever de indenizar, é a obrigação decorrente da sanção do ato ilícito.¹⁰

2. O DIREITO COLETIVO – MECANISMOS LEGAIS DE PROTEÇÃO

De natureza protetiva individualista o direito brasileiro evoluiu para a proteção coletiva, especialmente com o advento da Lei de Ação Civil Pública, do Código de Defesa do Consumidor, da Lei de Improbidade Administrativa, tendo esta sancionado não

“ [...] apenas os atos de enriquecimento ilícito dos agentes públicos ou os atos que causem prejuízo ao erário; sancionou também danos morais à coletividade, como aqueles que tentem contra os princípios da Administração Pública, ou seja, qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições.”¹¹

Consigne-se que a prática de atos ilícitos não ofende apenas interesses individuais, mas também interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos. Naquela, caso o interesse violado não seja reparado voluntariamente pelo ofensor, instalada a lide, qual seja, passando a existir uma pretensão resistida, pode o ofendido, valer-se da jurisdição para a reparação ou compensação do direito violado.

⁶ *Op. Cit.*, p. 110.

⁷ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

⁸ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

⁹ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. [...]

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

¹⁰ CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 37.

¹¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 148.

O Dano Coletivo é o que ultrapassa o interesse meramente individual decorrente da teoria moderna da proteção dos interesses transindividuais, seja de natureza difusa, coletiva ou de interesses individuais homogêneos. As regras de responsabilidade patrimonial são aplicáveis aos interesses transindividuais, admitindo-se indenizações por danos morais a lesados individuais homogêneos ou interesses difusos. A proteção dos direitos coletivos contempla evolução em período anterior à Constituição Federal de 1988, porém, após a sua edição, os Direitos Coletivos foram alçados ao significativo grupo das cláusulas pétreas e já no Título II, Capítulo I, a partir do art. 5º.¹²

Segundo Hugo Nigro Mazzilli

“De um lado, os danos transindividuais nada mais são do que um feixe de lesões individuais; de outro, mesmo que se recusasse o caráter de soma de lesões individuais para o dano moral coletivo, seria necessário lembrar que hoje também se admite uma função punitiva na responsabilidade civil, o que se confere caráter extrapatrimonial ao dano coletivo. Assim, p. ex., quando se lesa o meio ambiente, quando se divulga uma propaganda enganosa ou quando um laboratório põe em circulação medicamentos fraudulentamente desprovidos do princípio ativo, há mais que cogitar que apenas prejuízos patrimoniais.”¹³

No caso das ações coletivas, os danos causados pela prática de atos ilícitos tem sistemática diferenciada, própria, com objeto bens e direitos difundidos pela coletividade, para cuja reparação são utilizados como instrumento processual a Lei da Ação Civil Pública, a Ação Popular, o Código de Defesa do Consumidor, a Lei do Mandado de Segurança. Neste aspecto, o sujeito passivo atingido é a coletividade ou um conjunto de pessoas, em favor das quais os legitimados poderão ajuizar a competente ação de reparação de danos coletivos.¹⁴

Quanto aos danos morais coletivos

“O dano moral coletivo tanto pode afetar o interesse dos indivíduos considerados como membros do grupo quanto o direito cujo titular seja o próprio grupo. Neste sentido, a Lei nº 7.347, de 1985, que regula a ação civil pública, prevê expressamente a possibilidade do reconhecimento de dano moral coletivo, ao incluir, no art. 1º, IV, a referência a responsabilidade por danos morais e coletivos causados “a qualquer outro interesse difuso ou coletivo”.

Pode-se, então, entender por dano moral coletivo aquele que decorre da violação de direitos de certa coletividade ou a ofensa a valores próprios dessa mesma coletividade, como sucede, por exemplo, com a crença religiosa, o sentimento de solidariedade que vincula os respectivos membros, a repulsa a atos de discriminação contra membros da coletividade ou do próprio grupo, como tal.

Cabe lembrar, a propósito, disposição expressa de lei vigente no Brasil (art. 81, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078, de 1990), em cujos termos entendem-se por interesses ou direitos coletivos os transindividuais de

¹² *Op.Cit.* p. 147

¹³ *Ibid.* p. 148 e 149.

¹⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: Tutela de direito Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos**. Porto Alegre, 2005, Tese (Doutorado). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/4574/000502398>>. Acesso em: 2016-09-18. p. 7.

natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.¹⁵”

Conforme observa Arion Sayão Romita é possível o reconhecimento da existência de dano coletivo e a sua reparação, especificamente o dano moral coletivo, pois a coletividade pode sofrer, além dos danos de natureza patrimonial, danos morais, face aos reflexos extrapatrimoniais causados pela prática de atos ilícitos causadores de danos morais coletivos.¹⁶

O Ministério Público, de regra, em ações civis públicas ajuizadas, requer a condenação do ofensor ao pagamento de indenização por dano moral coletivo, revertendo-se tais valores a fundos próprios, criados com a finalidade de utilização dos recursos em favor da instituição ou setor prejudicado, como meio ambiente, consumidor, do trabalho, dentre outros.

A proteção dos interesses coletivos tem previsão expressa no Código de Defesa do Consumidor, art. 6º, incisos VI e VII e também na Lei da Ação Civil Pública Lei 7.347/85, art. 1º e seus incisos.¹⁷

A responsabilidade civil decorre da lei e sua reparação é consequência do ato ilícito praticado pelo ofensor. Decorrência da lei, a reparação civil individual ou coletiva é o resultado da atuação do Estado Juiz na busca do reequilíbrio social. No caso do dano social seu fundamento jurídico vai além da norma, utiliza o ordenamento jurídico como um todo e vem consagrado no direito brasileiro como forma de proteção, ressarcimento e de prevenção, como será objeto de discussão a seguir.

3. O INSTITUTO DOS *PUNITIVE DAMAGES*

A reparação dos danos decorrentes do ato ilícito, como aduzido alhures, é meio de proteção dos bens jurídicos tutelados pelo Estado e, sejam quais forem, devem ser protegidos pelo ordenamento estatal. Cada um deve ter o seu regramento e proteção. O dano causado a qualquer bem jurídico deve ser passível de indenização ou reparação, no sentido da manutenção do equilíbrio jurídico no meio social, tendo em sua natureza não apenas a necessidade de retorno ao *status quo ante*, ou seja manutenção do cenário fático então existente antes da prática do ato ilícito, mas também impingir ao ofensor um desconforto proveniente do impulso pedagógico que lhe é atribuído pelo Estado Juiz de modo que, ao sofrer a punição – a de reparar o dano -,

¹⁵ ROMITA, Arion Sayão. **Dano Moral Coletivo**. Brasília: Revista do Tribunal Superior do Trabalho, vol. 73, abril/junho. 2007, p. 79.

¹⁶ *Id., Ibid., loc. cit.*

¹⁷ Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: I - ao meio-ambiente; II - ao consumidor; III - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo. V - por infração da ordem econômica. VI - à ordem urbanística. VII - à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos. VIII - ao patrimônio público e social.

se sinta obrigado a descontinuar a prática ilícita tendente a ofender novamente o bem jurídico tutelado.

O instituto da reparação de danos tem como finalidade, no caso do dano patrimonial o retorno ou recondução do patrimônio ao estado anterior em que se encontrava antes do evento danoso, com a reposição do equivalente pecuniário, operando-se o ressarcimento do dano patrimonial. No caso do dano moral, a sanção não se resolve do mesmo modo, ou seja, numa indenização propriamente dita, a sua reparação se faz por meio de uma compensação e não de um ressarcimento. Yussef Said Cahali sintetiza:

“...no dano patrimonial, busca-se a reposição em espécie ou em dinheiro pelo valor equivalente, de modo a poder-se indenizar plenamente o ofendido, reconduzindo o seu patrimônio ao estado em que se encontraria se não tivesse ocorrido o fato danoso; com reposição do equivalente pecuniário, opera-se o *ressarcimento do dano patrimonial*.

Diversamente, a sanção do dano moral se resolve numa indenização propriamente, já que indenização significa eliminação do prejuízo e das suas conseqüências, o que não é possível quando se trata de dano extrapatrimonial; a sua reparação se faz através de uma compensação, e não de um ressarcimento; impondo ao ofensor a obrigação de pagamento de uma certa quantia de dinheiro em favor do ofendido, ao mesmo tempo que se agrava o patrimônio daquele, proporciona a este uma reparação satisfativa.

Trata-se, aqui, de *reparação do dano moral*.

Assim, da responsabilidade civil do agente resulta para o ofendido o direito à *indenização do dano* (sentido genérico), que se resolve ou pelo ressarcimento do *dano patrimonial* ou pela *reparação do dano moral*.¹⁸

Há, assim, dupla finalidade, qual seja a de ressarcimento do dano e a de impor ao ofensor, de forma pedagógica, um desestímulo a uma reiteração do ato lesivo. Esta é a doutrina clássica da reparação de danos, seja individual ou coletivo. No entanto, modernamente surge a teoria punitiva, ou da terceira finalidade que é a de coibir a reiteração de práticas danosas por meio da aplicação de uma coerção pecuniária de valor elevado, ou seja a aplicabilidade da Teoria do Valor do Desestímulo ou *Punitive Damages*.¹⁹

No direito comparado, fazendo-se referência ao direito estadunidense, a reparação dos danos sociais tem como fundamento a aplicação da teoria do valor do desestímulo ou da indenização punitiva, em que, além da reparação do dano à vítima, plenamente legal é a aplicação de condenações de natureza punitivo-pedagógicas de cunho social, como no referido instituto dos *punitive damages*, característicos dos países da *common law*. A teoria dos *punitive damages* ou da teoria do valor do desestímulo encontra origem em Roma, e posteriormente adentra o Reino Unido no século XVIII, porém ganha força no direito norte americano, no

¹⁸ CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 42.

¹⁹ SERPA, Pedro Ricardo e. Indenização punitiva. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-15052012-102822/>>. Acesso em: 2016.05.30. p. 25.

sistema da *common law*.²⁰ De acordo com Salomão Resedá citado por Raul Araújo Filho²¹ o conceito de *Punitive Damages* seria:

Um acréscimo econômico na condenação imposta ao sujeito ativo do ato ilícito, em razão da sua gravidade e reiteração que vai além do que se estipula como necessário para satisfazer o ofendido, no intuito de desestimulá-lo à prática de novos atos, além de mitigar a prática de comportamentos semelhantes por parte de potenciais ofensores, assegurando a paz social e conseqüente função social da responsabilidade civil.²²

O Direito norte americano faz uma distinção entre o *Compensatory Damages* e os *Punitive Damages*, podendo ambos os institutos serem aplicados e concedidos em ações de responsabilidade civil, havendo distinção quanto a finalidade da condenação, sendo que o primeiro, *Compensatory Damages*, a exemplo da doutrina pátria visa a reparação de acordo com a extensão do dano, nos termos do artigo 944 do Código Civil. Já os *Punitive Damages*, não tem natureza reparatória, mas sim a de punir o ofensor e desestimular novas condutas semelhantes, levando em consideração a gravidade da conduta (reiterações de atos ilícitos) e o grau de reprovabilidade social.²³

Necessário atentar-se para o fato de que, muitas vezes, é necessário que o Estado Juiz utilize a aplicação de condenações punitivas, como forma de compensação do dano decorrente do ato ilícito reiterado, pois condenações aplicadas em ações individuais, muitas vezes de baixo valor, não atingem sua finalidade, as mudanças de comportamentos empresariais, tendo em vista a constante avaliação do custo judicial das condenações, conforme mencionado alhures, por meio da aplicação da teoria do gerenciamento dos riscos operacionais.²⁴

De modo geral, as grandes empresas e até mesmo as de médio porte, com razoável controle de seu fluxo de caixa e financeiro, utilizam a gestão de riscos no sentido de se calcular se os valores pagos nas ações judiciais estão provocando desequilíbrio na curva de lucratividade do negócio.

A definição de Risco operacional, é

“o risco de incorrer direta ou indiretamente em perdas inesperadas devido a falhas ou ineficiência das pessoas, dos sistemas de informação, ou dos controles internos de uma instituição. Além de perdas financeiras, falhas operacionais podem levar a: processos jurídicos, perda de reputação, danos ao ambiente e até a quebra da instituição.”²⁵

²⁰ SERPA, Pedro Ricardo e. *Op. Cit.* p. 35 a 42.

²¹ ARAÚJO FILHO, Raul. **Punitive Damages e sua Aplicabilidade no Brasil**. Brasília: STJ Publicações Institucionais. Disponível em: <www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/doutr/article/view/1117/1051>_Acesso em 26.05.2016, p. 333.

²² RESEDÁ, Salomão. **A Função Social do Dano Moral**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 225.

²³ PARGENDLER, Mariana. **Os Danos Morais e os "Punitive Damages" No Direito Norte-Americano: Caminhos e Desvios da Jurisprudência Brasileira**. In: PASCHOAL, Janaina Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (Coords.). Livro Homenagem a Miguel Reale Júnior. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2014, p. 413-428.

²⁴ PEDOTE, Cristiane. **Análise e Gerenciamento de Risco: Gestão do Risco Operacional em Instituições Financeiras**. São Paulo: EAESP/FGV, 2002. 68 p. Dissertação de Mestrado EAESP/FGV. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/4919/1200200870.pdf?sequenc>. Acesso em 18.09.2016. p. 13.

²⁵ PEDOTE, Cristiane. *Op.cit.* p. 13.

Entretanto, a existência deste tipo de controle de riscos faz concluir-se, por dedução hipotética, que apenas as pessoas jurídicas mais demandadas dele necessitem. O aumento de número de demandas ocasiona afluxo de processos nos Tribunais Estaduais, causando impacto nos serviços jurisdicionais. Importante destacar o trabalho que vem sendo desenvolvido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que possui levantamento detalhado deste cenário, conforme se extrai do relatório enviado pelo referido Tribunal ao Supremo Tribunal Federal.²⁶ De acordo com Geandrei Stefanelli Germano

As grandes empresas, evidentemente, têm ciência do quantum gasto a título de indenizações, bem como das causas de pedir que as originam. Não são amadoras. Diante disso, em vista a não mudança de postura diante da condenação em milhares de ações envolvendo práticas abusivas há muito tempo conhecidas, é imperiosa a conclusão de que tais empresas estão tomando decisões com base no pragmatismo cru de uma equação de custo-benefício econômica, cujo resultado é o de que sai mais barato enfrentar o Poder Judiciário do que proteger o consumidor. A sanção judicial, portanto, nestes casos, vem se constituindo em um mero preço a ser pago pelas grandes empresas, na qual o consumidor é o principal prejudicado.²⁷

No relatório elaborado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, destaca-se a conclusão de letra “d” e as considerações na sequência, as quais levam à conclusão que, efetivamente, a despesa lançada pelas empresas na coluna contábil Ações Judiciais, considera apenas o referido item como “Valor Financeiro=Despesa” e não reflete de forma direta uma oportunidade de melhoria na prestação de serviços/fornecimento de produtos:

d) cada uma dessas 16 empresas, ao que tudo indica, preferiu aguardar os 923 dias de tramitação dos processos até a condenação final, na média, de R\$ 309.774.261,59, a realizar os investimentos necessários a prevenir os danos causados aos usuários; ou as empresas desconhecem essa situação, ou tal conduta é economicamente vantajosa em confronto aos investimentos corretivos; poder-se-ia, tendo em vista a taxa de juros, entender que a receita financeira decorrente da economia de não promover os investimentos necessários seria vantajosa, considerando o tempo de litígio custeado pelo Estado e a condenação final. Nessas circunstâncias, a questão de interesse comum do Judiciário e dos Jurisdicionados – estes, como autores ou réus dessas ações de responsabilização civil – é a de se saber qual seria o valor reparatório de danos a partir do qual as empresas fornecedoras de bens e serviços passariam a considerar necessário, do ponto de vista dos custos comparados, investir em medidas corretivas internas que fossem eficientes e eficazes para o fim de prevenir a ocorrência daqueles danos, de sorte a evitar demandas judiciais.²⁸

O relatório encaminhado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro ao Supremo Tribunal Federal foi preparado e emitido em 07 de julho de 2004, ocasião em que, entre outros dados estatísticos, foram levados em consideração os maiores demandados do

²⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Perfil das Maiores Demandas Judiciais do TJERJ*. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/noticias/imprensa/relatorio.doc>>. Acesso em 30 mai. 2016.

²⁷ GERMANO, Geandrei Stefanelli. *Punitive damages nas relações de consumo*. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-03102012-084841/>>. Acesso em: 30 mai. 2016. p. 66 a 67.

²⁸ *Id.* p. 24

Tribunal de Justiça, tanto nos Juizados Especiais Cíveis, quanto nas Varas Cíveis. O referido Tribunal de Justiça disponibiliza ainda informações detalhadas sobre as empresas mais demandadas. Verifica-se com isto que, apesar de algumas alterações, mantiveram-se na lista de maiores demandados praticamente as mesmas empresas.

Por meio de simples consulta na lista de maiores demandados foi possível verificar que nos últimos doze meses, entre setembro de 2015 e agosto de 2016, apenas no âmbito da competência dos Juizados Especiais Cíveis, foram distribuídas em desfavor das 30 pessoas jurídicas mais demandadas 453.940 processos. No mesmo período, considerando-se a competência ordinária, foram distribuídos 78.314 processos para as 30 empresas mais demandas.²⁹

Na página do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro há mensagem ao público e aos operadores do direito como nota explicativa sobre esta iniciativa como forma de prestação de contas do trabalho do referido Tribunal à comunidade.³⁰

²⁹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. " **Top 30 " Lista das empresas Mais Acionadas no TJRJ**. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/MaisAcionadas/>>. Acesso em: 30 mai. 2016.

³⁰ *Id.* TJRJ. "Top 30 " Lista das empresas Mais Acionadas no TJRJ Desde 2005, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro disponibiliza mensalmente a lista TOP 30 das empresas mais acionadas nos Juizados Especiais através do endereço eletrônico <http://www4.tjrj.jus.br/MaisAcionadas/>. A publicação da lista atende a uma demanda da sociedade que deseja o fácil acesso à informação para ampliar a segurança da decisão de consumir e que exige transparência na gestão judiciária. O Código de Defesa do Consumidor no art. 44 assegura ao consumidor o direito de consultar as informações existentes no banco de dados de reclamações, orientando-se e informando-se sobre maus fornecedores, antes de efetivar qualquer negócio. A divulgação deve indicar, ainda, se a reclamação foi atendida ou não pelo fornecedor, senão vejamos: CDC - Lei nº 8.078 de 11 de Setembro de 1990 Art. 44. Os órgãos públicos de defesa do consumidor manterão cadastros atualizados de reclamações fundamentadas contra fornecedores de produtos e serviços, devendo divulgá-lo pública e anualmente. A divulgação indicará se a reclamação foi atendida ou não pelo fornecedor. § 1º É facultado o acesso às informações lá constantes para orientação e consulta por qualquer interessado. § 2º Aplicam-se a este artigo, no que couber, as mesmas regras enunciadas no artigo anterior e as do parágrafo único do art. 22 deste código. O Tribunal de Justiça adotou a filosofia do Código de Defesa do Consumidor de transparência e dever de informação que atribui a todos os órgãos públicos a obrigação de divulgar os dados estatísticos das reclamações e ações em face dos fornecedores, explica Flávio Citro Vieira de Mello, Juiz Membro da Comissão Estadual dos Juizados Especiais Cíveis, responsável pela divulgação da lista. Após 07 (sete) anos da implementação dessa ferramenta de gestão e serviço pioneiro, percebe-se que a prática alcançou o êxito esperado, tornando-se, atualmente, o instrumento mais útil na gestão judiciária e na administração do passivo das próprias empresas. A lista TOP 30 propicia o monitoramento do número de ações distribuídas e o seu constante aprimoramento visa o controle, por parte do Judiciário, do número de processos tombados versus sentenciados e arquivados. Paralelamente ao monitoramento de demandas repetitivas, originadas por alguma má prestação de serviço em massa, essa ferramenta se torna preciosa se aliada à política interna das empresas, em acompanhar e identificar quais serviços estão gerando maior ajuizamento de ações. É com satisfação que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro verifica o interesse das empresas em buscar informações necessárias à melhoria da prestação dos serviços, bem como em reavaliar sua postura no mercado de consumo. A partir da divulgação da lista TOP 30, as empresas mais acionadas em sede de juizado demonstraram interesse em participar de mutirões de conciliação e se aproximaram do Poder Judiciário para que todos pudessem buscar soluções benéficas para o consumidor. Segundo o Juiz Flávio Citro, desde janeiro de 2008, o serviço foi aprimorado ainda mais, filtrando as informações e possibilitando, dessa forma, o conhecimento dos objetos das ações demandadas: A lista sofreu nova alteração a partir de julho de 2010, quando segmentamos os diversos grupos de serviços oferecidos: consórcio, seguro, cartão de crédito, telefonia fixa, telefonia móvel etc. A partir do próximo ano, com o início da implantação das tabelas processuais do CNJ, o serviço ficará ainda mais refinado. Por exemplo, hoje em dia sabemos que determinado banco figura entre as 30 empresas mais acionadas, com certo número de ações ajuizadas. Posteriormente à implantação das tabelas do CNJ é possível saber quantas ações foram distribuídas em razão da inclusão indevida em cadastro de inadimplentes ou em razão de consórcio adquirido no estabelecimento bancário. Outro exemplo é o das companhias aéreas, as informações são cadastradas permitindo a identificação do objeto da demanda: atraso de voo, extravio de bagagem, overbooking etc. Ainda segundo o juiz, essas informações possibilitarão que as empresas enfrentem diretamente os problemas apontados pelo Judiciário, seja através de mudanças operacionais, seja através de acordos extrajudiciais. Destaca também, a importância do atendimento eficiente e da adequada informação aos consumidores, como forma de impedir que o consumidor não tenha alternativa que não socorrer-se do Judiciário para a solução do conflito. O objetivo da iniciativa é a prestação de contas à sociedade, de acordo com o art. 44 da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor - CDC), que atribui a todos os

Portanto, se na curva de avaliação da lucratividade, a variável Custos Judiciais não estiver interferindo de modo eficaz, negativamente, flexionando-a em sentido negativo, certamente não haverá mudança de postura por parte do agente transgressor da norma jurídica. A empresa, seja qual for, continuará na prática ilícita, sem fazer qualquer investimento na melhoria do serviço ou do produto fornecido. Quando muito, adotará medidas paliativas como forma de demonstração institucional de marketing.

A doutrina e a jurisprudência caminham no sentido de tornar pacífica a aplicabilidade de referido instituto, e os precedentes que serão vistos abaixo são a prova de que a Teoria do Valor do Desestímulo ou *Punitive Damages*, são perfeitamente aplicáveis no sistema jurídico brasileiro, quando a conduta do agente for especialmente reprovável, com culpa grave, ou com uma carga de dolo que torna a aplicação do instituto uma resposta necessária para se coibir o enriquecimento sem causa³¹ daquele que se beneficia da conduta ilícita, bem como dissuadi-lo de novos comportamentos reprováveis.

Como forma de mudança de comportamento empresarial, necessário que os operadores do direito tenham em mente que a aplicação da teoria do Valor do Desestímulo, no sentido de compensar o dano social havido e também aplicação de medida pedagógica, é fundamental para que haja mudança de comportamento, de se fazer perceber que a teoria do gerenciamento de risco não pode ser encarada como justificativa de descumprimento da lei.

4 - A REPARAÇÃO CIVIL DOS DANOS SOCIAIS COM FORMA DE TUTELA DOS DIREITOS COLETIVOS

Os danos sociais, objeto do presente trabalho, tem sua gênese na responsabilidade civil tal qual os direitos coletivos, porém com natureza jurídica mais abrangente, decorre da proteção dos direitos sociais, como regra que visa a valoração dos direitos que a humanidade consagra desde o advento da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, também na Declaração de 1948, que tem como seu fundamento o reconhecimento do respeito à dignidade

órgãos públicos que atuam na defesa do consumidor a obrigação de divulgar os dados estatísticos das reclamações e ações contra fornecedores de produtos e serviços. "A divulgação da lista Top 30 do Tribunal maximiza a efetividade do sistema da Lei 8.078/90, que assegura ao consumidor o direito de consultar as informações existentes no banco de dados de reclamações, orientando-se e informando-se sobre maus fornecedores antes mesmo de efetivar qualquer negócio. O cidadão consciente pode orientar sua decisão de consumir ou de contratar a partir do quadro que espelha o rol de fornecedores que são litigantes habituais", ressalta o juiz Flávio Citro, coordenador do Centro de Conciliação dos Juizados Especiais Cíveis e titular do II JEC da Capital.

³¹ ARAÚJO FILHO, Raul. **Punitive Damages e sua Aplicabilidade no Brasil**. Brasília: STJ Publicações Institucionais. Disponível em: <www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/doutr/article/view/1117/1051>. Acesso em 26.05.2016. p. 345.

da pessoa humana como direito inalienável, além do direito de igualdade, liberdade, solidariedade, protegidos sob o império da lei contra atos de tirania e da opressão.³²

Entretantes, o Dano Social decorre da ofensa aos direitos sociais em seu sentido mais amplo, cuja proteção está presente em todas as áreas da vida social, como dito, no direito do consumidor, do meio ambiente, do direito do trabalho, sendo que neste último a doutrina e jurisprudência denomina *Dumping Social*.³³

Com o desenvolvimento social evidencia-se o incremento da complexidade do contexto econômico, político e jurídico do mundo contemporâneo. O universo econômico ocidental, caracterizado pelos aspectos e dinâmicas do capitalismo globalizado, tendem a impulsionar os agentes e atores deste cenário a uma compreensível e às vezes incompreensível competitividade, muitas vezes saudável quando, por exemplo, a inovação, como critério de sobrevivência no mercado, traz para a sociedade melhorias tecnológicas em seu proveito.

Consigne-se que outros agentes deste mesmo cenário em face desta mesma competitividade, lançam mão de práticas ilícitas com a finalidade de diminuição de seus custos para se manterem no mercado, porém à custa de práticas danosas em detrimento daqueles que com eles se relacionam.

Não obstante, empresas de grande e médio porte, com alta capacidade organizacional, utilizam-se da gestão do risco operacional, monitorando constantemente as despesas, dentre elas as judiciais, avaliando sua influência na inflexão da curva da lucratividade. Caso o nível de despesas, entre elas a judicial, somadas, não inflexionem a curva do resultado operacional, por aplicação de metodologia lógico dedutiva, conclui-se que serão mínimas as atitudes tendentes a melhoria da prestação de serviços ou de fornecimento de produtos. Evidente que um aumento de ações judiciais, reclamações no PROCON e demais órgãos de proteção do consumidor, provocam alterações na imagem da empresa, e tal fato também é objeto da Gestão de Riscos.

Evidentemente, políticas mercadológicas como estas que se apresentam, prejudicam os consumidores quando adquirem produtos defeituosos, de baixa qualidade, mal elaborados que provoquem danos à saúde das pessoas.

Relativamente aos Danos Sociais, estes podem ocorrer quando estão relacionados à prestação de serviços oriundos de propaganda enganosa ou de má qualidade, como em casos de

³² Declaração Universal dos Direitos Humanos. UNESCO. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em 26.05. 2016.

³³ MADERS, Fernanda. **A indenização por dumping social como forma eficaz de política pública para o enfrentamento do trabalho análogo ao de escravo de modo a concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana**. Disponível em: http://www.unisc.br/portal/images/stories/curso-24/dissertacoes/2015/fernanda_maders.pdf. Acesso em 18.09.2016. p. 70.

operadoras de telefonia móvel e fixa que prometem ligações por valores fixos, mas que derrubam as ligações obrigando o consumidor a fazer várias outras aumentando seus gastos.

Os danos sociais podem ainda ser caracterizados quando os trabalhadores são prejudicados, pois submetidos à situações de insalubridade, periculosidade e seus direitos lhe são subtraídos pelo não pagamento de verbas a que teriam direito. Podem ainda estar caracterizados em face do meio ambiente, quando este é destruído por empresas que, agindo de forma omissiva ou comissiva, praticam atos ilícitos tendentes à poluição ambiental, à destruição da fauna e flora, entre outros.

Práticas reiteradas tem sua ocorrência efetivamente observada em seu aspecto de continuidade, ou seja não se restringem a um único evento, como *soi* observar em casos de danos eventuais, como por exemplo em um acidente de trânsito provocado por ato de imprudência. Danos a interesses coletivos podem decorrer, evidentemente, da prática isolada de ato ilícito, o que seria considerado eventual, porém é necessário que seja avaliada a extensão do dano, a amplitude do ato ilícito, no sentido de se avaliar e concluir pela existência do dano social. De acordo com Tartuce:

“[...] os danos sociais, por sua vez, são lesões à sociedade, no seu nível de vida, tanto por rebaixamento de seu patrimônio moral – principalmente a respeito da segurança – quanto por diminuição na qualidade de vida” (Por uma nova categoria..., O Código Civil..., p. 376). O que se percebe é que esses danos podem gerar repercussões materiais ou morais. Nesse ponto, diferenciam-se os danos sociais dos danos morais coletivos, pois os últimos são apenas extrapatrimoniais.³⁴

Parte da doutrina tem entendido que o fundamento para a aplicação da condenação por dano social seria a previsão do § único do art. 404 do Código Civil³⁵. O Judiciário, neste aspecto, vem proferindo decisões concretizando sua judicialização e pertinência, com decisões condenatórias de natureza suplementar, entendendo que o dano social comporta compensação.

O artigo 944 do Código Civil baliza a condenação tendo como base a situação que se encontra a vítima e a extensão do danos causado. É o caso do dano social em que a compensação leva em consideração a extensão do dano social observado do ponto de vista da coletividade atingida³⁶ sendo aplicável ainda o artigo 927 do Código Civil.³⁷

³⁴ TARTUCE, Flávio. *Direito civil, v. 2 : Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil*. 9. ed.. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo : MÉTODO, 2014, pág. 318.

³⁵ Art. 404. As perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, serão pagas com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, abrangendo juros, custas e honorários de advogado, sem prejuízo da pena convencional. Parágrafo único. Provas que os juros da mora não cobrem o prejuízo, e não havendo pena convencional, pode o juiz conceder ao credor indenização suplementar.

³⁶ Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

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

³⁷ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

No caso da indenização com finalidade punitivo-pedagógicas, o ponto fulcral é o agente ofensor, a gravidade do ato ilícito praticado, da culpa grave ou dolo. em desfavor de empresas, em geral de capital social elevado, na medida em que estes grandes conglomerados, apesar de inúmeras e reiteradas condenações pela prática de atos ilícitos, não promovem melhorias na prestação de serviços, reiterando a prática omissiva ou comissiva em detrimento da coletividade.

Para aplicação da sanção, o operador do direito observa e avalia o critério da extensão do dano, como também a gravidade do ato praticado pelo ofensor. Em verdade é relação de causa e efeito, não se podendo distinguir de forma estanque para se concluir pelo valor da condenação a ser aplicada. No caso do danos social, uma conduta grave e reiterada causará obviamente um dano de grande extensão, sendo cabível a condenação proporcional à referida extensão, a qual será decorrente da magnitude da conduta, havendo assim perfeita ressonância entermeando a causa e o efeito.

Assim, a natureza jurídica da condenação em dano social visa a compensação do dano causado, não lhe retirando, contudo, sua evidente condição punitivo-pedagógica, quando o valor da condenação atinge o valor suficientemente razoável para dissuadir o agente ofensor da prática de novas condutas. O aspecto do importe valorativo monetário da condenação é que se aproxima da natureza dos *punitive damages* do direito norte americano, lá porém o instituto tem natureza potencialmente punitiva. No presente trabalho, pelas observações refenciadas na doutrina e jurisprudência pátria, a natureza dos *Punitive Damages* no direito brasileiro tem conotação mista, de compensação do dano social havido, mas também de aspecto punitivo-pedagógico em dissuadir o agressor de novas condutas potencialmente danosas, face ao valor mais elevado das condenações.

Não se pode falar em natureza jurídica de multa, já que esta tem em sua essência a penalização pelo ato de fazer ou de não se fazer, de se praticar ou de não praticar determinado ato ou fato jurídico. O Dano Social e sua reparação tem natureza decorrente da responsabilidade civil pela prática de ato ilícito.

No que se refere às condenações por danos sociais, em observância das decisões declinadas a seguir, estas têm sido arbitradas em valores expressivos, muito superiores ao valor da indenização concedida na esfera individual, exatamente pela prática continuada de atos perniciosos que afetam os interesses coletivos, como já mencionado. Ou seja a reparação de dano social em valor elevado, elevado como praticado no direito da *common law* nos *punitive damages*, tem natureza diversa da multa, e visa, como dito, compensar o dano social ocorrido,

bem como impactar o agente agressor com perdas financeiras proporcionais à amplitude da coletividade prejudicada.

No Direito do Trabalho, em face de sua natureza protetiva, o Judiciário Trabalhista tem se mostrado propenso à efetivação da aplicação de sanções punitivas, face às reiteradas ocorrências de danos sociais, nesta esfera jurídica conhecida como “*Dumping Social*”. Na 1ª Jornada de Direito Material e Processual da Justiça do Trabalho, da Anamatra, foram aprovados 79 Enunciados, destacando-se quanto ao tema o de nº 4,³⁸ sobre o referido *Dumping Social*.³⁹

Impende trazer à discussão o julgamento proferido no processo 0049300-51-2009-5-15-0137, em abril de 2012, no qual foi proferida decisão açabarcando a teoria do dano social⁴⁰ para combate ao *Dumping Social*.⁴¹

A condenação em danos sociais tem, além da natureza jurídica compensatória, seu caráter punitivo-pedagógico, pois em situações de reiteração na falha da prestação de serviços ou de qualquer outro ato que prejudique a coletividade, a pessoa jurídica causadora do dano deve ser instada a sofrer em seu patrimônio uma sanção que tenha como pressuposto a função pedagógica, sendo esta a natureza jurídica primordial da condenação, fruto da aplicação do instituto dos *punitive damages*, característicos dos países da *common law*.⁴²

A decisão a seguir exemplifica a aplicação dos *punitive damages*, na qual empresa de telefonia foi condenada ao pagamento do valor de R\$5.000.000,00 (cinco milhões de reais) a

³⁸ 4. “DUMPING SOCIAL”. DANO À SOCIEDADE. INDENIZAÇÃO SUPLEMENTAR. As agressões reincidentes e inescusáveis aos direitos trabalhistas geram um dano à sociedade, pois com tal prática desconsidera-se, propositalmente, a estrutura do Estado social e do próprio modelo capitalista com a obtenção de vantagem indevida perante a concorrência. A prática, portanto, reflete o conhecido “dumping social”, motivando a necessária reação do Judiciário trabalhista para corrigi-la. O dano à sociedade configura ato ilícito, por exercício abusivo do direito, já que extrapola limites econômicos e sociais, nos exatos termos dos arts. 186, 187 e 927 do Código Civil. Encontra-se no art. 404, parágrafo único do Código Civil, o fundamento de ordem positiva para impingir ao agressor contumaz uma indenização suplementar, como, aliás, já previam os artigos 652, “d”, e 832, § 1º, da CLT

³⁹ FURTADO, Emmanuel Teófilo; CAVALCANTE MOREIRA, José Davi. *Os enunciados publicados na 1ª Jornada de Direito Material e processual na Justiça do Trabalho: Inovação e posicionamento entre as fontes do direito e do Direito do Trabalho*. Encontro Nacional do CONPEDI (19.: 2010 : Fortaleza, CE) Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI. – Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010, p.8939.

⁴⁰ Importa compreender que os direitos sociais são o fruto do compromisso firmado pela humanidade para que se pudesse produzir, concretamente, justiça social dentro de uma sociedade capitalista. Esse compromisso em torno da eficácia dos Direitos Sociais se institucionalizou em diversos documentos internacionais nos períodos pós-guerra, representando também, portanto, um pacto para a preservação da paz mundial. Sem justiça social não há paz, preconiza o preâmbulo da OIT (Organização Internacional do Trabalho). Quebrar esse pacto significa, por conseguinte, um erro histórico, uma traição a nossos antepassados e também assumir uma atitude de descompromisso com relação às gerações futuras. Os Direitos Sociais (Direito do Trabalho e Direito da Seguridade Social, com inserção nas Constituições) constituem a fórmula criada para desenvolver o que se convencionou chamar de capitalismo socialmente responsável. [...] Por todos esses fundamentos, diante do dano social gerado pela prática adotada pela reclamada como forma de dificultar o acesso à ordem jurídica por parte dos trabalhadores, reduzindo o “status” de cidadania destes, provocando discriminação, negligenciando obrigações, agredindo o Estado Social Democrático de Direito e obtendo vantagem econômica indevida, condeno a reclamada a pagar multa de R\$100.000,00 (cem mil reais), revertida, conforme manifestação dos demais membros da Turma, ao Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT), nos termos da Lei n. 7.347/85.

⁴¹ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. RO nº 0049300-51-2009-5-15-0137, Rel. Jorge Luiz Souto Maior, Décima Primeira Turma, julgado em 24/04/2012, DJe 27/04/2012.

⁴² SERPA. Pedro Ricardo e. Inenização Punitiva. Dissertação de Mestrado. USP, www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde.../Dissertacao_Indenizacao_Punitiva.pdf, consulta em 22 mai 2016.

título de reparação do dano social, tendo como beneficiários a Santa Casa de Jales (R\$3,5 milhões) e o Hospital do Câncer de Jales (R\$1,5 milhões). A condenação foi aplicada de forma punitivo pedagógica em razão de falha na prestação de serviços de telefonia móvel celular, já que a referida empresa, apesar de ser reiteradamente condenada em ações similares, não adotava melhorias na relação consumerista, causando transtornos à coletividade. A empresa foi condenada ao pagamento do valor de R\$6.000,00 (seis mil reais) em favor da autora a título de reparação por danos morais e no valor de R\$5.000.000,00 (cinco milhões de reais) a título de danos sociais, esta de modo *ex officio*,⁴³ sentença posteriormente reformada na Colégio Recusal, em razão da afetação proveniente da Reclamação Nº 12.062-GO do Superior Tribunal de Justiça⁴⁴.

Em outro exemplo envolvendo agora empresa de Plano de Saúde, Apelação nº 0027158-41.2010.8.26.0564, da Comarca de São Bernardo do Campo, houve condenação em dano social em sede recursal, no valor de R\$1.000.000,00 (um milhão de reais)⁴⁵. Não obstante a alteração do julgado, o STJ vem proferindo decisões tendo como fundamento a teoria dos *punitive damages*, com vistas a impingir nos autores do ato ilícito condenações de natureza punitiva, cingindo-se como exemplo do Recurso Especial Nº 1.120.971 – RJ, de relatoria do Ministro Sidnei Beneti⁴⁶. Ressaltando parte do Voto do Relator

[...]

O desestímulo ao escrito injurioso em grande e respeitado veículo de comunicação, autoriza a fixação da indenização mais elevada, à moda do "*punitive damage*" do Direito Anglo-americano revivendo, ademais lembranças de suas consequências para generalidade da comunicação, de que o respeito à dignidade pessoal se impõe a todos.⁴⁷

Já no TST, observando-se o teor do Acórdão proferido no Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº TST-AIRR-2833-08.2011.5.02.0007, de lavra do Ministro Mauricio Godinho Delgado que, apesar de negar provimento ao recurso, transcreveu o Acórdão recorrido, em que neste houve expressa majoração do valor da indenização com fundamento nos *punitive damages*.⁴⁸

⁴³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, JEC – Jales. Processo nº 0005261-74.2013.8.26.0297. Juiz Fernando Antônio de Lima, julgado em 10/10/2013, DJe 10/10/2013.

⁴⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Rcl nº 12.062/GO, Rel. Min. Raul Araujo, Segunda Seção da Turma Recursal Especial Cível, Brasília, julgado em 12/11/2014, DJe 20/11/2014

⁴⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível 0027158-41.2010.8.26.0564, Rel. Teixeira Leite, 4ª Câmara de Direito Privado, São Paulo, julgado em 18/07/2013, DJe 25/07/2013.

⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. RJ/ nº 1120971, Rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, Brasília, julgado em 28/02/2012, DJe 20/06/2012.

⁴⁷ Id.

⁴⁸ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho, AIRR 2833-08.2011.5.02.0007, Rel. Maurício Godinho Delgado, Terceira Turma, julgado em 13/04/2016, DJe 15/04/2016. [...] E, sob o viés pedagógico e sancionatório ("*punitive damages*", como no direito da Comonn Law), exige-se, in casu, a fixação do dano moral em patamar assaz elevado, de molde a inibir a reclamada de cometer os mesmos atos lesivos à higidez física de seus trabalhadores. Na expressão de Estêvão Mallet, "o grau de reprovabilidade da conduta do agente causador do dano deve ser considerado, consoante reiteradamente enfatizado pela doutrina britânica e norte-americana e mesmo pela jurisprudência em matéria de *punitive damages*" (in Direito, trabalho e processo em transformação, São Paulo: LTr, 2005, p. 39). Assim, considerando que a repercussão danosa é íntima, não sendo possível estabelecer com precisão a sua extensão, e atentando para os parâmetros da razoabilidade e critérios suso mencionados,

No Supremo Tribunal Federal, em julgamento do AI 455846 / RJ - RIO DE JANEIRO, de relatoria do Ministro Celso de Mello, foi utilizada a menção à teoria da Punitive Damage em pronunciamento da Eclsa Corte:

EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO. ELEMENTOS ESTRUTURAIS. PRESSUPOSTOS LEGITIMADORES DA INCIDÊNCIA DO ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. FATO DANOSO PARA O OFENDIDO, RESULTANTE DE ATUAÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO NO DESEMPENHO DE ATIVIDADE MÉDICA. PROCEDIMENTO EXECUTADO EM HOSPITAL PÚBLICO. DANO MORAL. RESSARCIBILIDADE. DUPLA FUNÇÃO DA INDENIZAÇÃO CIVIL POR DANO MORAL (REPARAÇÃO-SANÇÃO): (a) CARÁTER PUNITIVO OU INIBITÓRIO ("**EXEMPLARY OR PUNITIVE DAMAGES**") E (b) NATUREZA COMPENSATÓRIA OU REPARATÓRIA. DOCTRINA. JURISPRUDÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO. .⁴⁹ [...]

Com relação ao Dano Moral Coletivo, as condenações fincadas em sentenças proferidas em ações civis públicas é uma realidade que se observa, contudo, as decisões são levadas a efeito por pedidos constantes das petições iniciais e, de regra, revertem-se a um fundo próprio, a depender da natureza do bem afetado, como do FAT – Fundo de Amparo ao Trabalhador em casos de ofensa aos direitos do trabalhador e Fundo de Proteção e Defesa do Consumidor.

Deste modo, a tendência atual, considerando-se as condutas das grandes empresas que, de forma reiterada, descumprem o código de defesa do consumidor, ofende o patrimônio público, praticam atos ilícitos que promovem danos ambientais gigantescos como é o recente caso SAMARCO em Mariana, Minas Gerais, é a ampliação do rigorismo estatal por meio do Judiciário, evidenciando-se aí mais uma forma de atuação do Estado Juiz com vistas a aplicação de condenações de natureza punitivo-pedagógicas de cunho social como no instituto dos *punitive damages*.

Neste aspecto, como já mencionado, apesar da doutrina e da jurisprudência ainda não ser majoritária quanto a aplicação das condenações em danos sociais com base na teoria dos *punitive damages*, a tendência é o aprofundamento da defesa dos interesses coletivos e um maior rigorismo estatal no tratamento daqueles que agem com culpa grave, com carga de dolo pernicioso, e que, visando apenas a obtenção de lucros praticam o *dumping social*, poluem o meio ambiente e promovem a exploração comercial da sociedade consumidora por meio de serviços ineficientes e produtos fabricados e comercializados sem observação das regras estabelecidas para a sua circulação, inadequados, portanto ao consumo.

ressaltando a natureza e gravidade da doença ocupacional adquirida e o vetor pedagógico, fixa-se o quantum indenizatório, a título de dano moral, no valor de R\$ 70.000,00.

⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, AI 455846 / RJ, Rel. Ministro Celso de Mello, julgado em 11/04/2004, DJe 21/10/2004.

Conclusão

O presente artigo teve o compromisso de proporcionar ao leitor os principais temas concernentes ao dano coletivo, sua reparação sob o aspecto da responsabilidade civil, bem como situá-lo no contexto atual da teoria do dano social e a forma de imposição ao ofensor da sanção reparatória, compensatória e também a de natureza punitivo-pedagógica, em caráter de desestímulo, como expresso na teoria dos *punitive damages*.

Evidente que não foi o objetivo deste trabalho mergulhar em todos os detalhes e esmiuçar de forma merecida o intrigante tema da reparação do dano social, coletivo por meio da teoria do desestímulo. No entanto, a abordagem levou ao entendimento do quão importante é a proteção dos interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos frente à realidade usualmente observada no meio social, em que a afronta aos referidos direitos é uma constante.

A defesa dos interesses individuais está bem consolidado no ordenamento jurídico pátrio, com doutrina e jurisprudência estabilizada pelos conceitos e entendimentos provenientes de uma escola privatista provinda dos imemoráveis dias do Direito Romano. A proteção dos interesses coletivos, no entanto, apesar de ter evoluído bastante, passa por ajustes sendo necessário um esforço de todos os profissionais do direito na luta pelo seu aprimoramento, já que a sociedade brasileira, e o ordenamento jurídico nacional, tem sua essência cada vez mais focada nos objetivos e fins sociais como a previsão do artigo 187 do Código Civil sobre a proteção da prática do ato ilícito; ou do artigo 421 que estabelece a função social do contrato como limite à liberdade de contratar.

Pelo lado do direito do consumidor, do meio ambiente e do direito do trabalho, a proteção dos interesses coletivos deve receber a maior atenção, pois em se tratando de uma sociedade multicultural, envolta numa dinâmica capitalista globalizada em que os interesses econômicos visam cada vez mais a acumulação de riquezas, a probabilidade de ocorrerem ofensas aos interesses sociais e coletivos é muito grande. A competitividade é fator fundamental para a sobrevivência das empresas, pequenas, médias, grandes ou multinacionais. Haverá sempre as que, em razão desta competitividade e pela fragilidade técnica, financeira, econômica ou mesmo de mercado, tenderão a praticar atos ilícitos que redundarão em danos sociais.

Haverá também aquelas que, mesmo não estando inseridas neste cenário de fragilidade, e apenas por anseio de aumento de seus lucros, não se intimidará a praticar ilícitos tendentes ao dano individual e social. Neste momento, não ocorrendo por parte dos órgãos competentes a necessária correção por meio da fiscalização e aplicação de penalidades administrativas, caberá ao Estado Juiz, acionado pelos legitimados, especialmente o Ministério Público, sua atuação

viando coibir as práticas ilícitas promovendo a paz social, mas aplicando o direito visando a compensação social e também de maneira punitivo-pedagógica por meio dos *punitive damages*.

Referências Bibliográficas

ARAÚJO FILHO, Raul. **Punitive Damages e sua Aplicabilidade no Brasil**. Brasília: STJ Publicações Institucionais. Disponível em: <www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/doutr/article/view/1117/1051>. Acesso em: 26 mai. 2016.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30881-33349-1-PB.pdf>>. Acesso em: 22 mai. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível 0027158-41.2010.8.26.0564, Rel. Teixeira Leite, 4ª Câmara de Direito Privado, São Paulo, julgado em 18/07/2013, DJe 25/07/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Rcl nº 12.062/GO, Rel. Min. Raul Araujo, Segunda Seção da Turma Recursal Especial Cível, Brasília, julgado em 12/11/2014, DJe 20/11/2014.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. RO nº 0049300-51-2009-5-15-0137, Rel. Jorge Luiz Souto Maior, Décima Primeira Turma, julgado em 24/04/2012, DJe 27/04/2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, JEC – Jales. Processo nº 0005261-74.2013.8.26.0297. Juiz Fernando Antônio de Lima, julgado em 10/10/2013, DJe 10/10/2013.

CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, 7o Vol. São Paulo: Saraiva, 2013.

FLORINDO, Valdir. **Dano Moral e o Direito do Trabalho**. 3a. ed. São Paulo: LTR, 1999.

FURTADO, Emmanuel Teófilo; CAVALCANTE MOREIRA, José Davi. **Os enunciados publicados na 1ª Jornada de Direito Material e processual na Justiça do Trabalho: Inovação e posicionamento entre as fontes do direito e do Direito do Trabalho**. Encontro Nacional do CONPEDI (19.: 2010 : Fortaleza, CE) Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI. – Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010. Disponível em: <[https://s3.amazonaws.com/conpedi2/anteriores/XIX+Encontro+Nacional+-+UFC-Fortaleza+\(09%2C+10%2C+11+e+12+de+junho+de+2010\).pdf](https://s3.amazonaws.com/conpedi2/anteriores/XIX+Encontro+Nacional+-+UFC-Fortaleza+(09%2C+10%2C+11+e+12+de+junho+de+2010).pdf)>. Acesso em: 30 mai. 2016.

GERMANO, Geandrei Stefanelli. **Punitive damages nas relações de consumo**. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-03102012-084841/>>. Acesso em: 30 mai. 2016.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultura, patrimônio público e outros interesses**, 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

PARGENDLER, Mariana; MARTINS-COSTA, Judith. **Usos e Abusos da Função Punitiva (Punitive Damages e o Direito Brasileiro)**. Revista do CEJ, 2005, n. 28, p. 15-31.<<http://www.anpt.org.br/site/download/rev-mpt-24.pdf>>. Acesso em: 26 mai. 2016.

- PEDOTE, Cristiane. **Análise e Gerenciamento de Risco: Gestão do Risco Operacional em Instituições Financeiras**. São Paulo: EAESP/FGV, 2002. 68 p. (Dissertação de Mestrado apresentada ao Curso de Pós-Graduação da EAESP/FGV, Área de Concentração: Finanças). Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/4919/1200200870.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 30 mai. 2016.
- RESEDÁ, Salomão. **A Função Social do Dano Moral**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.
- ROMITA, Arion Sayão. **Dano Moral Coletivo**. Brasília: Revista do Tribunal Superior do Trabalho, vol. 73, abril/junho. 2007. Disponível em: <http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/2303/2007_revista_tst_v73_n2.pdf?sequence=5>. Acesso em: 30 mai. 2016.
- SERPA, Pedro Ricardo e. **Indenização punitiva**. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-15052012-102822/>>. Acesso em: 30 mai. 2016
- SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico v. II**. 3 ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1993.
- TARTUCE, Flávio. **Direito civil, v. 2 : Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil**. 9. ed.. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2014.
- UNESCO. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 26 mai. 2016.