A FUNCIONALIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DA EMPRESA NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO: uma análise sob a ótica da teoria dos danos punitivos

THE FUNCTIONALIZATION OF THE COMPANY´S LIABILITY ON THE CONSUMER RELATIONS: an analysis from perspective of the theory of punitive damages

Gisele de Lourdes Friso Santos Gaspar

RESUMO

O presente artigo tem por finalidade pesquisar a responsabilidade das empresas no âmbito das relações de consumo, especificamente no que tange aos danos extrapatrimoniais e a fixação das condenações por tais danos, abordando a função social da empresa e a funcionalização da responsabilidade no âmbito dessas relações, pelos danos causados aos consumidores. A responsabilidade civil das empresas, no âmbito das relações de consumo, como regra, é objetiva, tendo como elementos o dano e o nexo de causalidade. Todavia, o arbitramento do *quantum* indenizatório em casos de danos extrapatrimoniais, na maioria das vezes, não se mostra suficientemente alto para causar o efeito pedagógico e, assim, evitar a reincidência da empresa e incentivar o investimento em melhorias de procedimentos. Nessa linha, este artigo analisa a funcionalização das indenizações por danos extrapatrimoniais, bem como a aplicação da teoria dos danos punitivos (*punitive damages*), como forma de desestimular a reincidência e atribuindo um caráter punitivo a essas condenações.

Palavras-chave: Danos punitivos. Responsabilidade do fornecedor. Funcionalização da responsabilidade civil. Consumidor. Dano extrapatrimonial.

ABSTRACT

This article aims to explore the responsibility of companies regarding to the consumer relationships, specifically related to non patrimonial damages and related to the fixation of convictions for such damages - addressing the social function of the company and

their responsibility within these relationships. By default, the liability of the companies within the consumer relations is objective. They have damage and causality as elements. However, the arbitration of the quantum of indemnification for the non patrimonial damage cases does not seem high enough to cause the pedagogic effect in the most of the time. Thus it´s not able to prevent a recurrence of the company as well as encourage investment in improvements to mitigation procedures. In this line, this paper analyzes the functionalization of indemnities for non patrimonial damages, and the application of the theory of punitive damages as a way to discourage recidivism and a way to assigning a punitive character of the convictions.

Key words: Punitive damages. Responsibility of the supplier. Functionalization of liability. Consumer. Non patrimonial damage.

INTRODUÇÃO

As relações de consumo, desde o final da Segunda Guerra Mundial, tomaram proporções e dimensões até então impensáveis. A produção, que era basicamente artesanal, cedeu espaço à produção em massa, gerando, por consequência, o consumo em massa.

Esse fenômeno gerou um aumento de circulação de riquezas, incentivando a produção, o emprego e o consumo, ocasionando a globalização de produtos e serviços, tendo em vista que a maioria dos países importam e exportam produtos e serviços entre si.

Todavia, ao mesmo tempo que o consumo em massa gera benefícios e riquezas, também gera problemas em massa. Numa linha de produção, a probabilidade de vários produtos apresentarem o mesmo problema, atingindo a centenas ou milhares de consumidores, é imensa. Um acidente de consumo pode ser causado por problemas na fabricação de produtos, atingindo um sem número de consumidores.

No âmbito dos serviços, a massificação não é muito diferente, pois as empresas têm procedimentos padronizados e informatizados, o que, na maioria das vezes, tornam as relações de consumo totalmente impessoais e mecanizadas, gerando o mesmo problema a vários consumidores.

Nesse ponto, surge a responsabilidade do fornecedor pelos danos causados ao consumidor, danos estes que podem ser patrimoniais ou extrapatrimoniais, cuja reparação deve ser integral, nos termos do artigo 5°, V e X, da Constituição Federal, combinado com o artigo 6°, VII, do Código de Defesa do Consumidor.

Com efeito, a reparação pelos danos extrapatrimoniais causados ao consumidor, especialmente no que diz respeito aos danos morais, tem ocasionado diversas interpretações, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, particularmente no que tange a fixação do *quantum* indenizatório nesses casos.

Na fixação da indenização por danos morais, na maioria das vezes, pode ser verificado que os valores estão muito aquém das possibilidades da empresa que causou o dano – sendo por vezes mais vexatória do que o próprio ato que a ocasionou.

Outra questão que é facilmente verificada é a variação de valores de condenação, tendo em vista que não há uma tarifação para a fixação de valores indenizatórios (tem-se até como inconstitucional a possibilidade de tarifação).

Contudo, é verificado na doutrina e na jurisprudência o crescimento da teoria dos danos punitivos (*punitive damages*) no Brasil, ainda que de forma insipiente, mas com a conquista de mais adeptos a cada dia.

Diante desse quadro, questiona-se: a) há a necessidade de se funcionalizar a responsabilidade da empresa, especialmente no âmbito das relações de consumo? Existe a possibilidade, no sistema brasileiro, da aplicação da teoria dos danos punitivos diante da constatação do dever de indenizar?

Para verificar essas questões, a presente pesquisa analisa, de forma breve, alguns aspectos relacionados à responsabilidade da empresa no âmbito das relações de consumo, bem como sua funcionalização, utilizando-se o método dedutivo, com o objetivo de analisar a funcionalização da responsabilidade civil da empresa no âmbito das relações de consumo, a partir do exame, ainda que de forma breve, os conceitos de empresa, relação de consumo, danos extrapatrimoniais, responsabilidade civil, função social – especialmente da empresa – e danos punitivos.

Para tanto, no primeiro capítulo serão analisados alguns conceitos, como o conceito de empresa, e consumidor e de fornecedor, para que se inicie a pesquisa.

O segundo capítulo tratará da função social da empresa, partindo da análise da propriedade como fundamento para a funcionalização da empresa.

O terceiro capítulo estudará a responsabilidade civil da empresa nas relações de consumo, verificando a responsabilidade objetiva como regra e analisando os critérios

de fixação de indenizações por danos extrapatrimoniais e a dupla função da reparação civil.

Por fim, concluir-se-á a pesquisa, de acordo com os estudos que forem efetuados para a construção do presente artigo.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

1.1 O conceito de empresa

O conceito de empresa não está delineado na legislação brasileira. Todavia, o artigo 966 do Código Civil traz o conceito de empresário, nos seguintes termos:

> Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.[1]

Não se deve confundir, portanto, o conceito de empresa com o de empresário, consoante se extrai das lições de Rubens Requião, que na década de 70 já traçava essas distinções. Citando Michel Dispax, afirma que: "[...] de mais a mais, com efeito, o direito considera a empresa como uma entidade autônoma distinta da pessoa do empresário, e, em certos casos, até mesmo opõe o interesse desde ao daquela".[2]

Da mesma forma, Alexandre Agra Belmonte nos traz uma definição interessante de empresa ao traçar as distinções entre empresa e estabelecimento comercial:

> Empresa é a atividade economicamente organizada para a produção ou circulação de bens e serviços, enquanto estabelecimento é o conjunto de meios materiais e imateriais utilizados no exercício da atividade empresarial. O conjunto de bens corpóreos e incorpóreos componentes do estabelecimento e que lhe dá a base física ou patrimonial, transformam-no numa unidade, numa universalidade de fato. Empresa é a atividade ou unidade econômica,

---

[1] BRASIL. Código Civil Brasileiro. Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Vade Mecum Universitário*. 13ª ed. São Paulo: Rideel, 2013, p. 194.

[2] REQUIÃO, Rubens. A co-gestão (a função social da empresa e o estado de direito). *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Forense, ano 74, v. 262, abr-jun/1978, p. 33.

> enquanto estabelecimento é a unidade técnica a serviço da atividade econômica e o empresário é o centro diretivo do negócio ou empresa desenvolvido através do estabelecimento.[3]

O conceito de empresa, nas palavras de Maria Helena Diniz:

> A empresa é, portanto, a atividade econômica organizada desenvolvida pelo empresário; logo, não é sujeito de direito, não tendo personalidade jurídica. Sujeito de direito é o empresário individual ou coletivo, titular da empresa. [...] A empresa, objeto do direito empresarial, é o exercício profissional da atividade econômica organizada.[4]

Valentin Carrion, ao distinguir empresa e empresário, traz uma crítica à confusão que se faz em relação a esses dois conceitos:

> Empregador é empresa. A expressão é muito criticada. Empresa é o conjunto de bens materiais, imateriais e pessoas para a obtenção de certo fim. Juridicamente, a empresa é uma universalidade, compreendendo duas universalidades parciais, a de pessoas (*personarum*) e a de bens (*bonorum*), funcionando em direção a um fim. [...] O vocábulo "empresa" é usado como pessoa física ou jurídica que contrata, dirige a assalaria o trabalho subordinado".[5]

Portanto, empresa e empresário não se confundem, assim como a personalidade jurídica da empresa não se confunde com a de seus sócios (empresários). A distinção é necessária, especialmente no que tange à responsabilidade pelos atos praticados no âmbito do negócio. É principalmente neste ponto que podemos distinguir a sociedade empresária do empresário, ou mesmo a responsabilidade do empresário individual em relação aos atos praticados no âmbito de sua atividade.

A razão pela qual a lei atribui personalidade jurídica distinta entre a empresa e seus sócios é de simples entendimento[6], pois para que se viabilize a atividade empresarial, é necessário que o empresário possa separar o seu patrimônio pessoal do patrimônio que destinou a arriscar no negócio. Em outras palavras, o risco que enfrentará deve ser previsto e possível de ser calculado por ele, do contrário a atividade empresária pode não ser atraente, o que inviabilizaria o empreendedorismo.

---

[3] BELMONTE, Alexandre Agar. *Instituições Civis no Direito do Trabalho.* São Paulo: Renovar, 2004, p. 509.

[4] DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil*. v. 8. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 14.

[5] CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 28.

[6] BRASIL. Código Civil Brasileiro. Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Vade Mecum Universitário*. 13ª ed. São Paulo: Rideel, 2013, p. 158, art. 45.

Nesse sentido, as sociedades empresárias que existem no Brasil hoje são: a sociedade em nome coletivo, a sociedade em comandita simples, a sociedade em comandita por ações, a sociedade limitada e a sociedade anônima. Dessas, as duas últimas têm como regra a responsabilidade limitada dos sócios – à participação na empresa –, sendo relativamente simples entender o motivo da predominância desses dois tipos societários no país.

Cabe aqui ressaltar o conceito de sociedades simples, compostas por profissionais que exerçam atividade econômica não empresarial – prestação de serviços profissionais, científicos, artísticos, literários e educacionais –, atividade agrícola e pecuária, atividade cooperativa, ou ainda as sociedades que tenham o lucro ou resultado econômico repartido entre os sócios.[7] Os sócios nas sociedades simples têm, em regra, responsabilidade ilimitada[8] pelos atos praticados no âmbito do negócio, Responsabilidade subsidiária – em relação aos bens pessoais de cada um dos sócios, pois a lei afirma que "os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais"[9], cabendo, entretanto, a mitigação dessa responsabilidade por meio do contrato firmado entre os sócios.

1.2 Relações de consumo

A relação de consumo, assim como prevista no Código de Defesa do Consumidor, é composta por, ao menos, duas partes opostas: consumidor e fornecedor. A lei define ambos, sendo fornecedor, nos termos do artigo 3°:

> [...] toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, cem como os entes despersonalizados que desenvolvam atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestações de serviços. [10]

Note-se que o conceito é extremamente aberto e abrangente, não sendo excluída nenhuma atividade existente no mercado. É importante ressaltar que o CDC

---

7 DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil*. V. 8. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 196.

8 Consideramos ilimitada a responsabilidade porque se os bens da sociedade não bastarem para a cobertura das dívidas, os bens individuais sócios respondem pelo montante, porém na proporção da participação societária de cada um, salvo cláusula de responsabilidade solidária. BRASIL. Código Civil Brasileiro. Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Vade Mecum Universitário*. 13ª ed. São Paulo: Rideel, 2013, p. 198, art. 1023.

9 BRASIL. Código Civil Brasileiro. *op. cit.*, p. 198, art. 1024.

10 BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Lei n° 8.078, de 11 de setembro de 1990. *op. cit.*, p. 490.

inclui todos como possíveis fornecedores, não excluindo ninguém, nem mesmo os entes despersonalizados, como uma massa falida ou um espólio, da qualidade de fornecedor. Portanto, concluímos que pessoas jurídicas de direito público, expressamente descritas no artigo, submetem-se à legislação consumerista, incluindo aqui as pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviços públicos.

Por sua vez, o artigo 2° do Código de Defesa do Consumidor define consumidor como sendo "toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final".[11]

O artigo não diferencia pessoa física e pessoa jurídica, sendo certo que ambas podem ser consideradas consumidoras. Na doutrina consumerista podem ser verificadas basicamente três teorias a respeito da pessoa jurídica consumidora: a) a teoria maximalista, que estabelece que basta que o produto ou serviço seja retirado do mercado para que a pessoa jurídica seja considerada como consumidora. Aqui, tem-se como consumidor qualquer pessoa que seja destinatário final (fático) do produto ou serviço. É um conceito muito amplo e não aceito por nós; b) a teoria finalista, a qual traz uma aplicação restritiva do conceito de destinatário final, considerando como consumidor apenas o destinatário final econômico do produto ou serviço. Para esta teoria, apenas aquele que retira o produto ou serviço do mercado sem que faça uso profissional ou revenda pode ser considerado consumidor. Tal teoria praticamente exclui a pessoa jurídica como consumidora e também não é aceita por nós; e, c) a teoria finalista mitigada (ou aprofundada), atualmente predominante no Poder Judiciário, para qual a pessoa jurídica apenas será consumidora se comprovada a vulnerabilidade dela em relação ao fornecedor de produtos ou serviços.

Em relação à pessoa jurídica, pode-se dizer que, em regra, quando esta adquire um produto ou um serviço que não esteja diretamente ligado à cadeia de produção de sua atividade principal ou produto final, ela será consumidora. Entretanto, caso essa mesma pessoa jurídica adquira um produto ou um serviço que seja diretamente ligado à cadeia de produção de sua atividade principal ou produto final, não será considerada consumidora.

1.3 Os danos extrapatrimoniais – o dano moral

---

[11] BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Lei n° 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Vade Mecum Universitário*. 13ª ed. São Paulo: Rideel, 2013, p. 490.

Para que se possa desenvolver a pesquisa acerca da funcionalização da responsabilidade da empresa, necessário se faz discorrer sobre a noção de dano extrapatrimonial, especificamente sobre o dano moral, ainda que de forma breve.

A Constituição Federal de 1988 prevê, no artigo 5°, incisos V e X, a reparação pelos danos morais[12]. Da mesma forma, o artigo 6°, VI, do Código de Defesa do Consumidor, estabelece a efetiva e integral reparação dos danos causados ao consumidor, inclusive dos danos morais[13].

Na doutrina, a definição de dano moral traz certa complexidade. Todavia, há consenso em incluir os danos morais como uma espécie de lesão a direito da personalidade. Nas lições de Héctor Valverde Santana:

> [...] define-se dano moral como a privação ou lesão de direito da personalidade, independentemente de repercussão patrimonial direta, desconsiderando-se o mero mal-estar, dissabor ou vicissitude do cotidiano, sendo que a sanção consiste na imposição de uma indenização, cujo valor é fixado judicialmente, com a finalidade de compensar a vítima, punir o infrator e prevenir fatos semelhantes que provocam insegurança jurídica.[14]

A conceituação de dano extrapatrimonial difere do dano patrimonial tanto em sua apuração quanto em sua fixação. Nas palavras de Maria Cecília Bodin Moraes:

> Em contribuição à imprescindível tarefa de sistematização do dano moral como conceito jurídico a ser diferenciado do dano patrimonial, cabe assinalar os seguintes aspectos, considerados majoritariamente como distintivos entre as duas espécies de dano:i) a identificação, ii) os critérios de reparação, iii) a forma de liquidação.[15]

A verificação do dano extrapatrimonial é autônoma, ou seja, independe da ocorrência de dano material, bastando que haja ofensa a direitos da personalidade. Nas relações de consumo, a apuração do dano extrapatrimonial se dá quando verificada ofensa à saúde, segurança ou à vida do consumidor, independente do dano *in concreto*. Nas palavras de Roberto Senise Lisboa:

---

12 BRASIL. Constituição Federal, promulgada em 05 de outubro de 1988. *Vade Mecum Universitário*. 13ª ed. São Paulo: Rideel, 2013, p. 124.

13 BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Lei n° 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Vade Mecum Universitário*. 13ª ed. São Paulo: Rideel, 2013, p. 491.

14 SANTANA, Héctor Valverde. *Dano Moral no Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, 2009, p. 153-154.

15 MORAES, Maria Celina Bodin. *Danos à pessoa humana*: uma leitura civilconstitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2003, p. 159.

> A proteção dos direitos extrapatrimoniais do consumidor é o fundamento da responsabilidade pelo fato do produto e serviço. O consumidor nesse caso é a vítima da ofensa à vida, à saúde ou à sua segurança e por isso, tem direito a indenização por dano moral independentemente da existência de eventual dano patrimonial" e continua: "Qualquer dano proporcionado à vida saúde ou à segurança do consumidor, decorrente do fornecimento de produtos e serviços, enseja a reparação do prejuízo. Não é necessária a existência do dano *in concreto* para que o fornecedor se submeta à responsabilidade pelo acidente de consumo. Como o pensamento modernista e pós-modernista privilegiam a prevenção do dano, é perfeitamente viável a adoção de medidas preventivas, a fim de que a coletividade de consumidores não se submeta a prejuízos desnecessários.[16]

Portanto, o dano extrapatrimonial tem a característica da subjetividade em sua verificação, vez que sua ocorrência dependerá de ofensa a direitos da personalidade, gerando dificuldade em sua averiguação e fixação de valores, como será verificado adiante.

2 A FUNCIONALIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DA EMPRESA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

2.1 Breves considerações sobre função social

Inicialmente, necessário se faz estudarmos a origem do vocábulo *função.* Fábio Konder Comparato nos traz essa lição:

> O substantivo *functio*, na língua matriz, é derivado do verbo fungor (*functus sum, fungi*), cujo significado primogênito é de cumprir algo, ou desempenhar-se um dever ou uma tarefa. A ligação do verbo com a noção de múnus público era, de resto, correntia nos clássicos latinos. [...] Mas a função jurídica pode também ser tomada, num sentido mais abstrato, como atividade dirigida a um fim e comportando, de parte do sujeito agente, um poder ou competência. Atividade, em direito, designa sempre uma série de atos unificados em razão do mesmo objetivo global. O regime jurídico da atividade é, por conseguinte, diverso dos simples atos isolados. [17]

A concepção jurídica do termo *função* tem conotação semelhante, sendo o termo utilizado para designar a finalidade legal de um instituto jurídico, sendo que a

---

[16] LISBOA, Roberto Senise. *Contratos difusos e coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 222.

[17] COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social. *Revista dos Tribunais*, ano 85, v. 732, São Paulo, Revista dos Tribunais, out/1996, p. 40.

razão pela qual existe um conjunto estruturado de normas, segundo a lei, é o direito ou valor por ele protegido.[18]

Com efeito, desde o início do século XX vêm sendo construídas alterações de concepção importantes, o que gera uma mudança de paradigmas. No âmbito jurídico-social, a função social vem ganhando destaque, pois sua concepção vai muito além das questões jurídicas, passando verdadeiramente pelo âmbito social e gerando a interseção desses conceitos.

A Constituição do México, em 1917, foi a primeira a estabelecer normas de acordo com a concepção jurídica de função social em seu texto.[19] A Constituição italiana de 1948, em vários momentos, estabelece a função social da propriedade, seja na exploração da atividade econômica ou em seu uso privado.[20] A Constituição alemã de 1919, da mesma forma, trazia em seu bojo o princípio da função social, o qual foi mantido no texto constitucional de 1949.[21] Na Espanha, a função social foi prevista na Constituição de 1978.[22] Na França, apesar de o texto constitucional de 1958 não prever a função social da propriedade, seu reconhecimento de deu pela jurisprudência, a partir da noção de abuso de direito – pela aplicação do artigo 4° da Declaração dos Direitos do Homem.[23]

---

[18] TEIZEN JUNIOR, Augusto Geraldo. *A função social no Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 131

[19] "Art. 25. [...] Al desarrollo económico nacional concurrirán, con responsabilidad social, el sector público, el sector social y el sector privado, sin menoscabo de otras formas de actividad económica que contribuyan al desarrollo de la Nación. [...]Bajo criterios de equidad social y productividad se apoyará e impulsará a las empresas de los sectores social y privado de la economía, sujetándolos a las modalidades que dicte el interés público y al uso, em beneficio general, de los recursos productivos, cuidando su conservación y el medio ambiente.". MÉXICO. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, publicada em 05 de fevereiro de 1917. Disponível em <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf>. Acesso em: 08 abr 2013.

[20] "Art. 41. A iniciativa económica privada é livre. A mesma não se pode em contraste com a utilidade social ou de uma forma que possa trazer dano à segurança, à liberdade, à dignidade humana. A lei determina os programas e os adequados controles, afim de que a actividade económica pública e privada possa ser dirigida e coordenada para fins sociais". Id

[21] "Art. 14. Propriedade – Direito de sucessão – Expropriação: (1) A propriedade e o direito de sucessão são garantidos. Seus conteúdos e limites são definidos por lei. (2) A propriedade obriga. Seu uso deve servir, ao mesmo tempo, ao bem comum. [...]" ALEMANHA. *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*, de 23 de maio de 1949. Trad. Aachen Assis Mendonça. Disponível em <http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3254212/Daten/1330556/ConstituicaoPortugues_PDF.pdf>. Acesso em: Acesso em: 08 abr 2013.

[22] "Art. 33. 1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia. 2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes. 3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes. [...] Art. 128. 1. Toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general". ESPANHA. *Constituição Espanhola*, de 27 de dezembro de 1978. Disponível em <http://www.boe.es/boe/dias/1978/12/29/pdfs/A29313-29424.pdf>. Acesso em: 08 abr 2013.

[23] JELINEK, Rochelle. *O princípio da função social da propriedade e sua repercussão sobre o sistema do Código Civil.* Porto Alegre: [s.n.] 2006, p. 13-16. Disponível em

Até então, havia uma concepção predominantemente individualista, prevalecendo a ideia de que o indivíduo tudo podia, desde que não ocasionasse prejuízo a outrem, incluindo a total omissão. Gradativamente, essa concepção foi se modificando, sendo hoje, ao menos no campo teórico – e aos poucos passando ao campo prático –, muito mais importante o coletivo do que o individual.

Essa transformação se deu, portanto, com a concepção jurídica de função social, a qual transmite o dever a todo indivíduo de desempenhar um papel social, ou seja, passa a ter importância não apenas os atos individuais para os próprios indivíduos, mas também os reflexos desses atos à coletividade.

> O conceito *jurídico* de função social revolucionou a exegese jurídica de valores como liberdade e propriedade. Ao passo que no sistema individualista a liberdade é entendida como o direito de fazer tudo o que não prejudicar a outrem e, portanto, também o direito de não fazer nada, de acordo com a teoria da função social todo indivíduo tem o dever de desempenhar determinada atividade, de desenvolver da melhor forma possível sua individualidade física, intelectual e moral, para com isso cumprir sua função social. Transportando essa teoria para o campo patrimonial, Duguit sustenta que a propriedade não tem mais um caráter absoluto e intangível e que o proprietário, pelo fato de possuir uma riqueza (propriedade), deve cumprir uma função social. Seus direitos de proprietário só estarão protegidos se ele cultivar a terra ou se não permitir a ruína de sua casa, caso contrário será legítima a intervenção do Estado no sentido de obrigar o cumprimento de sua função social. [24]

Sobre o conceito de função social e sua interpretação, a doutrina nos traz diferentes conceitos. Entretanto, a característica central do instituto é sempre o cerne da conceituação e da interpretação.

Significa dizer que o Direto não mais admite privilegiar individual em detrimento do coletivo, a todo custo, sendo que as ações e omissões do indivíduo, em muitos momentos, repercutem na esfera coletiva. As ações e omissões individuais têm limitações, ainda que não sejam proibições expressas no Direito, mas encontram limites, dentre outros, na função social, especialmente no que tange o direito de propriedade, que antes era tido como absoluto e hoje foi relativizado pelo princípio da função social.

Pode-se dizer que a noção jurídica de função social seja um dever a ser cumprido pelo titular, imposto pela lei ou pelo Direito, sem o intuito de beneficiar o próprio titular apenas, mas toda a coletividade. Pode-se dizer, também, que seja uma

---

<http://www.mp.rs.gov.br/areas/urbanistico/arquivos/rochelle.pdf>. Acesso em: Acesso em: 08 abr 2013.

[24] Ibid. , loc. cit.

obrigação de não fazer algo, desde que a lei ou o Direito assim o exija, tendo em vista que a omissão de comportamento pode ser encarada como uma imposição legal ou de direito. Um direito que está envolto em função social traz consigo um dever inseparável, por assim dizer, que irradia efeitos a todos os atos de seu titular, limitando o seu exercício.

2.2 A função social da propriedade

Para discorrer sobre a função social da empresa é necessário abordar função social da propriedade, ainda que de maneira breve.

A Constituição Federal brasileira de 1934 foi a primeira a, de forma expressa, tratar da atividade do proprietário:

> No art. 113, estatuiu a garantia do direito de propriedade, mas que não poderia ser exercido contra o interesse social ou coletivo. Era apenas um limite negativo. Previa, além da desapropriação por necessidade ou utilidade pública, do usucapião *pro labore* e da ocupação temporária da propriedade particular, também o dirigismo econômico.[25] [26]

Seguindo essa construção constitucional, a Constituição Federal de 1988 trouxe expressamente em seu texto a função social da propriedade em diversos momentos, tratada primeiramente no artigo 5°, XXIII, estabelecendo que "a propriedade atenderá a sua função social".[27] Da mesma forma, o artigo 170, inciso III, estabelece a função social da propriedade como um dos princípios da ordem econômica. No artigo 182, § 2°, a Constituição estabelece que "a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor". [28] Da mesma forma, trata da função social da propriedade rural no artigo 186[29].

---

[25] JELINEK, Rochelle. *O princípio da função social da propriedade e sua repercussão sobre o sistema do Código Civil.* Porto Alegre: [s.n.] 2006, p. 11. Disponível em <http://www.mp.rs.gov.br/areas/urbanistico/arquivos/rochelle.pdf>. Acesso em: 08 abr 2013.

[26] Da mesma forma, a Constituição brasileira de 1937 praticamente reproduz o texto da anterior, garantindo o direito de propriedade, a desapropriação e reconhecendo a usucapião *pro labore*. A Constituição de 1946, todavia, inova ao incluir o conceito de desapropriação por interesse social e ao condicionar o uso da propriedade ao bem-estar social. MORAES, José Diniz de. *A função social da propriedade e a Constituição Federal de 1988.* São Paulo: Malheiros, 1999, p. 39.

[27] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1998. *Vade Mecum Acadêmico de Direito*. 12ª ed. São Paulo: Rideel, 2011, p. 23.

[28] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1998. *Vade Mecum Acadêmico de Direito*. 12ª ed. São Paulo: Rideel, 2011, p. 69.

[29] Ibid., loc. cit.

Nessa mesma linha, o Código Civil de 2002, dentro da nova sistemática jurídica, passou a privilegiar o coletivo em detrimento do individual. A autonomia da vontade, antes absoluta, foi relativizada, ocasionando uma nova forma de interpretação de contratos, por exemplo.

O Código de Defesa do Consumidor, de 1990, inovou significativamente neste sentido, podendo ser interpretado, inclusive, como inspiração para muitas das alterações trazidas pelo Código Civil. Como leciona Miguel Reale:

> O "sentido social" é uma das características mais marcantes do projeto, em contraste com o sentido individualista que condiciona o Código Civil ainda em vigor. Seria absurdo negar os altos méritos da obra do insigne Clóvis Bevilaqua, mas é preciso lembrar que ele redigiu sua proposta em fins do século passado, não sendo segredo para ninguém que o mundo nunca mudou tanto como no decorrer do presente século, assolado por profundos conflitos sociais e militares. [...] houve o triunfo da "socialidade", fazendo prevalecer os valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundante da pessoa humana. Por outro lado, o projeto se distingue por maior aderência à realidade contemporânea, com a necessária revisão dos direitos e deveres dos cinco principais personagens do Direito Privado tradicional: o proprietário, o contratante, o empresário, o pai de família e o testador.[30]

Nessa toada, o Código Civil de 2002 relativizou o uso, o gozo e a disposição da propriedade:

> Art. 1228 [...]
> § 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.
> § 2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.
> § 3º O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente.
> § 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.[31]

Hoje, a propriedade não mais é vista apenas como um direito subjetivo de seu titular, mas também engloba sua função social, imposta a seu titular, sendo dela

---

30 REALE, Miguel. Visão geral do Projeto de Código Civil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n° 40, 1 mar. 2000. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/509>. Acesso em: 08 abr 2013.

31 BRASIL. Código Civil Brasileiro. Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Vade Mecum Universitário*. 13ª ed. São Paulo: Rideel, 2013, p. 209.

indissociável. Como consequência, verificamos o privilégio da visão coletiva do Direito, o que ocasionou a relativização do direito de propriedade, que anteriormente era tido como um direito pleno.

A relativização do direito de propriedade ocasionaram restrições, as quais reduziram as faculdades a ele inerentes, posto que esses direitos (usar, gozar, fruir) apenas podem ser exercidos – licitamente – se em consonância com a função social. Nas lições de Rochelle Jelinek: "o atributo da plenitude 'deixa de ser pleno' ante o princípio da função social, sendo necessária uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico para compreensão da sua extensão".[32]

Com efeito, a doutrina muitas vezes trata a função social da propriedade como m princípio, o que não deixa de estar correto, tendo em vista o caráter de irradiar efeitos ao sistema jurídico.

A função social incide restritivamente sobre a propriedade de três formas: privação de determinadas faculdades, deveres e obrigações impostos ao proprietário e imposição de condições para o exercício de faculdades atribuídas.[33] Nas lições de Nelson Rosenvald, o exercício do direito está condicionado à forma que melhor atenda a sua função social:

> Como limite positivo, o direito de propriedade deve ser exercitado de forma que melhor atenda à sua função social, na incansável busca pelo bem comum. Qualquer atuação inferior a esse patamar – capaz de ferir o interesse geral – será interpretada como abuso de direito de propriedade. Como princípio, a função social encerra um mandado de otimização, um ponto de partida capaz de determinar que a propriedade realize-se da melhor forma possível, conforme os valores verificáveis em determinada época e lugar.[34]

Feitas essas breves considerações, passamos para o estudo da função social da empresa, especificamente.

2.3 A função social da empresa sob a ótica da propriedade

---

[32] JELINEK, Rochelle. *O princípio da função social da propriedade e sua repercussão sobre o sistema do Código Civil.* Porto Alegre: [s.n.] 2006, p. 11. Disponível em <http://www.mp.rs.gov.br/areas/urbanistico/arquivos/rochelle.pdf>. Acesso em: 08 abr 2013.

[33] MORAES, José Diniz de. *A função social da propriedade e a Constituição Federal de 1988.* São Paulo: Malheiros, 1999, p.128-138.

[34] ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 31.

Partimos, pois, do conceito de função social da propriedade para a função social da empresa. O conceito de propriedade na Constituição Federal é muito mais amplo do que o conceito do Direito Civil, abrangendo direitos sobre os quais o titular não exerce nenhum direito real – a exemplo dos depósitos em conta corrente. Por consequência, o poder de controle empresarial deve ser incluído como propriedade, na concepção constitucional.[35]

Consequentemente, as imposições relativas à função social da propriedade também se aplicam à empresa – enquanto atividade de poder de controle –, com as devidas adequações. A própria legislação pátria prevê expressamente a função social da empresa, como estabelecido no artigo 154 da Lei das Sociedades Anônimas: "Art. 154. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da *função social da empresa*" (grifo nosso).[36]

Nas palavras de Comparato:

> [...] a lei reconhece que, no exercício da atividade empresarial, há interesses internos e externos, que devem ser respeitados: não só das pessoas que contribuem diretamente para o funcionamento da empresa, como os capitalistas e trabalhadores, mas também os interesses da "comunidade" em que ela atua.[37]

Ressalte-se que o autor conclui pelo esvaziamento do conceito de função social da empresa, postulando que "A tese da função social das empresas apresenta hoje um sério risco de servir como mero disfarce retórico para o abandono, pelo Estado, de toda política social, em homenagem à estabilidade monetária e ao equilíbrio das finanças públicas". [38] Ousamos, no entanto, discordar de tal entendimento do renomado jurista, conforme será verificado no decorrer da presente pesquisa.

Portanto, a empresa tem deveres internos e externos, especialmente em relação à comunidade em que atua e, como não poderia deixar de ser, à proteção e amparo ao trabalhador, parte integrante da empresa – sendo talvez, sem exagero ou retórica, o seu maior patrimônio. Além disso, o trabalhador contribui significativamente e de forma

---

[35] COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social. *Revista dos Tribunais*, ano 85, v. 732, São Paulo, Revista dos Tribunais, out/1996, p. 43/44.

[36] BRASIL. Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades Anônimas. *Vade Mecum Universitário*. 13ª ed. São Paulo: Rideel, 2013, p. 842.

[37] COMPARATO, Fábio Konder, *op. cit.*, p. 44.

[38] COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social. *Revista dos Tribunais*, ano 85, v. 732, São Paulo, Revista dos Tribunais, out/1996, p. 46.

essencial para o alcance do objetivo principal da empresa, que é o lucro. Trataremos dessa questão neste capítulo, no item 6.2.

O objetivo interno da empresa é a obtenção de lucro e geração de riquezas. Todavia, não nos parece que apenas cumprindo esse papel a empresa já cumpra a sua função social, pois isso nada tem a ver com os objetivos externos da empresa. Para entendermos melhor o conceito de função social da empresa, valem-nos das lições de Eduardo Tomasevicius:

> [...] esse conceito [empresa como centro de produção de riquezas e geração de lucro] não consubstancia a idéia de função social. Prova disso é o conteúdo da função econômica da propriedade. Uma propriedade improdutiva exerce uma função econômica de reserva de valor. Se a função social fosse uma imagem da função econômica, a propriedade improdutiva também atenderia à sua função social. Tendo em vista ser inaceitável a existência de propriedades improdutivas, isso significa que a função social não coincide com a função econômica do instituto jurídico. No caso das empresas, bastaria elas estarem funcionando para atender à sua função social, o que não é verdadeiro. Além disso, esta visão de função social é equivocada, porque o direito não está em função da economia. A economia muda, sem que o direito mude, e vice-versa. Alem disso, o direito tem uma função criadora apenas na economia. Tem, sobretudo, uma grande força transformadora da realidade social, devido à sua natureza de ordem da conduta humana.[39]

No mesmo sentido, Eros Grau enfatiza:

> O que mais releva enfatizar, entretanto, é o fato de que o princípio da *função social da propriedade* impõe ao proprietário – ou a quem detém o poder de controle, na empresa – o dever de exercê-lo em benefício de outrem e não, apenas, de não o exercer em prejuízo de outrem. Isso significa que a *função social da propriedade* atua como fonte da imposição de comportamentos positivos – prestação de fazer, portanto, e não, meramente, de *não fazer* – ao detentor do poder que deflui da propriedade. Vinculação inteiramente distinta, pois, daquela que lhe é imposta mercê de concreção do poder de polícia.[40] (grifos no texto original)

Para Ana Frazão de Azevedo Lopes:

> A empresa é vista como instituição cuja importância transcende à esfera econômica e passa a abarcar interesses sociais dos mais relevantes, como a própria sobrevivência e o *bem-estar dos trabalhadores* que para ela prestam

---

[39] TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social da empresa. *Revista dos Tribunais*, ano 92, v. 810, São Paulo, Revista dos Tribunais, abr/2003, p. 33-50.

[40] GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 245.

> seus serviços e dos demais cidadãos que dividem com ela o mesmo espaço social.[41] (grifo nosso)

Portanto, a empresa deve, sim, ter como objetivo principal a obtenção de lucro – por óbvio, pois a nossa sociedade é capitalista. Entretanto, o lucro não será a qualquer custo ou o único objetivo da empresa. Há que se verificar a relevância da atividade exercida para a sociedade, assim como a contribuição da empresa – em sentido amplo – para o bem-estar social e comunitário.

Com efeito, com a adoção da teoria dos danos punitivos, temos a funcionalização da condenação pelos danos morais causados, especialmente na esfera das relações de consumo, posto que servirá a condenação como fator de desestimulo ao lesionador, além de abarcar o caráter compensatório.

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DA EMPRESA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

3.1 A responsabilidade objetiva como regra

A responsabilidade civil, no teor do artigo 927[42] do Código Civil, se dá ante a ocorrência de ilícito, sendo subjetiva, ou seja, depende da ocorrência de três elementos: dano, nexo de causalidade (elementos objetivos) e dolo ou culpa (elementos subjetivos). Em regra, portanto, sem a existência de dolo ou culpa, não há responsabilidade e, por consequência, dever de indenizar.

Entretanto, a lei admite em determinados casos previstos a responsabilidade objetiva, ou seja, sem a necessidade da comprovação do elemento subjetivo (dolo ou culpa). É o que diz o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil: "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".[43]

---

41 LOPES, Ana Frazão de Azevedo. *Empresa e propriedade: função social e abuso de poder econômico*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 119.

42 Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. BRASIL. Código Civil Brasileiro. Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Vade Mecum Universitário*. 13ª ed. São Paulo: Rideel, 2013, p. 193.

43 BRASIL. Código Civil Brasileiro. Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Vade Mecum Universitário*. 13ª ed. São Paulo: Rideel, 2013, p. 193.

O que é regra na legislação civil, ou seja, a responsabilidade subjetiva, na legislação consumerista é exceção, sendo regra a responsabilidade objetiva, nos termos dos artigos 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor.[44]

A razão pela qual o legislador determinou que o consumidor, em regra, tenha apenas que comprovar o dano e o nexo de causalidade é a vulnerabilidade[45] do consumidor na relação de consumo. Nas palavras de Rizzatto Nunes:

> [...] o consumidor é a parte fraca da relação jurídica de consumo. Essa fraqueza, essa fragilidade, é real, concreta, e decorre de dois aspectos: um de ordem técnica e outro de cunho econômico. O primeiro está ligado aos meios de produção, cujo conhecimento é monopólio do fornecedor. E quando se fala em meios de produção não se está apenas referindo aos aspectos técnicos e administrativos para a fabricação de produtos e prestação de serviços que o fornecedor detém, mas também ao elemento fundamental da decisão: é o fornecedor que escolhe o que, quando e de que maneira produzir, de sorte que o consumidor está à mercê daquilo que é produzido.[46]

A exceção regra da responsabilidade objetiva se dá no caso de profissionais liberais, nos termos do artigo 14, § 4°, do Código de Defesa do Consumidor. [47]

Neste sentido, há algumas teorias para explicar a responsabilidade objetiva do fornecedor, sendo a que mais se destaca a teoria do risco, conforme ensina Cavalieri:

> Uma das teorias que procuram justificar a responsabilidade objetiva é a teoria do risco do negócio. Para esta teoria, toda pessoa que exerce alguma atividade cria um risco de dano para terceiros. E deve ser obrigado a repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de culpa.[48]

No mesmo sentido, Nelson Nery Junior ensina:

> A norma estabelece a responsabilidade objetiva como sendo o sistema geral da responsabilidade do CDC. Assim, toda indenização derivada

---

[44] Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos. [...] Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Lei n° 8.078, de 11 de setembro de 1990, *op. cit.*, p. 491.

[45] A vulnerabilidade é o princípio basilar do Código de Defesa do Consumidor, por ser o consumidor a parte mais vulnerável na relação de consumo.

[46] NUNES, Luiz Antonio Rizzatto in Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Ed. Saraiva, 2000.

[47] BRASIL. Código de Defesa do Consumidor, *op. cit.*, p. 491.

[48] CAVALIERI FILHO, Sérgio Cavalieri. O direito do consumidor no limiar século XXI. *Revista de Direito do Consumidor*. RT, nº 35, jul/set. 2000, p. 105.

> de relação de consumo, sujeita-se ao regime da responsabilidade objetiva, salvo quando o Código expressamente disponha em contrário. Há responsabilidade objetiva do fornecedor pelos danos causados ao consumidor, independentemente da investigação de culpa.[49]

Portanto, a responsabilidade do fornecedor nas relações de consumo, ressalvadas as exceções que a própria lei estabelece, independe do elemento subjetivo (dolo ou culpa), bastando a ocorrência dos elementos objetivos (dano e nexo de causalidade) para haver o dever de indenizar.

3.2 Os critérios de arbitramento de indenizações por danos extrapatrimoniais

A quantificação dos danos extrapatrimoniais não é questão pacífica na doutrina ou na jurisprudência. Essa dificuldade se dá em decorrência da ausência de objetividade na quantificação do dano, pois, diferente dos danos materiais, os danos extrapatrimoniais não têm um valor determinado, o que causa, muitas vezes, distorções e condenações excessivas ou, na maioria das vezes, ínfimas.

Tais danos são considerados como aqueles que atingem os direitos da personalidade. Nas palavras de Judith Martins-Costa:

> Os bens da personalidade são aqueles bens da vida que dizem com uma *proteção à pessoa enquanto tal* – valendo como pessoa – e nada mais. São, portanto, todos os bens que dizem com a *singularidade* de cada um, e com as condições de existência e de expressão dessa singularidade que constitui, existencial e juridicamente, a personalidade humana.[50]

Cabe ressaltar que o dano extrapatrimonial se diferencia do dano material pelo efeito da lesão que é provocado na vítima, ou seja, o dano extrapatrimonial causa um efeito não material, consoante se extrai das lições de José de Aguiar Dias:

> A distinção, ao contrário do que parece, não decorre da natureza do direito, bem ou interesse lesado, mas do efeito da lesão, do caráter de sua repercussão sobre o lesado. De forma que tanto é possível ocorrer dano patrimonial em consequência de lesão a bem não patrimonial, como dano moral por efeito da ofensa a bem material.[51]

---

[49] NERY JÚNIOR, Nelson *Código Civil anotado e legislação extravagante.* 2ª ed. São Paulo: RT, 2002, p. 725.

[50] MARTINS-COSTA, Judith. *Pessoa, personalidade, dignidade* (ensaio de uma qualificação). 2003. Tese (livre-docência em Direito Civil) – Congregação da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2003. p. 205.

[51] AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1960. 2v. p. 772.

Justamente por tais motivos, dificuldade de se quantificar as indenizações ainda é uma das questões de maior controvérsia em relação a indenizações por danos extrapatrimoniais. A lei, portanto, deixa ao prudente arbítrio do juiz[52] a quantificação do dano, sendo certo que o Superior Tribunal de Justiça possui entendimento sobre o montante máximo indenizatório para determinados danos.

O juiz deverá, portanto, fixar os valores indenizatórios de acordo com o caso concreto, verificando a repercussão e o alcance do dano, bem como a possibilidade das partes.

> O juiz, investindo-se na condição de árbitro, deverá fixar a quantia que considere razoável para compensar o dano sofrido. Para isso, pode o magistrado valer-se de quaisquer parâmetros sugeridos pelas partes, ou mesmo adotados de acordo com sua consciência e noção de equidade, entendida esta na visão aristotélica de "justiça no caso concreto".[53]

Isso porque o Direito pátrio incorporou as chamadas cláusulas abertas no atual sistema legislativo, como destacou Miguel Reale:

> [...] se há algo que caracteriza a Ciência do Direito de nossos dias é a opção pelos modelos jurídicos abertos, os quais deixam amplo campo de decisão a cargo dos juízes e administradores como aplicadores ou operadores das leis, por se reconhecer que a complexidade e dinamicidade do mundo contemporâneo não comporta uma legislação cerrada, na qual tudo se encontre previsto e disciplinado, nem juízes destituídos de participação criadora.[54]

Maior dificuldade, ainda, se encontra no fato de que a Constituição Federal veda a tarifação das indenizações, conquanto estabelece que os valores devem ser proporcionais ao dano, sem estabelecer limitações de qualquer espécie.[55] Portanto, o Projeto de Lei do Senado n° 150, de 1999, atualmente arquivado, segundo tal visão, é inconstitucional, além de estar na contramão da sistemática atual, seria considerado inconstitucional, pois visava uma tarifação para a quantificação dos danos morais.

---

52 Nos termos do art. 1.553 do Código Civil: "Nos casos não previstos neste capítulo, se fixará por arbitramento a indenização". BRASIL. Código Civil Brasileiro. Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Vade Mecum Universitário*. 13ª ed. São Paulo: Rideel, 2013, p. 226.

53 STOLZE GAGLIANO, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*, vol. III. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 400.

54 REALE, Miguel. *Questões de Direito Público*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 75/76.

55 SCHREUIBER, Anderson. Arbitramento do Dano Moral no Novo Código Civil, *RTDC Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 12, Rio de Janeiro: Editora Padma, 2002.

3.3 A dupla função da reparação civil nas relações de consumo – o *punitive damage* e a função social da responsabilidade da empresa

Os danos extrapatrimoniais não têm um valor certo, uma quantia objetiva a ser imposta como condenação, como visto alhures, cabendo a verificação do caso concreto, visando a adequar a condenação ao dano causado e às circunstâncias dos fatos.

Uma das funções da indenização nos danos extrapatrimoniais é a compensação pelo dano causado pelo lesionador à vítima. Porém, há a função punitiva na condenação pelos danos morais, tendo em vista a necessidade de se adequar a indenização ao fator de desestímulo ao causador do dano.

Podemos extrais o conceito de danos punitivos das lições de Salomão Resedá, que conceitua como sendo:

> [...] 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.[56]

A doutrina dos danos punitivos tem suas raízes no Direito inglês do século XVIII, onde os danos ocasionados em decorrência de malícia, fraude ou opressão eram punidos de forma exemplar:

> No modelo então construído, o autor do dano era castigado pela imposição de reparação equivalente a um múltiplo do valor do dano sofrido pela vítima que tinha, ao seu dispor, a previsão de ação civil justamente com tal finalidade. [...] Aí está a raiz de uma tradição que veio a ser especialmente desenvolvida no séc. XVIII, quando se criou a doutrina dos *exemplary damages* como um meio para justificar a atribuição de indenização quando não havia prejuízo tangível, ou seja, no caso de danos extrapatrimoniais.[57]

Os danos extrapatrimoniais, como dito, são caracterizados quando ocorre uma lesão a um direito da personalidade. Muito embora a indenização arbitrada pelo juiz em casos de danos extrapatrimoniais tenha a função de efetivamente indenizar (tornar sem

---

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

[57] MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva: *Punitive damages* e o Direito brasileiro. 2005. *REVISTA CEJ, América do Norte*, n. 28, p. 15-32, jan./mar, 2005.Disponível em: http://www.cjf.jus.br/revista/numero28/artigo02.pdf. Acesso em: 15 jul. 2010.

dano), fato é que não é possível que se retire um dano extrapatrimonial, sendo impossível o retorno ao *status quo*, como nos casos de danos materiais.

Consoante se extrai das lições de Yousef Cahali:

> Diversamente, a sanção do dano moral não 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 certa quantia em dinheiro em favor do ofendido, ao mesmo tempo em que agrava o patrimônio daquele, proporciona a este uma reparação satisfativa.[58]

Portanto, a dificuldade de se mensurar o dano moral é compreensível. Todavia, a função dessa condenação é maior do que um ressarcimento – o que, de fato, não o é –, mas sim de uma verdadeira reparação. Tal ideia pode ser extraída das lições de Carlos Alberto Bittar:

> Em consonância com a diretriz, a indenização por danos morais deve-se traduzir em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou evento lesivo advindo. Consubstancia-se, portanto, em importância compatível com o vulto dos interesses em conflito, refletindo-se, de modo expressivo, no patrimônio do lesante, a fim de que se sinta, efetivamente, a resposta da ordem jurídica aos efeitos do resultado lesivo. Deve, pois, ser quantia economicamente significativa, em razão das potencialidades do patrimônio do lesante. Ora, num momento em que crises de valores e de perspectivas assolam a humanidade, fazendo recrudescer as diferentes formas de violência, esse posicionamento constitui sólida barreira jurídica a atitudes ou a condutas incondizentes com os padrões éticos médios da sociedade, De fato, a exacerbação da sanção pecuniária é formula que atende às graves conseqüências que de atentados à moralidade individual ou social podem advir. Mister se faz que imperem o respeito humano e a consideração social, como elementos necessários para a vida em comunidade.[59]

Especialmente no âmbito das relações de consumo, a função punitiva da condenação por danos morais se faz mais necessária, pois trata-se de um direito difuso, onde o dano cometido a um consumidor pode se transformar em danos cometidos contra todo o mercado de consumo.

Neste sentido, Héctor Valverde Santana defende:

> Em toda reparação por dano moral, os operadores do direito devem atentar-se para as suas diversas finalidades, que necessariamente concorrem simultaneamente, sob pena de aplicação incompleta do sistema jurídico vigente. O mecanismo jurídico relativo ao dano moral consiste no

---

[58] CAHALI, Yousef Said. CAHALI**,** Yussef Said. 2ªed. ver e atual. e amp. *Do livro Dano e indenização*. 5ª tiragem. São Paulo: RT, 1999, p. 117.

[59] BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação Civil por Danos Morais*. 3ª ed. São Paulo: RT, 1998, p. 233.

> destacamento de parte do patrimônio do ofensor, sendo transferido ao ofendido. [...] A primeira finalidade da reparação do dano moral versa sobre a função compensatória, caracterizada como um meio de satisfação da vítima [...] A segunda finalidade refere-se ao caráter punitivo, em que o sistema jurídico responde ao causador do dano, sancionando-o [...] A terceira finalidade da reparação do dano moral relaciona-se ao aspecto preventivo, entendido como uma medida de desestímulo.[60]

Necessário se faz ter em mente, portanto, que a condenação por danos extrapatrimoniais, além do caráter compensatório à vítima, deve ter um agravamento, um valor exemplar, a ser majorado de acordo com as circunstâncias do caso concreto, servindo como fator de desestímulo.

Nesse sentido, Fabio Ulhoa Coelho ensina:

> O objetivo originário do instituto é impor ao sujeito passivo a majoração do valor da indenização, com o sentido de sancionar condutas específicas reprováveis. Como o próprio nos indica, é uma pena civil, que reverte em favor da vítima dos danos.[61]

Contudo, os parâmetros para o arbitramento de indenizações por danos extrapatrimoniais, além de verificar o caso concreto e a extensão do dano, nos termos do artigo 944 do Código Civil, deverá se pautar na razoabilidade.

Com efeito, com a adoção da teoria dos danos punitivos, temos a funcionalização da condenação pelos danos morais causados, especialmente na esfera das relações de consumo, posto que servirá a condenação como fator de desestimulo ao lesionador, além de abarcar o caráter compensatório.

CONCLUSÃO

Pode-se concluir que os valores de arbitramento de indenizações por danos morais têm dupla função: compensar a vítima e punir o ofensor, no sentido de servir como fator pedagógico para a não reincidência.

A aplicação da teoria dos danos punitivos, nascida no Direito inglês, é capaz de fazer cumprir essa dupla função, o que ocasionará a funcionalização da responsabilidade

---

60 SANTANA, Héctor Valverde. *Dano Moral no Direito do Consumidor.* São Paulo: Ed. RT, 2009, p. 188/189.

61 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*, v. 2. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 432.

da empresa, especialmente no que diz respeito aos danos extrapatrimoniais causados aos consumidores.

Por meio do reconhecimento de função social nas condenações por danos extrapatrimoniais, possibilita-se o reconhecimento dos danos punitivos no Direito brasileiro.

Todavia, a aplicação da teoria ainda é muito insipiente no Direito pátrio, sendo uma constante na jurisprudência condenações que, por vezes, não cumprem a função pedagógica, tampouco se prestam a servir de desestímulo à reincidência, tendo em vista os valores baixos de condenação em relação ao patrimônio da empresa condenada.

Serão objetos de estudos futuros: a) o levantamento dos valores de condenação por danos extrapatrimoniais; b) a reincidência das empresas condenadas, pelos mesmos fatos geradores de danos extrapatrimoniais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEMANHA. *Lei Fundamental da República Federal da Alemanha,* de 23 de maio de 1949. Trad. Aachen Assis Mendonça. Disponível em <http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3254212/Daten/1330556/ConstituicaoPortugues_PDF.pdf>. Acesso em: Acesso em: 08 abr 2013.

AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1960

BELMONTE, Alexandre Agar. *Instituições Civis no Direito do Trabalho.* São Paulo: Renovar, 2004.

BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação Civil por Danos Morais*. 3ª ed. São Paulo: RT, 1998.

BRASIL. Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades Anônimas. *Vade Mecum Universitário*. 13ª ed. São Paulo: Rideel, 2013.

_____. Constituição Federal, promulgada em 05 de outubro de 1988. *Vade Mecum Universitário*. 13ª ed. São Paulo: Rideel, 2013.

_____. Código de Defesa do Consumidor. Lei n° 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Vade Mecum Universitário*. 13ª ed. São Paulo: Rideel, 2013.

_____. Código Civil Brasileiro. Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Vade Mecum Universitário*. 13ª ed. São Paulo: Rideel, 2013

CAHALI, Yousef Said. CAHALI**,** Yussef Said. 2ªed. ver e atual. e amp. *Do livro Dano e indenização*. 5ª tiragem. São Paulo: RT, 1999.

CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006

CAVALIERI FILHO, Sérgio Cavalieri. O direito do consumidor no limiar século XXI. *Revista de Direito do Consumidor*. RT, nº 35, jul/set. 2000.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*, v. 2. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social. *Revista dos Tribunais*, ano 85, v. 732, São Paulo, Revista dos Tribunais, out/1996.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil*. v. 8. São Paulo: Saraiva, 2008

ESPANHA. *Constituição Espanhola*, de 27 de dezembro de 1978. Disponível em <http://www.boe.es/boe/dias/1978/12/29/pdfs/A29313-29424.pdf>. Acesso em: 08 abr 2013.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

JELINEK, Rochelle. *O princípio da função social da propriedade e sua repercussão sobre o sistema do Código Civil.* Porto Alegre: [s.n.] 2006, p. 13-16. Disponível em <http://www.mp.rs.gov.br/areas/urbanistico/arquivos/rochelle.pdf>. Acesso em: Acesso em: 08 abr 2013.

LISBOA, Roberto Senise. *Contratos difusos e coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LOPES, Ana Frazão de Azevedo. *Empresa e propriedade: função social e abuso de poder econômico*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith. *Pessoa, personalidade, dignidade* (ensaio de uma qualificação). 2003. Tese (livre-docência em Direito Civil) – Congregação da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2003.

_____; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva: *Punitive damages* e o Direito brasileiro. 2005. *REVISTA CEJ, América do Norte*, n. 28, p. 15-32, jan./mar, 2005.Disponível em: http://www.cjf.jus.br/revista/numero28/artigo02.pdf. Acesso em: 15 jul. 2010.

MÉXICO. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, publicada em 05 de fevereiro de 1917. Disponível em <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf>. Acesso em: 08 abr 2013.

MORAES, José Diniz de. *A função social da propriedade e a Constituição Federal de 1988.* São Paulo: Malheiros, 1999.

MORAES, Maria Celina Bodin. *Danos à pessoa humana*: uma leitura civilconstitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2003.

NERY JÚNIOR, Nelson *Código Civil anotado e legislação extravagante.* 2ª ed. São Paulo: RT, 2002.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto in Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Ed. Saraiva, 2000.

REALE, Miguel. *Questões de Direito Público*. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. Visão geral do Projeto de Código Civil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n° 40, 1 mar. 2000. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/509>. Acesso em: 08 abr 2013.

REQUIÃO, Rubens. A co-gestão (a função social da empresa e o estado de direito). *Revista Forense*, Rio de Janeiro, Forense, ano 74, v. 262, abr-jun/1978.

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

ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

SANTANA, Héctor Valverde. *Dano Moral no Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, 2009.

SCHREUIBER, Anderson. Arbitramento do Dano Moral no Novo Código Civil, *RTDC Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 12, Rio de Janeiro: Editora Padma, 2002.

STOLZE GAGLIANO, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*, vol. III. São Paulo: Saraiva, 2003.

TEIZEN JUNIOR, Augusto Geraldo. *A função social no Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social da empresa. *Revista dos Tribunais*, ano 92, v. 810, São Paulo, Revista dos Tribunais, abr/2003.