

**A (IM)POSSÍVEL COMPATIBILIZAÇÃO DA TEORIA DO
DESESTÍMULO NO DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO**

André Augusto Giuriatto Ferraço*
Igor Britto Rodrigues**

Resumo: O presente artigo analisa, pela ótica jurídico-sociológica, a função dissuasora da indenização por dano extrapatrimonial no contexto das relações contemporâneas, os principais aspectos do dano moral e da teoria americana dos *punitive damages*, assim como discorre sobre a (im)possível adoção da teoria em comento, tendo como parâmetro as peculiaridades socioeconômicas brasileiras, primando pelo princípio da dignidade da pessoa humana e os objetivos do Estado brasileiro constitucionalmente assegurados. Tendo como base a revisão bibliográfica dos textos legais vigentes e de textos de doutrinas especializadas em filosofia, sociologia, direito civil e consumerista brasileiro, assim como da jurisprudência dos tribunais superiores, o trabalho tem como escopo analisar em quais medidas e situações é possível majorar a indenização para que se atinja a finalidade pedagógica, a fim de que se alcance o objetivo de pacificação social proposto pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: direito do consumidor; danos morais; *punitive damages*.

1 Introdução

Diante da massificação das relações sociais, os conflitos de interesses se intensificam. Desse modo, é salutar que o Direito apresente institutos jurídicos eficazes à função primordial de pacificação social a que se propõe.

* Graduando da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). *E-mail:* andreaugusto.gf@gmail.com.

** Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV, especialista em Direito do Consumo e em Direito Penal Econômico pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e especialista em Direitos Fundamentais e Transformação do Estado pela Universidad Carlos III de Madrid. Coordenador geral de Estudos e Monitoramento de Mercado na Secretaria Nacional do Consumidor – Ministério da Justiça. *E-mail:* igorbritto@procon.es.gov.br.

Considerando os princípios como “mandamentos de otimização”, todos os meios possíveis para sua efetivação deverão ser utilizados para garantir a efetividade constitucional à dignidade da pessoa humana e aos princípios personalíssimos.

O ponto mais conturbado da responsabilidade civil talvez seja a busca por critérios adequados à atribuição de valor nas indenizações por danos morais. A valorização do imaterial, em uma seara científica de legado dogmático, nunca foi algo simples de ser pacificado entre os operadores do direito e, em contrapartida, a subjetividade intrínseca do instituto não possibilita, por hora, que o legislador estabeleça parâmetros fixos de quantificação.

Sobre esse aspecto e, como proposta para solução para tal problemática, o estudo se apropria da Teoria dos *punitive damages*, a qual também recebe o nome de “indenização pedagógica” ou “teoria do desestímulo”.

Com isso, pretende-se discutir sobre a aplicação das indenizações punitivas nas ações consumeristas por danos morais no direito brasileiro, pois, embora o ordenamento jurídico brasileiro não tenha contemplado tal instituto, este tem sido ampla e progressivamente aplicado pelo Superior Tribunal de Justiça, ainda que com ressalvas, frente à vedação ao enriquecimento sem causa expressa pelo Código Civil de 2002.

Sob esse viés, analisar-se-á os principais entraves à aplicação do instituto, como o enriquecimento ilícito, o estímulo à indústria dos danos morais e ao ativismo judicial e a possibilidade de pena sem cominação legal prévia, pois tal apropriação do instituto sem a análise científica, jurídica e, sobretudo, sociológica, que ele merece, normalmente origina anomalias jurígenas, como frequentemente tem ocorrido na jurisprudência nacional.

2 Danos morais no ordenamento jurídico brasileiro

Os incisos V e X do Art. 5º do texto constitucional exprimem o brocardo romano *neminem laedere*, considerado um dos pilares da teoria da responsabilidade civil, caindo por terra, assim, toda e qualquer discussão travada anteriormente acerca da inexecução de preceituação genérica, ou, ainda, sobre a tarifação do dano moral.

O dano moral pode ser entendido como aquele que, independentemente do prejuízo material, fere atributos inerentes aos direitos personalíssimos, tal como a liberdade, a honra, a atividade profissional, a reputação e as manifestações culturais e intelectuais entre aqueles outros que individualizam cada pessoa (MORAES, 2003).

Insta salientar que o constrangimento, a tristeza e a humilhação devem ser interpretados a ponto de distinguir-se de meros aborrecimentos e dissabores corriqueiros, situações comuns a que todos se sujeitam, como aspectos normais da vida cotidiana (MORAES, 2003).

Não há como elaborar rol taxativo ou fechado de valores inerentes à dignidade da pessoa humana e limitar os casos de dano moral, devido a complexa natureza do ser humano. De acordo com as orientações de Hector Valverde Santana (2009),

para uma melhor apropriação do instituto, faz-se necessário abandonar a posição clássica do critério negativo por exclusão, pois o dano moral não se resume apenas à lesão sem repercussão patrimonial.

A partir da vigência do Código de Defesa do Consumidor, a jurisdição brasileira tornou-se ainda mais receptiva à apreciação dos danos morais consumeristas, o que têm levado muitos a postular pela tutela necessária para reparação de danos. Tal intensificação deve-se, sobretudo, ao fato de que as relações líquidas de uma sociedade massificada abrem espaço ao desequilíbrio desproporcional das relações contratuais, sendo incompatível o entendimento de que a liberdade entre as partes quanto à manifestação da vontade seria capaz de gerar justiça contratual, visto que, em determinados casos, os consumidores são obrigados a celebrar contratos.

A opção legislativa pela reparabilidade do dano moral, inspirada pelas diretrizes principiológicas da nova carta constituinte, evidencia que o sistema jurídico brasileiro reconheceu também que o ser humano é dotado de valores extrapatrimoniais, os chamados direitos da personalidade, distanciando-se da exclusividade de proteção patrimonial, fundamentais para sua existência digna, cuja tutela apresenta-se imprescindível à vida em sociedade (SANTANA, 2009).

Na apreciação da hipótese em julgamento, embora impossível de ser fixado objetivamente, deve o julgador realizar o preceito secundário da norma jurídica, aplicando um montante indenizatório como sanção ao dano moral, com o fito de coibir a realização de tais práticas hoje existentes no mercado. De acordo com os ensinamentos de Marques (2002, p. 695):

De nada vale a lei (*law in thebooks*), se não tem efeitos práticos na vida dos consumidores (*law in action*) e no reequilíbrio de situações de poder (*Machtpositionen*) e relações desequilibradas e mesmo ilícitas. A função satisfativa das perdas e danos civis, mesmo que não punitivas, é uma realidade no sistema do CDC (Art. 6º, VI). [...] Os danos materiais e morais sofridos pelo consumidor individual, porém, devem ser todos ressarcidos, pois indenizar pela metade seria afirmar que o consumidor deve suportar parte do dano e autorizar a prática danosa dos fornecedores perante os consumidores.

O dano moral é um conceito em construção, devido à própria complexidade do homem e das relações sociais que, a cada dia, revelam novas dimensões dos direitos da personalidade. Cabe, portanto, ao intérprete conduzir-se pelo princípio da dignidade da pessoa humana, para conferir a interpretação que mais preserve tal princípio em cada caso, propiciando, assim, a evolução dos direitos da personalidade e a ampliação do conceito de dano moral.

Não há rigor técnico e objetividade na delimitação, na incidência e na aplicação do dano moral, sobretudo no que diz respeito à sua quantificação, por tratar-se de um instituto ligado a aspectos fluidos e variáveis de acordo com o contexto fático a que se insere. Tal maleabilidade trouxe grandes prejuízos ao pleno desenvolvimento do dano moral, o que se reflete em frequentes injustiças àqueles submetidos a tais situações, gerando grande insegurança jurídica aos jurisdicionados.

Uma melhor aplicação dos danos morais pressupõe que os juízes evitem especulações desonestas, de modo que haverão de rejeitar pedidos ilegítimos e arbitrar com moderação o montante da reparação. Para tanto, os princípios da proporcionalidade e razoabilidade devem nortear o arbitramento das indenizações.

Entretanto, não é o que se observa. Condutas abusivas são reiteradamente reproduzidas, já que não há sanção eficaz o suficiente para reprimir tais abusos. Nessa lógica, é mais vantajoso pagar quantias irrisórias em condenações judiciais do que investir em melhorias para erradicar a conduta danosa, de forma a evitar que os abusos se repitam.

A atuação jurisprudencial de limitar a indenização à extensão do dano tem incentivado a prática reiterada de atos lesivos, em situações danosas similares, por aqueles que podem suportar os valores indenizatórios arbitrados, mormente nos casos em que há disparidade econômica significativa entre o ofensor e a vítima.

Urge, em nosso ordenamento jurídico, sobretudo na atuação do judiciário, um afastamento objetivo do romantismo jurídico originado pela imagem do cumprimento do direito pelo simples fator de coerência social. É evidente que as demandas judiciais e as questões jurídicas pautam-se, relevantemente, na relação custo-benefício e, pela atuação jurisdicional hodierna, é mais vantajoso economicamente não cumprir o que determina a lei do que guiar-se por ela, fator esse que ocasiona enorme demanda processual.

3 *Punitive damages* como alternativa indenizatória

Para que tal objetivo seja alcançado, se faz de grande valia a utilização da teoria do *punitive damage*, a qual tem a finalidade precípua de punição e prevenção de danos.

No sistema de *common law*, assim como no Brasil, a resposta jurídica mais comum para o dano é a indenização pecuniária. Entretanto, para além da compensação do dano, há também a finalidade de prevenção de danos futuros.

Os *punitive damages* podem ser entendidos, nas palavras de Salomão Resedá (2009, p. 225), 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 consequente função social da responsabilidade civil.

Nessa ótica, para a fixação do *quantum debeatur*, leva-se em consideração a conduta do ofensor, a intensidade da culpa na prática do ilícito e a gravidade originada pelo comportamento reprovável do agressor, em detrimento à extensão do dano suportado pela vítima, que se observa nas indenizações compensatórias, o que possibilita a atribuição de valores diferenciados de acordo com o grau de censura observado em

cada caso. No entanto, se a conduta do agente, embora culposa, não é especialmente reprovável, como nos casos de engano, culpa simples ou ignorância, a imposição dos *punitive damages* mostra-se imprópria (SCHLUETER; REDDEN, 2000).

Há, nesse aspecto, inegável adequação ao princípio constitucional da isonomia, já que a atribuição de indenizações idênticas para danos iguais em extensão, mas causados por condutas com grau de reprovabilidade diferentes, constitui afronta ao princípio constitucional da igualdade (ANDRADE, 2004).

A majoração do valor da indenização em favor da vítima dos danos tem o objetivo originário de sancionar condutas específicas reprováveis de potenciais ofensores, por meio da demonstração da alta reprovabilidade do comportamento, pois a eliminação de tais comportamentos não ocorre pela adoção de uma postura meramente compensatória.

Objetiva-se com isso restabelecer a imperatividade cogente do ordenamento jurídico que, se não ocorre pela consciência moral da importância do dever de cumprimento das regras, ocorrerá pelo temor à imposição de sanções efetivamente desconfortáveis em caso de descumprimento. O julgador impede, nesse caso, que a reparação tenha um preço prévio, que o agente esteja disposto a pagar para poder obter lucro ao violar o direito alheio.

Os *punitive damages* desempenham papel de destaque na seara da responsabilidade civil, desempenhando importante papel de dissuasão principalmente nos casos em que é economicamente vantajoso para o ofensor pagar indenizações compensatórias às vítimas que postulem indenização do que evitar a ocorrência do evento danoso (SCHLUETER; REDDEN, 2000).

Tal situação é muito frequente em diversos setores da economia brasileira, pois a ocorrência de pequenos danos, que geram pequenas indenizações, acaba por perpetuar e dissipar a prática de eventos danosos com a finalidade de obter lucro. No quadro de consumo desenfreado a que a atual sociedade se insere, os cidadãos deixam de exercer sua unicidade como portador de direitos para figurar como estatística de vantagem nos lucros indevidos obtidos sobre produtos e serviços produzido em massa e colocados em circulação com defeitos pelas empresas.

Nesse íterim, Nunes (2012), com maestria, traz a baila tal lógica de mercado:

[...] se o consumidor não é considerado como uma pessoa real, mas como um mero número que tem certo valor econômico, não há mesmo necessidade de respeitá-lo e nem de enxergá-lo. A hipótese de perda de um cliente não é vista como uma descontinuidade dos negócios nem como um rompimento indesejado: basta que a situação esteja prevista dentro do quadro estatístico que cuida da inadimplência e das rupturas. Se estiver dentro do previsto, não haverá preocupação. São números. O consumidor é um número.

A esse quadro, soma-se o fato de que, não raramente, os consumidores não obtêm êxito na solução de contratempos originados na relação de consumo junto

aos fornecedores, seja pela precariedade ou não eficácia do sistema de atendimento, ou até mesmo pelo desestímulo causado ao consumidor em razão do procedimento comercial que tende a ser lento e burocrático.

Em face de tais ocorrências, não se deve olvidar ao aspecto coletivo a que o dano pode se elevar. O poder judiciário, quando à frente de recorrentes litígios com fornecedores rotineiramente demandados pelos mesmos problemas, deverá guiar-se pelos princípios constitucionais que tendem à proteção dos danos sociais, agindo, com maior reprovabilidade a tais incidências, objetivando evitar a concretização do dano eficiente.

O dano eficiente ocorre, de acordo com Fiuza (2008), quando compensa ao agente pagar eventuais indenizações do que prevenir o dano. Exemplificativamente, se algum produto for fabricado com defeito que pode causar danos aos consumidores, e se, após alguns cálculos, a empresa responsável concluir ser mais vantajoso pagar eventuais indenizações pelos danos ocorridos do que proceder a um *recall* para consertar os produtos com defeito vendidos, estaremos diante de dano eficiente.

Diante do exposto, o autor propõe que cabe aos órgãos administrativos do Estado e/ou do Judiciário tornar ineficiente o dano eficiente, na medida em que atribui indenizações de maior expressão ao vitimado pelo dano causado pelo defeito de produção. Sendo as eventuais indenizações em valores mais altos, será preferível realizar o *recall*, por ser mais barato.

Ademais, boa parte das ocorrências danosas não é levada ao conhecimento judiciário e, não muito raro, sequer chegam ao conhecimento do Procon. Isso ocorre devido a um estranhamento que a sociedade possui em relação ao Judiciário, visto que os mais amplos meios de comunicação não são capazes de transmitir com aptidão as virtudes e falhas da seara judicial, que tem se mantido cada vez mais distante da sociedade à sombra do que se estampa sobre a morosidade e ineficiência da mesma.

Em alguns casos, os consumidores que se sentem lesados recorrem à via judicial, mormente aos Juizados Especiais Cíveis, ocasionando, assim, um abarrotamento processual nesta esfera que poderia ser evitado por medidas alternativas de resolução e até mesmo por uma atuação mais contundente das agências reguladoras. Tal quadro enseja na mitigação da celeridade, um dos principais escopos dos Juizados Especiais, posto que as mesmas empresas, recorrentemente, são processadas por inúmeros consumidores pelos mesmos danos, pois as indenizações não atingem o caráter pedagógico e muito menos punitivo à mesma.

Por se tratar de instituto aplicado em um sistema *common law*, não raramente, o sistema de *civil law* apresenta críticas distorcidas em relação à aplicação dos *punitive damages*.

Primeiro, é necessário ressaltar que a imposição de *punitive damages* é menos frequente do que se supõe. Em uma pesquisa baseada nos veredictos de 1985 a 1994 em 15 jurisdições diferentes, conduzida pelo Institute for Civil Justice (ICJ), indicaram que os *punitive damages* são estabelecidos em menos de 4% das decisões proferidas em processos de responsabilidade civil (ANDRADE, 2003).

Segundo, os *punitive damages*, em média, são estabelecidos em valores muito inferiores aos divulgados pela mídia.

Terceiro, as decisões que estabelecem indenizações exorbitantes, em sua grande maioria, são proferidas pelo júri. Tais decisões, com frequência, são revistas em grau de recurso, sendo equivocadamente consideradas como parâmetro de funcionamento dos *punitive damages* no sistema americano.

Por último, vale ressaltar que o sistema de júri favorece a fixação de indenizações desproporcionais, ao passo que este se compõe de pessoas leigas, não habituadas aos assuntos jurídicos, principalmente quando uma grande corporação litiga contra uma pessoa física. Assim sendo, é evidente que tais decisões não devem ser vistas como exemplo de aplicação do instituto em comento em países em que as causas civis são julgadas por um juiz togado (ANDRADE, 2003).

4 Uma proposta de aplicação da teoria do *punitive damages* no ordenamento jurídico brasileiro

Acerca do exposto, necessária faz-se uma evolução científica no pensamento que se volta aos estudos do dano moral, mormente naquilo que dispõe sobre a teoria dos *punitive damages*. Os grandes progressos científicos, pela visão de Thomas Kuhn (2003), não resultam de uma continuidade de pensamento, mas sim quando novos modelos propõem rupturas com o que fora previamente estabelecido.

Como já evidenciado, os ordenamentos jurídicos que adotam tal teoria apresentam diferenças sociais, jurídicas e até mesmo econômicas quando comparados ao Brasil. Entretanto, no atual contexto litigioso proporcionado pelas lesões aos consumidores brasileiros, cabe ao legislador analisar a necessidade da adoção do instituto.

O paradigma indenizatório disseminado pelos doutrinadores, togados e sobretudo pelo legislador, precisa ser alterado, principalmente nos casos em que se violam direitos da personalidade. Vislumbra-se um cenário de enorme ineficiência na função pacificadora dos órgãos jurisdicionais brasileiros na ocorrência do dano moral, devido a insuficiência da resposta jurídica conferida às demandas.

Não há uniformidade nos órgãos julgadores para a quantificação indenizatória de danos morais. Ao Superior Tribunal de Justiça é vedado reexaminar provas e fatos e interpretar cláusulas contratuais, como prescrevem as súmulas 5 e 7 do respectivo tribunal. Não obstante, cabe a este a quantificação final da maioria das demandas que envolve danos morais.

Ao buscarem parâmetros para a quantificação de tais danos, os tribunais acabaram por atribuir valores de referência a alguns casos específicos. Tal atividade atribui a mesma extensão de dano a situações semelhantes, o que leva a “tabelação” do valor do dano moral para algumas situações lesivas recorrentes.

Sob esse aspecto, é importante salientar que mudanças advindas da Constituição brasileira de 1988 permearam o ordenamento jurídico nacional com uma hermenêutica mais principiológica do que legalista e, sobretudo, com intensa guarida à dignidade

humana, em detrimento à interpretação restrita ao patrimônio como se verificava anteriormente, renovando, assim, a interpretação da Responsabilidade Civil.

A consolidação do pensamento principiológico e humanista constitucional fez com que novos parâmetros fossem concedidos a inúmeros regramentos do Direito Civil. Nesta senda, a apropriação da teoria dos *punitive damages* no ordenamento jurídico brasileiro atuaria como potente mecanismo de proteção aos direitos de personalidade, garantindo dignidade à pessoa humana, pois a prática do ilícito não mais compensaria.

O ponto mais conturbado da responsabilidade civil talvez seja a busca por critérios adequados à atribuição de valor nas indenizações por danos morais. A valoração do imaterial, em uma seara científica de legado dogmático, nunca foi algo simples de ser pacificado entre os operadores do direito e, em contrapartida, a subjetividade intrínseca do instituto não possibilita, até então, que o legislador estabeleça parâmetros fixos de quantificação.

Embora a doutrina desfavorável ao instituto defenda alguns aspectos pontuais e formalistas que obstam a aplicação do dano em caráter punitivo, afronta maior ao Direito seria a possibilidade do ofensor se beneficiar da sua própria torpeza em virtude de dano cometido a outrem. Mais aceitável, nesse sentido, é a ideia da vítima receber um *quantum* indenizatório vultoso pelo dano sofrido (ANDRADE, 2003).

A punição da conduta reprovável, pela elevação do montante indenizatório, que ocasionará na prevenção de comportamentos semelhantes do próprio ofensor e de terceiros, supera, em muito, o obstáculo trazido pelos opositores da teoria, face o caráter coletivo que ela assume ao executar estas funções.

Nesse contexto, propõe-se a compatibilização da aplicação da teoria dos *punitive damages* no ordenamento jurídico pátrio, com enfoque na constituição federal e na legislação infraconstitucional, bem como à luz do direito comparado.

Tal alternativa de aplicação pretende trazer para as demandas por danos morais uma resposta satisfatória, adequada, eficiente e justa aos problemas e desafios que, inevitavelmente, a evolução social permanentemente apresenta.

Para adentrar nesse mérito, devemos salientar que o Superior Tribunal de Justiça declara-se adepto à teoria. Entretanto, a incidência do instituto não é usual. Quando ocorre, tende a ser mais um recurso argumentativo decisório do que efetivamente uma aplicação concreta de indenização com caráter punitivo.

O Superior Tribunal de Justiça não trouxe qualquer incremento considerável nas indenizações por danos morais, e tende a minorar as indenizações quando em grau de recurso, sob o argumento da vedação ao enriquecimento sem causa, por considerá-las exorbitantes.

Inicialmente, cumpre analisar a compatibilidade da aplicação dos *punitive damages* pela jurisdição brasileira ainda que não haja previsão legal nesse sentido.

No projeto do Código de Defesa do Consumidor, a redação original do Art. 16 previa uma hipótese de aplicação de indenização com caráter punitivo de acordo

com os parâmetros para sua incidência. Entretanto, a indenização punitiva deveria ser valorada “a critério do juiz, de acordo com a gravidade e a proporção do dano, bem como a situação econômica do responsável”, razão pela qual a redação do artigo fora vetada, pois foi considerada vaga e tecnicamente imprecisa.

Nova medida em prol do caráter punitivo ocorreu pela proposta legislativa 6.960/2002, ao tentar estabelecer um parágrafo 2º do Art. 944 do Código Civil. Mais uma vez, a proposta não foi considerada, devido ao conceito jurídico indeterminado de “adequado desestímulo”.

A esse respeito devemos perceber que a Constituição Federal brasileira de 1988 resguarda, em seu Art. 5º, inciso LV, o princípio do contraditório e da ampla defesa, fundamental a qualquer parte para que se alcance a solução mais justa à lide. Contribuindo para esse objetivo, de acordo com o Art. 93, inciso IX da Constituição Cidadã, temos que todos os julgamentos serão públicos e fundamentados, sob pena de nulidade.

A motivação das decisões, assegurada pelo constituinte, se faz fundamental na atuação do poder judiciário, porque garante à parte inconformada com a decisão a revisão do provimento judicial. Tal postura contribui para que sejam evitadas decisões arbitrárias.

Como observado, os vetos às tentativas de inserção do *punitive damages* ao ordenamento brasileiro ocorreram com fundamento principal na possibilidade da ocorrência de arbitrariedade do juiz no momento de quantificar a indenização, devido aos termos vagos ou imprecisos que dificultam a técnica jurídica.

Deve-se perceber que toda e qualquer demanda, imbuída de termos vagos ou não, dão margem a arbitrariedade dos juízes em qualquer ato decisório a ele competente. A atividade jurisdicional é dotada de uma subjetividade intrínseca que há muito derogou o mito da neutralidade.

À norma não é possível, devido à limitação semântica que apresenta, abarcar todas as ocorrências antijurídicas que possam ocorrer em um ordenamento. Quando se trata da ocorrência de danos morais e sua conseqüente quantificação, pode-se notar uma dificuldade acentuada para que haja tal delimitação, devido aos aspectos fluidos e em construção que a dignidade humana, os direitos personalíssimos e o próprio instituto dos danos morais possuem.

O Brasil tem uma Constituição Federal dirigente, compromissária e normativa, mas constantemente desrespeitada e não efetivada. O judiciário deve, evidentemente, se manifestar sobre as questões sociais por meio de um juízo democrático que fundamente suas decisões sobre o acolhimento ou não das razões emanadas pelas partes interessadas (STRECK, 2009). Tal comportamento não abre espaço para manifestações arbitrárias ou ativismos que possam, sem razoabilidade ou proporcionalidade, ensejar em um desmerecimento da atuação jurisdicional.

Ao juiz, cabe manifestar-se por meio de um ideal de imparcialidade, jamais de neutralidade pela aplicação da norma, visto que essa requer interpretação, o que pressupõe influência subjetiva. Tal imparcialidade pode ser entendida como uma

garantia constitucional implícita, conforme se observa no Art. 95, *caput* e parágrafo único da Constituição brasileira.

Além da garantia da imparcialidade do juiz, caso o condenado perceba a indenização fixada como arbitrária ou desproporcional, o sistema processual brasileiro permite que este recorra aos tribunais de alçada para que tal indenização seja reavaliada.

Pelo exposto, é possível afirmar que a aplicação da teoria estudada é possível, mesmo que sem previsão legal para tanto. Isso se deve ao fato de que a lei não tem a capacidade de prever todos os fatos sociais capazes de provocar dano, além de não ser possível fixar parâmetros precisos para a quantificação de danos morais. Ademais, a interpretação constitucional pela proteção dos direitos personalíssimos possibilita uma leitura das disposições infraconstitucionais a que se permita a aplicação dos *punitive damages*, não sendo a ausência de lei motivo suficiente para a exclusão do instituto.

Embora tais garantias por si só já possibilitassem uma construção da aplicação do dano em caráter punitivo, devemos levar em consideração que o ideal de justiça e de segurança jurídica popular, assim como boa parte daquele difundido pelos juristas brasileiros, encontra-se atrelado à observância do que a norma prescreve.

O Art. 944, parágrafo único do Código Civil brasileiro, remete à análise da culpa do ofensor para a quantificação da indenização. Entretanto, a atual interpretação a este dispositivo não possibilita o incremento indenização para os fins de aplicação da teoria, mas, pelo contrário, admite que em algumas situações a vítima deva suportar parte do prejuízo material ocorrido.

Por esses motivos, há previsão legal que possibilite a aplicação da teoria em comento, seguindo a lógica de prevenção a que se propõe ela seria um instrumento de mero cunho formal para a argumentação jurídica. Diz-se isso por que a lei terá apenas a função de possibilitar expressamente a aplicação de uma teoria que já vem sendo empregada pelos tribunais brasileiros, embora de maneira ineficiente.

A previsão legal extingiria qualquer dúvida quanto à violação ao postulado *nulla poena sine lege* e da ocorrência de um enriquecimento sem causa que possam ensejar em ilegalidade ou até mesmo inconstitucionalidade da medida.

Insta salientar que não se vislumbra para a fixação de parâmetros precisos sobre a indenização dos danos morais, mas sim a ocorrência de necessárias cláusulas gerais. A tipificação para a aplicação dependerá de termos que, por vezes, possam ser considerados como vagos ou imprecisos, sob pena de um consequente “engessamento” que ocorrerá sobre a responsabilidade civil nessa seara, caso as circunstâncias sejam taxativas.

No que diz respeito à aplicação da teoria, propõe-se que a mesma ocorra de acordo com alguns parâmetros a serem observados. A indenização aqui proposta visa repreender o agressor pela ofensa ao bem jurídico de outrem, assim como indenizar satisfatoriamente a vítima.

A função preventiva desempenhada pela indenização na ocorrência do dano somente surtirá efeito quando, no momento de sua arbitração, for atribuída maior

relevância ao patrimônio do ofensor em relação ao patrimônio da vítima. Embora a análise do *quantum* indenizatório, quando visto de forma isolada, possa parecer uma enorme vantagem para a vítima do caso, na verdade não é, visto que em tal ocorrência estará se resguardando os direitos personalíssimos e atuando para que não haja mais a ocorrência do evento danoso.

Assim, dois agentes que tenham causado danos igualmente graves e que sejam igualmente culpáveis deverão receber penas de multa diversas se houver diferença significativa na fortuna de ambos. Aquele de maior fortuna deverá receber multa de maior valor do que aquele de fortuna menor (ANDRADE, 2003, p. 241).

Cumpra ressaltar a necessidade de que a indenização com a finalidade de reparação seja arbitrada separadamente daquela com caráter punitivo. Isso porque a indenização compensatória limita-se, de acordo com o Código Civil, à extensão do dano, o que não ocorre para a indenização punitiva. Para fins práticos, em razão da fungibilidade da sanção pecuniária, somam-se as duas parcelas para fins de indenização correspondente ao dano moral.

O valor a ser estabelecido para os fins punitivos deve se pautar em função das circunstâncias fáticas relevantes, não sendo nesse ponto considerados os aspectos compensatórios da vítima, mas, sim, primordialmente, a finalidade de dissuadir o ofensor por meio de uma punição economicamente relevante, sob pena da ocorrência de um *bis in idem*.

Dentre as circunstâncias de relevância fática, analisar-se-á o grau da culpa ou intensidade do dolo do agente na ocorrência do evento danoso. Sobre esse aspecto, quando o ato ilícito resultar em dano extrapatrimonial, ou seja, capaz de proporcionar benefícios econômicos ao ofensor ou outrem em razão da conduta, deverá incidir a indenização punitiva.

A conduta comprovadamente dolosa deve ser mais severamente punida do que aquela culposa em igual proporção. O ato ilícito premeditado deve ser mais gravemente sancionado do que aquele doloso sem deliberação prévia. A culpa consciente deve ser punida mais severamente que a culpa inconsciente (ANDRADE, 2003).

A intensidade do dolo ou grau de culpa devem ser analisados em função de outros elementos objetivos da lide, como a espécie de interesse jurídico violado e a extensão e a intensidade do dano (ANDRADE, 2003). Tal análise precede da lógica de que o exame da culpa ou dolo, isoladamente, tende a uma construção moral e não jurídica, devendo por este fator ser percebida a dimensão atingida pelo dano. Isso significa dizer que a depender das circunstâncias fáticas, a uma conduta culposa poderá ser atribuída indenização superior a uma conduta dolosa.

A título de exemplificação, uma lesão à vida decorrente de grave negligência quando comparada com uma lesão à privacidade causada dolosamente, merece uma sanção maior, uma vez que o primeiro dano atinge bem jurídico mais relevante em nosso ordenamento, sendo mais reprovável.

Tal raciocínio deve-se ao fato de que alguns atos ilícitos a determinados bens jurídicos podem atingir a interesses de maior relevância jurídica para o nosso ordenamento, ao passo que a lesão extrapola o liame individual do lesado e passa a representar uma lesão repudiada por toda sociedade. São interesses que possuem a dimensão individual e comunitária concomitantemente e, por essa razão, ao serem indenizados em maior proporção, acabam por refletir nas normas de conduta sociais que tenderão a um maior equilíbrio e respeito mútuo.

É de aceitar-se, ainda, um caráter punitivo na reparação de dano moral para situações potencialmente causadoras de lesões a um grande número de pessoas. Como ocorre nos direitos difusos, tanto na relação de consumo quanto no Direito Ambiental. Aqui, a ratio será a função preventivo-precautória, que o caráter punitivo inegavelmente detém, em relação às dimensões do universo a ser protegido. Nesses casos, porém, o instituto não pode se equiparar ao dano punitivo como hoje é conhecido, porque o valor a maior da indenização, a ser pago “punitivamente”, não deverá ser destinado ao autor da ação, mas, coerentemente com o nosso sistema, e em obediência às previsões da Lei n. 7.347/85, servirá a beneficiar um número maior de pessoas, através do depósito das condenações em fundos já especificados (MORAES, 2003, p. 263).

Pelo exposto, a indenização punitiva terá caráter excepcional, incidindo sobre aquelas condutas capazes de causar danos a um patrimônio ou interesse jurídico que seja socialmente relevante, ou seja, situações em que se observe ou a uma prática lesiva a bem jurídico relevante, ou a práticas lesivas a bem jurídico que não tenha essa dimensão coletiva evidenciada, mas que atingem aos consumidores de forma reiterada.

No que se refere à situação econômica da vítima, os tribunais brasileiros têm atribuído maior atenção à capacidade econômica do lesado do que ao patrimônio do lesante. Tal postura possibilita a obtenção de lucros para o ofensor, mesmo que haja condenação do mesmo.

Soma-se a isso o fato de que atribuir a indenização analisando o patrimônio da vítima pode ensejar em provimentos jurídicos discrepantes para as mesmas situações de fato e de direito, quando os lesados possuem rendas diferentes, o que viola o princípio constitucional da igualdade, frente à clara ocorrência de discriminação. Ademais, atribuir a pena em função do patrimônio da vítima, não enseja em uma indenização significativa, capaz de surtir os efeitos dissuasivos desejados pelo instituto em comento.

A imprópria invocação do princípio do enriquecimento sem causa na fase de cálculo do dano tem levado os tribunais a estipular, em lesões semelhantes, indenizações menores para pessoas economicamente menos favorecidas. É grave a violação que daí resulta ao princípio da isonomia, consagrado no Art. 5º da Constituição de 1988. A repercussão de certa lesão à personalidade de uma pessoa não pode ser considerada menor, por ser mais reduzida a sua capacidade econômica. O arbitramento do dano moral deve corresponder, sim, às suas condições pessoais e às reais

consequências do dano sobre a sua personalidade, mas nunca às suas condições patrimoniais (SCHREIBER, 2002, p. 25).

Os aspectos particulares da vida da vítima devem ser analisados quando tais nuances apresentem relevância na ocorrência do dano, como, por exemplo, quando o lesante se aproveita da condição física, psicológica, patrimonial ou ocupacional para que a prática lesiva seja mais facilmente aplicada, devendo, portanto, ter maior reprovabilidade.

Pelo exposto, ao quantificar a indenização, deverá o jurista ocupar-se da análise econômica do ofensor para que a indenização possa surtir algum efeito na esfera jurídica patrimonial do mesmo, alcançando, assim, a finalidade preventiva da indenização.

Considerar-se-á a condição financeira do ofensor apenas para a quantificação da indenização punitiva. O patrimônio do ofensor não deverá influenciar a quantificação da indenização compensatória, uma vez que esta se limita pela extensão do dano, devendo o levantamento patrimonial do ofensor ocorrer apenas no momento da liquidação da sentença, para que se evite interferências desse gênero.

Além disso, a análise do capital do ofensor permite que a indenização não atinja patamares exorbitantes que possam ensejar um resultado economicamente prejudicial à sociedade, pois não se pretende com a indenização que o fornecedor seja punido a tal ponto que tenha de encerrar suas atividades comerciais. A indenização deve ser capaz de prevenir a ocorrência, mas também capaz de ser suportada pelo ofensor.

A condenação de empresas a valores exacerbados colocaria em risco a sua saúde econômica, trazendo a necessidade de demissões de empregados e, em casos extremos, levando ao encerramento de suas atividades. A insegurança provocada pela indenização punitiva teria o efeito de desencorajar a iniciativa econômica. Além disso, as empresas acabariam por repassar para os preços de seus produtos e serviços os custos das indenizações, o que faria com que os consumidores, em última análise, arcassem com esses valores (ANDRADE, 2003, p. 231-232).

Não se pretende aqui que as indenizações sejam tão vultuosas quanto nos ordenamentos estrangeiros, dada a discrepância social e econômica a que se encontram. As indenizações devem ser tais, que possam evitar a ocorrência do evento danoso individual e, quando analisado em uma perspectiva múltipla, dada a ocorrência de vários eventos danosos por aquele ofensor contumaz, será capaz de surtir efeito similar àquela indenização milionária vislumbrada nos ordenamentos em que o *punitive damage* é originariamente aplicado.

Ressalta-se que não deverá o magistrado ser complacente com o argumento de defesa sobre o *quantum* punitivo da indenização no que se refere à mera possibilidade de ruína. Faz parte dos riscos do negócio a responsabilidade pelo produto que se insere no mercado, devendo então o fornecedor se orientar pela boa-fé desde a concepção do produto para que no momento que a mercadoria passe a circular, esta não venha a causar danos potenciais que possam ocasionar tais indenizações.

Outro ponto é o de que o fornecedor deve atentar-se ao fato de que a ocorrência de um dano proveniente da fabricação pode significar a ocorrência de múltiplos danos, tendo em consideração a produção em larga escala, devendo o fornecedor promover formas de correção e prevenção do dano, como o *recall* ou a retirada do produto de circulação.

Em nenhum momento deverá o jurista ceder ao apelo de que o consumidor é beneficiado pela não indenização decorrente do produto, por que é a ele que os encargos do mercado retornam. Isso porque não poderá o consumidor ser duplamente prejudicado em função dos atos lesivos provenientes do fornecedor e a aplicação da teoria serve como marco para todos os outros jurisdicionados que deverão se pautar pelo correto fornecimento de bens e serviços no mercado, o que visa a erradicação dos eventos geradores de danos, reduzindo-se a vulnerabilidade consumerista e a superioridade dos fornecedores.

Quanto aos limites para a ocorrência da indenização, é possível afirmar que a fixação de parâmetros inflexíveis, como antes mencionado, não se mostra adequada aos princípios constitucionais que regem o dano moral.

Não obstante, a utilização dos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade não pode servir como um aparato vazio para a mera isenção da responsabilidade do magistrado na atribuição da indenização, sem que para estes haja uma motivação lógica e coerente.

As medidas judiciais devem ser adequadas e eficientes ao fim a que se destina. Ante todo o anteriormente exposto, as medidas punitivas já se mostram necessárias tendo em vista o contexto de violações a que se insere o ordenamento brasileiro.

Portanto, a aplicação da indenização punitiva deve se mostrar como uma medida equivalente a atingir as finalidades do instituto em razão das nuances do caso concreto, especialmente no que diz respeito ao bem jurídico tutelado, a capacidade econômica do ofensor e ao grau de culpa ou dolo do mesmo.

A percepção da equidade em tal medida possui grande relação com a fundamentação do provimento. Tal observância possibilita que ao magistrado não seja atribuída uma discricionariedade acentuada, de modo que possibilite uma maior segurança jurídica da decisão, em nome do que propõe o Art. 93, inciso IX da Constituição Federal e do Art. 165 do Código de Processo Civil.

A atuação do judiciário, por meio do que o direito, em todas as suas acepções, propõe, deve se prestar como instrumento de satisfação dos interesses coletivos. O apego formal, fundamental do já superado Positivismo Jurídico, deve ceder seu espaço para uma implementação jurisdicional que se aproxime, sem demagogias, da realidade social atual que se materializa em relações fluidas, massificadas e que abrem azo aos mais diversos atos ilícitos da modernidade.

Embora os tribunais brasileiros exponham uma pacificação na aplicação do *punitive damages*, faz-se necessário a construção de uma nova dogmática jurídica, que resguarde as necessidades do presente e assegure para o futuro um mundo mais justo e de uma sociedade mais eficiente (WALD, 2005, p. 20-21).

5 Conclusão

Com a finalidade de facilitar a apreensão do que fora exposto a respeito da indenização punitiva, seguem, de maneira sintética e objetiva, as principais considerações a que se chegou este trabalho.

Os danos morais encontram fundamento na dignidade da pessoa humana, que decorre da própria existência humana. Contudo, embora frequentemente entendido como um dano extrapatrimonial, ao dano moral não há conceito capaz de delimitar sua extensão, visto que atrela-se a violações a direitos personalíssimos, aos quais vislumbramos uma permanente construção.

Os tribunais brasileiros, por força do que dispõe o Código Civil, quantificam a indenização do dano de acordo com sua extensão. Inexistem, no ordenamento pátrio, critérios previstos em lei que tragam precisão para a quantificação indenizatória, o que a torna mais complexa, pois resta ao livre arbítrio do magistrado a apreciação do *quantum* em relação ao caso concreto.

Nesse aspecto, as indenizações punitivas orientam o agressor à ética e retidão, servindo de exemplo à sociedade, demonstrando que se deve ter o compromisso com os princípios fundamentais previstos na Carta Magna, mormente o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos personalíssimos. Tal orientação nos alerta a uma necessária alteração no paradigma da responsabilidade civil estabelecido na sociedade hodierna.

De tal modo, necessário se faz que ao instituto dos *punitive damages* sejam atribuídas algumas bases para que se propicie à sua correta aplicação e alcance de suas finalidades.

As considerações acerca da aplicação do instituto em ordenamentos que se baseia no *common law* são de grande valia e, sobre essa origem, embora apresente diferenças de ordem socioeconômica, não deve o aplicador imbuir-se de preconceitos desarrazoados.

Os principais objetivos da indenização punitiva são a punição e, principalmente, a prevenção. Tais finalidades servem como forte instrumento de combate ao lucro ilícito do ofensor, contribui para o sadio e equilibrado desenvolvimento das relações de consumo e atua na defesa daqueles hipossuficientes nas relações contratuais.

A aplicação do instituto deve ocorrer em situações que se julgue necessária às finalidades pretendidas pelo mesmo, em razão da presença de lesão fundada em conduta socialmente reprovável em razão de dolo ou culpa grave do ofensor, ou em razão da obtenção de lucro ilícito daquele ofensor contumaz.

Ressalta-se que a atribuição da indenização compensatória e da indenização punitiva deva ocorrer separadamente, para que sobre esta possam os tribunais de alçada exercer melhor controle, em razão da reprovabilidade da conduta e da coerente aplicação dos postulados da razoabilidade da proporcionalidade.

O *quantum debeatur* deve considerar, dentre as possíveis circunstâncias, o grau da culpa ou a intensidade do dolo do agente, gravidade do dano em função do

interesse jurídico tutelado, as condições pessoais do ofensor e da vítima (quando específicas), a capacidade econômico-financeira do ofensor e o lucro auferido com o ato ilícito.

Não cabe à regulamentação do instituto atribuir parâmetros rígidos à sua incidência, uma vez que tendem a uma restrição ao cabimento, o que ocasionaria em uma proteção insuficiente às diversas dimensões da dignidade humana, mormente à personalidade, que possuem constante construção.

Ao abrir mão do instituto, os tribunais perdem a oportunidade de dar nova feição mais eficaz às ações indenizatórias, o que possibilitaria condenações vultosas àqueles infratores contumazes. Tal posicionamento ajudaria a desembaraçar diversos tribunais brasileiros, pois, a “indústria dos danos morais”, que tanto abarrotava as serventias judiciais, é alimentada por práticas danosas, que o caráter pedagógico dos *punitive damages* tem o fito de inibir.

THE (IM)POSSIBLE COMPATIBILIZATION OF THE PUNITIVE DAMAGES THEORY IN THE CONTEMPORARY BRAZILIAN CIVIL LAW

Abstract: This article analyzes by the legal and sociological perspective, the deterrent function of compensation for off-balance sheet damage in the context of contemporary relationships, the main aspects of moral damage and the American theory of punitive damages, as well as the (im) possible adoption of theory under discussion, having as a parameter the Brazilian socio-economic peculiarities, giving priority to the principle of human dignity and the Brazilian government’s objectives constitutionally guaranteed. Based on a literature review of legal texts and specialized doctrines in philosophy, sociology, civil and Brazilian consumerist law, as well as the case law of the supreme courts, the paper has the objective to analyze to what extent and situations it is possible to apply the punitive damages theory, so as to achieve the objective of social pacification proposed by the Brazilian law.

Keywords: consumer law; moral damage; punitive damages.

Referências

- ANDRADE, A. G. C. de. *Dano moral e indenização punitiva*. Rio de Janeiro: 2003. Disponível em: <<http://portal.estacio.br/media/2476068/nilson%20de%20castro%20di%C3%A3o%202003.pdf>>. Acesso em: 31 out. 2014.
- ANDRADE, A. G. C. de. *Indenização punitiva*. Banco do Conhecimento. Rio de Janeiro, 2004. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=dd10e43d-25e9-478f-a346-ec511dd4188a&groupId=10136>. Acesso em: 23 jan. 2017.
- ANDRADE, A. G. C. de. *A evolução do conceito de dano moral*. Banco do Conhecimento. Rio de Janeiro: 18 ago. 2008. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/institucional/dir_gerais/dgcon/pdf/artigos/direi_civil/a_evolucao_do_conceito_de_dano_moral.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2017.

- FIUZA, C. *Direito civil: curso completo*. 11. ed. (revisada, atualizada e ampliada). Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- KUHN, T. *Estrutura das revoluções científicas*. Tradução Beatriz Viana Boeira. 8. ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.
- MARQUES, C. L. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- MELO, N. D. de. *Dano moral pela inclusão indevida na Serasa: indústria do dano moral ou falha na prestação dos serviços? Boletim Jurídico*, Uberaba/MG, ano 4, n. 152. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=923>> Acesso em: 23 jan. 2017.
- MORAES, M. C. de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- NUNES, R. O consumidor tratado como produto e que pode ser desprezado. *Migalhas*. 3 maio 2012. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/ABCdoCDC/92,MI154634,71043-O+consumidor+tratado+como+produto+e+que+pode+ser+desprezado>>. Acesso em: 23 jan. 2017.
- RESEDÁ, S. *A função social do dano moral*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.
- SANTANA, H. V. *Dano moral no direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- SCHLUETER, L.; REDDEN, K. R. *Punitive damages*. New York: Lexis. 2000.
- SCHREIBER, A. Arbitramento do dano moral no novo Código Civil. *Direito, Estado e Sociedade*, v. 9, n. 20, jan./jul. 2002.
- STRECK, L. L. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- WALD, A. O interesse social no Direito Privado. *Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária*, ano 53, n. 338. São Paulo: Notadez, 2005.