

DANOS MORAIS NO DIREITO DO CONSUMIDOR E PUNITIVE DAMAGES: ÓBICES E DESAFIOS NO CONTEXTO BRASILEIRO

Igor Britto Rodrigues¹

André Augusto Giuriatto Ferrazo²

Fecha de publicación: 03/10/2016

Sumário: Introdução. **1.-** Os danos morais no ordenamento jurídico brasileiro. **2.-** A teoria dos punitive damages. **3.-** A aplicação da teoria dos punitive damages no direito consumerista brasileiro: principais aspectos positivos e entraves jurídicos para aplicação da teoria. **4.-** A aplicação da teoria dos punitive damages no ordenamento jurídico brasileiro. Conclusão. Referências.

Resumo: O presente artigo analisa, pela ótica jurídico-sociológica, a função dissuasora da indenização extrapatrimonial nas relações consumeristas, os principais entraves jurídicos à adoção da teoria dos *punitive damages*, assim como propõe a aplicação da mesma com parâmetro nas peculiaridades socioeconômicas brasileiras, primando pelo princípio da dignidade da pessoa humana e os objetivos do Estado brasileiro constitucionalmente assegurados. O principal escopo do trabalho é analisar em que medida e situações a indenização pode ser

¹ Coordenador Geral de Estudos e Monitoramento de Mercado na Secretaria Nacional do Consumidor - Ministério da Justiça. Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV, Pós-Graduado em Direito do Consumo e em Direito Penal Econômico pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, e Pós-Graduado em Direitos Fundamentais e Transformação do Estado pela Universidad Carlos III de Madrid. E-mail: igorbritto@procon.es.gov.br

² Graduando do 10º período da Faculdade de Direito de Vitória – FDV, Técnico Legislativo Sênior na Assembleia Legislativa do Espírito Santo. Membro voluntário da Association Internationale des Étudiants en Sciences Économiques et Commerc, AIESEC in Vitória. E-mail: andreaugusto.gf@gmail.com

majorada para que se atinja a finalidade pedagógica, para que se atinja o objetivo de pacificação social proposto pelo ordenamento jurídico brasileiro. Com base na revisão bibliográfica doutrinária, legal, assim como da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, evidenciam-se, pelo método hipotético-dedutivo, de natureza qualitativa e vertente jurídico-dogmática, os pressupostos da responsabilidade civil e dos danos morais, trazendo à baila a teoria em comento como medida remediadora das principais mazelas do sistema jurídico brasileiro, assim como das relações de consumo. A obra ressalta e supera os principais entraves doutrinários e jurisprudenciais à implementação do instituto no direito brasileiro, demonstrando a necessária incidência da teoria em comento frente a lesão socialmente reprovável ou quando há obtenção de lucro ilícito do ofensor contumaz, com vista à proteção da dignidade humana.

Palavras-chave: Direito do Consumidor – danos morais – *punitive damages*.

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. 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.

A indenização por dano moral é fundamento de uma enorme quantidade de demandas na justiça brasileira. Desde que fora constitucionalmente garantida, a doutrina e jurisprudência apresentam os mais variados entendimentos sobre a possibilidade de se pôr preço à dor. Superada tal controvérsia, resta sanar a problemática acerca dos critérios de fixação do *quantum* indenizatório nos danos morais.

O embate no direito brasileiro quanto às indenizações por dano moral deve-se ao fato de que o pagamento da indenização não pode ser mais compensador do que o necessário para prevenir a ocorrência do dano, e, em contrapartida, não se deve admitir a indenização como meio de enriquecimento desproporcional.

Sobre esse aspecto, como proposta para de solução para tal problemática, o estudo se apropria da Teoria dos *Punitive Damages* com base na revisão bibliográfica, legal, e jurisprudencial, pelo método hipotético-dedutivo, de natureza qualitativa e vertente jurídico-dogmática, para se discutir sobre a aplicação das indenizações punitivas nas ações consumerista por danos morais, 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.

Sob esse viés, analisar-se-á os principais entraves à aplicação do instituto, tais 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.

1 OS DANOS MORAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Os incisos V e X do artigo 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, as manifestações culturais e intelectuais, entre aqueles outros que individualizam cada pessoa (MORAES, 2003, p.157). O constrangimento, a tristeza, 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, p.157-158).

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, p.150 e 153), 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, mas também na lesão ou privação aos direitos personalíssimos.

A Constituição Brasileira de 1988 incluiu a defesa do consumidor no elenco dos Direitos e Garantias Fundamentais, dispondo no artigo 5º, inciso XXXII, que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;”. No artigo 48 do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias, o constituinte estabeleceu que o Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaboraria o código de defesa do consumidor (BRASIL, 1988).

Por sua vez, o artigo 170 da Constituição Republicana (BRASIL, 1988) estabelece que a ordem constitucional econômica do mercado seja baseada na livre iniciativa, observados os direitos do consumidor, visto que a ordem econômica funda-se na valorização do trabalho humano, na livre iniciativa e assegura a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios da defesa do consumidor.

Com base nesses dispositivos constitucionais, foi promulgado em 11 de Setembro de 1990, o Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90). Por meio desse, e com fulcro no artigo 6º, incisos VI e VII, fora consagrada a possibilidade de dano moral na seara consumerista como uma categoria autônoma, distinta do dano material.

A partir da vigência do Código de Defesa do Consumidor, a jurisdição brasileira tornou-se 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 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 personalíssimos, distanciando-se da exclusividade de proteção patrimonial, fundamentais para a existência digna, cuja tutela apresenta-se imprescindível à vida em sociedade (SANTANA, 2009. p. 135).

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, como o fito de coibir a realização de tais práticas hoje existentes no mercado.

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, em cada caso que se lhe apresente, a interpretação que mais preserve tal princípio, propiciando assim a evolução dos direitos da personalidade e ampliação do conceito de dano moral, para alcançar situações hoje ainda não consideradas (ANDRADE, 2008).

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 que possa 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 ao que determina a lei, do que guiar-se pela mesma, fator esse que ocasiona enorme demanda processual.

2 A TEORIA DOS PUNITIVE DAMAGES

As constantes violações de direito podem ser inibidas quando a prática lesiva reverte-se em prejuízo pecuniário. Entretanto, as indenizações concedidas pela Justiça brasileira são irrisórias e assim não inibem que se continue a perpetrar lesões em massa. Para que tal objetivo seja alcançado, se faz de grande valia a utilização da teoria dos *punitive damages*.

O instituto tem suas origens no sistema de *Common Law*, o qual analisa para cada questão a solução mais conforme à razão com o objetivo de assegurar a coesão das decisões de justiça, o que, inevitavelmente, supõe recurso à lógica (DAVID, 1986. p.354). Tal sistema tem fundamento na *doctrine of stare decisis* (DAVID, 1986. p.350), trazendo assim maior segurança jurídica aos jurisdicionados. Em determinadas situações, poderá

ocorrer a mudança da jurisprudência pela própria corte que a emanou, ou por outra de hierarquia superior, devido a própria complexidade da sociedade que a ela se submete e de seu sistema jurídico (ANDRADE, 2003, p. 122).

Sob esse aspecto, importa notar que no Brasil a jurisprudência tem força meramente persuasiva. Atribui-se maior importância à parte dispositiva, pouca à sua fundamentação e quase nenhuma às circunstâncias de fato subjacentes (ANDRADE, 2003, p. 121).

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, 2000, p. 20).

Há, nesse aspecto, inegável adequação ao princípio constitucional da isonomia, pois a atribuição de indenizações idênticas para danos iguais em sua extensão, mas causados por condutas com grau de reprovabilidade diferentes, constitui afronta ao princípio constitucional da igualdade (ANDRADE, 2004 p.14).

A majoração do valor da indenização em favor da vítima dos danos tem o objetivo originário de sancionar condutas específicas reprováveis de potenciais ofensores, através 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 de produtores e fornecedores por danos decorrentes de produtos defeituosos (ANDRADE, 2003, p. 140). Reconhece-se que os *punitive damages* são compatíveis com a responsabilidade objetiva, desempenhando papel de dissuasão principalmente nos casos em que é economicamente mais vantajoso para o fabricante pagar indenizações compensatórias às vítimas que postulem indenização do que consertar o defeito do produto (SCHLUETER, 2000, p. 534.), como se verifica no emblemático caso “*Ford Pinto Case*” (*Grimshaw v. Ford Motor Co*).

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 lucrativa. 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 produzidos em massa e colocados em circulação com defeitos pelas empresas.

Em entrevista ao site Espaço Vital, o juiz Mauro Caum Gonçalves (ESPAÇO VITAL) expôs cálculo exemplificativo do que ocorre no Brasil:

“Pelo comportamento que esses conglomerados adotam, é mais vantajoso arriscar a lesão em massa e responder apenas a uma meia dúzia de processos. A propósito, eu desenvolvo um raciocínio em termos de Brasil inteiro: se de cada um milhão de pessoas lesadas em R\$ 1,00 diariamente - o que dará R\$ 1 milhão de reais por dia, ou R\$ 30 milhões ao mês - apenas 1% desse universo, ou 10 mil pessoas, forem reclamar à Justiça reclamar e ganharem, cada uma, 10 mil reais, isso vai totalizar R\$ 10 milhões. É fácil concluir que vai ter proporcionado ao violador, por baixo, 20 milhões de ganhos ao mês.”

Nesse ínterim, tem-se uma lógica de mercado em que não se considera o consumidor como portador de direitos, mas sim mero valor econômico. Tais incidentes de consumo que podem originar em

indenizações irrisórias não acarretam no rompimento das relações de consumo, bastando que a mesma esteja prevista nos quadros estatísticos (NUNES, 2012). O consumidor é, portanto, um número. A indenização meramente reparatória e no menor valor possível é altamente vantajosa a quem, previsivelmente, mas sobre a escusa de erro, coloca em circulação produtos ou serviços defeituosos.

À luz do direito consumerista, não se deve olvidar ao aspecto coletivo a que o dano pode se elevar. Desse modo, o poder judiciário, quando a 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 quando compensa ao agente pagar por eventuais indenizações do que prevenir a ocorrência do dano propriamente dito (FIUZA, 2008, p. 720). 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.

No que se refere ao modelo de solução de conflitos exercido pelo PROCON, o mesmo já não reflete a melhor forma de solver os impasses originados nas relações de consumo na proteção da parte hipossuficiente quanto ao acesso à justiça (SANTOS e BRITO, 2009).

Ademais, boa parte das ocorrências danosas não é levada ao judiciário e se quer 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 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.

Sob essa perspectiva, urge no Ordenamento Jurídico brasileiro a adoção de medidas eficazes na redução da ocorrência de tais práticas danosas que visam o lucro fácil em detrimento à dignidade dos jurisdicionados, trazendo assim maior segurança quanto aos direitos e garantias fundamentais que se encontram previstos na Constituição Federal.

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. Pesquisa conduzida pelo Institute for Civil Justice (ICJ) indica que os *punitive damages* são estabelecidos em menos de 4% das decisões proferidas em processos de responsabilidade civil (ANDRADE, 2003, p. 168).

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 equivocado considera-las 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, p. 149).

3 A APLICAÇÃO DA TEORIA DOS PUNITIVE DAMAGES NO DIREITO CONSUMERISTA BRASILEIRO: PRINCIPAIS ASPECTOS POSITIVOS E ENTRAVES JURÍDICOS PARA APLICAÇÃO DA TEORIA

Algumas críticas acerca da aplicação do instituto são comumente levantadas a fim de se evitar a admissão da aplicação da teoria dos *punitive damages* no ordenamento jurídico brasileiro. Muitas delas, porém, não nos parece guardar forte relação com seus argumentos de apoio.

Tais críticas, que se encontram em maior expressão nas discussões doutrinárias, dizem respeito ao incentivo à “indústria dos danos morais”; a vedação da imposição de pena sem lei prévia; a possibilidade de enriquecimento sem causa e a impossibilidade da aplicação de uma teoria originária de um sistema de *common law* num ordenamento jurídico romanista.

Insta salientar que vários outros argumentos contrários à aplicação da teoria poderiam ser explanados para fins de estudo. Entretanto, por questão de viabilidade e, em especial, ao relevo que tais construções doutrinárias se apresentam, iremos tecer a análise detida aos itens que segue.

3.1 O POSTULADO DO *NULLA POENA SINE LEGE*

Não há previsão legal para a aplicação da indenização punitiva no ordenamento jurídico brasileiro. A apropriação do instituto para a atribuição de indenização tem sido considerada como uma violação ao postulado básico do direito penal liberal do *nulla poena sine lege*, consubstanciado no art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), assim como nos arts. 1º e 33 do Código Penal Brasileiro (BRASIL, 1940).

Esse preceito proíbe qualquer incriminação sem prévia definição da lei em sentido estrito. De tal modo, a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito não podem criar novas figuras delituosas, nem tampouco penas ou sanções jurídicas, pois tudo aquilo que não possui previsão legal explícita deve ser considerado como ato penalmente lícito (FREDERICO MARQUES, 1997. p. 222-223).

O principal objetivo do postulado é garantir liberdade aos indivíduos em detrimento a potenciais arbitrariedades estatais, trazendo assim segurança jurídica aos jurisdicionados em matéria penalizadora.

Com base no exposto, alguns doutrinadores entendem que o julgamento da ação de responsabilidade civil não pode transformar a indenização do dano suportado por alguém em instrumento de aplicação de

sanção penal, se nenhuma lei expressamente autorize a tanto, pois somente a lei pode instituir pena ao agente de ato ilícito. Desse modo, ao magistrado caberia, apenas, impor ao agente o dever de indenizar o dano experimentado pela vítima (THEODORO JUNIOR, 2007. p. 81).

Necessário se faz entender que o postulado da *nulla poena sine lege* não se aplica às sanções pecuniárias civis, ao passo que colidiria diretamente com o princípio da dignidade humana.

Nota-se que a observância do postulado pretende impedir a criminalização *ex post facto*, para obstar a ocorrência de decisões arbitrárias de juízes que poderiam criminalizar qualquer conduta, atribuindo-a qualquer pena, por mais desproporcional que fosse (ANDRADE, 2003. p. 238). Mas, além de buscar evitar a ocorrência de arbítrios, a cominação legal prévia também possui caráter de prevenção da conduta indesejável.

A teoria preventiva da pena se divide em Prevenção Especial e Prevenção Geral. Sob essa ótica, a pena serve de instrumento político-criminal de prevenção ou profilaxia criminal.

A prevenção geral da pena direciona-se à sociedade como um todo, com o objetivo de impedir a ocorrência de crimes futuros, seja por meio da intimidação causada pela ameaça em razão das vantagens e desvantagens de suas condutas (MARQUES, 2008. p. 137 e 141) ou, seja pela reafirmação do direito perante a coletividade como forma de estabilização da consciência e confiança normativa que levam à uma melhor convivência em sociedade (PRADO, 2007, p. 542), pois protege não somente aos bens jurídicos, mas também a liberdade humana (CHAVES CAMARGO, 2002. p. 52-53).

Já a finalidade de prevenção especial surgiu com a necessidade de maior intervenção estatal, devido aos índices contínuos de criminalidade. Desse modo, verifica-se que o Estado, agindo sobre a figura do condenado, se propõe a reintegrá-lo ao corpo social, assim como neutraliza-lo da coletividade por meio da prisão (SHECAIRA; CORRÊA JÚNIOR, 2002. p. 133) para atingir maior segurança social.

No que diz respeito à indenização pecuniária, Maria Celina Bodin de Moraes (2000, p.72) adverte que:

“O instituto dos *punitive damages* constitui-se, em sistemas jurídicos como o nosso, em uma figura anômala, intermediária entre o direito civil e o direito penal, pois que tem o objetivo precípua de punir o agente ofensor, embora o faça através de uma pena pecuniária que deve ser paga à vítima.”

Acerca dessas finalidades, toda pena, no plano teórico, exerce função preventiva. Ao se impor, por exemplo, uma sanção pecuniária não relacionada diretamente com a extensão do dano, demonstra-se para o ofensor e para a sociedade em geral que aquela conduta é inaceitável, reprovável, intolerável e não se deve repetir (ANDRADE, 2003. p. 181).

Conclui-se, portanto que a pena de multa, tem finalidade de prevenção tanto especial, quando visa a dissuadir o ofensor de persistir ou reincidir na prática de condutas ilícitas; quanto geral, pois adverte a comunidade e os potenciais infratores sobre as condutas ilícitas.

A viabilização da aplicação da indenização civil com caráter pedagógico visa orientar à retidão aquele infrator contumaz que, racionalmente, se utiliza do evento danoso para obter lucro ilícito sobre os consumidores. De tal modo, o acréscimo pecuniário à indenização reparatória não utilizaria a pena como simples instrumento de prevenção, visto que objetiva a estabilização das relações interpessoais coletivas.

A característica paradoxal da finalidade da pena no direito penal, de garantir a proteção da dignidade humana dos jurisdicionados pela manipulação de parte da dignidade de outrem não se vislumbra nesse caso. A aplicação da pena seria suportada de maneira proporcional ao patrimônio do infrator com o objetivo precípua de que tal lesão não venha a ser repetida por este os pelos demais, principalmente por que, não raro, a simples reparação do dano não é capaz de dissuadir o ofensor a reiterar a conduta danosa.

Nesse contexto, André Gustavo Correa de Andrade (2004, p. 2) afirma que:

“A indenização punitiva surge como instrumento jurídico construído a partir do princípio da dignidade humana, com a finalidade de proteger essa dignidade em suas variadas representações. A ideia de conferir o caráter de pena à indenização do dano moral pode ser justificada pela necessidade de proteção da dignidade da pessoa e dos direitos da personalidade, pelo menos em situações especiais, nas quais não haja outro instrumento que atenda adequadamente a essa finalidade.”

Diferente do que ocorre no Direito Penal, a aplicação da indenização punitiva, por desestimular a prática da conduta lesiva pelos autores e por potenciais infratores, seria também um mecanismo capaz de combater as causas dos eventos danosos, pois a realização da mesma acarretaria, incontestavelmente, em prejuízo pecuniário previsível àquele infrator. Isso significa dizer que, com a ideia de prevenção disseminada pelo ordenamento jurídico, se verificaria uma redução considerável de

demandas originadas por atos lesivos reiterados que dão causa aos processos judiciais.

O escopo principal da teoria dos *punitive damages*, não é a função de punir, como o próprio nome nos remete, mas sim de erradicar a conduta danosa para que não seja necessário punir. Nesse aspecto, necessário se faz ressaltar que, para além da nomenclatura estrangeira, a principal virtude da teoria é justamente o efeito pedagógico.

Ao contrário do que se verifica na aplicação estadunidense, a sanção imposta não possui caráter retributivo, pois a finalidade única da indenização é a função preventiva. É o que se entende por utilitarismo (PRATTE, 1999, p. 464) da pena, ou seja, a pena deve visar a algo que o direito almeja por uma ótica supraindividual.

Na seara consumerista, a responsabilidade civil assumirá o papel de impedir a ocorrência do evento danoso, mormente no que se refere aos direitos que não possuem uma proteção eficiente, como os direitos personalíssimos (PIZARRO, 1999, p 184). Mais do que a reparação e com uma postura perspicaz do aplicador, a busca pelo caráter preventivo se propõe mais eficaz ao que a indenização dos danos morais se destina e, em maior grau, ao que a Constituição Federal Brasileira dispõe sobre a preservação da dignidade da pessoa humana, principalmente no campo da proteção aos direitos da personalidade.

No que se refere à tutela dos direitos da personalidade, constitucionalmente considerado como direitos fundamentais, a hermenêutica infraconstitucional que se verifica até então não é suficiente para desestimular potenciais ataques à esfera jurídica dos consumidores.

Uma correta interpretação da vontade do constituinte ao expressar no art. 1º, III da Constituição Federal a dignidade como fundamento da nação brasileira e, em seguida no art. 5º, X da Carta Magna (BRASIL, 1988) garantir a inviolabilidade dos desdobramentos da personalidade faz-se urgentemente necessária. Isso por que, ao expressar-se pela inviolabilidade de tais direitos, com matriz na dignidade da pessoa humana, quis o legislador constitucional, primordialmente, resguardar a efetiva proteção dos direitos inerentes à personalidade como modo de evitar a violação e consequente reparabilidade.

Por essa ótica, o critério de correção da conduta implicado por uma indenização punitiva, quando sopesado por critérios de ponderação entre o que dispõe o art. 1º, III da Constituição Federal sobre a dignidade da pessoa humana e o que dispõe o art. 5º, XXXIX, do mesmo diploma

(BRASIL, 1988), sobre a instrumentalidade legal, merece maior relevo o primeiro.

3.2 A POSSIBILIDADE DE ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA

Outro aspecto muito questionado pela doutrina romanista refere-se à possibilidade de enriquecimento sem causa por uma indenização punitiva considerada exorbitante em relação ao dano experimentado pela vítima do ato lesivo.

Tal entendimento tem respaldo no que expõe o artigo 884 do Código Civil (BRASIL, 2002), segundo o qual “aquele que, sem justa causa, se enriquecer a custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido”, ou seja, a indenização além da extensão do dano sofrido originaria a vítima uma obrigação de restituir, caso a indenização não fosse punitiva.

Corrente contrária à aplicação da teoria sustenta que a indenização punitiva constitui valor relacionado à culpabilidade do agressor, e não com a extensão do dano, de modo que poderá haver desproporção entre a medida da culpa e do dano experimentado, o que traria proveito à vítima. Compartilha desse entendimento Carlos Roberto Gonçalves (GONÇALVES, 2011. p. 678), ao afirmar que a aplicação dos *punitive damages*:

“[...] pode fazer com que a reparação do dano moral tenha valor superior ao do próprio dano. Sendo assim, revertendo a indenização em proveito do lesado, esse acabará experimentando um enriquecimento ilícito, com o qual não se compadece nosso ordenamento. Se a vítima já está compensada com determinado valor, o que receber a mais, para que o ofensor seja punido, representará, sem dúvida, um enriquecimento ilícito.”

Ademais, o limite imposto à quantificação indenizatória é explícito pelo artigo 944 do Código Civil (BRASIL, 2002), segundo o qual a indenização estará limitada à extensão do dano e à gravidade da culpa. Desse modo, o magistrado deve, diante das peculiaridades do caso concreto, estipular um montante pecuniário suficiente para compensar a lesão sofrida pela vítima, o que revela uma suposta impossibilidade de conciliação dos *punitive damages* com o ordenamento jurídico brasileiro.

Por uma perspectiva exclusivamente ressarcitória, não é razoável que uma quantia em dinheiro seja entregue a vítima em função de uma postura punitiva. O dano deve ser ressarcido de maneira integral, sendo este evento o limite qualitativo e quantitativo da indenização. Por essa lógica, todo o montante superior ao dano real que componha a indenização importa em

enriquecimento sem causa para o ofendido e um motivo de espoliação para o responsável (PIZARRO, 1996, p. 384-385).

De tal modo, quando frente a uma ação de danos morais, deverá o magistrado arbitrar o *quatum debeat* em compatibilidade com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, em equação com a capacidade econômica do causador do dano, sobre as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizessem presentes (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 93).

O Superior Tribunal de Justiça manifestou-se no sentido de que a indenização por dano moral deve ser arbitrada de acordo com os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade, não podendo ser irrisória, nem tampouco fonte de enriquecimento sem causa, exercendo a função reparadora do prejuízo e a de *prevenção da reincidência da conduta lesiva*. (BRASIL. STJ, AgRg no Ag 1259457, 2010).

Sobre essa orientação jurisprudencial, Arnaldo Rizzardo (2007. p. 261), pontua sobre a atuação do tribunal de justiça mineiro:

“Domina a teoria do duplo caráter da reparação, que se estabelece na finalidade da digna compensação pelo mal sofrido e de uma correta punição do causador do ato. Devem preponderar, ainda, as situações especiais que envolvem o caso, e assim a gravidade do dano, a intensidade da culpa, a posição social das partes, a condição econômica dos envolvidos, a vida pregressa da pessoa que tem o título protestado ou o nome negativado. Assim orienta o Tribunal de Alçada de Minas Gerais: “Embora a avaliação dos danos morais para fins indenizatórios seja das tarefas mais difíceis impostas ao magistrado, cumpre-lhe atentar, em cada caso, para as condições da vítima e do ofensor, para o grau de dolo ou culpa presente na espécie, bem como para a extensão dos prejuízos morais sofridos pelo ofendido, tendo em conta a finalidade da condenação, que é punir o causador do dano, de forma a desestimulá-lo à prática futura de atos semelhantes, e propiciar ao ofendido meios para minorar seu sofrimento, evitando, sempre, que o ressarcimento se transforme numa fonte de enriquecimento injustificado, ou que seja inexpressivo a ponto de não retribuir o mal causado pela ofensa”.”

O enriquecimento sem causa ocorre quando alguém obtém vantagem patrimonial sobre outrem sem que haja fundamento em lei ou negócio jurídico prévio (GOMES, 2008. p. 301). Tal inteligência respalda a ideia de que a medida da indenização deve se pautar, estritamente, à extensão do dano.

Apesar da inclinação doutrinária e jurisprudencial para a aplicação do *punitive damages* no Brasil, a legislação brasileira não autoriza expressamente a aplicação da função punitiva nas indenizações.

A inserção da indenização punitiva fora, diversas vezes, rejeitada pelo legislador brasileiro. O artigo 16 do Projeto do Código de Defesa do Consumidor contemplava a hipótese de indenização punitiva, mas fora vetado quando da sanção do código. No que se refere ao Código Civil atual (BRASIL, 2002), não consta no diploma regra permissiva da inserção de parcela punitiva na reparação do dano extrapatrimonial. Através do Projeto de Lei nº 6.960 de 12 de junho de 2002 propugnou-se pela inclusão de um segundo parágrafo ao art. 944 do então novo Código Civil, cuja redação previa “a reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante (MORAES, 2000. p.48-49)”.

A proposta fora rejeitada pela justificativa de que o verbete “adequado desestímulo ao lesante” poderia ensejar em arbitrariedades pelo julgador, preferindo então a adoção do critério de cálculo pela extensão do dano (MORAES, 2000. p.49).

Importante elucidar, que para a ocorrência do enriquecimento ilícito é necessário que haja o enriquecimento de um indivíduo, em função do empobrecimento de outro, sem que haja justificativa para a ocorrência desse fluxo patrimonial capaz de alterar os patamares iniciais dos polos da relação.

Pela análise sistêmica do Código Civil brasileiro pode-se notar que o artigo 884 do diploma (BRASIL, 2002) preenche uma lacuna do nosso ordenamento, pois se trata de cláusula que permite reparar todas as situações de vantagem indevida. Entretanto, é uma ação subsidiária ou até mesmo residual, a ser usada se o lesado não tiver outros meios para se ressarcir do prejuízo (AGUIAR JR., 2000, p.29), como se verifica na leitura dos artigos do referido diploma que seguem abaixo:

Art. 885. A restituição é devida, não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir.

Art. 886. Não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido.

Necessário ressaltar que a norma que veda o locupletamento é, em verdade, um princípio. Tal afirmativa se justifica, pois as regras são autoexplicativas quanto aos atos capazes de se enquadrar no dispositivo, o que não ocorre com princípios, pois não tem aplicabilidade específica. É o que se verifica com a norma em comento, visto que sua leitura é subjetiva,

somente explicável diante de sua aplicação ao caso concreto. (FIUZA, 2014).

Ademais, tal princípio é fundamento para a existência de regras, como por exemplo, dos dispositivos que tratam do pagamento indevido, das benfeitorias, da prestação de serviços, da gestão de negócios e aqueles relacionados a tributos, sendo estes os casos que geram, com mais frequência, o enriquecimento sem causa, que por isso é subsidiário, visto que regras não coexistem em aplicabilidade a um mesmo caso.

Insta salientar que “ele poderá ser excepcionado por outro princípio ou até mesmo por uma regra, ou ainda, ser aplicado concomitantemente a uma regra e nem por isso deixará de vigorar” (FIUZA, 2014).

A lógica do enriquecimento sem causa encontra apoio na predominância do paradigma reparatório do dano pela leitura formalista das normas que direcionam a verificação do dano. Sob esse viés, a indenização deve ter respaldo na própria sentença judicial condenatória devidamente fundamentada pelo magistrado, sendo esta causa jurídica mais do que suficiente para impedir que se fale, tecnicamente, em um possível enriquecimento injustificado (ANDRADE, 2003, p. 228-229).

No que se refere aos danos morais, por estar em voga uma violação de aspectos fluidos da dignidade humana e dos bens que a integra, a percepção da extensão do dano é praticamente impossível de ocorrer pela ótica de um magistrado. Por lógico, não é possível também que ocorra a reparação exata nos moldes do anteriormente vivenciado à lesão, ao passo que a dignidade da pessoa humana e os desdobramentos dos direitos personalíssimos não podem ser reduzidos à pecúnia.

Nesse sentido, vale lembrar a distinção kantiana entre preço e dignidade (ANDRADE, 2003, p. 228.). Tudo aquilo que possui preço pode ser substituído por um equivalente; já a dignidade não tem equivalência e está acima de qualquer preço. É desmedido sustentar que alguma soma em dinheiro possa ser exorbitante em comparação aos atributos da personalidade, mormente quando em confronto com desdobramentos de maior relevância, como a vida, a integridade física e a honra.

Sob esse aspecto, a despeito de se propor a retornar ao *status quo ante*, como se verifica no artigo 944 do Código Civil (BRASIL, 2002), o legislador não se resguardou da verificação da ocorrência de lucro ilícito pela tentativa de vedar o enriquecimento sem causa.

A indenização punitiva pode atuar como forte instrumento de prevenção e profilaxia ao lucro ilícito. O lucro ilícito ocorre quando alguém

visa a obtenção lucro utilizando-se de atividade geradora de dano sobre outrem. Em tal situação, a aplicação de uma indenização ressarcitória não elimina o lucro obtido pelo ofensor em função da previsibilidade das custas das demandas que o mesmo possui sobre a prática danosa a ele imputada, sendo, por isso, economicamente vantajoso perpetuar tais práticas em suas relações de consumo.

Para elevar a margem de lucros, alguns fornecedores deixam de investir em qualidade e padrões de segurança, preferindo arcar com a reparação de danos causados aos consumidores, frente à certeza de que o montante indenizatório será inferior ao investimento necessário ao aperfeiçoamento dos produtos e serviços. Tais fornecedores orientam-se por uma “racionalidade estritamente econômica”, pautada somente no custo/benefício do seu comportamento em detrimento a lei e ao direito alheio, não sendo vantagem aprimorar a qualidade e a segurança de seus produtos e serviços (ANDRADE, 2004, p.17).

No cálculo de previsão de custos do fornecedor, é avaliado também o comportamento do consumidor no que diz respeito às ações por pequenos defeitos e vícios que envolvem pequenos valores. Quando pequenos valores estão no cerne da questão, o consumidor brasileiro não se dispõe a pequenas demandas, por diversas razões como a de não achar tal medida vantajosa ou por que pretende evitar qualquer tipo de desgaste ou aborrecimento psicológico.

Em face de tal situação, poucos consumidores identificam o vício ou defeito como algo preordenado, uma menor parcela busca a resolução administrativa do contratempo diretamente com o fornecedor, um menor número ainda demanda os fornecedores. Por essa lógica, é possível perceber que em alguns casos o fornecedor receberá 100% do valor pretendido com a lesão preordenada, fazendo com que o agente conserve o lucro ilícito.

A indenização punitiva rompe com essa perversa equação. O instituto atua como fator de reequilíbrio do mercado, por possibilitar aos consumidores mais vulneráveis na relação de consumo, instrumento eficaz no combate a tais atos lesivos de seus direitos. De outro modo, produtores e fornecedores estariam compelidos a inserir no mercado produtos mais seguros e adequados ao consumo, assim como a prestar serviços mais eficientes (ANDRADE, 2004, p. 18).

Apesar de advertir sobre os aspectos negativos da teoria em comento, Gustavo Tepedino (BARBOZA; MORAES; TEPEDINO, 2006. p. 864) evidencia a eficiência do *punitive damage* em tais ocorrências:

“Pense-se naquela conduta da instituição financeira que, sem qualquer análise mais detida, envia a um cadastro de inadimplentes os nomes de inúmeros mutuários, porque o montante total das indenizações que podem derivar da inclusão indevida no referido cadastro é menor que o custo da análise de todas situações de financiamento. Aproveita-se o agente das dificuldades de acesso à justiça e da norma que restringe o valor da indenização à extensão do dano (CC, art. 944). Vale-se maliciosamente do sistema reparatório e da inexistência de qualquer conduta típica, na esfera administrativa ou criminal, que autoriza uma penalidade. Em casos como este, em que há uma conduta sistemática e maliciosa do agente, causando dano a um número elevado de pessoas, a tese do caráter punitivo parece justificar-se.”

Sob a égide dos princípios constitucionais, o uso da ação de enriquecimento visa coibir desequilíbrios contratuais e violações à dignidade, liberdade e solidariedade dos indivíduos de forma ilimitada, com a condição básica de não contrariar o ordenamento jurídico.

Sendo o enriquecimento sem causa um princípio, necessária se faz a verificação de sua aplicabilidade no caso das indenizações punitivas, por meio da ponderação racional, no que se refere à finalidade dos institutos envolvidos e dos princípios que os norteiam.

Isso por que, como bem expõe Robert Alexy, quando dois princípios entram em colisão, um limita a possibilidade jurídica do outro, devendo haver cessão de um princípio em relação a outro, por questão de sopesamento dos interesses no caso concreto. Isso não significa dizer que o princípio desprezado seja inválido, pois a colisão de princípios se dá apenas entre princípios válidos (ALEXY, 2011, p. 94). Tal afastamento é necessário, pois, os princípios são “mandamentos de otimização”, podendo ser satisfeitos em variados graus de satisfação, a depender das possibilidades fáticas e jurídicas (ALEXY, 2011, p. 90).

“Segundo a lei da ponderação, a ponderação deve realizar-se em três graus. No primeiro grau deve ser determinada a intensidade da intervenção. No segundo grau trata-se, então, da importância dos fundamentos que justificam a intervenção. Somente no terceiro grau realiza-se, então, a ponderação em sentido restrito e verdadeiro (ALEXY, 2011, p. 68).”

Levando-se em conta o grau de afetação sob a coletividade decorrente da aplicação dos princípios resguardados pela vedação ao enriquecimento ilícito e dos princípios resguardados pela aplicação da indenização punitiva, evidentemente há maior benefício à sociedade a aplicação da indenização punitiva, devendo o princípio da vedação ao enriquecimento sem causa ceder à causa jurídica de aplicação da dignidade

da pessoa humana resguardada em maior grau pela teoria dos *punitive damages*.

Pela leitura da Constituição Federal (BRASIL, 1988), em seu art. 3º, I, verificamos o anseio do constituinte por uma sociedade livre, justa e solidária dentre os objetivos fundamentais da República. Nesse sentido, a aplicação da indenização punitiva visa beneficiar toda a coletividade inserida em relações de consumo, pois esta se propõe a evitar que o evento danoso decorrente da falta de qualidade, segurança ou ocorrido intencionalmente com a finalidade de lucro do fornecedor, venha a se perpetuar nas práticas mercantis.

A vedação ao enriquecimento sem causa nessa situação não deve obstar a aplicação da teoria, visto que, diferente do que se propõe a teoria do *punitive damages*, o princípio em comento volta-se a análise da situação econômica da vítima isoladamente. Já o caráter pedagógico objetivado pela teoria transcende aos limites econômicos da lide, ao passo que estão em jogo interesses sociais de desestímulo a eventos danosos que violam a todos aqueles envolvidos em relações consumeristas, mormente aos direitos personalíssimos.

O papel do dever de solidariedade emanado pela constituição federal não se dissocia da análise do contexto social, existencial e psicofísico do homem em suas relações interpessoais. No âmbito econômico globalizado, há o enfraquecimento do Estado e o fortalecimento da ordem de mercado, havendo maior concentração de poder em razão da força econômica (DUQUE; PEDRA, 2013. p. 65 e 67).

Sob essa ótica, o dever emanado pelo princípio da solidariedade deve ser vislumbrado como axioma no Estado Democrático de Direito brasileiro, tanto nas relações privadas quanto nas públicas, com o objetivo de que a justiça, para além de fraterna, seja socialmente justa. De tal modo, cabe ao Estado promover medidas com a finalidade minimizar as desigualdades existentes entre cidadãos, através da correção de desníveis existentes na sociedade civil, sobretudo, como se verifica, no plano contratual.

A indenização, como vem sendo aplicada pelos tribunais, respeitando-se a vedação ao enriquecimento sem causa e com a mera menção ao caráter desestimulador da indenização meramente instrutivo, pois não há relevância pecuniária, não tem atingido a finalidade de se evitar a ocorrência das lesões perpetradas pelos fornecedores. De tal modo, a aplicação da indenização punitiva protege de forma mais eficaz a dignidade humana e os direitos da personalidade, pois tem o interesse de prevenir tais comportamentos em larga escala dissuadindo o lesante.

Torna-se mais salutar ao ordenamento, como forma de conferir maior eficácia aos princípios norteadores da Constituição Federal, que impeça a ocorrência de lucro ilícito por grandes setores da economia do que tentar evitar a ocorrência de um possível enriquecimento sem causa de consumidores muitas vezes hipossuficientes que são paulatinamente lesados pelas práticas acima explicadas, em especial quando o setor que as pratica atua sobre bem ou serviço necessário e de pouca ou exclusiva oferta.

Segundo Maria Celina Bodin de Moraes (2000. p. 77), a teoria do *punitive damages* resguarda a sociedade ao disseminar uma consciência social acerca da conduta praticada:

“É de admitir-se, pois, como exceção, uma figura semelhante a do *punitive damages*, em sua função de exemplaridade, quando for imperioso dar uma resposta à sociedade, isto é, à consciência social, tratando-se, por exemplo, de conduta particularmente ultrajante, ou insultuosa, em relação à consciência coletiva, ou, ainda, quando se der o caso, não incomum, de prática danosa reiterada.”

A fraternidade e a solidariedade elencadas pela Constituição Federal são dotadas de alto teor altruísta, garantindo maior respeito aos direitos individuais, sociais e transindividuais. O dano moral e sua erradicação por meio da dissuasão ganham amplitude coletiva, pois, embora insurgida em face de apenas um ofendido, vislumbra-se uma lesão ao dever anexo da boa-fé, no que diz respeito a moral e a ética de qualquer relação privada em potencial.

Nesse sentido, a solidariedade pode colocar à disposição dos vulneráveis recursos que permitam o exercício dos direitos fundamentais de maneira satisfatória, reforçando a coesão social, isso por que reconhece-se a independência de cada indivíduo, mas estes indivíduos tem plena consciência de pertença a um mesmo grupo (DUQUE; PEDRA, 2013. p. 68).

Em face da configuração líquida da realidade social, a ordem principiológica constitucional, sobretudo no que diz respeito à solidariedade e a fraternidade em defesa da dignidade humana, é necessário que haja uma maior garantia de equilíbrio nas relações sociais. Para tanto, o princípio da solidariedade deve ser levado em conta não só na elaboração normativa, mas também na execução de políticas públicas, assim como no momento de interpretação e aplicação do direito por todos os membros da sociedade (MORAES, 2003. p. 110-111).

Pelo exposto, tais situações de impunidade, em razão do amparo de arquétipos legais prévios, não possibilitam uma reação estatal eficaz para que se proponha uma solução genuína aos problemas sociais. A solidariedade não pode ficar a mercê de eventuais ações caridosas, éticas ou morais, pois é princípio geral do ordenamento brasileiro, dotado de força normativa capaz de tutelar o respeito à vida digna de cada indivíduo (MORAES, 2003. p. 115-116).

Se, pautado na ética e na moralidade, o ordenamento jurídico resguarda os jurisdicionados da ocorrência do enriquecimento sem causa, em maior grau, merecem estes que se evite a ocorrência lucro ilícito que aflige a vida de diversos daqueles jurisdicionados. Tentar conciliar ambos institutos ocasiona a anulação de uma norma pela outra, retirando a eficácia dos institutos. Tal postura tende apenas a dar continuidade a práticas lesivas aos consumidores.

Vislumbra-se, então, maior referência ético-valorativa nos escopos de prevenção pretendidos pela teoria do *punitive damages* devido a sua proporção social universal quando em comparação ao enriquecimento sem causa. A consequência patrimonial à vítima torna-se irrelevante frente as vantagens garantidas à sociedade em razão do dano sofrido por aquela vítima.

A proteção à dignidade humana não deve admitir que violações a igualdade, integridade psicofísica, à liberdade e a solidariedade sejam punidas por uma postura reparatória sem que haja prevenção a ocorrência de tais violações, para que seja possível o pleno desenvolvimento do projeto de vida de cada pessoa (MORAES, 2003. p.131 e 140).

3.3. AS DIFERENÇAS ENTRE O BRASIL E O SISTEMA DE *COMMON LAW* NA APLICAÇÃO DO INSTITUTO

As raízes do instituto em comento se depositam em países com tradição no sistema de Common Law, de modo que a aplicação do *punitive damages* em terras brasileiras jamais será idêntica àquela norte-americana, face as grandes diferenças socioeconômicas e jurídicas existentes entre os ordenamentos, incluindo a medida dos poderes dos magistrados, que no sistema de Common Law são muito mais amplos do que aqueles previstos no Civil Law (GONÇALVES, 2011, p. 677).

No sistema de *common law* a fonte primária do direito é a decisão ou precedente judicial, que constituem o Direito Comum, aplicáveis preferencialmente em relação às leis e outros diplomas legislativos (ANDRADE, 2003. p. 117-118).

A ausência de um emaranhado de normas escritas e aplicáveis a diversos casos possibilita que os juízes construam uma aplicação lógica adequada de acordo com a ordem principiológica vigente para as mais variadas situações da vida social. Dessa forma, é possibilitado ao ordenamento jurídico vigente que se evolua de acordo com as demandas levadas ao juízo e para que, através dessa, sejam analisadas as nuances das fáticas corriqueiras com vistas a propiciar a melhor tutela do ordenamento evitando-se qualquer insurgência à ordem principiológica e a esta confira-se maior prevenção.

“A historiografia da proteção jurídica contra produtos defeituosos registra a contribuição paralela das duas famílias de direito hegemônicas no mundo ocidental, que convergiram para a formação de uma cultura que se universalizou. No common law e no direito norte-americano, os precedentes que delinearam o perfil da responsabilidade civil dos fabricantes foram surgindo pari passu com o desenvolvimento industrial. Na Europa continental, um grande labor doutrinário e também jurisprudencial foi vencendo as barreiras impostas pelo positivismo jurídico (PASQUALOTTO, 2002. p. 51).”

O caráter punitivo da indenização, em ordenamentos de origem romano-germânica, encontra resistência na ideia de que a indenização deve-se limitar a extensão do dano e de que a pena, como anteriormente analisado, deveria se restringir ao campo de aplicação do direito penal. Embora a doutrina apresente tais argumentos, a jurisprudência tem, lentamente e sem grandes evoluções, aderido à aplicação da teoria em comento.

O Superior Tribunal de Justiça chama para si o controle do valor da indenização do dano moral para impedir os excessos, por meio de recurso especial como prevê a Constituição Federal em seu art. 105, III (BRASIL, 1988). De acordo com Maria Celina Boldin de Moraes (2003. p. 225), desde 1998 o STJ faz referência a uma condenação proporcional ao “grau de culpa” e ao “porte econômico das partes”, critérios de punição em si mesmos, além da necessidade de desestimular o ofensor a repetir o ato como forma de prevenção.

Sobre a possibilidade do desestímulo o Supremo Tribunal Federal timidamente tem se posicionado no sentido de que o valor da indenização há de ser proporcionalmente eficaz, em relação às circunstâncias da capacidade econômica de cada responsável, pois guarda força desencorajada de nova violação ou violações, sendo como tal perceptível ao ofensor (BRASIL. STF. RE nº 447.584-7, 2006).

Apesar de apresentar um aparato recursal diferente do presenciado na maioria dos países que adotam o sistema de *commow law*, tal garantia não apresenta obstáculo para aplicação do instituto no Brasil. De certa forma, é salutar ao jurisdicionado a possibilidade de perpetrar recursos à causa para que a demanda possa ter a resposta mais razoável na atribuição da indenização.

A possibilidade de sucessivas revisões dos julgados elimina ou reduz em muito o risco de fixação de indenizações arbitrárias ou desproporcionais à realidade socioeconômica brasileira.

Ademais, ao possibilitar a quantificação da indenização ao julgador, não caberá a um homem comum atribuir o quantum que julgar conveniente a suprir o dano. O julgador, em suas atribuições, reveste-se da figura do Poder Judiciário ao julgar qualquer lide a ele proposta, e que, de acordo com as possibilidades legais, será passível de revisão pelas instâncias a ele superiores.

Embora o sistema recursal apresente-se como valioso instrumento para a redução das indenizações exorbitantes, a aplicação da teoria ainda encontra muita resistência no Brasil. Tal objeção relaciona-se a tradição brasileira que teve grande influência da religião, diferentemente do que aconteceu com a Inglaterra e os Estados Unidos e, por isso, têm historicamente uma aceitação maior comparativamente ao Brasil (CAVALIERI FILHO, 2010, p. 98).

A ciência jurídica, nos países de tradição romano-germânica, encontra-se fortemente influenciada pela ideia de que a finalidade da responsabilidade civil é exclusivamente a reparação do dano. Essa é a noção que perpassa a dogmática jurídica tradicional, que trabalha com o paradigma reparatório (ANDRADE, 2003, p. 182).

O comportamento jurídico nacional tem forte influência das diretrizes civilistas. Não raro, o legislador e os magistrados se propõem a garantir a aplicação da norma isoladamente, o que enseja em uma enorme involução na proteção grupos de direito que repousam fundamento na dignidade humana. Tal posicionamento não merece prosperar, visto que, a Constituição Federal propõe que o princípio da dignidade humana norteie a elaboração, interpretação e aplicação da norma de forma sistêmica.

Sob esse cenário, importante notar que a dignidade humana é princípio constitucional absoluto e, portanto, o ser humano tem primazia sobre todos os outros aspectos regulados pelo direito (SANTANA, 2009, p. 33). O apego excessivo ao que dispõe a lei pode converter-se em um

impedimento à progressão das finalidades resguardadas pela Constituição, no que se refere ao convívio e relações sociais.

Como já mencionado, o posicionamento emanado pelos órgãos do Poder Judiciário brasileiro respalda as práticas ilícitas das grandes empresas. Tal afirmação deve-se ao fato de que, os tribunais em geral não arbitram condenações que venham a surtir um real impacto sobre o ofensor.

Ao se considerar “as condições pessoais e econômicas das partes, devendo o arbitramento operar-se com moderação e razoabilidade” (BRASIL. STJ. AgRg. no Ag. n 850.273, 2010), o aplicador do direito tem repousado suas observações apenas em função da condição econômica de quem recebe a indenização. “Esse exemplo torna-se claro nas relações de consumo, uma vez que nas sociedades de massa a maioria das empresas possui grande poderio econômico” (RIBEIRO, 2006, p. 63), mas a elas são arbitradas condenações irrisórias quando comparadas ao patrimônio total.

“Uma boa ideia não deve ser desprezada, descartada ou desmerecida em consequência do mau uso que alguns poucos fazem dela, mormente quando, como no caso da indenização punitiva, os benefícios que ela proporciona são significativos e superam largamente eventuais e episódicas distorções (ANDRADE, 2003, p. 227).”

No sistema de *common law*, a incidência do dano em caráter punitivo é de percepção do júri ao qual o caso fora submetido. Cabe a este júri também a fixação inicial do valor da indenização.

Na experiência brasileira, os valores são inicialmente fixados por juízo de primeiro grau, que, em razão de sua técnica, experiência e lógica imparcial, não deixa se levar pelos impulsos da situação a ela exposta, assim como pode ocorrer em um sistema de júri composto por pessoas que, possivelmente, já estiveram em contato com situações similares. Ademais, a indenização proposta pelo tribunal de origem pode submeter-se a, pelo menos, duas ou três revisões.

“Na instância ordinária, sempre caberá apelação pleitear a redução do valor de indenização por dano moral fixado por sentença. É possível ainda que caibam embargos infringentes para redução do valor fixado pelo Tribunal, quando este, ao julgar a apelação, tiver, por maioria de votos, reformado a sentença para elevar o quantum indenizatório (ANDRADE, 2003, p. 226).”

Em decorrência disso, é totalmente possível que o magistrado ao apreciar a demanda atribua, equacionando a situação econômica da vítima com, e principalmente, a do lesante, uma indenização que seja capaz de atingir as finalidades propostas pelo instituto em comento.

A aplicação do *punitive damage* é compatível com o sistema jurídico brasileiro e se faz necessária no contexto de violações a que estão submetidos os jurisdicionados. Superada a vedação ao enriquecimento sem causa, a prestação jurisdicional torna-se mais eficaz pela aplicação da teoria.

Além disso, a função punitiva não é totalmente alienígena ao Direito Civil brasileiro. Temos, como exemplo de punição, a incidência de cláusula penal para os contratos civis para os casos de inadimplemento ou morosidade culposa no cumprimento da obrigação estipulada entre as partes (PEREIRA, 1998. p. 100), de acordo com o artigo 916 do atual Código Civil brasileiro (BRASIL, 2002).

Ressalta-se que o Superior Tribunal de Justiça tem se orientado pelo seguinte norte para a fixação da indenização:

“[...] O critério que vem sendo utilizado por essa Corte Superior na fixação do valor da indenização por danos morais, *considera as condições pessoais e econômicas das partes, devendo o arbitramento operar-se com moderação e razoabilidade, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso*, de forma a não haver o enriquecimento indevido do ofendido, bem como que sirva para desestimular o ofensor a repetir o ato ilícito. (BRASIL. STJ. AgRg. no Ag. n 850.273, 2010. GRIFO NOSSO).”

Entretanto, a quantificação que se apresenta, além de não mensurar o impacto na esfera do ofensor, não repousa sua análise na real ocorrência da vida dos consumidores frequentemente lesionados pelos grandes conglomerados, em dimensões materiais e morais por condutas preordenadas do causador do dano relegando o interesse público ao lucro empresarial.

Como exemplo de aplicação da teoria de origem costumeira em ordenamento civilista, temos a experiência de Quebec, no Canadá. O Código Civil de Quebec de 1994 introduziu o *dommages-intérêts punitif* em diversos dispositivos para que seja assegurada a função preventiva ao dano em situações excepcionais permitidas por lei. A Lei de Proteção ao Consumidor de Quebec estabelece ser cabível a indenização punitiva em face do descumprimento de obrigações por comerciante ou fabricante (ANDRADE, 2003. p. 160-161). A opção do legislador nesse caso foi a de prever a aplicação da punição, mas que a mesma não supere os limites necessários a ensejar na prevenção.

A condenação pautada na teoria dos *punitive damages* obsta a reincidência de lesões. No que se refere à orientação emitida pelo Superior Tribunal de Justiça, não é difícil perceber que “a realidade da vida” da sociedade brasileira passa por um momento de grave crise de valores

humanísticos, abrindo portas às diversas formas de violência que, amparados em algum dispositivo legal, atuam por meio de má-fé sobre os demais cidadãos.

Insistir no apego à forma em detrimento a incolumidade social acarreta em graves consequências aos indivíduos, visto que a estes não há imposição do reconhecimento humano e a consideração da sociedade como uma totalidade de direitos, o que leva ao contínuo enfraquecimento da vida em comunidade.

3.4 O FOMENTO A INDÚSTRIA DO DANO MORAL

Alguns doutrinadores antecipam os efeitos da aplicação dos *punitive damages* no ordenamento brasileiro no sentido de um considerável acréscimo das demandas em função do valor atribuído às indenizações.

Diante do favorável acesso a justiça proporcionado aos consumidores, sobretudo pela implementação dos Juizados Especiais, casos banais, como meros aborrecimentos ou percalços figuram como causa para o pedido de danos morais. Embora muitos juízes posicionem-se contrariamente à enxurrada de processos originada pelas possibilidades de dano moral, a dimensão muito elástica do dano passa a alcançar hipóteses antes nunca imaginadas.

Se aplicado indiscriminadamente a qualquer reparação moral, a indenização com caráter punitivo pelo acréscimo pecuniário poderia atuar como fomentadora de tais demandas, originando o que se conhece por “indústria do dano moral”.

A experiência americana evidencia que a implementação da teoria traz consigo diversos benefícios, posto que atribui maior observância às leis e maior zelo nas relações interpessoais. No entanto, ao se consolidar, a aplicação desse instituto passou a ensejar um acréscimo litigioso significativo. A indenização passa a ser algo tão almejado pelos indivíduos que a ocorrência da lesão era considerada como ato de sorte por alguns.

Contribui para essa perspectiva a forma como os veículos de informação abordam a fixação de *punitive damages* nas Cortes dos EUA. Frequentemente, verifica-se na mídia que pessoas comuns ficam milionárias com pequenos contratempos imputados a grandes fornecedores. Por mais imprecisas ou falsas que tais notícias possam ser, essa ótica faz parte do imaginário popular ocidental, o que, de certa forma, distancia a adoção de condenações punitivas por diversos países.

Contudo, não se deve olvidar ao fato de que é necessário que todos tenham acesso à justiça, ainda que por ações temerárias, para que possa

ocorrer uma prestação jurisdicional efetiva àqueles que tenham direito. Agir de modo contrário seria violar o princípio do acesso à justiça e a concretização dos pilares do Estado Democrático de Direito, como a dignidade da pessoa humana (ANDRADE, 2003, p. 231).

A suposta indústria do dano moral deve ser severamente repudiada do nosso ordenamento jurídico. Tal inclinação fora ressaltada em apelação civil pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

“[...] o Judiciário tem a obrigação de combater a chamada indústria do dano moral, que vem crescendo dia-a-dia em nosso País, sempre fundamentada em aborrecimentos triviais existentes no cotidiano dos cidadãos, cabendo ao julgador identificar os verdadeiros danos merecedores de indenização, sob pena de desvirtuar a finalidade almejada pelo legislador pátrio quando da criação de aludido instituto. A litigância de má-fé exsurge somente quando existem provas ou indícios de dolo ou culpa na utilização de atos que tendam a criar óbices ao normal desenvolvimento da quízila. No mais, prevalece a boa-fé, que é presumida. (BRASIL. TJ – SC. AC 429328 SC 2007.042932-8, 2008)”.

Importante perceber que o dano na esfera consumerista ocorre em função de lesão originada pelo fornecedor. Em se tratando de responsabilidade civil, não haverá indenização sem que haja comportamento humano capaz de lesar a outrem e entre a conduta e o dano deverá sempre existir um nexo de causalidade, pressupostos fundamentais a responsabilidade civil extraído dos arts. 186 e 927 do Código Civil brasileiro (BRASIL, 2002).

A função da teoria em comento é a de atribuir caráter exemplar na correção do dano a fim de que a ocorrência de determinados eventos danosos não mais se repitam.

Analisando os pressupostos da responsabilidade civil é possível notar que haverá a falta do elemento dano e, por consequência, do nexo de causalidade, visto que a conduta contraria a norma não mais ocorre. Por essa razão, não haverá o pressuposto processual relativo ao interesse de agir, ao passo que o processo não será vislumbrado como meio útil e necessário, ocorrendo assim o indeferimento da petição inicial, de acordo com o que preceitua o artigo 330, III do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015).

Sob essa perspectiva, a adoção da teoria implicaria nos efeitos contrários ao que a doutrina e a jurisprudência têm apregoadado. A erradicação do evento danoso é o melhor caminho para que ocorra a redução das demandas incoerentes, isso por que será possibilitado ao juiz perceber com maior lapso temporal a cada demanda as situações fáticas a

que se inserem a ocorrência do evento e assim poder a ela atribuir a indenização adequada, ou indeferi-la por falta de interesse processual de agir.

Entendimento diverso a este acabará por nos manter dentro de uma “indústria do dano moral pirata” (ANDRADE, 2003. p. 231), haja vista que o produto existirá, mas será em todas as suas análises prejudicial a sociedade.

Ressalta-se que, o sistema brasileiro urge de medidas que visem à pulverização dos danos e captação de lucro fácil e ilegal por parte dos fornecedores. A atuação jurisdicional, pelo modo que ocorre atualmente, contribui para a produção do dano eficiente. Aceitar a aplicação do *punitive damage* ocasionaria, por uma visão pessimista, numa sensível redução do número de processos que se verifica nos tribunais brasileiro, isso por que os fornecedores não teriam mais a segurança econômica dos gastos provenientes de demandas e tornaria mais economicamente vantajoso implementar em padrões de qualidade e segurança no fornecimento de bens e serviços.

O consumidor hodierno carece de confiabilidade em suas relações de consumo. Quando se confere confiabilidade às relações comerciais, há uma maximização do bem estar social da comunidade, que ocasionará em um crescimento da celebração de contratos e aperfeiçoamento tecnológico, trazendo assim uma nova dinâmica à economia do país. Haverá o que se entende por “maximização das riquezas”, como preleciona Richard Posner:

“Con “maximización de la riqueza” quiero indicar la política de intentar maximizar el valor agregado de todos los bienes y servicios, ya sea que se comercien en mercados formales (los bienes y servicios “económicos” usuales) o (en el caso de bienes y servicios “no-económicos”, como la vida, la recreación, la familia y la libertad de dolor y sufrimiento) que no se comercien en tales mercados. El “valor” es determinado por lo que el dueño de los bienes o el servicio exigiría para separarse de él o por lo que un no-dueño estaría dispuesto a pagar para obtenerlo – cualquiera de los sea mayor. La “riqueza” es el valor total de todos los bienes y servicios “económicos” e “no-económicos” y ésta es maximizada cuando todos los bienes y servicios, en la medida en que esto sea posible, sean asignados a sus usos más rentables (POSNER, p.01).”

A morosidade da prestação jurisdicional e inchaço do judiciário, principalmente dos Juizados Especiais Cíveis, devem-se em grande parte pela lógica do funcionamento comercial dos fornecedores, em função da previsão de uma indenização mínima. Pelo exposto, a indenização punitiva atua como garantia de respeito a dignidade humana do consumidor,

fortalece uma lógica justa de mercado e confere maior celeridade à prestação jurisdicional.

4 A APLICAÇÃO DA TEORIA DOS PUNITIVE DAMAGES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Acerca dos argumentos contrários à adoção do instituto, necessária se faz 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 (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.

“[...] superado esse estranhamento inicial, cabe ao estudioso do direito que se proponha a tratar daquele Direito ou de algum instituto que lhe seja característico, abordar o assunto com seriedade, buscando separar os mitos da realidade. Deve, principalmente, tentar despir-se de preconceitos (embora deles nunca nos livremos inteiramente), para que estes não obscureçam o resultado das pesquisas realizadas (ANDRADE, 2003 p.168).”

O paradigma indenizatório disseminado pelos doutrinadores, togados e, sobretudo, pelo legislador precisa ser alterado, principalmente nos casos em que se violam direitos da personalidade, pois 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.

Sob esse aspecto, importe 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 a dignidade da 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 p. 203).

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 a mesma 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 legislação infraconstitucional, bem como à luz do direito comparado.

Tal alternativa de aplicação pretende trazer para as demandas por danos morais consumeristas uma resposta satisfatória, adequada, eficiente e justa aos problemas e desafios que, inevitavelmente, a convivência social, no seu permanente evoluir, apresenta (FACHINI NETO, 2006. p. 90).

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).

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. Embora frequentemente entendido como um dano extrapatrimonial, não há conceito capaz de delimitar a extensão do dano moral, visto que atrela-se a violações a direitos personalíssimos em permanente construção.

Os tribunais brasileiros 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.

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 a as finalidades pretendidas, em razão da presença de lesão fundada em conduta socialmente reprovável por dolo ou culpa grave do ofensor, ou em devido à obtenção de lucro ilícito daquele ofensor contumaz.

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

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 abarrotas as serventias judiciais, é alimentada por práticas danosas, que o caráter pedagógico dos *punitive damages* tem o fito de inibir.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUIAR JR., Ruy Rosado de. **Projeto de Código Civil**: as obrigações e os contratos. Revista dos Tribunais, ano 89, v. 775, maio de 2000.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **A evolução do conceito de Dano Moral**. Banco do Conhecimento. Rio de Janeiro: 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: 20 ago. 2014.
- _____. **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.
- _____. **Indenização punitiva**. 2004. Disponível em: <
http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=dd10e43d-25e9-478f-a346-ec511dd4188a&groupId=10136>. Acesso em: 19 abril. 2014.
- BARBOZA, Heloisa Helena. MORAES, Maria Celina Bodin de. TEPEDINO, Gustavo. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar. 2006.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.
- _____. **Código Civil**. Lei 10.406 de 10/01/2002. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>.
- _____. **Código De Defesa Do Consumidor**. Lei 8.078 de 11/09/1990. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>.
- _____. **Código de Processo Civil**. Lei 13.105 de 16/03/2015. Disponível em:<
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>.
- _____. **Código Penal brasileiro**. Decreto-Lei 2848 de 07/12/1940. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>.

- _____. STF. **RE nº 447.584-7**. Segunda Turma, relator Ministro Cezar Peluso. Julgado em 28 nov. 2006.
- _____. STJ. **AgRg no Ag 1259457 / RJ AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 2009/0234442-4**, Relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, Dje 27/4/2010.
- _____. STJ. **AgRg. no Ag. n 850.273**. Quarta Turma, Min. Rel. Desembargador convocado Honildo Amaral de Mello Castro. DJ 24 ago. 2010.
- _____. TJ – SC. **AC 429328 SC 2007.042932-8**, Rel. Des. Vanderlei Romer. DJ. 04 04 2008.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- _____. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- CHAVES CAMARGO, Antônio Luís. **Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal**. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.
- DAVID, René. **Os grandes sistemas do Direito contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1986.
- DUQUE, Bruna Lyra; PEDRA, Adriano Sant’Ana. **A harmonização entre os deveres fundamentais de solidariedade e o espaço da liberdade dos particulares no exercício da autonomia privada**. Constituição 1988: 25 anos de valores e transições. Vitória: Cronograma, 2013.
- ESPAÇO VITAL. **As vantagens de lesar milhares de consumidores e desrespeitar decisões judiciais**. Disponível em: <http://www.espacovital.com.br/consulta/noticia_ler.php?id=15807>. Acesso em: 22, mar. 2014.
- FACHINI NETO, Eugênio. **A função social do direito privado**. Revista Jurídica, São Paulo, n. 349, nov. 2006.
- FIUZA, César. **Direito civil: curso completo**. 11ª. ed. (rev.) (atual.) (ampl.). Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- FREDERICO MARQUES, José. **Tratado de Direito Penal**. Volume I. Campinas: Bookseller, 1997.
- GOMES, Orlando. **Obrigações**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense. 2008.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

- KUHN, Thomas. **Estrutura das revoluções científicas**. Trad. Beatriz Viana Boeira. 8. ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.
- MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da pena**. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.
- MORAES, Maria Celina de. **Punitive Damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas**. Revista Trimestral de Direito Civil. v. 18 (abril/junho 2004). Rio de Janeiro: Padma, 2000.
- _____. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- NUNES. Rizzatto. **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: 09 mar. 2014.
- PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral – arts. 1º a 120**. 7 ed. São Paulo: RT, 2007.
- PRATTE, Pierre. **Le rôle des dommages punitifs em droit québécois**. Revue du Barreau du Québec, 1999. Disponível em: <<https://www.barreau.qc.ca/pdf/publications/revue/1999-tome-59-2-p445.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2014.
- PIZARRO, Ramon Daniel. **Daño Moral - Prevención, Reparación, Punición: El Daño Moral em las diversas Ramas del Derecho**. Buenos Aires: Hammurabi. 1996.
- _____. **Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación. Daños por noticias inexactas o agraviantes**. Buenos Aires : Hammurabi. 1999.
- RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- PASQUALOTTO, Adalberto. Proteção contra produtos defeituosos; das origens ao Mercosul. **Revista Trimestral de Direito do Consumidor**. n. 42abril/jun. 2002.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- POSNER. Richard A. **Maximización de la Riqueza y Tort Law: Una Investigación Filosófica**. Disponível em: <

<http://www.eumed.net/cursecon/textos/posner-tort.pdf>>. Acesso em: 31 out. 2014.

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

RIBEIRO, Marcelo Marques Antunes. “**Punitive Damages**”: a Aplicação Deste Instituto no Sistema Brasileiro de Responsabilidade Civil. 2006. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_RibeiroMM_1.pdf> . Acesso em: 29 de out. 2014.

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

SANTOS, Ricardo Goretti. BRITO, Igor Rodrigues. O papel do Procon na defesa qualificada nos interesses dos consumidores: o acesso à justiça e os métodos alternativos de resolução de conflitos de consumo. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, vol. IV, 2009. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-iv/o-papel-do-procon-na-defesa-qualificada-dos-interesses-dos-consumidores-o-acesso-a-justica-e-os-metodos-alternativos-de-resolucao-de-conflitos-de-consumo>>. Acesso em: 17 out. 2014.

SCHLUETER, Linda; REDDEN, Keneth R. **Punitive Damages**. New York: Lexis. 2000.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA JÚNIOR, Alceu. **Teoria da Pena**: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: RT, 2002.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Dano Moral**. 5. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007.

WALD, Arnold. O Interesse Social no Direito Privado. In. **Revista Jurídica**: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária. Ano 53, n. 338. São Paulo: Notadez, 2005.