

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

MARIA CAROLINA KRUMMENAUER

PUNITIVE DAMAGES NA SOCIEDADE DE HIPERCONSUMO

CURITIBA

2015

MARIA CAROLINA KRUMMENAUER

PUNITIVE DAMAGES NA SOCIEDADE DE HIPERCONSUMO

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito das Relações Sociais. Programa de Pós-Graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Eroulths Cortiano Junior

CURITIBA

2015

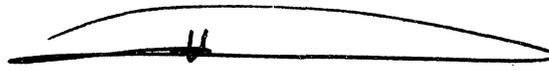
TERMO DE APROVAÇÃO

MARIA CAROLINA KRUMMENAUER

PUNITIVE DAMAGES NA SOCIEDADE DE HIPERCONSUMO

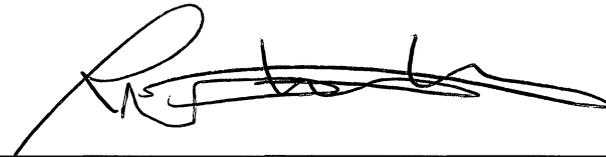
Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito das Relações Sociais. Programa de Pós-Graduação do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador:

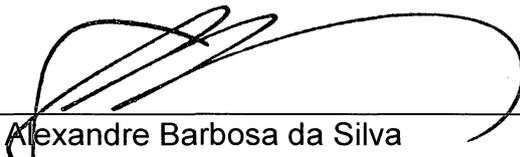


Prof. Dr. Eroulths Cortiano Junior
Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

Membros:



Prof. Dr. Rodrigo Xavier Leonardo
Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, UFPR



Prof. Dr. Alexandre Barbosa da Silva
Programa de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Univel – União Educacional de Cascavel

Curitiba, 16 de março de 2015.

AGRADECIMENTOS

A tarefa de agradecer àqueles que de alguma forma desempenharam papel importante na minha vida e contribuíram para que eu pudesse concluir esta pesquisa parece ser ponto necessário para o trabalho, pois todos merecem sua parte na construção não apenas desse, mas da pessoa que sou.

Agradeço ao meu orientador, referência desde a graduação na Universidade Federal do Paraná, o Professor Doutor Eroulths Cortiano Junior, pela paciência e dedicação, pela compreensão e pelo apoio. Por ter me ensinado o que realmente significa *ser mestre* e o que significa inspirar alunos e orientandos, participando sempre de forma admirável na formação desses.

À minha família: a minha irmã, Maria Fernanda, uma das pessoas mais fantásticas que conheci e com quem tenho o privilégio de compartilhar laços de irmandade, por todos os dias me ensinar o que significa amar incondicionalmente; a meu pai, Rubens, cujo esforço e amor me permitiram buscar meus sonhos, por ter me apoiado, ouvido chorar e me dito para nunca desistir; a minha mãe, Lu, por exigir que eu sempre fosse melhor; ao Renato, que mais do que a família que escolhi, é meu melhor amigo, por me fazer querer ser a melhor versão de mim mesma.

Agradeço também aos maravilhosos colegas de trabalho, que acabaram por se tornar amigos que levarei para a vida toda, Carolina e Rodrigo, por fazerem as minhas tardes soterradas em processos parecerem infinitamente melhores. Da mesma forma, agradeço ao Dr. Fabiano Jabur Cecy, por ter sido o melhor chefe que eu poderia pedir, sempre compreensivo e gentil, tornou o ambiente de trabalho um lugar em que segundas-feiras não parecem nada ruins.

Por fim, ao Renato, mais uma vez, com todo meu amor.

RESUMO

Objeto de grande controvérsia doutrinária, o tema dos danos punitivos ocupa posição central entre as discussões quanto aos mecanismos disponíveis para proteção da pessoa. É necessário o estudo quanto ao papel da responsabilidade civil no tratamento de novos danos, ocasionados por novas demandas sociais. Contudo, o tema versa sobre matérias bastante complexas, de ordem constitucional e infraconstitucional, sendo salutar o confronto entre Direito Público e Direito Privado. A jurisprudência desempenha a função de, ainda que de forma bastante tímida, inclinar-se pela admissão da indenização punitiva, porém o faz de forma equivocada, deturpando o instituto apreciado. A pesquisa propõe uma análise dos temas mais controversos em relação aos danos punitivos, realizando ponderações quanto a princípios constitucionais e interpretação interdisciplinar entre responsabilidade civil e análise econômica do Direito. Ao fim, será trazida ao debate a questão do princípio da legalidade penal em matéria de responsabilidade civil, discutindo se haveria conflito com a necessidade de prévia tipificação penal e aplicação de sanção pecuniária de natureza privada.

PALAVRAS-CHAVE:

Consumo. Hiperconsumo. Danos punitivos. Reparação integral. Indenização. Agentes econômicos. Legalidade. Enriquecimento sem causa. Punição. Prevenção. Retribuição.

ABSTRACT

Object of great doctrinal controversy, the issue of punitive damages occupies a central position among the studies of mechanisms available to the person protection. It is required the study of the torts' role in the treatment of new types of damages, caused by new social demands. However, the subject deals with very complex matters, constitutional and bellow-constitutional, the confrontation between Public Law and Private Law is necessary. The case-law plays the role of, albeit rather timidly, leaning by the admission of punitive damages, though mistaken, misrepresenting the institute in question. The research proposes an analysis of the most controversial issues in relation to punitive damages, performing analysis of constitutional principles and interdisciplinary interpretation of liability and law and economics. At the end, will be brought to the debate the question of the legality principle in criminal matters and civil liability, arguing if it would conflict with the need for prior criminal classification and application of private nature's penalty.

KEY-WORDS:

Consumption. Hiperconsumption. Punitive damages. Full compensation. Indemnity. Economic agents. Legality. Unjust enrichment. Punishment. Deterrence. Retribution.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	1
2. DANOS NA SOCIEDADE DE <i>HIPERCONSUMO</i>	6
2.1 REFLEXÕES ACERCA DA SOCIEDADE DE <i>HIPERCONSUMO</i>	6
2.2 CONSUMO, LOGO EXISTO	12
2.3 DANOS DECORRENTES DAS RELAÇÕES DE CONSUMO	17
2.3.1 A Indenização Punitiva	19
2.3.2 Ainda a Problemática do Tema Proposto	24
2.3.3 O Teorema de Coase nas Relações de Consumo	32
3. A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA EM MATÉRIA DE RESPONSABILIDADE CIVIL	37
3.1 A CULPA NA RESPONSABILIDADE CIVIL	37
3.2 O TRATAMENTO LEGAL DA QUANTIFICAÇÃO DA CONDENAÇÃO NO BRASIL	49
3.2.1 Uma Breve Análise Quanto ao Dever de Indenizar	49
3.2.2 Definições e Quantificações: Entre Sujeitos e Deveres.....	52
4. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: UMA PERSPECTIVA INTERDISCIPLINAR A FAVOR DA PESSOA	61
4.1 COMENTÁRIOS À ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	61
4.2 O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA NA RESPONSABILIDADE CIVIL	67
4.3 ALTERNATIVAS AO ENRIQUECIMENTO INDEVIDO	75
5. RESPONSABILIDADE CIVIL E SANÇÃO PENAL	82
5.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	82
5.2 A NATUREZA MISTA DA RESPONSABILIDADE CIVIL E A QUESTÃO DAS PENAS PRIVADA	86
5.2.1 O Receio da Vingança e a Possibilidade de Prevenir Novos Danos.....	89
5.3 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE EM MATÉRIA DE RESPONSABILIDADE CIVIL	95
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS	106
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	110

1 INTRODUÇÃO

O dano moral como categoria jurídica se mostra em evidente momento de expansão, motivando seu estudo e criação de diversas teses a seu respeito. O aumento quantitativo e qualitativo de teorias que buscam definir o conceito de dano moral, delimitá-lo e também estabelecer parâmetros para sua quantificação fomentou a discussão quanto à admissão de indenizações que apresentem caráter punitivo-pedagógico¹. Para basicamente a totalidade da doutrina, incumbiria ao julgador da causa e intérprete da lei a função de, a partir da observância dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, fixar a condenação em valor adequado às circunstâncias do caso concreto *sub judice*.

Matéria de grande relevância e objeto de inúmeras controvérsias, o Supremo Tribunal Federal, até o momento da conclusão deste trabalho, não se manifestou sobre a indenização punitiva, deixando de se posicionar sobre eventual inconstitucionalidade da categoria *punitive damages*, eis que ainda não há requisito de admissibilidade de repercussão geral para a matéria². Jurisprudência oriunda do Superior Tribunal de Justiça, por outro lado, ainda que não exista admissão explícita pela indenização punitiva são construídas no sentido de condenar o causador do dano observando um efeito dito *pedagógico*:

“Assim, o critério que vem sendo utilizado por esta Corte 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 e, também, de modo que sirva para desestimular o ofensor a repetir o ato ilícito.”³

Existe inclinação no âmbito do Superior Tribunal de Justiça pela fixação de valores indenizatórios que representem dimensão preventiva para a sociedade, pois é possível se deparar com diversos julgados que invocam uma função denominada

¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa*, p. 269.

² Válido até 01.11.2014 em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listaConsolidada.asp>

³ (REsp 210.101/PR, Quarta Turma, DJe de 9/12/2008).

de *punitiva-pedagógico* pela jurisprudência desse Tribunal Superior. A título de exemplo, colaciona-se passagem de seguinte voto proferido pelo ministro Sidnei Beneti em caso de agravo no recurso especial interposto pela cooperativa médica UNIMED:

“(…) de modo que a fixação dos danos morais no patamar de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), cumprem, no presente caso, a **função pedagógico-punitiva** de desestimular o ofensor a repetir a falta, sem constituir, de outro lado, enriquecimento indevido.”⁴ (grifei)

Evidenciada, assim, a utilização, ainda que velada, de indenizações punitivas no Brasil. A problemática da admissão *velada* da indenização punitiva residiria na não obediência a características, requisitos específicos e delimitações do instituto da *common law*⁵. Essa preocupação compõe a necessidade de discutir seriamente o tema objeto de estudos do presente trabalho, constituindo a proposta aqui apresentada.

Se de um lado a timidez com a qual a jurisprudência tem procurado alternativas aos danos decorrentes de relações de consumo, atentando para novas demandas de uma sociedade sobejamente dinâmica, opera como estímulo para o estudo dos *exemplary damages*, de outro, os equívocos cometidos pela falta de previsão legal expressa e a necessidade estudo adequado sobre o tema foram decisivos para a realização da pesquisa.

É de se notar que os equívocos cometidos pela jurisprudência são responsáveis por boa parte dos receios que permeiam a doutrina, seja ela favorável

⁴ (AgRg em REsp. 148.113/SP, 2012/0034287-7)

⁵ Para ilustrar a problemática apresentada, sugere-se a análise, a título de exemplo, de recurso especial julgado em maio de 2012 pelo Superior Tribunal de Justiça, que elenca requisitos para a aplicação de condenação com efeito *pedagógico*: “Nesse contexto, o montante de R\$ 13.000,00, fixado pela colenda Corte a quo, para os dois réus, mostra-se irrisório e incompatível com a gravidade dos fatos narrados e apurados pelas instâncias ordinárias, o que autoriza a intervenção deste Tribunal Superior para a revisão do valor arbitrado a título de danos morais. Destarte, considerando o comportamento doloso altamente reprovável dos ofensores, deve o valor do dano moral ser arbitrado, em atendimento ao caráter punitivo-pedagógico e compensatório da reparação, no montante de R\$ 50.000,00, para cada um dos réus, com a devida incidência de juros moratórios e correção monetária.”⁵ (grifei). O recorte do voto redigido pelo ministro Raul Araújo contempla uma relação processual em que de ambos os lados, polo passivo e polo ativo, encontram-se pessoas físicas, o que entraria em conflito com a função primeira da indenização punitiva, que é a punição como forma de desestímulo de agentes econômicos que ocasionem danos no exercício de suas atividades econômicas e, em especial, na busca pela maximização de seus lucros.

ou contrária à indenização punitiva⁶, sobre o que se pretende ponderar no decorrer do trabalho.

A discussão proposta será contextualizada a partir da análise da sociedade de consumo em seu estado atual, *hiperconsumo*, que coloca o consumidor em posição de extrema vulnerabilidade em relação aos agentes econômicos. A fragilidade do consumidor frente a grandes empresas poderia vir a justificar a necessidade de outros modelos indenizatórios como instrumento de proteção da pessoa. Jürgen Habermas, tratando da ação comunicativa no Direito, realiza observação importante à construção do pensamento crítico que se pretende apresentar:

“É necessário que o direito continue insistindo que os sistemas dirigidos pelo dinheiro e pelo poder administrativo não fujam inteiramente a uma integração social mediada por uma consciência que leva em conta a sociedade como um todo.”⁷

É nesse pressuposto que se assenta a discussão a ser apresentada, sem pretensão alguma de esgotar o tema, porém tendo como escopo uma ponderação crítica dos argumentos contrários, bem como favoráveis, à indenização com função punitiva.

O sentido concedido à modalidade de reparação estudada para o trabalho, por aqueles favoráveis a sua aceitação, seria o de fornecer à responsabilidade civil instrumento de prevenção da efetivação de danos. A admissão de mecanismo capaz de dissuadir o ofensor, ao garantir às condenações de caráter compensatório dimensão também de desestímulo, ocorre pela punição, ainda que essa não seja sua única função, pecuniária do agente causador do dano. O efeito punitivo da condenação seria destinado apenas a agentes econômicos e importaria em prejuízo à competitividade econômica, afetada pela fixação de valores expressivos a título indenizatório. A função punitiva, nesse sentido, levaria ao desestímulo da conduta

⁶ Na construção de análise inversa, Wesley de Oliveira Louzada Bernardo afirma que se estes elementos forem usados a partir da perspectiva da condição econômica da vítima com o fim de vetar um suposto enriquecimento ilícito, o julgado seria atentatório à dignidade da pessoa humana, reduzindo o valor da reparação sob o argumento de que, em razão das poucas condições da vítima, o dano em sua esfera extrapatrimonial deveria gerar indenização reduzida. BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *Dano moral: critérios de fixação de valor*, p. 183.

⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, p. 65.

danosa ao tornar economicamente mais vantajosa a prevenção do dano do que os custos por ele gerado⁸.

Muito embora não haja pretensão de esgotamento da discussão quanto à influência do poder de mercado nas relações sociais, propõe-se repensar o papel da responsabilidade civil como instrumento de prevenção de danos e proteção à pessoa concreta, apresentando alternativa ao modelo atual de reparação e os novos problemas que poderiam surgir com seu implemento. Pretende-se discutir a influência da mercantilização excessiva da vida nas relações sociais e os danos decorrentes da busca constante de grandes empresas pela maximização de seus lucros sem que haja preocupação com a pessoa. Lembrando, no entanto, que hodiernamente não existem parâmetros detalhados para decisões judiciais, que se encontram a total mercê de escolhas arbitrárias e não fundamentadas. Antes, porém, do debate quanto ao cômputo indenizatório propriamente dito, deve-se escolher pela aplicação ou não do caráter punitivo da indenização.

No primeiro capítulo do trabalho será realizada análise constitucional do instituto norte americano denominado *punitive damages*, discutindo os efeitos do consumo excessivo na sociedade atual e pontuando sobre a necessidade de novos métodos de proteção à pessoa, eis que os atuais poderiam ser insuficientes para estes novos danos. No segundo capítulo será discutida possibilidade de admissão do modelo punitivo de indenização pelo Direito Civil brasileiro, analisando o tratamento legal da matéria em responsabilidade civil, de modo a ponderar se seria compatível ou não com essa. No terceiro capítulo, o instituto será confrontado com a questão do enriquecimento indevido e do dano ineficiente. Em seguida, no quarto e último capítulo, serão tecidas algumas considerações preliminares sobre dicotomia entre Direito Público e Privado como meio de apresentar o cenário para a ponderação sobre responsabilidade civil e responsabilidade penal e as características que as definiriam e separariam, voltando-se sempre – ainda que não se admita essa perspectiva como único argumento válido para a admissão do modelo indenizatório em análise – para a proteção da dignidade da pessoa humana.

O que se pretende, portanto, é apresentar os contornos da discussão quanto à possibilidade ou impossibilidade de institucionalização de um modelo

⁸ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Diálogos sobre Direito Civil. A responsabilidade civil por danos produzidos no curso de atividade econômica e a tutela da dignidade da pessoa humana: o critério do dano eficiente*, p. 152.

reparatório com função punitiva pela responsabilidade civil de um país de tradição romano-germânica.

Será ainda realizado esforço para demonstrar a estrutura de teoria que poderia ser aplicável em casos específicos de indenizações por danos morais⁹, em que se poderia argumentar a necessidade de fixação de indenizações com dimensão punitiva e preventiva.

⁹ Mas não apenas relações de consumo, como será visto no decorrer do trabalho, mas danos ocorridos nessas relações e que tenham origem em escolha do agente em causar o dano, visando o lucro a ser obtido com ele.

2 DANOS NA SOCIEDADE DE HIPERCONSUMO

2.1 REFLEXÕES ACERCA DA SOCIEDADE DE HIPERCONSUMO¹⁰

“A sociedade de hiperconsumo, fruto desses tempos hipermodernos, promoveu diversas alterações no comportamento e movimentação percebidos em seu interior. Mais do que nunca, pela sua intensidade e velocidade, na sociedade germina uma série de eventos que, dada tais características, subtraem-nos a verdadeira oportunidade de apreendê-los. Assim, no espaço social da hipermodernidade, onde o consumo passou a significar hiperconsumo, os riscos bailam ao mesmo passo que os atores deste espetáculo encenam suas relações cotidianas, pelo fio condutor que perpassa, sem exclusões, por todos nós.”¹¹

Os direitos de personalidade, enquanto expressão normativa de ordem constitucional, têm indicado demandar instrumentos de proteção diversos daqueles oferecidos pela concepção mais clássica da responsabilidade civil. Inseridos na atual *sociedade de hiperconsumo*, os mecanismos modernos utilizados poderiam mostrar-se insuficientes para uma tutela efetiva daqueles. Isso porque, os sujeitos que se inserem nessa sociedade são partícipes de relações mais complexas, em se tratando especificamente de relações de consumo, do que a responsabilidade civil antes concebia. Antes, porém, da abordagem quanto aos instrumentais de proteção propriamente ditos, é necessário proceder uma, ainda que breve, análise quanto ao recorte realizado no trabalho, qual seja, a inserção da indenização punitiva na dita *sociedade de hiperconsumo*.

O que se pretende com a análise inicial deste modelo de sociedade é o estudo de um potencial instrumento de proteção dos direitos da personalidade e não uma pesquisa de caráter puramente sociológico. Portanto, aqui não serão aprofundados temas eminentemente concernentes à área da sociologia, todavia,

¹⁰ A análise a ser tecida no presente trabalho não tem a pretensão de aprofundar-se nos comentários quanto à evolução histórica, propriamente dita, que desembocou na sociedade de hiperconsumo. A apreciação tecida será pensada a partir da influência do mercado nas relações sociais.

¹¹ FACHIN, Luiz Edson. *Pessoa, sujeito e objetos: Reflexões sobre responsabilidade, risco e hiperconsumo*. In Luiz Edson Fachin e Gustavo Tepedino. *Diálogos sobre direito civil*, vol III, p.26.

seus conceitos serão utilizados de maneira interdisciplinar para construir o contexto em que se insere a indenização punitiva.

Consolidada no contexto pós-Segunda Guerra Mundial, com a intensificação dos processos de produção em série, voltada, portanto, para o consumo em massa¹², a sociedade de *hiperconsumo* é marcada por todos os elementos presentes nas culturas também de massa, sobejamente dinamismo e velocidade¹³. Como explica Luiz Edson Fachin, o formato desse modelo é assim estruturado tendo em vista ser resultado da terceira e última fase do capitalismo, conforme analisada por Gilles Lipovetsky em *A Felicidade Paradoxal*¹⁴, somando as características das fases anteriores e intensificando-as.

Parte-se da premissa de que a *hipermodernidade* impactou de forma significativa a sociedade de consumo¹⁵, tendo reflexos para além da seara do mercado e atingindo sobremaneira direitos da personalidade daqueles inseridos em uma cadeia de *desejos e insatisfação*. Essa cadeia operaria em *perpetuum mobile*, apresentando-se como um ciclo vicioso àqueles que nela ingressam.

Para uma melhor compreensão acerca do tema, é necessário debruçar-se sobre os vocábulos acima dispostos, *desejo e insatisfação*, eis que representam o motor propulsor da sociedade de hiperconsumo como vista hodiernamente. O indivíduo hipermoderno deseja e busca, acima de tudo, a satisfação pessoal, busca a realização e satisfação de um direito individual, seu¹⁶. O indivíduo adquiriria bens – *consumiria* – como forma de alento a frustrações ou desilusões. Consumiria ainda por prazer, pois notadamente hedonista. O consumo passaria a ser motivado por razões e necessidades emocionais, de modo que, ao gerar uma satisfação meramente momentânea, incorre, o próprio consumo, em insatisfação¹⁷.

¹² WEBER, Ricardo Henrique. *Defesa do Consumidor*. O Direito Fundamental nas Relações Privadas, p. 33.

¹³ FACHIN, Luiz Edson. *Op. cit.*, p. 32.

¹⁴ Luiz Edson Fachin leciona, em artigo que se propõe a analisar a sociedade de hiperconsumo, um panorama simplificado e sobremaneira conveniente sobre as três fases do capitalismo de acordo com Gilles Lipovetsky: “Lipovetsky indica que o sobredito sobrestamento paradigmático objetiva-se em “três fases distintas do capitalismo de consumo”: a formação da *sociedade de consumo* no principiar do século XX; sua transformação em *sociedade de consumo de massa* nos dois decênios que sucederam o fim da 2ª Guerra Mundial; e a potencialização abrupta desta última perspectiva, característica essencial da hodierna *sociedade de hiperconsumo* de nossos dias.” IDEM, p. 28.

¹⁵ FACHIN, Luiz Edson. *Op. cit.*, p. 28.

¹⁶ LIPOVETSKY, Gilles. *A Felicidade Paradoxal*. Ensaio Sobre a Sociedade de Hiperconsumo: “O consumo ‘para si’ suplantou o consumo ‘para o outro’, em sintonia com o irresistível movimento de individualização das expectativas, dos gostos e dos comportamentos”, p. 42.

¹⁷ FACHIN, Luiz Edson. *Op. cit.*, p. 32-33.

Insatisfação porque este *hiperconsumidor* – aquele consumidor inserido na cadeia do *hiperconsumo* – consome por prazer e não por necessidade. Conforme explica Luiz Edson Fachin:

“Consumo-prazer, consumo-experiência, consumo-compensação: eis os elementos estruturantes do *consumo emocional*, pilar essencial da *sociedade de hiperconsumo*, desdobramento derradeiro do capitalismo de consumo em nossos dias.”¹⁸

Como anteriormente mencionado, o contexto socioeconômico após a Segunda Guerra Mundial era o de um mercado com necessidade de expansão, apontando o consumo de massa como resposta. Esse modelo teve reflexo não apenas econômico, mas também, e principalmente, cultural na sociedade¹⁹. Inserido nessa sociedade, o consumidor tem seu modo de vida e suas decisões determinados por essa cadeia de consumo, decorrente, como visto, da aceleração industrial²⁰. Seria possível afirmar, portanto, que o ato de consumir é o que identifica o atual modelo de sociedade, que alterou os padrões de sociedade de produção para padrões de sociedade de consumo²¹.

Ricardo Henrique Weber pontua que a qualidade de *sujeito econômico* do consumidor estrutura o sistema, que tem a propriedade²² como seu cerne, já que essa passa a ser produzida, reproduzida e destruída, quando encerrado seu ciclo de utilidade – aqui entendida da forma mais ampla possível –, já que destinada ao consumo e à transformação do sujeito, que era proprietário, em consumidor²³. Ricardo Weber destaca ainda que essa racionalidade do mercado em relação ao consumidor não se manifestou de forma espontânea, o mercado não passou a se desenvolver inconscientemente em função do consumidor. Do contrário, o coloca

¹⁸ FACHIN, Luiz Edson. *Op. cit.*, p. 35.

¹⁹ WEBER, Ricardo Henrique. *Op. cit.*, p. 34

²⁰ LOVECE, Graciela. *Mercadotecnia y Marketing en la Captación del Consumidor*. In: WEBER, Ricardo Henrique, p. 34.

²¹ IDEM, p. 30. Salutar reproduzir trecho da obra de Ricardo Weber em que afirma: “Atualmente, constata-se a superação do modelo da sociedade de produtores fundada nas tradições, na durabilidade, na pessoalidade e na territorialidade. O modelo da sociedade de consumidores, em sentido contrário, é fluida, volátil, transitória, informatizada, acelerada, impessoal e universalizante. Tem como agente central o consumidor que possui ‘a força propulsora da prosperidade econômica’. A economia é voltada para o consumidor, pois o consumo é que lhe proporciona seu desenvolvimento”, p. 33.

²² Aqui deve ser feita ressalva quanto ao vocábulo *propriedade*, que deve ser entendido como objeto destinado à apropriação pelo consumidor, um objeto, assim, a ser consumido.

²³ WEBER, Ricardo Henrique. *Op. cit.*, p. 35.

racionalmente no centro de sua esfera de intencionalidades²⁴. De acordo com essa teoria, o mercado utilizaria o consumidor para atingir seu objetivo, qual seja a obtenção de lucro²⁵.

É importante destacar a banalização do consumo²⁶, que se apresenta como ação rotineira que ocorre sem a necessidade de qualquer motivação especial que não a própria *necessidade de consumir*. A passagem da sociedade de consumo para a sociedade de hiperconsumo tem como uma de suas características a necessidade de consumir, tem no consumo, ou melhor dizendo, no *consumismo*²⁷, sua razão de existir²⁸. Portanto, tem-se a ignição para a sociedade de *hiperconsumo* no momento em que o trabalho perde sua posição de pilastra da sociedade para o consumo²⁹, que em sua evolução para o *consumismo* passa a ser a força motriz do modelo social analisado, de acordo com Zygmunt Bauman:

“De maneira distinta do *consumo*, que é basicamente uma característica e uma ocupação dos seres humanos como indivíduos, o *consumismo* é um atributo da sociedade. Para que uma sociedade adquira esse atributo, a capacidade profundamente individual de querer, desejar e almejar deve ser, tal como a capacidade de trabalho na sociedade de produtores, destacada (“alienada”) dos indivíduos e reciclada/reificada numa força externa que coloca a “sociedade de consumidores” em movimento e a mantém em curso como uma forma específica de convívio humano, enquanto ao mesmo tempo estabelece parâmetros específicos para as estratégias individuais de vida que são eficazes e manipula as probabilidades de escolha e conduta individuais”³⁰.

²⁴ WEBER, Ricardo Henrique. *Op. cit.*, p. 36.

²⁵ IDEM, p. 36.

²⁶ IBIDEM, p. 37.

²⁷ Bastante pertinente é a definição, como tipo ideal weberiano, que Bauman traça sobre consumismo, dando-lhe um conceito palpável e grande importância para compreensão de sua análise sociológica sobre a sociedade de consumo: “Pode-se dizer que o “consumismo” é um tipo de arranjo social resultante da reciclagem de vontades, desejos e anseios humanos rotineiros, permanentes e, por assim dizer, “neutros quanto ao regime”, transformando-os na *principal força propulsora e operativa* da sociedade, uma força que coordena a produção sistêmica, a integração e a estratificação sociais, além da formação de indivíduos humanos, desempenhando ao mesmo tempo um papel importante nos processos de auto-identificação individual e de grupo, assim como na seleção e execução de políticas de vida individuais.” BAUMAN, Zygmunt. *Vida para Consumo*, p. 41.

²⁸ BAUMAN, Zygmunt. *Vida para Consumo*, p. 38-39.

²⁹ IDEM, p. 41.

³⁰ IBIDEM, p. 41.

Nessa sociedade de *hiperconsumo*, em que os indivíduos consomem desenfreadamente, não existem limites para se auferir lucro, o que pode implicar em produtos com vícios ou defeitos que colocam em risco o consumidor ou que não atendem ao que se propõem. Poderia implicar ainda em agentes econômicos que buscam a maximização de lucro sem qualquer preocupação com o consumidor ou com a qualidade e informação sobre os produtos a que permitem acesso ao mercado³¹.

O que se observa atualmente é uma sociedade formada por indivíduos que tendem a consumir motivados por uma ideia vendida pelo próprio mercado, de que, ao consumir, estariam mais próximos de satisfazer e realizar desejos absolutamente subjetivos, como o *bem-estar*³². Esse modo de se relacionar com outros indivíduos e com o mercado gera a insatisfação mencionada anteriormente. Isso porque o consumidor seria condicionado pelo mercado, em seu intento de gerar cada vez mais riquezas, a adquirir produtos dos quais não necessita. Desse modo, tão logo o mercado forneça algo que insinue ser remotamente superior, o produto anteriormente adquirido é descartado e substituído por outro em um intervalo de tempo relativamente curto³³. Em sua obra *Vida Líquida*, Zygmunt Bauman descreve perfeitamente esta perspectiva da sociedade hipermoderna ao afirmar que:

“Colocou o valor da novidade acima do valor da permanência. Abreviou drasticamente o lapso de tempo que separa não apenas o querer obter, mas também o surgimento do anseio pelo seu desaparecimento. Os consumidores aceitam a curta duração das coisas e seu desaparecimento predeterminado com tranquilidade. Numa sociedade de consumidores, a perfeição só pode ser a qualidade coletiva da massa, a multiplicidade de objetos de desejo”.³⁴

³¹ WEBER, Ricardo Henrique. *Op. cit.*, p. 36.

³² Nas palavras de Zygmunt Bauman: “A sociedade de consumo tem como base de suas alegações a promessa de satisfazer os desejos humanos em um grau que nenhuma sociedade do passado pôde alcançar, ou mesmo sonhar, mas a promessa de satisfação só permanece sedutora enquanto o desejo continua *insatisfeito*; mais importante ainda, quando o cliente não está *plenamente* satisfeito” – ou seja, enquanto não se acredita que os desejos que motivaram e colocaram em movimento a busca da satisfação e estimularam experimentos consumistas tenham sido verdadeira e totalmente realizados”. BAUMAN, Zygmunt. *Vida para Consumo*, p. 63.

³³ WEBER, Ricardo Henrique. *Op. cit.*, p. 37.

³⁴ BAUMAN, Zygmunt. *Vida Líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007. p. 110-111.

De acordo com os ensinamentos de Bauman, a sociedade contemporânea seria especialmente marcada pela *transitoriedade*, impulsionada pelos desejos e insatisfação dos consumidores³⁵. Sem essa característica seria impossível, ou ao menos bastante difícil, a movimentação e expansão econômica nos moldes pretendidos. Em última análise, a principal mercadoria a ser vendida pelo mercado não seria outra senão a ideia da felicidade duradoura, atingível apenas por meio do consumo. A ideia comercializada seria, assim, aquela de incentivar, inclusive de forma predatória, o indivíduo a adquirir mercadorias que prometem a felicidade imediata³⁶.

No entanto, essa está longe de ser sua única característica. O modelo de sociedade estudado no trabalho tem ainda como necessidade que os próprios consumidores tornem-se mercadorias, pois, para sua manutenção, uma sociedade que se pretende de *hiperconsumo* – devendo ser resgatada a lógica da intencionalidade do mercado – deve oferecer estímulos aos consumidores. Esses estímulos poderiam ser resumidos em: diferenciar-se dos demais, diferenciar-se da massa que compõem e, de algum modo, distinguir-se dos tantos outros consumidores que consomem pelos mesmos motivos já enumerados³⁷. Para atingir tal intento, o consumidor teria que se tornar também mercadoria, apresentando qualidades desejáveis por outros consumidores. Seu objetivo seria diferenciar-se dos demais para se tornar desejável. Nessa busca por atingir seu objetivo por meio do consumo, acaba, ainda que de maneira inconsciente, tornando-se *vendável*³⁸. Ou seja, o indivíduo, em razão do consumo excessivo, acabaria por equiparar-se a uma mercadoria, pois obedeceria, assim como essa, aos mesmos requisitos de *desejabilidade* para ser aceito pela sociedade.

³⁵ WEBER, Ricardo Henrique. *Op. cit.*, p. 38.

³⁶ BAUMAN, Zygmunt. *Vida para Consumo*, p. 60.

³⁷ IDEM, p. 22.

³⁸ Nas palavras de Zygmunt Bauman, “Além de sonhar com a fama, outro sonho, o de não mais se dissolver e permanecer dissolvido na massa cinzenta, sem face e insípida das mercadorias, de se tornar uma mercadoria notável, notada e cobiçada, uma mercadoria comentada, que se destaca da massa de mercadorias, impossível de ser ignorada, ridicularizada ou rejeitada. Numa sociedade de consumidores, tornar-se uma mercadoria desejável e desejada é a matéria de que são feitos os sonhos e os contos de fadas”. In: *Vida para Consumo*, p. 22.

2.2 CONSUMO, LOGO EXISTO³⁹.

É necessário apontar a principal decorrência do modelo de sociedade estudado: a fragilidade do consumidor inserido nessa rede de desejos. Condicionado pelo mercado, o consumidor apresenta diversos desejos – que por inúmeras vezes sequer são seus –, evidenciando sua fragilidade em relação a grandes empresas que se valeriam dessa condição para aumentar sua lucratividade sem se importar com eventuais danos à pessoa. Em observância a essa vulnerabilidade, será trazido ao debate um novo modelo de reparação, consubstanciado em proposta de tutela dedicada exclusivamente ao consumidor como sujeito frágil da relação de consumo e, em última análise, dedicada também a proteção da dignidade da pessoa humana⁴⁰.

Como aponta Zygmunt Bauman, para que o consumidor possa adquirir bens de consumo, motivado por aquele ciclo vicioso de desejos e insatisfação, deve antes tornar-se também mercadoria, o que significa ter sua subjetividade vendida ou mesmo suprimida⁴¹. A subjetividade do consumidor, conforme concebida pelos modelos de sociedades anteriores à sociedade de consumo, passaria, nessa, a identificar-se com seus desejos e escolhas em matéria de consumo⁴², ou seja, sua subjetividade é representada por aquilo que deseja adquirir. A subjetividade passaria a ser reificada⁴³ e a possuir valor para o mercado, como uma *wish list* que possui valor comercial. Essa perspectiva da subjetividade humana típica do mercado pode ser melhor apreciada em se tratando de compras pela *internet*, onde é visível a captação de interesses. Conforme buscas por produtos e serviços são realizadas na

³⁹ No título do presente tópico, faz-se referência às ponderações de Zygmunt Bauman em *Vida para o Consumo*, quando comenta releitura do cogito cartesiano, p. 26. Como o título desse subcapítulo evidencia, a discussão que se propõe é o papel do consumo na vida dos indivíduos e na estrutura que edifica a partir do consumismo suas relações existenciais, demonstrando que o consumo, em verdade, não é o mero ato de consumir, mas mais do que isso, é um meio através do qual o indivíduo passa a integrar uma rede social e, sem poder assim agir, é excluído e marginalizado pela sociedade.

⁴⁰ Em se tratando de estudo atinente à responsabilidade civil, mostra-se inescusável qualquer omissão quanto ao conceito de dignidade da pessoa humana, contudo, mostra-se igualmente inescusável sua utilização, enquanto conceito aberto que é (e notadamente, por sua própria natureza, sem definição estanque) como argumento a justificar determinado posicionamento, de modo que, no presente trabalho, propõem-se apresentá-lo de forma responsável, demonstrando que sua invocação descontextualizada por vezes pode vir a representar ofensa ao próprio princípio.

⁴¹ BAUMAN, Zygmunt. *Vida para Consumo*, p. 20.

⁴² IDEM, p. 20

⁴³ IBIDEM, p. 24.

rede, os dados decorrentes dessas buscas são captados por programas de computador que passam a oferecer ao consumidor produtos relacionados àqueles anteriormente procurados, pois considera-se que sejam de interesse do consumidor que realizou a pesquisa *online*. Assim, o fato de o consumidor ter realizado busca de determinado produto na *internet* é convertido em estudo sobre seus interesses, que serão posteriormente transformados em mercadorias, com valor quantificável em pecúnia, pois vendidos para empresas de propaganda e anúncios na rede.

Ainda em *Vida para o Consumo*, Bauman pontua a existência de uma dualidade *sujeito-objeto* como representação de *consumidor-mercadoria*, em que o consumidor prevaleceria sobre a mercadoria⁴⁴. Seria admitido, no entanto, que essa prevalência ocorreria de forma tímida e desajustada, tendo em vista que a premissa de existência da mercadoria é a curta durabilidade e assim defeituosa ou, ainda, imperfeita, pois em constante desenvolvimento⁴⁵. Essa característica desaguardaria novamente em insatisfação para o consumidor, que procuraria substituir aquele produto por seu modelo mais recente⁴⁶. Um consumidor insatisfeito é um consumidor com incessante impulso de adquirir novas ofertas e promessas, que, quando frustradas, serão descartadas. Feita tal ponderação, pode-se avançar e afirmar que, em verdade, o consumidor ultrapassa a seara da vontade e do desejo, atingindo grau de dependência do consumo, em que o indivíduo se torna obcecado por adquirir e descartar mercadorias⁴⁷; é esse o consumidor que o mercado esculpiu e idealizou.

Inseridos nessa sociedade consumista, os indivíduos são estimulados a desempenhar o papel que lhes foi atribuído pelo mercado hodierno, qual seja, consumir irrestritamente. Qualquer “desvirtuamento” dessa função é rechaçado pela sociedade, já que em sua pretensão de perpetuar a cultura do consumo, precisa afastar as demais opções culturais que representariam ameaça a esse modo de vida⁴⁸. Pode-se observar que a denominada cultura de consumo estende-se mesmo às crianças, que desde cedo aprendem a cultivar o *ter*, com as distinções de gênero e classe figurando em patamar secundário em relação às distinções de posses de

⁴⁴ BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo*, p. 30.

⁴⁵ IDEM, p. 30.

⁴⁶ BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo*, p. 30-31.

⁴⁷ IDEM, p. 65.

⁴⁸ BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo*, p. 71.

bens materiais⁴⁹. Assim, desde cedo, os indivíduos são indistintamente condicionados a acreditarem que devem consumir⁵⁰. Aqueles que se recusam a desempenhar o papel que lhes é atribuído pela sociedade de *hiperconsumo* ou que o desempenham abaixo das expectativas – seja por escolha ou por falta de condições materiais para o consumo –, são rejeitados pela sociedade. Essa sociedade que rejeita aqueles que não podem consumir também não se preocupa em dedicar-lhes atenção e cuidado, já que tem como premissa que todos estão aptos a (e devem) consumir, devendo ser penalizados quando não o fazem. Sua pena seria marginalização pela sociedade⁵¹.

“(…) acredita-se (mais uma vez contrafactualmente) que obedecer aos preceitos dependa da disposição e do desempenho individuais. Em função desse pressuposto, toda “invalidez social” seguida de exclusão só pode resultar, na sociedade de consumidores, de faltas individuais. Qualquer suspeita da existência de causas “extrínsecas” de fracasso, supraindividuais e arraigadas na sociedade é eliminada logo de início, ou pelo menos posta em dúvida e qualificada como defesa inválida”⁵².

Aqueles que não possuem meios de se fazer inserir nessa cadeia de consumo são tidos como falhos e “inválidos” para a vida em sociedade, que lhes imputa responsabilidade por não estarem aptos a consumir. Essa incapacidade de ligar-se à teia de consumo significa que o indivíduo, enquanto mercadoria, não possui, ele próprio, valor. Não representa interesse de investimento para o mercado⁵³. Seguindo esse raciocínio, o que movimenta a sociedade de consumo – e em maior escala a sociedade de *hiperconsumo* – é o valor atribuído ao indivíduo consumidor pelo seu consumo quantitativo e não, como se poderia pensar, pelo simples desejo de consumir “por consumir”. A mercadoria a ser vendida, nesse sentido, é a aceitação do indivíduo pelo grupo que almeja compor, atingível tão

⁴⁹ SEITER, Ellen. *Sold Separately: Children and Parents in Consumer Culture*, Rutgers University Press, 1993, p. 3.

⁵⁰ “O pobre é forçado a uma situação na qual tem de gastar o pouco dinheiro ou os poucos recursos de que dispõe com objetos de consumo sem sentido, e não com suas necessidades básicas, para evitar a total humilhação social e evitar a perspectiva de ser provocado e ridicularizado.” SEITER, Ellen. *IDEM*, p. 3. *In*: BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo*, p.74.

⁵¹ BAUMAN, Zygmunt. *Vida para Consumo*, p. 74-75.

⁵² *IDEM*, p. 75.

⁵³ *IBIDEM*, p. 75.

somente pela condição de consumidor⁵⁴. É claro que é possível, senão necessário, argumentar que essa condição pode ser dita intangível, já que não vem à tona do inconsciente do indivíduo. Como regra, o indivíduo não consome pensando em atribuir a si um valor, não consome, pois consciente de que essa seria a condição que lhe foi imposta pelo mercado. Essa motivação para o consumo não é captada pelos consumidores em geral⁵⁵. Contudo, é possível apreender a existência de um receio generalizado quanto à incapacidade de adquirir novas mercadorias, receio muito bem aproveitado pelos agentes econômicos, que dele se valem para instigar e fomentar o consumo⁵⁶.

Em *Vida Líquida*, Bauman ainda afirma que o consumismo é “*uma economia do logro, do excesso e do lixo*”⁵⁷, características que não implicam na falência do sistema, pelo contrário, atestam seu bom funcionamento. No sistema atual, quanto maior o acúmulo, melhor o desempenho do mercado e maior seu crescimento⁵⁸. Tais características, como bem se poderia deduzir, decorrem diretamente da insatisfação, ocasionada por expectativas e frustrações alimentadas pelo mercado, gerada pela sociedade de consumidores⁵⁹.

Bauman pontua que o consumidor tem sua condição na natureza humana e não em uma condição jurídica; sua condição natural precede sua condição jurídica. Desta feita, ser consumidor prescinde de normativa jurídica que o qualifique como tal, pois o mercado já o fez anteriormente e de forma a elencar o direito – ou talvez dever – de consumir em patamar superior a direitos fundamentais⁶⁰. O questionamento que se faz é se o Direito está apto a impor limites ao mercado e seus desmandos ou se permanece na qualidade de mero observador. É possível argumentar que os instrumentos de proteção atualmente disponíveis dão conta da proteção de direitos da personalidade. Por outro lado, mesmo levando em consideração a Teoria da Reparação Integral⁶¹, é igualmente possível aduzir que a

⁵⁴ BAUMAN, Zygmunt. *Vida para Consumo*, p. 76.

⁵⁵ IDEM, p. 77.

⁵⁶ IBIDEM, p. 79-80.

⁵⁷ BAUMAN, Zygmunt. *Vida Líquida*, p. 107.

⁵⁸ BAUMAN, Zygmunt. *Vida para Consumo*, p. 107.

⁵⁹ Nas palavras de Bauman “Para que as expectativas se mantenham vivas e novas esperanças preencham o vazio deixado por aquelas já desacreditadas e descartadas, o caminho da loja à lata de lixo deve ser curto, e a passagem, rápida”. BAUMAN, Zygmunt. *Vida Líquida*, p. 107.

⁶⁰ BAUMAN, Zygmunt. *Vida para Consumo*, p. 83 - 84.

⁶¹ A Teoria da Reparação Integral, conforme explica Sérgio Cavalieri Filho, busca restabelecer o equilíbrio *econômico-jurídico* desfeito por ocasião do dano sofrido. Significa, em última análise, devolver a vítima à situação em que se encontrava antes do dano, inspirado por sentimento de

responsabilidade civil em sua concepção clássica não seria mais suficiente para suprir novas demandas e reparar novos danos.

O consumo, da forma que se apresenta atualmente, deixou de ser mera escolha racional do indivíduo, tendo se tornado questão de cunho existencial, que define sua própria natureza e condiciona seu comportamento e sua forma de interação social. É possível observar que, mesmo em seus relacionamentos, os indivíduos passam a se comportar como mercadorias – ou ao menos como se espera que mercadorias se manifestem –, com relacionamentos marcados pela transitoriedade⁶². Há um esforço por parte do mercado em produzir e reproduzir julgamento de menos valia em relação ao produto ofertado em momento anterior. Isso porque, depois de adquiridas, as mercadorias ofertadas deixam de existir na esfera de interesses do mercado, posição ocupada por novas mercadorias, que irão substituir as anteriores no imaginário do consumidor, vendendo a esperança de satisfação em novo produto que, em seguida, será desconstruído uma vez que adquirido⁶³.

O estudo, ainda que breve, dedicado à definição e apresentação do tema *hiperconsumo* permite ponderar que o fenômeno social, ou melhor dizendo, o fato social⁶⁴ apreciado reestruturou a lógica segundo a qual vivem e interagem os indivíduos inseridos nesta mesma teia. O modo de se relacionar dos indivíduos seria marcado pelo que Zygmunt Bauman nomeou de “*Síndrome Consumista*”⁶⁵, que molda e determina as escolhas de seus partícipes – lembrando que não há como imputar-lhes a pecha de consumistas por escolha, uma vez que se pressupõe que os integrantes dessa sociedade são por ela condicionados a agirem de determinada

justiça. Nas palavras do autor “Limitar a reparação é impor à vítima que suporte o resto dos prejuízos não indenizados”. FILHO, Sérgio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*, p. 13.

⁶² BAUMAN, Zygmunt. *Vida para Consumo*, p. 107-108.

⁶³ IDEM, p. 128.

⁶⁴ Talvez cause estranheza chamar *consumismo* de fato social, no entanto, na definição de Émile Durkheim, fato social nada mais é que “toda maneira de fazer, fixada ou não, suscetível de exercer sobre o indivíduo uma coerção exterior, ou ainda, toda maneira de fazer que é geral na extensão de uma sociedade dada e, ao mesmo tempo, possui uma existência própria, independente de suas manifestações individuais”. DURKHEIM, ÉMILE. *As Regras do Método Sociológico*. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 13. Com essa definição, e levando em consideração que o consumidor enquanto agente individual encontra-se envolvido numa teia de relações de consumo que lhe influenciam e o definem, o consumismo pode ser interpretado como fato social.

⁶⁵ “É realmente uma *síndrome*: uma série de atitudes e estratégias, disposições cognitivas, julgamentos e prejulgamentos de valor, pressupostos explícitos e tácitos variados, mas intimamente interconectados, sobre os caminhos do mundo e as formas de percorrê-los, as visões da felicidade e as maneiras de persegui-las, as preferências de valor e (relembrando a expressão de Alfred Schütz) as relevâncias tópicas”. BAUMAN, Zygmunt. *Vida Líquida*, p. 109.

maneira. Inseridos na rede social do *hiperconsumo*, os indivíduos sequer possuem a escolha de dela serem parte, uma vez que em não aceitando seus termos e condições, ou mesmo em não dispendo de condições para nela se inserirem (como no caso daqueles que não dispõem de recursos para desempenhar o papel de consumidor exigido pelo mercado), são marginalizados pela sociedade dos *hiperconsumidores* sem qualquer julgamento prévio, sem que o Direito seja sequer consultado.

Por fim, não é necessário um leitor extremamente atento para se chegar à conclusão de que os consumidores encontram-se à mercê do mercado, desprotegidos e com instrumentos de proteção potencialmente insuficientes. Nesse contexto será apresentado modelo de reparação diferente daquele atualmente admitido pela responsabilidade civil, os *punitive damages*, instituto que ganhou notoriedade no direito norte americano e que será analisado e debatido nos capítulos subsequentes.

2.3 DANOS DECORRENTES DAS RELAÇÕES DE CONSUMO

A proposta deste subcapítulo é trazer para a seara da responsabilidade civil as questões acima apresentadas, representadas, em suma, pela vulnerabilidade do sujeito consumidor em face de agentes econômicos. Após a contextualização do tema, será apresentada a indenização punitiva propriamente dita. Nessa perspectiva, oportuna a lição de Maria Celina Bodin de Moraes, que ensina que o Direito deve trazer para si a tarefa de discutir as interações sociais relativas a indivíduo e grupo social⁶⁶, como no caso das relações de consumo aqui tratadas. Isso porque o Direito detém os meios legítimos de aferir responsabilidade e instrumentos de responsabilizar em caso de ocorrência de danos nas relações de consumo⁶⁷.

⁶⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*, p. 20

⁶⁷ IDEM, p. 20.

Com o advento da Constituição da República em 1988, o constituinte fez clara opção pela proteção do consumidor⁶⁸, reconhecendo sua vulnerabilidade diante de produtores, fabricantes, fornecedores e outros. Com a Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990, o Código de Defesa do Consumidor vai dispor especificamente sobre as regras de responsabilidade civil a serem empregadas em se tratando de danos decorrentes de relações de consumo. Porém, além de adentrar o estudo de matérias como responsabilidade objetiva, grau de culpa, extensão dos danos e nexo de causalidade, é preciso analisar a razão de dedicar proteção à pessoa, bem como ponderar se os instrumentos oferecidos pela responsabilidade civil são suficientes para o intento.

O dano moral, categoria jurídica objeto deste estudo, se encontra em constante transformação, já que acompanha as ondulações sociais. Parece razoável até mesmo afirmar que a própria denominação *dano moral* se mostra insuficiente como categoria dedicada à proteção de direitos da personalidade e de tutela da dignidade da pessoa humana⁶⁹. Assim, com os institutos dos quais se dispõe hoje, é imprescindível o fomento de discussões quanto a criação de novas e específicas categorias de estudo de danos e também novas formas de se buscar atingir a reparação integral.

É neste sentido a ponderação de Eroulths Cortiano Junior, quando afirma que:

“O centro nuclear do direito civil é a pessoa humana. Todo e qualquer instituto jurídico só tem razão de ser a partir do momento em que exista (e seja considerado) em função do homem. O próprio direito encontra sua razão de ser na noção de pessoa humana, que é anterior à ordem jurídica (...) pode-se dizer que todo o direito funciona em razão da pessoa humana”.⁷⁰

Nesta toada, não parece difícil entender ser necessário repensar algumas das categorias clássicas da responsabilidade civil, uma vez que parecem nem sempre atingir seu propósito, qual seja reparar todos os danos experimentados pela

⁶⁸ A questão atinente à proteção da dignidade da pessoa humana, e sua racionalidade extensiva a todo o ordenamento jurídico, e a opção em reconhecer o dano moral será discutida ainda neste capítulo.

⁶⁹ RÉCIO, Cappelari. *Os novos danos à pessoa*. Na perspectiva da repersonalização do direito, p. 125.

⁷⁰ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados Direitos da personalidade. In: *Repensando fundamentos do Direito brasileiro contemporâneo*, p. 41.

vítima⁷¹. O possível descompasso entre responsabilidade civil e demandas sociais atuais seria mais evidente em se tratando de danos decorrentes de relações de consumo, pois relações caracteristicamente mais dinâmicas.

Outrossim, propõe-se a reflexão sobre o desenvolvimento, ou mesmo acolhimento, de modelo de indenização desenvolvido especificamente para danos ocorridos em relações de consumo. Esse formato de indenização seria dedicado a situações em que agentes econômicos assumiriam o risco de causar danos e serem condenados a indenizações, pois, internalizados os prejuízos, conseguiriam ainda maximizar seus lucros. Pontua-se, porém, ser preciso delimitar os casos em que esse modelo de indenização se mostraria pertinente e necessário para reparar danos sem tutela específica pela responsabilidade civil hodierna:

“Tanto na experiência francesa como na americana, por exemplo, a jurisprudência vem reconhecendo crescentemente novos tipos de danos justificativos de indenizações especiais, isto é, independentes daquela que tem por finalidade reparar a incapacidade física como tal, de que são exemplos, o “prejuízo sexual”, o “prejuízo juvenil” (entendido como a dor particular que provoca, em um jovem, a consciência da própria degradação física e da perda da esperança de uma vida normal), “prejuízo à capacidade matrimonial”, dentre outros”.⁷²

A alternativa da indenização com função punitiva poderia ser mais interessante, justificada pela necessidade de dedicar tutela específica à proteção do consumidor. Antes, porém, da análise de tópicos fundamentais para o debate quanto à admissão ou rejeição de condenações punitivas, é preciso apresentar o instituto oriundo da experiência da *common law*.

⁷¹ REIS, Clayton. *Os novos rumos da indenização do dano moral*, p. 239.

⁷² FACHINI NETO, Eugênio. *Da responsabilidade civil no novo Código*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). *O novo Código Civil e a Constituição*, p. 188.

2.3.1 A indenização punitiva

Pensar em consumo e consumismo faz remeter à cultura norte-americana, particularmente à sociedade estadunidense. Não à toa, a indenização punitiva, nos moldes conhecidos atualmente, tem nos Estados Unidos da América o seu berço. O formato atual dos *punitive damages* surge na década de 70 como instrumento de reparação de danos morais causados pelos denominados *products liability*⁷³, ou seja, dedica-se às relações de consumo. Os *punitive damages*, conhecidos no imaginário popular por representar indenizações milionárias, operam como pena pecuniária e de caráter privado ao causador do dano e, de fato, podem chegar à casa dos milhões de dólares. Exemplo disso é o emblemático *McDonald's Coffee Case*⁷⁴, bastante conhecido e comentado pela condenação que representou vultosa quantia em dinheiro. Marshall S. Shapo oferece uma concisa e certa definição para os danos punitivos, bem como seu requisito mais essencial:

“Como a palavra “punitivo” implica, um grande propósito desta forma de danos é punir. Para justificar tal concessão, o requerente deve demonstrar que a conduta do réu foi particularmente culpável ou repreensível.”⁷⁵

⁷³ Danos decorrentes de acidentes de consumo, em que o fornecedor responde pelos danos causados por produtos defeituosos que disponibilizou ao mercado.

⁷⁴ O mundialmente conhecido caso “McDonald's coffee”, ou “Liebeck v. McDonald's”, ocupa lugar no imaginário de diversos civilistas, causando-lhes as mais variadas preocupações e inquietações. Em 27 de fevereiro de 1992, a consumidora Stella Liebeck de 79 anos de idade estava em um veículo conduzido por seu neto, quando o carro parou, Stella decidiu adicionar açúcar ao seu café da rede McDonald's Restaurants, que se encontrava em seu colo, derramando-o. Em decorrência da absorção da bebida pelo tecido de suas roupas, Stella sofreu queimaduras de terceiro grau, isso porque a bebida se encontrava em temperatura extremamente elevada, ficando hospitalizada e afastada de seu trabalho por diversos dias. O caso chegou aos tribunais em 1994, sendo caracteristicamente um caso de *product liability* no qual foi aplicado não somente uma indenização de caráter meramente compensatório, com o único intuito de compensar a vítima, mas também com o objetivo claro de punir a empresa, tendo sua sentença sido reformada de U\$160.000,00 (cento e sessenta mil dólares) para U\$3.000.000,00 (três milhões de dólares), pois foi considerado que a rede de *fast food*, por receber diversas reclamações sobre a desnecessariamente alta temperatura da bebida comercializada, deveria ter tomado providências e se cercado de cuidados para evitar que o acidente houvesse ocorrido. In: <http://blog.lawinfo.com/2012/03/22/landmark-products-liability-case-liebeck-v-mcdonalds-restaurants/>

⁷⁵ SHAPO, Marshall S. *Basic Principles of Tort Law*, p. 358. Tradução livre do original: “As the word “punitive” implies, a major purpose of this form of damages is to punish. To justify such an award, therefore, the plaintiff must show that the defendant's conduct was particularly culpable or even reprehensible.”

Muito embora a proposta central dos *punitive damages* seja operar como punição do agente causador do dano⁷⁶, o instituto apresenta ainda funções não designadas em sua nomenclatura, as funções preventiva – do inglês, “*deterrence*” – e retributiva – “*retribution*”⁷⁷. A função preventiva representaria o caráter preventivo ou ainda desencorajador da prática do ato danoso, utilizando a punição do ofensor como instrumento de controle social e desestímulo da conduta daqueles que eventualmente poderiam vir a causar danos. A função retributiva, de outro lado, teria por escopo funcionar como garantia de justiça enquanto satisfação tanto à sociedade quanto àquele indivíduo vítima do dano, pois condena o ofensor a indenizar em elevado cômputo indenizatório, o que implicaria na reparação do dano da forma mais completa possível⁷⁸. Assim, conforme explica Paula Meira Lourenço, a razão de ser da indenização punitiva pode ser encontrada na ineficácia de um modelo de reparação compensatório em dissuadir comportamentos lesivos de agentes econômicos, o que demandou alternativa do sistema jurídico⁷⁹.

Em se tratando de danos punitivos, o principal critério para fixação da indenização é o grau de culpa do ofensor, sendo esse um dos poucos pontos em relação à indenização punitiva em que a doutrina chega a consenso. Tanto na experiência estadunidense quanto nos demais países em que há posição favorável a aceitação de uma indenização que se propõe punitiva, admite-se que a pena privada funcione como mecanismo de desestímulo a condutas reiteradamente danosas. É o caso do “McDonald’s Coffee”, em que a majoração da indenização ocorreu, pois, como dito, foi considerada na fixação da condenação a grande quantidade de reclamações reportadas à empresa, assim como o grande número de acidentes como aquele, sem que a rede de *fast food* tomasse qualquer precaução para evitar novos danos. Em *Tort Law and Alternatives – Cases and Materials*, obra dos norte-

⁷⁶ Sobre a nomenclatura adotada, se faz bastante pertinente a explicação de Nelson Rosenthal: “Enquanto as cortes estadunidenses e canadenses adotam a expressão *punitive damages*, outras jurisdições – como a britânica e a australiana –, optam por *exemplary damages*. Não se pode afirmar que sejam termos de significado idêntico, pois a adoção de uma por outra produz reflexos sobre o perfil sistemático. O termo *punitive* enfatiza a preferência por um objetivo de punição, caso contrário, a adoção da locução *exemplar* indica que o fim primário é de construir um desestímulo que afaste o *espectro* da reiteração da mesma conduta.” Cumpre esclarecer ainda que ambos, *punitive* e *exemplary damages*, por seus pontos de conduta e aproximação, se encontram em posição aposta ao paradigma representado pelos *compensatory damages*, que têm por objetivo tão somente a reparação do dano, buscando fazer retornar a vítima a seu *status quo ante*. ROSENTHAL, Nelson. *As Funções da Responsabilidade Civil: A Reparação e a Pena Civil*, p. 144.

⁷⁷ IDEM, p. 358.

⁷⁸ SHAPO, Marshall S. *Op. cit.*, p.360.

⁷⁹ LOURENÇO, Paula Meira. *Os danos punitivos*, p. 1045.

americanos Marc A. Franklin e Robert L. Rabin, a indenização punitiva é abordada a partir da perspectiva dos tribunais norte-americanos, com análise de julgados e casos que tiveram grande repercussão⁸⁰. No estudo de determinado caso, concluem, taxativamente, que a função preventiva tem como papel a punição do ofensor, porque função de dano punitivo, mas pontuam sobre sua razão de ser que, em última análise, nada mais é do que uma tentativa de garantir proteção à totalidade de consumidores:

“Quase todos os estados têm concluído que, por vezes, os danos podem ser concedidos para punir o réu ou para fazer um exemplo daquele réu, de modo que os demais evitem este tipo muito grave de má conduta”.⁸¹

Conforme explica Nelson Rosenthal, os *punitive damages* são aplicados nos casos em que se observa a escolha do agente lesante em prejudicar o lesado, ou seja, constatando-se que o ofensor possuía capacidade para evitar a ocorrência do dano, mas assim não procedeu⁸². Essa escolha justificaria a aplicação de indenização que representa soma o suficiente para impor a tomada de providências com o fim de evitar que novos danos se perpetuem no futuro, impedindo que novas condutas lesivas ocorram⁸³. Desenvolvendo as possibilidades de aplicação do tema apresentado, Rosenthal apresenta cinco possibilidades diferentes em que a aplicação de *exemplary* ou *punitive damages* seria invocada, em se tratando de danos ocorridos em relações polarizadas em consumidor e fornecedor de produtos. A primeira hipótese seria aquela em que há a intenção de ludibriar o consumidor fraudando características do produto e o inserindo no mercado mesmo conhecendo sua capacidade lesiva; a segunda hipótese se refere ao fornecedor que deliberadamente ignora padrões de segurança estabelecidos e disponibiliza produto que coloque em risco a integridade do consumidor mesmo conhecendo regras que

⁸⁰ FRANKLIN, Marc A. e RABIN, Robert L. *Tort law and Alternatives – Cases and Materials*, p, 650. Tradução livre: Quase todos os estados têm concluído que, por vezes, os danos podem ser concedidos para punir o réu ou para fazer um exemplo daquele réu, de modo que os demais evitem este tipo muito grave de má conduta. No original: “Almost all the states have concluded that sometimes damages may be awarded to punish the defendant or to make an example of that defendant so that others will avoid this very serious kind of misconduct.”

⁸¹ FRANKLIN, Marc A. e RABIN, Robert L. *Tort law and Alternatives – Cases and Materials*, p, 650. Tradução livre. No original: “Almost all the states have concluded that sometimes damages may be awarded to punish the defendant or to make an example of that defendant so that others will avoid this very serious kind of misconduct.”

⁸² ROSENTHAL, Nelson. *As Funções da Responsabilidade Civil: A Reparação e a Pena Civil*, p. 143.

⁸³ ROSENTHAL, Nelson. *As Funções da Responsabilidade Civil: A Reparação e a Pena Civil*, p. 143.

determinem padrões a serem adotados; a terceira diz respeito à omissão do fornecedor quanto à adequação da mercadoria às normas de segurança, de modo a também colocar o consumidor em risco; a quarta hipótese é a omissão do produtor quanto aos riscos que o produto oferece; e, por fim, a quinta hipótese se resume na impossibilidade do fornecedor em oferecer soluções aos defeitos apresentados pelo produto que disponibilizou ao público, cuja obrigação de apresentar remédios lhe incumbia⁸⁴.

A condenação dotada de função punitiva se diferenciaria da indenização compensatória na medida em que, na primeira hipótese, a indenização tem como fim punir e, assim, inibir a conduta – *wrong oriented* –, ao passo que a função compensatória exprime compensação equivalente ao decréscimo patrimonial ou psicofísico sofrido pela pessoa – *loss-oriented*. Enquanto a indenização punitiva se destina ao causador do dano, punindo-o por sua conduta – *society oriented* –, a indenização de caráter compensatório volta-se para a vítima do dano, na busca pela compensação por esse – *victim oriented*. Uma terceira característica de diferenciação básica dos dois modelos seria que, se de um lado a indenização punitiva se reveste da função de punir e desestimular o ofensor, impedindo que esse venha a realizar novas condutas semelhantes, ou seja, evitar futuros danos, a função compensatória tem por objetivo reparar dano já ocorrido⁸⁵. No modelo compensatório de indenização não existiria a preocupação com aquilo que pode vir a acontecer, mas somente com o que já ocorreu, assim, teria como função somente fazer a vítima retornar à situação anterior a ocorrência do dano⁸⁶.

Por fim, sobre a experiência estadunidense, deve-se considerar que muito embora os *punitive damages* sejam considerados sanção de caráter civil, recebem tratamento de matéria penal. Dessa forma, pode-se afirmar possuírem natureza mista. Por esse motivo, estariam submetidos ao mesmo tratamento dedicado a sanções de natureza penal, como observância de garantias constitucionais, ponderação do cômputo indenizatório em razão do desestímulo e viabilização de atividades econômicas. Sua aplicação é também dedicada a casos bastante específicos em que a indenização compensatória se mostraria inadequada ou

⁸⁴ ROSENVALD, Nelson. *As Funções da Responsabilidade Civil: A Reparação e a Pena Civil*, p. 143-144.

⁸⁵ IDEM., p. 145.

⁸⁶ IBIDEM, p. 145.

mesmo insuficiente para obter a reparação integral do dano⁸⁷. Imperioso destacar que a complexidade atinente à aplicação da indenização punitiva, no tocante à condenação a montantes considerados exorbitantes, poderia ser superada ao se estabelecer limite máximo para o valor da condenação⁸⁸.

Na doutrina brasileira, a indenização punitiva recebe o tratamento de Teoria do Desestímulo⁸⁹, sendo observada como matéria assaz controversa, com grande número de opositores em doutrinadores consagrados, mas com crescente número de apoiadores. As maiores críticas tecidas a este modelo de quantificação do *quantum debeatur* residem nos critérios para fixação utilizados, eis que se deve levar em conta o grau de reprobabilidade da conduta do agente lesante, demonstrado pela culpa. A aferição do grau de culpa poderia aparentar estar absolutamente superada em razão da interpretação normativa pautada pela hipossuficiência do consumidor – de modo que não faria sentido lhe impor o ônus de demonstrar a culpa – a condição econômica do ofensor e demais peculiaridades da indenização punitiva⁹⁰. O estabelecimento de critérios, sejam eles objetivos ou subjetivos, para aferição do montante indenizatório em se tratando de danos punitivos, é também ponto controvertido na doutrina, assim como nos tribunais brasileiros.

O tema em análise representa inquietação para os estudiosos do Direito Civil, haja vista a possibilidade de não mais existirem limites estanques entre o que é de âmbito Público e o que é de âmbito Privado. Da mesma forma, não haveria limitação absoluta entre a utilização de institutos exclusivos da *civil law* ou da *common law*, pois vislumbram-se pontos de contato entre os sistemas. Assim, a probabilidade de confusão entre modelos de reparação anteriormente exclusivos de um ou de outro sistema é uma realidade com a qual a doutrina e os tribunais precisam lidar. Os tópicos que serão apresentados na sequência serão

⁸⁷ ROSENVALD, Nelson. *Op. cit.*, p. 146.

⁸⁸ Após a fixação de requisitos a serem observados para a indenização em condenações de caráter punitivo, a Suprema Corte dos Estados Unidos determinou que o valor a ser destinado à indenização, ainda que de natureza punitiva, não deveria ultrapassar em dez vezes o valor que representaria a indenização compensatória, sob pena de a indenização ser julgada inconstitucional. Dessa forma, não raro a Suprema Corte interveio com o intuito de regularizar sanções que se mostraram exorbitantes, desrespeitando suas orientações e superando a quantia representada por aquela anteriormente fixada, de modo a incorrer em condenações excessivas. IDEM, p. 146-147.

⁸⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 13ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 677.

⁹⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Op. cit.*, p. 98-99.

posteriormente desenvolvidos em capítulos especificamente dedicados ao seu tratamento.

2.3.2 Ainda a problemática do tema proposto

As preocupações doutrinárias e práticas se estendem desde o conflito entre Público e Privado, com a questão da aplicação de uma pena privada pela responsabilidade civil, à imprevisibilidade dos julgados que se valem do instituto da tradição norte-americana. Essa última decorre da ausência da devida observância das particularidades da aplicação da indenização punitiva no caso concreto, aplicando, ainda que de maneira velada, o instituto em casos que não configuram abusividade de agentes econômicos contra consumidores. Assim, por não existirem critérios específicos e pormenorizados para arbitrar a indenização por dano moral, a quantificação da indenização fica sujeita a arbitrariedades do Judiciário, problemática que apenas se agrava quando pensada sob um viés que se pretende punitivo, tendo como pressuposto condenação em vultosas quantias em dinheiro e escassos parâmetros de quantificação.

Observa-se que o sistema da *common law* – baseado em precedentes e não em ordenamentos codificados – e da *civil law* – de tradição romano-germânica, com ordenamento fruto de produção legislativa na forma código⁹¹ – seriam incompatíveis entre si e, portanto, seria clara a impossibilidade de se *importar* um instituto do direito norte-americano para o Direito Civil brasileiro. No entanto, Nelson Rosenvald é categórico ao afirmar ser insustentável a manutenção de uma lógica dicotômica entre o que é *civil law* e o que é *common law*⁹². Partindo de uma análise da realidade concreta⁹³, assim como a tradição da *common law* passou a valer-se de

⁹¹ ROSENVALD, Nelson. *Op. cit.*, p. 139.

⁹² IDEM, p. 140

⁹³ Alega o autor que a concretude das relações existências deve dar o tom para a responsabilidade civil e também para a forma de pensar o direito comparado, uma vez que, em se tratando de direito privado, os limites entre as regulamentações de cada país são mais fluidos e, portanto, mais maleáveis. Aponta que “ao contrário do direito continental que pela notável repercussão da obra de Kelsen vincula o conceito de eficácia a um projeto jurídico estatal e de sua pretensão a ser obedecido, a experiência anglo-saxônica do direito colocou em obra a lei como instrumento subsidiário, a irrupção do direito entre os poderes difusos na sociedade, os direitos constitucionais

ordenamentos positivados para fundamentações jurídicas, também a *civil law* tende a conceder maior importância ao entendimento dos tribunais⁹⁴. Na experiência brasileira, se observa esse fenômeno também em relação a Teria do Desestímulo, já que são encontrados inúmeros julgados aplicando no caso concreto um modelo de indenização que, a princípio, não encontraria respaldo normativo na legislação⁹⁵. Mesmo assim, o instituto é comumente invocado em matéria de responsabilidade civil, ainda que realizadas algumas adaptações consideradas necessárias para melhor adequação ao sistema jurídico no qual o instituto será inserido.

É possível considerar que a divisão existente entre os sistemas da *common law* e da *civil law* se apresenta como categoria meramente metodológica, estando, assim, superada a dicotomia antes marcante nos estudos de responsabilidade civil⁹⁶. Como apontam Ana Carolina Brochado Teixeira e Carlos Nelson Konder, pensar numa dicotomia na qual se observa de um lado direitos patrimoniais e de outro lado direitos da personalidade não é tão evidente quanto se pode presumir, eis que o intérprete pode se deparar com situações em que essas se apresentam com igual grau de relevância. Uma situação concreta poderia ser representada pela análise de caso referente a indenizações nas relações de consumo, em que se pretende a proteção do consumidor, bem como a reparação integral, mas ao mesmo tempo procura não inviabilizar a atividade econômica e não acarretar em enriquecimento ilícito da vítima⁹⁷ – o que por si só parece paradoxal. Afirmam Ana Carolina Brochado Teixeira e Carlos Nelson Konder, *in verbis*:

“A ideia fundamental é que a função pode acompanhar as mudanças da sociedade, sendo, portanto, um conceito contextual e socialmente construído. Funcionalizar um instituto é descobrir sob qual finalidade ele serve melhor para o cumprimento dos objetivos constitucionais, qual

que lhes defendem e o papel interpretativo da jurisprudência, que se move sob a orientação da *práxis* e dos precedentes”. ROSENVALD, Nelson. *Op. cit.*, p. 140.

⁹⁴ ROSENVALD, Nelson. *Op. cit.*, p. 139.

⁹⁵ Deve-se levar em conta, ainda, a possibilidade que a categoria *dano moral* apresenta em matéria de quantificação, uma vez que é factível o aumento do valor da indenização dedicada a reparar tais danos de modo que a função reparação seja superada, caracterizando mesmo punição. Assim, os danos punitivos se encontrariam presentes, ainda que assim não denominados. LOURENÇO, Paula Meira. *Op. cit.*, p. 1057.

⁹⁶ Ainda que a dicotomia em análise estivesse presente também em outros ramos do Direito, pode-se dizer que era bastante marcante em termos de Direito Civil.

⁹⁷ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado, e KONDER, Carlos Nelson. *Situações jurídicas dúplices: controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade*. In Luiz Edson Fachin e Gustavo Tepedino. *Diálogos sobre direito civil*, vol III, p. 5.

seja, a tutela da pessoa humana na perspectiva não apenas individual, mas também solidarista e relacional”⁹⁸

A discussão quanto à função da indenização punitiva não pretende, portanto, esgotar o estudo de sua estrutura, mas propõe uma mudança de foco para a análise de seu efeito prático como instrumento de proteção de direitos da personalidade.

Como se posiciona Maria Celina Bodin de Moraes em sua crítica à indenização punitiva, é importante esclarecer que, no Brasil, não existe substrato legal exposto para a aplicação de indenizações com funções diferentes da compensatória⁹⁹. Tendo em vista a responsabilidade civil brasileira se pautar em Direito de Danos¹⁰⁰, excluindo-se uma análise subjetiva do grau de culpa com que agiu o causador do dano e demais requisitos para aplicação de indenização com função diferente daquela compensatória, quando se encontra aplicação em julgados, deve-se ter em mente que se trata de criação exclusivamente jurisprudencial, sem amparo em tratamento normativo específico da matéria¹⁰¹. A fixação de condenações punitivas pautar-se-ia tão somente em jurisprudência que afirma aplicar indenizações de caráter principiológico e aqui reside um dos grandes problemas quanto ao caráter da indenização. Carlos Alberto Bittar também toma posição ao afirmar que a indenização punitiva, na verdade, representa uma quantia equivalente aos interesses das partes, uma vez que o lesante causou o dano buscando maximizar seus lucros, a resposta da ordem jurídica seria condenação que importe em diminuição patrimonial que, de fato, represente alguma forma de desestímulo da conduta¹⁰². Assim, a questão esbarra em temas bastante complexos, como a dignidade da pessoa humana, com duas posições doutrinárias diametralmente opostas.

⁹⁸ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado, e KONDER, Carlos Nelson. *Op. cit.*, p. 6-7.

⁹⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*, p. 25.

¹⁰⁰ Sobre o Direito de Danos, Pablo Malheiros da Cunha Frola pontua que o formato utilizado para a construção atual da responsabilidade civil e da responsabilidade consumerista se baseia na busca pela reparação integral, porém existiria dificuldade em acompanhar as transformações recentes. Nas palavras do autor: “Ocorre que a responsabilidade civil e a consumerista, moderna e contemporânea, são colocadas em xeque, diante da não contenção da expansão desordenada dos danos de toda ordem (...). Amplifica-se essa situação pelos adjetivos que marcam as características da sociedade atual, cujos emblemas são o risco, a massificação, a superficialidade, a vigilância, a cibernética, o hiperconsumo, a globalização e, por que não, os danos.” FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. *Responsabilidade por Danos*, p. 213.

¹⁰¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*, p. 25.

¹⁰² BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*, p. 233.

No tocante à dignidade da pessoa humana, é preciso considerar que seu significado é extremamente complexo, se tratando de um conceito bastante aberto, apesar de refinada categoria. Na verdade, é possível dizer que não existe um conceito definido para o vocábulo, a expressão dignidade humana ultrapassa o conceito de princípio ou mesmo de cláusula geral, é muito mais um imperativo categórico. Por esse motivo, pode-se afirmar que não possui limite, é mais que limite, é o que atribui à pessoa humana sua qualidade de ser “*um fim em si mesmo*”¹⁰³; é o limite e o imperativo que orienta as relações interpessoais. Insta ressaltar que, caso se admita a aplicação dos *punitive damages* pelo ordenamento jurídico brasileiro, esse modelo indenizatório teria como principal função a proteção da pessoa humana de forma ampla, ou seja, buscando evitar mesmo danos futuros, de modo a realizar a manutenção da hierarquia da dignidade da pessoa humana e da ordem jurídica democrática em detrimento do lucro das grandes empresas.

Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk aponta que a indenização punitiva, por apresentar também função preventiva, reflete a ideia de que compete da mesma forma ao Estado evitar a ocorrência de danos à pessoa¹⁰⁴. O Estado não deveria esperar que o mercado lançasse mão de instrumentos que prejudiquem seus objetivos primários em busca de práticas que não representem riscos ao consumidor. Reside nessa racionalidade o argumento que poderia justificar a aceitação de condenações punitivas, por apresentarem também função pedagógica. Ainda que se argumente que a indenização de caráter punitivo possua dimensão mais patrimonialista que a indenização compensatória, aquela poderia se mostrar como o modelo de condenação hodiernamente mais adequado para garantir a efetiva proteção da pessoa humana. A indenização com função punitiva pode coibir práticas comuns de ofensas a direitos fundamentais, que atualmente não são percebidas em todas as suas dimensões pelo Direito Civil quando da apuração da responsabilidade do agente causador do dano.

Outro ponto levantado pela parcela da doutrina favorável à aplicação de indenizações punitivas é questão atinente à necessidade de a responsabilidade civil manter-se atrelada somente à indenização de caráter compensatório. Desse modo, seriam excluídas as demais possibilidades ofertadas por outros ordenamentos e

¹⁰³ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Op. Cit*, p. 80.

¹⁰⁴ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *A responsabilidade civil por danos produzidos no curso de atividade econômica e a tutela da dignidade da pessoa humana: o critério do dano ineficiente*. In Carmen Lucia Silveira Ramos. *Diálogos sobre direito civil*, p.134.

sistemas. O que se questiona é se a indenização nos moldes nos quais é concebida atualmente, qual seja, condenação compensatória, é a única resposta que o Direito tem em se tratando de danos morais. A partir do lugar da dúvida busca-se trazer ao debate a capacidade do modelo compensatório de reparar integralmente os danos sofridos pela vítima, incluindo neste ponto mesmo perspectivas subjetivas do indivíduo, como a confiança na Justiça e reconhecimento de que essa teria sido alcançada.

Em contrapartida aos apontamentos aventados, Anderson Schreiber, ao tratar dos requisitos para a configuração do dever de indenizar e da problemática atinente à forma de imputar responsabilidade, afirma que a indenização punitiva não é a solução tanto procurada para a atual crise enfrentada pela responsabilidade civil¹⁰⁵. Schreiber aponta que a admissão dos *punitive damages* teria como consequência somente a criação de um outro problema, de uma outra crise, em que tanto doutrina quanto jurisprudência acabariam por se deparar com, e teriam que enfrentar, demandas *frívolas*¹⁰⁶, movidas por motivos um tanto quanto torpes. A adoção do modelo indenizatório pautado em punição do ofensor pelo arbitramento de elevadas somas em dinheiro acabaria, na perspectiva do autor, por tirar o foco da responsabilidade civil da proteção de direitos da personalidade, redirecionando-o a meras condenações exorbitantes e, assim, enriquecimento da parte que sofreu o dano¹⁰⁷.

Assumindo também posição contrária à aplicação dos danos punitivos, ou melhor dizendo, condenação punitiva, Maria Celina Bodin de Moraes tece diversas críticas ao modelo indenizatório norte-americano, sobretudo quanto à disparidade e imprevisibilidade dos julgados em que a matéria da indenização “punitivo-pedagógica” é invocada, tendo em vista que, a princípio, a pena pecuniária poderia atingir somas incalculáveis e exorbitantes¹⁰⁸. Vale ressaltar que na experiência brasileira, muito embora não exista previsão legal expressa para a aplicação de condenações de caráter punitivo, com frequência há remissão pela jurisprudência à Teoria do Desestímulo, invocando função punitivo-pedagógica sem que sejam explicados os parâmetros utilizados para a condenação. Portanto, haveria uma utilização irresponsável e impensada da indenização punitiva pelos tribunais

¹⁰⁵ SCHREIBER, Anderson. *Op. cit.*, p. 8.

¹⁰⁶ IDEM, p. 8.

¹⁰⁷ IBIDEM, p. 9.

¹⁰⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Op. Cit.*, p. 246.

brasileiros. Partindo desse princípio, Maria Celina Bodin de Moraes propõe outra solução, pois assim como Schreiber, a autora prevê potencial banalização da pessoa e dos danos que sofreria. *In verbis*:

“(...) concretizar, ou densificar, a cláusula de proteção humana, não admitindo que violações à igualdade, à integridade psicofísica, à liberdade e à solidariedade (social e familiar) permaneçam irressarcidas.”¹⁰⁹

Em uma rápida análise, é possível observar que a atual ausência de critérios objetivos e específicos para a quantificação de indenizações é um problema que deve ser enfrentado com seriedade. Também na experiência estadunidense a questão da quantificação da indenização, no caso punitiva, é complexa, existindo casos de reforma de decisões consideradas exorbitantes em alguns estados dos Estados Unidos¹¹⁰. A ausência de parâmetros se encontra no cerne da problemática aqui tecida, uma vez que os critérios de quantificação do montante condenatório seriam definidos por princípios extremamente subjetivos, como os da *razoabilidade* e da *proporcionalidade*¹¹¹. Permitir que princípios genéricos norteiem o julgador importa em grande discricionariedade de sua parte, o que poderia implicar em ausência de limites para essa modalidade de indenização¹¹². Por outro lado, a análise do caso concreto e, portanto, a subjetividade no momento da aferição do valor da condenação é também requisito para que se cumpra com o proposto pela responsabilidade civil, a reparação integral, atingida somente em observância às peculiaridades da situação.

Se por um lado atribuir à ofensa de direitos da personalidade valores indenizatórios elevados não se mostra como a opção ideal para a solução do problema relativo a abusos perpetrados nas relações de consumo, esta modalidade de indenização poderia vir a ser, ainda que não a escolha ideal, uma grande evolução para o aspecto preventivo e pedagógico da responsabilidade civil. Assim,

¹⁰⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Op. Cit.*, p. 131.

¹¹⁰ FRANKLIN, Marc A. e RABIN, Robert L. *Op. cit.*, p, 652.

¹¹¹ SCHREIBER, Anderson. *Op. cit.*,p. 166.

¹¹² Seria, então, preciso utilizar o critério da *ponderação*, que, conforme leciona Anderson Schreiber, “consiste, essencialmente, em analisar de forma comparativa o grau de concreta realização do interesse lesivo e o grau de concreta afetação do lesado, extraindo-se do dado normativo uma regra de prevalência válida para as circunstâncias particulares em exame”. SCHREIBER, Anderson. *Op. cit.*,p. 166.

dentre as escolhas possíveis, poderia ser a melhor opção para tratar do problema existente, como ocorre no sistema da *common law*, em que o Direito prevalece sobre o Econômico, promovendo a proteção da pessoa.

No Brasil, adaptando-se à manifestação axiológica da Constituição, a indenização punitiva poderia tomar contornos diferentes daqueles pensados como meramente patrimonialistas. O modelo de reparação punitiva poderia vir a ser instrumento em potencial para a promoção da dignidade da pessoa humana.

Admitida a dignidade da pessoa humana como manifestação dotada de concretude e repleta de significado, distante, portanto, de um mero enunciado retórico, resta a implicação de que, por não ser abstrata, sua proteção e promoção constitui dever de toda a teia social formada e pensada a partir de cada um de seus indivíduos. Caberia à totalidade de indivíduos, e também ao Estado, o dever de criar mecanismos que garantam a efetiva proteção da pessoa, pois sua inerente dignidade é base fundante de todo o ordenamento jurídico. O princípio da dignidade da pessoa humana prevaleceria mesmo sobre os demais princípios sempre que houver interesses e princípios conflitantes. É nesse sentido que discorre Luiz Edson Fachin ao tratar dos atributos da dignidade da pessoa humana:

“Paulo da Mota Pinto observa a supremacia da dignidade da pessoa humana como valor ao afirmar que da *“garantia da dignidade humana decorre, desde logo, verdadeiro imperativo axiológico de toda ordem jurídica, o reconhecimento de personalidade jurídica a todos os seres humanos, acompanhado da previsão de instrumentos jurídicos (nomeadamente direitos subjetivos) destinados à defesa das refrações essenciais da personalidade humana, bem como a necessidade de proteção desses direitos por parte do Estado.”*¹¹³

Ainda que a discussão quanto ao melhor modelo de proteção permaneça, o intérprete deve sempre considerar a promoção da dignidade da pessoa humana a *priori*, pois é concreta. Pode-se alegar, mesmo que prevaleça a discussão quanto às formas de proteção, que é a promoção da dignidade da pessoa humana que deveria guiar o intérprete, pois tem concretude e impõe deveres, é imperativo categórico a

¹¹³ FACHIN, Luiz Edson e RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *A dignidade da pessoa humana no Direito contemporâneo: uma contribuição crítica à raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista*, p. 3.

partir do qual os institutos jurídicos devem ser pensados e desenvolvidos. Tendo essa racionalidade em mente, a possibilidade de admitir condenações punitivas abandona também a abstração e poderia encontrar uma justificativa.

No capítulo seguinte, será apresentado o tema na perspectiva da legislação hodierna, os conflitos relativos ao paradigma atual da responsabilidade civil e da legislação consumerista. Adiante, em análise econômica, as premissas apresentadas a seguir serão utilizadas para compreensão e explicação da lógica de mercado e do papel da responsabilidade civil na proteção dos direitos da personalidade e promoção da dignidade da pessoa humana. Imediatamente no subcapítulo a seguir, será apresentado o Teorema de Coase sob o enfoque das relações de consumo. É preciso considerar que, muito embora o ensaio escrito por Ronald Coase se insira em temas de análise econômica do Direito, entende-se importante sua contextualização no âmbito das relações de consumo, por isso consigna-se por oportuna sua apresentação neste capítulo.

Pretende-se analisar as principais críticas e preocupações da doutrina nos próximos capítulos, quando serão enfrentados temas como enriquecimento ilícito, análise econômica do Direito, superação da dicotomia entre Direito Público e Direito Privado e outros temas inseridos nessas questões centrais, como a proposta de criação de fundos para os quais poderiam ser dirigidos os valores que superassem a seara compensatória da indenização punitiva – que poderia ser individualizada entre a compensação pelo sofrimento da vítima e o valor destinado à punição do ofensor e exemplo para evitar novas condutas.

2.3.3 O Teorema de Coase nas relações de consumo

É necessária a inserção do Teorema de Coase, como ficou conhecido o ensaio *O problema do custo social* de Ronald H. Coase¹¹⁴, na perspectiva da responsabilidade civil, pensada no trabalho em termos de mecanismos de proteção do consumidor. Crucial a contextualização da teoria desenvolvida pelo economista

¹¹⁴ Ronald Harry Coase foi um economista inglês, nascido em 29 de dezembro de 1910. Recebeu o prêmio Nobel de economia em 1991 e lecionou pela maior parte de sua vida na University of Chicago Law School, tendo ganhado destaque na University of Buffalo. Faleceu em 2 de setembro de 2013.

britânico no âmbito das relações de consumo para a melhor utilização de seus conceitos em momento oportuno. No início de seu ensaio, Coase busca delimitar o tema por ele abordado, bem como a razão do estudo, apontando como seu objeto os atos comissivos ou omissivos de agentes econômicos que causariam danos a terceiros¹¹⁵.

Em termos de relação de consumo, a aplicação do que o autor denominou *natureza recíproca do problema*¹¹⁶ é facilmente compreendida, já que deve adequar-se a políticas de respeito e cautela com o consumidor, bem como adequar seu produto de modo a garantir a segurança e completa informação do consumidor e, em geral, investir em métodos que evitem a ocorrência de danos; o que, em termos de lucratividade, não é interessante, uma vez que o agente econômico (ofensor) deixa de lucrar ao evitar danos ao consumidor. Deve-se ainda analisar que, em matéria de responsabilidade civil e danos causados por agentes econômicos operando, como operam, em termos de aferição e maximização de lucros, sempre será escolhido o custo que melhor atenda a seus interesses econômicos. Nesta toada, se o pagamento do valor da indenização – ou melhor dizendo, das indenizações como um todo – se mostrar inferior ao custo que representa a

¹¹⁵ COASE, Ronald H. *O problema do custo social*, p. 2.

¹¹⁶ Coase afirma que a chamada natureza recíproca do problema ocorre quando, entre duas partes, que nomeou A e B, para evitar prejuízo a uma das partes, a outra viria a sofrer prejuízos, de modo que deve ser levado em consideração não a ocorrência de um prejuízo e simplesmente como evita-lo, mas antes deve ser realizada uma análise de qual dano ou prejuízo seria mais gravoso e escolher qual deles será evitado. A título de exemplo, Coase apresenta o caso em que existem duas fazendas pertencentes a diferentes proprietários, sendo que em uma delas há criação de gado e em outra uma plantação, se o gado do proprietário A adentra a plantação do proprietário B, causa grande prejuízo, pois destruiria aquela plantação, assim, admitindo-se que não há como evitar que algumas cabeças de gado invadam a propriedade vizinha, há que ser avaliada qual procura é maior, se pela carne de gado ou por produtos agrícolas e escolher qual representa maior interesse econômico, contudo, nem sempre essa informação é inequívoca ou se apresenta claramente. Desenvolvendo o caso apresentado, Coase passa a uma ponderação entre escolhas racionais e responsabilização, partindo do exemplo anunciado, insere outras variáveis: tomando como pressuposto de que as propriedades vizinhas não são separadas por cercas e que o aumento da quantidade de cabeças de gado do pecuarista representaria aumento de danos à propriedade do agricultor, estabelece que o valor para cercamento da propriedade é de \$9 por ano, enquanto que o preço do produto agrícola fica em \$1 a tonelada, propõe uma progressão aritmética a perda de produtos agrícolas por cabeça de gado agregada pelo pecuarista é de uma tonelada por boi. Neste sentido, o custo para o pecuarista seria de \$1 para cada boi a mais em seu rebanho, por exemplo, se aumenta seu rebanho de dois para três bois, passa a ter um custo anual de \$3, esse custo será incorporado à conta de lucros e custos do criador de gado. Assim, o pecuarista somente aumentará seu rebanho se o valor do produto (carne) mostrar-se superior ao custo pela tonelada de produto agrícola que deverá indenizar a propriedade vizinha, concluindo que o custo marginal chegaria a zero no caso de os imóveis encontrarem-se separados por cerca. Entretanto, o pecuarista irá considerar se a cerca é economicamente mais interessante do que arcar com os custos de indenizar o produtor agrícola. Por óbvio, em se tratando de responsabilidade civil e proteção e promoção da dignidade da pessoa humana, a discussão ganha outros contornos que não meramente econômicos, o que se pretende expor em momento oportuno. COASE, Ronald H. *Op. cit.*, p. 2-4.

adequação e implementação de políticas que venham a evitar que o dano seja causado, o agente econômico escolherá racionalmente a opção que melhor atenda suas necessidades e objetivos. No caso, internalizaria os custos de uma condenação a pagamento de indenização e permaneceria perpetuando danos, pois economicamente mais vantajoso. O que se propõe com a exposição do Teorema de Coase é discutir a possibilidade de sua aplicação no Direito Civil e, ainda, enfrentar o questionamento central que emana de sua leitura no contexto das relações de consumo.

O cerne da questão aqui apresentada passa a ser, então, qual o método mais eficaz para impor resistência a este avanço do mercado que, em suma, opta por causar danos e assume o risco de, eventualmente¹¹⁷, ser civilmente responsabilizado em detrimento de investir em meios de existir e operar como engrenagem de um aparato promotor da dignidade da pessoa humana e respeito a direitos da personalidade. Levando em consideração esses apontamentos, seria o modelo atual de indenização compensatória suficiente para a proteção do consumidor?

Em uma perspectiva econômica, porém de conveniente reflexão ao Direito, Ronald Coase avalia possíveis, e talvez até desejáveis, respostas do mercado a determinações do Direito:

“(...) a delimitação inicial dos direitos exerce influência sobre a eficiência com a qual o sistema de preços opera. Um arranjo de direitos pode ser o mais apto, entre todas as alocações possíveis, a gerar um grande valor de produção. Mas, a não ser que esta já seja a alocação de direitos estabelecida pelo sistema jurídico, os custos para se atingir os mesmos resultados pela alteração e combinação dos direitos pelo mercado podem ser tão elevados que esse arranjo ótimo de direitos, e a maximização do valor da produção dele advinda, podem jamais ser atingidos.”¹¹⁸

¹¹⁷ Optou-se pelo vocábulo *eventualmente*, pois diversos casos sequer chegam ao Judiciário, de forma que as vítimas simplesmente sofrem o dano e jamais recebem qualquer tipo de reparação ou lenitivo para seu sofrimento, considera-se que este curso e risco das ações dos consumidores também são assumidos pelos agentes causadores de danos, premissa que nega completamente a chamada – e por muitos juristas e magistrados temida – *indústria do dano moral*, negação que este trabalho toma como justa, como será futuramente tratado em tópico apropriado.

¹¹⁸ COASE, Ronald H. *Op. cit.*, p. 13-14.

Para o economista britânico, o Direito deve se pronunciar determinando e julgando as ações dos agentes econômicos a partir da escolha de qual direito merece mais proteção.

Pois bem. Em se tratando de novas demandas sociais e ocorrência de novos danos, poderia o Direito manifestar-se de forma específica sobre danos decorrentes de relações de consumo, oferecendo mecanismos também específicos de proteção que viriam a operar de forma mais eficiente na proteção do consumidor. Por decorrência lógica desta observação, tem-se que a questão poderia vir a superar, então, a responsabilidade civil clássica, pois ausente de amparo especial em matéria de consumidor, reconhecendo sua vulnerabilidade como hipossuficiência. Ou seja, em termos processuais de produção de prova, mas mantendo a mesma forma de reparação de danos – compensatória. Contudo, no que se refere ao poder de mercado e ao chamado dano ineficiente, temas que serão tratados adiante, considerar o mesmo tratamento legal a partes lesantes que assumem e internalizam os custos de riscos de danos, importa negligenciar uma matéria que por sua própria natureza peculiar invoca tratamento diferenciado.

Esta questão pode ser repensada a partir do contraponto formulado por Maria Celina Bodin de Moraes, que rechaça qualquer possibilidade de aplicação de indenizações de caráter punitivo, afirmando que essa alternativa é, inclusive, inconstitucional e uma afronta à própria dignidade da pessoa humana¹¹⁹. Muito embora de posição contrária à aplicação de danos punitivos, e utilizando para isso a impossibilidade de dedicar e criar microssistemas autônomos para a tutela da pessoa humana¹²⁰, a consideração é essencial para fomentar a problemática apresentada:

“A tutela da pessoa humana não pode ser fracionada em isoladas hipóteses, microssistemas, em autônomas *fattispecie* não intercomunicáveis entre si, mas deve ser apresentada como um problema unitário, dado o seu fundamento, representado pela unidade do *valor* da pessoa. Esse fundamento não pode ser dividido em tantos interesses, em tantos bens, como é feito nas teorias atomísticas. A personalidade é, por tanto, não um “direito”, mas um *valor*, o valor fundamental do ordenamento, que está na base de uma série (aberta) de

¹¹⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Op. cit.*, p. 121.

¹²⁰ IDEM, p. 121.

situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente mutável exigência de tutela. Por isso, não pode existir um número fechado (*numerus clausus*) de hipóteses tuteladas: tutelado é o valor da pessoa”.¹²¹

É com essa assertiva que se propõe analisar a necessidade de tutela específica para danos específicos. A concepção acima apresentada apregoa que a proteção à pessoa como tutela geral da personalidade, não pode ser encarada ou protegida diferentemente de acordo com hipóteses pré-definidas pelo ordenamento jurídico, sob pena de relativizar sua proteção. No entanto, o questionamento com o qual se encerra, porém sem concluir, este capítulo é se a indenização punitiva viria, de fato, a fracionar a dignidade da pessoa humana em faces e arestas diversas ou se apenas concederia proteção ao que Maria Celina Bodin de Moraes concluiu por *valor da pessoa* quando inserida em contexto que representa maior risco de danos. É com essa assertiva que se propõe analisar a necessidade de tutela específica para danos específicos.

O próximo capítulo será dedicado ao estudo do tratamento legal da matéria no Brasil, passando pela apreciação da mudança de paradigma que ocorreu nos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais dedicados à indenização e, ainda, intenta-se apresentar contraponto entre responsabilidade objetiva consagrada em matéria de Direito do Consumidor e a possibilidade de aferição de grau de culpa para a fixação do cômputo da indenização. A pretensão, portanto, é sopesar aquilo que melhor assistiria as necessidades de uma sociedade pautada em consumo.

¹²¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Op. cit.*, p. 121.

3 A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA EM MATÉRIA DE RESPONSABILIDADE CIVIL

3.1 A CULPA NA RESPONSABILIDADE CIVIL

É possível observar instabilidade na responsabilidade civil contemporânea, especialmente em relação a julgados e decisões, decorrente de uma crise em torno de institutos basilares sobre os quais se erige, ou, como melhor trata Anderson Schreiber, é reflexo de uma “erosão dos filtros tradicionais da reparação”¹²². A saber: culpa, dano e nexos causal¹²³. Houve significativa mudança nas realidades sociais, fato que alterou gradualmente o significado conceitual dos institutos base da responsabilidade civil. O que implicou, em certa medida, na obsolescência de alguns conceitos, eis que tiveram seus contornos alterados pela realidade social na qual estavam inseridos¹²⁴. Sobre o tema, leciona Anderson Schreiber que:

“A *erosão dos filtros da reparação* corresponde, portanto, não a um endêmico despreparo dos juízes com relação a uma disciplina secular – como desejam os cultores da responsabilidade civil –, mas a uma revolução gradual, silenciosa, marginal até, inspirada pelo elevado propósito de atribuir efetividade ao projeto constitucional, solidário por essência, a exigir o reconhecimento de que os danos não se produzem por acaso ou fatalidade, mas consistem em um efeito colateral da própria convivência em sociedade.”¹²⁵

Schreiber afirma se tratar de uma revolução falha, uma vez que foi concretizada apenas em parte, pois o dever de indenizar permanece contando com um caráter notadamente individual, com olhos somente para a pessoa do causador do dano e para a vítima do evento¹²⁶.

¹²² SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*, p.11.

¹²³ IDEM, p.11.

¹²⁴ VENTURI, Thais Goveia Pascoaloto. *A construção da responsabilidade civil preventiva no Direito Civil contemporâneo*, p. 25.

¹²⁵ SCHREIBER, Anderson. *Op. cit.*, p. 7.

¹²⁶ IDEM, p. 7.

Em meio a diversas mudanças resultantes da *erosão* dos principais institutos da responsabilidade civil, tem-se na culpa grande destaque e grandes discussões. Consagrada pelo Código de Defesa do Consumidor, em 1990, e posteriormente pelo Código Civil de 2002, a responsabilidade civil objetiva apresenta-se como instrumento de garantia de acesso à Justiça pelo consumidor. A modalidade de responsabilidade apreciada é colocada nessa forma para garantir efetividade a mais ampla tutela do consumidor, abdicando a responsabilidade civil da demonstração e comprovação de ação culposa do ofensor, eis que responderia independentemente dessa pelos danos decorrentes dos riscos de sua atividade¹²⁷.

No entanto, foi a mudança de paradigma de uma responsabilidade civil que antes se voltava para o causador do dano para uma nova preocupação, pautada na vítima e no dano sofrido, que significou a real mudança tratada. A indenização passou a ser fruto de um Direito de Danos¹²⁸, sem qualquer pretensão de punir o ofensor. Essa revolução no Direito Civil não poderia deixar de ter reflexos nas formas de responsabilização, no caso, a responsabilidade subjetiva¹²⁹ – que tinha objeto no ofensor e na sua conduta, buscando nessa a existência de um elemento subjetivo – é retirada de seu papel central na responsabilidade civil, uma vez que a preocupação desse modelo não era exclusivamente a vítima¹³⁰. Nesse mesmo sentido, leciona Thais Goveia Pascoaloto Venturi:

¹²⁷ VENTURI, Thais Goveia Pascoaloto. *Op. Cit.*, p. 31-33.

¹²⁸ Define Thais Goveia Pascoaloto: “Dentre os fatores que contribuíram para o desenvolvimento da responsabilidade civil por danos ou o “Direito de Danos” destacam-se os seguintes: (i) o requisito da antijuridicidade deixa de ter uma conotação vinculada à culpa, e, portanto, subjetiva do agente, e passa a ter um conteúdo objetivo, vale dizer, a adoção da ilicitude em sentido amplo, como comportamento contrário ao Direito desvinculado da noção de culpa; (ii) a mudança da própria concepção da culpa, que deixa de ter um conteúdo essencialmente moral e passa a ser concebida como culpa normativa ou culpa objetiva; (iii) o desenvolvimento do sistema da responsabilidade civil objetiva coexistindo com a responsabilidade civil subjetiva; (iv) a utilização das hipóteses de culpa presumida; (v) o incremento dos legitimados ativos a partir do alcance de eventuais vítimas; (vi) ampliação dos sujeitos responsáveis e a previsão de um regime solidário; (vii) inicia-se uma fase da socialização dos danos por meio de mecanismos alternativos da responsabilidade civil; (viii) a flexibilização do nexo de causalidade.” IDEM, p. 34-35.

¹²⁹ A responsabilidade civil subjetiva não deixou de ser a regra no Código Civil de 2002, contudo, em matéria de Direito do Consumidor e nos casos previstos pelo parágrafo único do Art. 927, que também dispõe sobre o desenvolvimento de atividades de risco, a responsabilidade civil objetiva passa a ter posição central. Tendo em vista que o trabalho desenvolvido está inserido no contexto das relações de consumo, será adotada a perspectiva de que, nesse contexto, a responsabilidade civil objetiva passou a ser a regra.

¹³⁰ “Em inúmeros casos, todavia, a exigência de tal prova equivalia, na prática, a não indenizar a vítima, contrariando a ideia que propugnava por uma ampliação dos casos de indenização, tendo em foco a vítima. De fato, provar a culpa do agente é uma das mais difíceis tarefas da parte dentro de um processo judicial”. NICOLAU, Gustavo Rene. *Efetiva aplicação da teoria do risco no Código Civil de 2002*, p. 225.

“A desvinculação da reparação como ideia de “castigo” para sancionar quem causou o dano injustamente, bem demonstra a mudança ocorrida no núcleo do sistema reparatório, que se volta para quem sofreu o dano e não para quem o cometeu, o que forçou a moderna doutrina civilista a compreender a responsabilidade civil como um verdadeiro “Direito de Danos.”¹³¹

Ainda, Alvino Lima aponta que:

“Dentro do critério da responsabilidade fundada na culpa não era possível resolver um sem-número de casos, que a civilização moderna criara ou agravara; imprescindível se tornara, para a solução do problema da responsabilidade extracontratual, afastar-se do elemento moral, da pesquisa psicológica do íntimo do agente ou da possibilidade de previsão ou de diligência para colocar a questão sob um aspecto até então não encarado devidamente, isto é, sob o ponto de vista exclusivo da reparação do dano.”¹³²

A mudança de paradigma apresentada implicaria no abandono definitivo da ideia de indenizações punitivas, adotando categoricamente a opção de função compensatória para a indenização. A reparação integral continuou sendo, contudo, seu objetivo primeiro e principal expoente. Desta feita, a responsabilidade civil procurou instrumentos para amenizar os efeitos causados pelo dano perpetrado, buscando diminuir os resultados desse, de maneira a fazer com que a vítima retornasse a estado mais próximo possível daquele que se encontrava antes de lhe ser imputado o dano.

A passagem para o Direito de Danos teria ocorrido para atender demandas sociais, apresentando reflexos nas relações de consumo ao fornecer instrumentos de ampla proteção ao consumidor. Contudo, talvez seja oportuno questionar se não seria chegado o momento de uma nova revolução na responsabilidade civil, buscando atender essas constantes mutações sociais e uma nova realidade para a qual o modelo atual de responsabilidade civil talvez não mais esteja apto a propiciar a real reparação integral exigida pela sociedade de *hiperconsumidores*. Sob essa

¹³¹ VENTURI, Thais Goveia Pascoaloto. *Op. Cit.*, p. 34.

¹³² LIMA, Alvino. *Da culpa ao risco*. In: NICOLAU, Gustavo Rene. *Op. cit.*, p. 225-226.

hipótese, passa-se a discutir a possibilidade de admissão futura de aplicação de indenizações de caráter punitivo.

Em matéria de indenização punitiva, os requisitos para sua aplicação seriam a ocorrência de dano, conduta ou fato e o nexo de causalidade existente entre eles – requisitos também exigidos pelo modelo atual da responsabilidade civil –, e ainda, para aferição do montante indenizatório, seria necessário avaliar o prejuízo sofrido pela vítima, o grau de culpa do ofensor, a potencial lucratividade obtida com a ocorrência do dano e, por fim, a condição econômica das partes¹³³. Nestes termos, restaria clara a incompatibilidade formal da indenização punitiva com o atual formato de responsabilização. Para a condenação em indenização punitiva (*punitive damages*), portanto, é necessária a análise de manifestação de intencionalidade bastante subjetiva, a culpa¹³⁴ do agente. Esse elemento, por sua subjetividade, acentua a problemática da matéria, em especial em se tratando da legislação consumerista brasileira, que consagrou a modalidade de responsabilidade objetiva¹³⁵, qual seja responsabilidade civil independente da análise de culpa¹³⁶.

Consigna-se, por oportuno, que a modalidade de responsabilidade objetiva admitida pelo Código de Defesa do Consumidor é também conhecida como *Teoria do Risco-Criado*, mais geral e abrangente do que a *Teoria do Risco-Proveito* – que impõe que o risco seja assumido visando lucratividade –, eis que decorre do desenvolvimento de atividade não necessariamente lucrativa¹³⁷. Isso impõe que a responsabilidade civil estaria em desacordo com um dos pressupostos de aplicação de condenações punitivas, que tem como um de seus requisitos a obtenção de lucro pelo causador do dano.

¹³³ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*, p. 236.

¹³⁴ O elemento subjetivo *culpa* aqui mencionado deve ser interpretado de maneira geral, abrangendo tanto as modalidades clássicas de culpa quanto o dolo.

¹³⁵ A evolução que levou à mudança da responsabilidade subjetiva para a objetiva foi, como se poderia imaginar, bastante lenta, tendo início com progressiva facilitação na demonstração da culpa por parte dos tribunais. Posteriormente, foi desenvolvida a noção de culpa presumida, com a consequente inversão do ônus da prova, assim, a prova a ser produzida seria a de que não houvera ação ou omissão culposa. Ainda anterior à responsabilidade objetiva, houve uma ampliação de casos enquadrados em responsabilidade civil contratual, para só então chegar-se à responsabilidade objetiva. FILHO, Sérgio Cavalieri. *Op. cit.*, p. 142.

¹³⁶ Por mais óbvio que possa parecer, é importante ressaltar que a modalidade objetiva de responsabilidade não implica em responsabilidade civil sem culpa, mas sim em responsabilização independente da comprovação de uma conduta culposa, ou seja, a culpa pode estar presente em qualquer uma de suas manifestações – imprudência, negligência e imperícia –, contudo, a responsabilidade ocorrerá ainda que aquela não seja comprovada.

¹³⁷ GRAMSTRUP, Erik Frederico. *Responsabilidade objetiva na cláusula geral codificada e nos microsistemas*, p. 130.

Consolidada com o Código Civil de 2002¹³⁸, a teoria da responsabilidade objetiva surge em clara ligação com as Teorias do Risco, bastante conhecidas em matéria de Direito do Consumidor. Essa modalidade de responsabilização teria como escopo a facilitação da defesa do consumidor, já que torna a análise da manifestação subjetiva da vontade, na conduta do ofensor, irrelevante para que se configure a responsabilidade civil¹³⁹. É preciso ressaltar que, ainda que a responsabilidade civil tenha seus alicerces na teoria da responsabilidade subjetiva e, assim sendo, nas teorias da culpa, em se tratando de danos perpetrados no âmbito das relações de consumo, a teoria da responsabilidade objetiva é desenvolvida pela doutrina e internalizada pelo ordenamento jurídico como instrumento de facilitação de reparação de danos¹⁴⁰. Isso porque esse modelo de aferição de responsabilidade não é omissivo quanto a grande dificuldade por parte do consumidor em comprovar a culpa do agente lesante, pois tem como premissa desvincular o dever de indenizar da necessidade de demonstração da culpa¹⁴¹.

A questão da responsabilidade objetiva parece ter tomado contornos de caráter processual, para além da pretensão material de proteção do consumidor. Operaria como mecanismo de facilitação de acesso à Justiça, pois não representa imposição de produção de prova em matéria processual para o consumidor, ou outro sujeito reconhecido como vulnerável e hipossuficiente na relação. Poderia ser discutido, no entanto, se a existência da facilitação em matéria de produção de prova, deveria representar obstáculo àquela parte que deseje comprovar que o grau de reprovabilidade na conduta do agente seria capaz de ensejar condenação em montante superior e com dimensão punitiva. Por outras palavras, a ponderação que se intenta propor é se, com essa garantia processual de facilitação na produção de provas, seria excluída de forma absoluta a possibilidade de investigar a ocorrência de culpa do agente causador do dano, ainda que essa fosse a vontade da vítima. Caso a resposta seja negativa e possa se considerar uma razão para tal análise, então poderia haver também a possibilidade de se discutir a admissão de aplicação

¹³⁸ Aplicação da modalidade de responsabilidade objetiva no Código Civil ocorrerá em se tratando de desenvolvimento de atividades de risco/perigosas, conforme determina o parágrafo único do Art. 927.

¹³⁹ REIS, Clayton. *Op. Cit.*, p. 70.

¹⁴⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*: De acordo com a Constituição de 1988, p. 261.

¹⁴¹ IDEM, p. 261.

de condenações punitivas, pois a ação do ofensor seria analisada de acordo com o grau de culpa apresentado na conduta. Por óbvio, existem outros óbices apresentados pela doutrina para a aplicação de indenizações punitivas – tais como a impossibilidade de o Direito Civil aplicar sanção de caráter punitivo, o potencial enriquecimento indevido ocasionado por indenizações que podem chegar a cifras milionárias, a vitimização social, possível conflito com o princípio da legalidade e outros – mas, por ora, o que se pretende discutir é o tema do confronto com a responsabilidade civil objetiva.

O legislador infraconstitucional, no Art. 14 do Código de Defesa do Consumidor impõe o dever de reparar independente de culpa, sendo essa desnecessária para a aferição de responsabilidade.

“Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.”

Sobre o assunto, em seus comentários ao Código de Defesa do Consumidor, Claudia Lima Marques observa que a responsabilidade objetiva, exclusivamente em matéria de consumidor, importa em análise de responsabilidade considerando o defeito, o dano ao consumidor e o nexo de causalidade entre esses¹⁴². A análise imporia o que denominou de *obrigação conjunta de qualidade-segurança*¹⁴³ da qual o fornecedor não pode se eximir.

Posteriormente, o Código Civil, no Art. 927, parágrafo único, também consagrou a teoria da responsabilidade objetiva, ou teoria do risco, de acordo com a qual aquele que, no desempenho de uma atividade de risco, causar dano, deve repará-lo ainda que não haja a comprovação de ação ou omissão culposa¹⁴⁴. A partir

¹⁴² MARQUES, Claudia Lima. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, p. 288.

¹⁴³ IDEM, p. 288.

¹⁴⁴ “A culpa presumida foi um dos estágios da longa evolução do sistema da responsabilidade subjetiva ao da responsabilidade objetiva. Em face da dificuldade de se provar a culpa em determinadas situações e da resistência dos autores subjetivistas em aceitar a responsabilidade objetiva, a culpa presumida foi o mecanismo encontrado para favorecer a posição da vítima. O fundamento da responsabilidade, entretanto, continuou o mesmo – a culpa; a diferença reside num aspecto meramente processual de distribuição do ônus da prova. Enquanto que no sistema clássico (da culpa provada) cabe à vítima provar a culpa do causador do dano, no de inversão do ônus

deste dispositivo, pode-se entender pela impossibilidade de realizar análise subjetiva do grau de culpa do ofensor, pois esse requisito é dispensado para que haja a responsabilização. Em não sendo a culpa elemento necessário à reparação, exigir demonstração de sua gradação significaria impor dificuldade, já reconhecida e afastada pelo ordenamento jurídico, à vítima.

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

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

Em se tratando de danos punitivos, o grau de culpa do agente lesante ocupa ponto central, pois é o que importará em aumento ou diminuição do montante indenizatório. A proporção assumida pela condenação dependerá da apreciação da culpa com a qual agiu o ofensor, se foi grave, leve ou levíssima. Portanto, a incompatibilidade dos danos punitivos com os dispositivos acima elencados seria flagrante, especialmente se levado em conta que foram pensados como instrumentos de facilitação de instrução processual. Com o objetivo de garantir o direito material, a responsabilidade objetiva imporia, inclusive, solidariedade entre toda a cadeia produtiva¹⁴⁵.

Em seus ensinamentos, Anderson Schreiber afirma que o objetivo do Art. 927 seria atingir a responsabilização do ofensor tomando como premissa o desenvolvimento de atividades de elevado risco para a sociedade¹⁴⁶. Schreiber aponta, ainda, que seria irrelevante o aproveitamento econômico proveniente dessa atividade¹⁴⁷, outro dos elementos essenciais à configuração de danos punitivos.

Importante lembrar que, de um modo geral, a teoria da culpa permanece, eis que, conforme leciona Sérgio Cavalieri, ao contrário do que ocorreu com o Código Civil de 1916¹⁴⁸, a culpa no ordenamento jurídico brasileiro decorre simplesmente do fato do qual a responsabilidade civil é originada. Nesse sentido, o estudo da culpa

probatório atribui-se ao demandado o ônus de provar que não agiu com culpa”. FILHO, Sérgio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade civil*, p. 39.

¹⁴⁵ MARQUES, Cláudia Lima. *Op. cit.*, p. 288.

¹⁴⁶ SCHREIBER, Anderson. *Op. cit.*, p. 25.

¹⁴⁷ IDEM., p. 25.

¹⁴⁸ Segundo o qual a culpa poderia ser *presumida*.

seria relativizado, uma vez que não é necessária para que haja o dever de reparação. A responsabilidade poderia ser afastada, no entanto, em caso de comprovação de ausência de culpa da parte que causou o dano. Desta feita, pode-se argumentar que em sentido contrário, quando o dano causado, por sua natureza, demandasse indenização não somente compensatória, poderia ser a culpa comprovada, ainda que em casos de responsabilidade objetiva¹⁴⁹.

“As presunções de culpa consagradas na lei, invertendo o ônus da prova, vieram melhorar a situação da vítima, criando-se a seu favor uma posição privilegiada. Tratando-se, contudo de presunção *juris tantum*, não nos afastamos do conceito de culpa da teoria clássica, mas apenas derogamos um princípio dominante em matéria de prova. Tais presunções são, em geral, criadas nos casos de responsabilidades complexas, isto é, das que decorrem de fatos de outrem, ou fato das coisas inanimadas. Fixadas por lei, as presunções *juris tantum*, o fato lesivo é considerado, em si mesmo, um fato culposo e como tal determinará a responsabilidade do autor, se este não provar a ausência de causa estranha causadora do dano, como a força maior, o caso fortuito, a culpa da própria vítima ou o fato de terceiro”¹⁵⁰.

Subsistiria para a responsabilidade civil, mesmo em matéria de relações de consumo e desenvolvimento de atividades de risco, vinculação à teoria da culpa e da responsabilidade subjetiva. Assim, a responsabilidade objetiva operaria como facilitação de instrução probatória, que altera as regras de distribuição do ônus da prova em favor da parte vulnerável e hipossuficiente. O consumidor seria afetado processualmente no contexto de demandas indenizatórias¹⁵¹, já que, na maioria dos casos, imputar a ele a produção de prova de requisitos subjetivos, como a culpa, inviabilizaria sua garantia ao direito material.

Esta garantia processual de facilitação de produção de provas não significaria impedimento para o consumidor/ofendido que pretendesse produzir prova da ocorrência de culpa em Juízo. A garantia processual sobre a qual se discute não deveria ser óbice para que o ofendido, assim querendo, produzisse prova de que seu ofensor agiu com culpa e que em sua ação ou omissão deveria

¹⁴⁹ FILHO, Sérgio Cavalieri. *Op. Cit.*, p. 39.

¹⁵⁰ LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*, p. 72. In: FILHO, Sérgio Cavalieri. *Op. Cit.*, p. 40

¹⁵¹ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade Civil*, p. 100.

haver apreciação meticulosa para aferir se a condenação incorreria de fato na almejada reparação integral. Nessa toada, poderia a vítima tentar demonstrar ao magistrado que, na verdade, a culpa com a qual agiu o causador do dano seria superior ao que se poderia supor¹⁵², demandando valor mais elevado a título de condenação por danos morais.

Não obstante a corrente doutrinária acima apresentada sustentar que, ainda hoje, a responsabilidade objetiva seria somente a exceção da regra, que é a responsabilidade subjetiva, Anderson Schreiber afirma, ao dissertar sobre a erosão dos tradicionais filtros da reparação, que quando o legislador redigiu o Art. 927 o fez com o intuito de fazer prevalecer a responsabilidade objetiva sobre a subjetiva¹⁵³. Ao contrário do que ocorreu com o Código Civil de 1916, e mesmo com a experiência do direito comparado, em que o legislador optou por manter a presunção da culpa, houve opção pela preponderância da teoria da responsabilidade objetiva¹⁵⁴.

Bem considerando a opção legislativa, importa consignar que os dispositivos apresentados não determinam responsabilização quando não existir culpa, mas apenas que o dever de indenizar existirá independente da demonstração da existência de culpa e ainda que essa não tenha ocorrido. Isso poderia significar que esse fator subsiste, ainda que não seja exigida sua comprovação, de modo que mesmo em se tratando de responsabilidade objetiva, em casos passíveis de se aplicar indenizações punitivas, a culpa poderia vir a ser analisada, eis que a função desta modalidade de reparação tem como objetivo a proteção do consumidor e da sociedade como um todo.

Assim, muito embora o julgador, como regra, determine o dever de reparar, após evidenciados os pressupostos tradicionais da responsabilidade civil, quando se depara com um caso de responsabilidade objetiva – sem que haja a necessidade de demonstrar que o causador do dano agiu com negligência, imperícia ou imprudência – isso não impõe que não exista a possibilidade de apreciar a culpa na conduta do lesante. É preciso deixar claro que a responsabilidade objetiva apenas implica em dever de reparação sem demonstração de culpa. A configuração de

¹⁵² Ainda que se considere mesmo ser desnecessário a existência de culpa na conduta do agente para a responsabilização. Portanto, a análise em questão não seria apenas para presunções de culpa, mesmo porque tal racionalidade teria sido superada após o Código Civil de 1916.

¹⁵³ SCHREIBER, Anderson. *Op. Cit.*, p. 22

¹⁵⁴ IDEM, p. 22-23.

responsabilidade objetiva independe da comprovação ou existência de culpa, mas não impõe sua não ocorrência¹⁵⁵.

Portanto, questiona-se novamente, seria ficção perquirir haver possibilidade de análise deste fator subjetivo da conduta? Colaciona-se o Art. 944 do Código Civil, bem como seu parágrafo único:

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

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

A aplicação do Art. 14 do Código de Defesa do Consumidor ou do Art. 927, parágrafo único, do Código Civil, afastariam a hipótese de utilização do parágrafo único do Art. 944. Contudo, não requer grandes dificuldades pensar em hipótese em que os dispositivos possam ser aplicados concomitantemente. O que significa dizer que, não obstante o legislador infraconstitucional tenha modificado as regras de distribuição do ônus da prova para garantir facilitação no alcance do direito ao consumidor, como determina o Art. 944, parágrafo único, a análise de aspectos subjetivos da conduta do réu é possível quando o dano e o grau de culpa se mostrarem inversamente proporcionais, de forma que a indenização pode ser diminuída.

Sem perder de vista que a intenção da norma é unicamente possibilitar a diminuição de eventual condenação, e não permitir sua majoração em casos de culpa grave, se existe a possibilidade de análise neste tipo de caso, poderia vir a ser viabilizada essa mesma ponderação em casos de grave afronta à pessoa.

Rui Stoco, em seu *Tratado de responsabilidade civil*, critica duramente esta opção legislativa, em especial quando em matéria de dano material, chamando-a de *desastrosa*¹⁵⁶. Em matéria de indenização por danos morais, por outro lado, levando-se em conta a escassez de critérios para fixação do valor de indenizações, a aplicação do parágrafo único do Art. 944 poderia ser considerada adequada¹⁵⁷, de acordo com Stoco.

Anderson Schreiber, em crítica à análise subjetiva aos graus de culpa, pontua que mesmo em se tratando de responsabilidade subjetiva, a gradação de

¹⁵⁵ STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*, p. 1708.

¹⁵⁶ IDEM, p. 1708

¹⁵⁷ IBIDEM, p. 1708.

culpa deveria ser irrelevante, uma vez que a responsabilidade civil possui função compensatória, voltada para o dano, e não função sancionatória¹⁵⁸. O importante contraponto apresentado pelo autor, posicionando-se em clara oposição a condenações punitivas, pode ser sintetizado na ideia de que ainda que considerado o grau de culpa, como poderia ocorrer em casos bastante específicos, ocorreria não com o intuito de punir o lesante. A lógica revelada pelo dispositivo é inversa, pois procura garantir que o causador do dano não seja excessivamente onerado¹⁵⁹.

A relativização da condenação teria como escopo respeitar um patrimônio mínimo do responsável pelo dano, reparando o quanto possível sem que a condenação represente ofensa à dignidade daquele que causou o prejuízo¹⁶⁰. Entretanto, em se tratando de danos punitivos, não se pode esquecer que essa espécie de condenação destina-se exclusivamente a agentes econômicos que perpetram danos no desenvolvimento de suas atividades, focados na obtenção de lucro, conforme apresentado no primeiro capítulo do trabalho.

Para que se possa cogitar a admissão de condenações com função punitiva, é necessário considerar, *a priori*, o liame psicológico¹⁶¹ entre o dano causado e a conduta do agente, ou seja, seria essencial realizar avaliação subjetiva em cada caso colocado à apreciação do Judiciário¹⁶². Na hipótese de serem admitidas condenações de caráter punitivo pelo ordenamento jurídico brasileiro, parece razoável o estudo da conduta do réu¹⁶³, quando tal investigação for de vontade da

¹⁵⁸ SCHREIBER, Anderson. *Op. cit.*, p. 43-44.

¹⁵⁹ IDEM, p. 44.

¹⁶⁰ IBIDEM, p. 46.

¹⁶¹ Representado pela culpa ou dolo, no caso de agentes econômicos, pela escolha consciente da perpetração do dano com o objetivo de lucrar.

¹⁶² Em seu livro *Os novos rumos da indenização do dano moral*, p. 72, Clayton Reis, citando Geraldo Porto de Oliveira, oferece melhor definição ao tema proposto, “destacando-se a qualidade de vida como valor de fundamental importância na vida social, o homem ganha uma dimensão espiritual. E é a partir do espírito que se justificam as reparações por danos morais”. OLIVEIRA, Marcus Geraldo Porto. *Dano moral Proteção Jurídica da Consciência*, p. 33. Partindo desta premissa, a análise subjetiva do fator culpa inserido na conduta do agente, por ser um risco que escolheu assumir, tem reflexo direto no montante da condenação, porém, não se considera somente o elemento subjetivo para aumentar ou diminuir o grau de responsabilidade daquele que causou o dano, mas antes apontar a falta de zelo, respeito e ética em seu comportamento, avaliação que influenciará no arbitramento da indenização, uma vez que a indenização de caráter punitivo não busca tão somente promover decréscimo no patrimônio do ofensor e compensação ao ofendido, em matéria de danos morais, a indenização punitiva tem ainda como função tutelar e zelar pelos direitos da personalidade, promovendo a dignidade da pessoa humana.

¹⁶³ Anderson Schreiber reflete sobre o modelo atual de culpa, afirmando que hodiernamente, a culpa é normativa, não possui *versão psicológica ou moral*. SCREIHER, Anderson. *Op. cit.*, p. 46-47. Essa é a mesma noção adotada no estudo realizado neste trabalho, eis que considera-se objetivo o padrão de comportamento de agentes econômicos, de acordo com a mesma lógica da boa-fé objetiva. No entanto, optou-se pela metodologia de mencionar a necessidade de análise *subjetiva* do

parte ofendida, eis que determinante para a gradação da culpa com a qual agiu o réu/lesante, mesmo que se trate de caso em que é aplicada a responsabilidade objetiva, pois seria de interesse da parte autora/vítima demonstrar que o réu teria agido com culpa grave, apta a representar significativo aumento do cômputo indenizatório.

É preciso sopesar outra perspectiva da questão, um tanto mais complexa e possivelmente mais polêmica, eis que mais subjetiva. Necessário confrontar o peso de uma garantia processual contra admissão de instrumentos de proteção da pessoa potencialmente mais eficazes que os atuais.

Teria ocorrido uma substancial mudança de foco na responsabilidade civil, tal mudança sofreu e gerou reflexos, a mais significativa influência sofrida pelo ramo da responsabilidade civil foi a clara alteração da lógica do Direito, em especial do Direito Civil, que abandonou seus trajes de caráter unicamente patrimonialistas – ou ao menos se esforça para assim se apresentar – e passou a promover a pessoa em todas as suas dimensões e complexidade. Teria abdicado de oferecer instrumentos de proteção somente a interesses eminentemente patrimoniais para colocar a pessoa no centro de suas preocupações, promovendo uma grande revolução na ordem jurídica¹⁶⁴. Considerar um instrumento processual em nível de importância hierarquicamente superior à proteção da pessoa em todas as suas dimensões significaria um grande retrocesso para o Direito, voltando para um momento em que o processo estava acima do interesse da pessoa¹⁶⁵.

Na mesma linha de raciocínio aqui apresentada, André Gustavo Correa de Andrade pontua que a instrução probatória é uma garantia constitucional, bem como a inversão do ônus da prova quando há previsão legal para tanto, assim, conclui que:

comportamento do agente como oposição à teoria da responsabilidade objetiva, pois o emprego do mesmo vocábulo para designar situações diferentes poderia gerar confusão no leitor.

¹⁶⁴ ITURRASPE, Jorge Mosset. *Daños a La persona*, p. 11.

¹⁶⁵ Em *Dignidade da Pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, Ingo Sarlet assume a difícil tarefa de definir a dignidade da pessoa humana, e explica que é “*qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais (...)*”, conceito que, por si só, demonstra a necessidade de garantir com que não ocorra uma inversão de valores, representado por uma visão em que este princípio restaria minimizado por uma instrumentalização processual. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa humana e direitos fundamentais*. Na Constituição Federal de 1988, p. 60.

“mesmo em caso de responsabilidade objetiva será aplicável a indenização punitiva, se o ofensor, comprovadamente, tiver atuado com culpa grave ou dolo. Com efeito, nada impede que, em processo no qual se esteja a cuidar de caso de responsabilidade civil objetiva, a parte autora produza prova acerca do dolo ou da culpa do réu na produção do evento.”¹⁶⁶

Ademais, Thaís Goveia Pascoaloto recupera a ideia de que a reparação de danos morais, conforme o modelo de reparação norte-americano ultrapassa a seara da reparação individual, pois opera como instrumento dissuasório de condutas lesivas a direitos transindividuais. A partir da aplicação de uma condenação de caráter exemplar – ou pedagógico –, que melhor se adequaria ao alcance da reparação integral, satisfaria não apenas a vítima, mas também anseios sociais¹⁶⁷. Essa crítica à condenação com caráter compensatório poderia alterar os contornos da discussão quanto ao conflito entre a norma processual de responsabilidade objetiva e cláusulas gerais de proteção à dignidade da pessoa humana¹⁶⁸.

No subcapítulo a seguir, serão apresentados os dispositivos normativos disponíveis para aferição do *quantum debeat* em casos de condenações a indenizações por danos morais, oportunidade em que se pretende discutir a escassez e problemática de parâmetros no ordenamento jurídico brasileiro na busca por questionar se, de fato, seria impossível e incompatível a admissão de indenizações de caráter punitivo.

3.2 O TRATAMENTO LEGAL DA QUANTIFICAÇÃO DA CONDENAÇÃO NO BRASIL

3.2.1 Uma Breve Análise Quanto ao Dever de Indenizar

¹⁶⁶ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano moral e a indenização punitiva*, p. 224.

¹⁶⁷ VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. *Op. Cit*, p. 154

¹⁶⁸ IDEM, p. 154.

Antes de passar a avaliação da questão sob a perspectiva normativa, objetivo do presente capítulo, é preciso pontuar que tanto entre a porção favorável quanto a porção desfavorável da doutrina à admissão de condenações punitivas, há certo consenso em admitir que o julgador aplique uma sanção pautando-se na proporção entre o dano sofrido e a ação que o originou, conforme leciona Maria Celina Bodin de Moraes¹⁶⁹. Em relação aos danos punitivos, não seria sequer preciso informar que não existe qualquer previsão legal expressa e específica para sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro¹⁷⁰, razão pela qual os contornos já bastante problemáticos de seu perfil são agravados. Deve ainda ser levado em conta que, não raro, a jurisprudência invoca uma função *punitivo-pedagógica* da indenização quando do momento da condenação, o que é extremamente controverso e perigoso, tendo em vista a inexistência de parâmetros legais específicos para aplicar e quantificar esse modelo de indenização.

O legislador constitucional acabou de vez com a controvérsia que pairava sobre a reparação por danos morais, garantindo esse direito no Art. 5º, X, da Constituição Federal de 1988.

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

A reparação dos danos morais tem como premissa a inviolabilidade de direitos da personalidade e a proteção da pessoa, lógica norteadora de um Direito Civil que se pretende *repersonalizado*. Carlos Eduardo Pianovski aponta que a dignidade da pessoa humana não pode ser interpretada apenas como cláusula geral, mas antes deve ser encarada como limite¹⁷¹. Nesta esteira são os ensinamentos de Diogo L. Machado Melo:

¹⁶⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Op. Cit.*, p. 212.

¹⁷⁰ VENTURI, Thais Goveia Pascoaloto. *Op. Cit.*, p. 381.

¹⁷¹ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *A responsabilidade civil por danos produzidos no curso de atividade econômica e a tutela da dignidade da pessoa humana: o critério do dano ineficiente*. In Carmen Lucia Silveira Ramos. *Diálogos sobre direito civil*, p.135.

O ordenamento jurídico brasileiro, ao eleger como fundamento da República Federativa a preservação da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III), deixou expresso que todo raciocínio jurídico deverá tomar em conta a tutela do ser humano. O ser humano e a preservação de sua dignidade, em toda e qualquer seara, deverá ser o epicentro de qualquer análise jurídica”¹⁷²

Observa-se que a dignidade da pessoa humana, portanto, seja nos casos em que for admitida reparação de natureza meramente compensatória ou ainda punitiva, ocupa papel central na Constituição e na condição não só de cláusula geral, mas também de limite para a legislação infraconstitucional. Como destaca Sérgio Cavalieri Filho não existe possibilidade de se mitigar norma constitucional em detrimento de norma especial que a preceda. Da mesma forma, não é possível a interpretação da norma constitucional a partir da *ratio* da normativa infraconstitucional, pois tal esforço significaria uma leitura inconstitucional da Constituição¹⁷³. É possível dizer, portanto, que o dever de promoção da dignidade da pessoa humana vincula o intérprete e, como tal, poderia conferir respaldo à ideia de admissibilidade de indenizações punitivas e preventivas no Direito Civil brasileiro.

No entanto, imprescindível apontar, como faz Anderson Schreiber, que a dignidade da pessoa humana como expressão da ordem constitucional se mostra sobremaneira aberta e ampla, o que poderia fazer esvaír a concretude de seu conceito¹⁷⁴, o que significa ser absolutamente imprudente utilizar a dignidade da pessoa humana como único argumento a qualquer mudança de perspectiva jurídica, tendo em vista que é invocada para justificar mesmo posições contrárias. Nas palavras do autor:

“As demandas absurdas ou bagatelares, que tanto preocupam a doutrina, quando acolhidas, não o são por mero capricho ou criatividade dos juizes, mas, quase sempre, por uma eloquente argumentação em favor da defesa da dignidade humana e dos interesses da pessoa. Onde quer que se indenize o dano existencial decorrente da tentativa de furto

¹⁷² MELO, Diogo L. Machado de. *A função punitiva da reparação dos danos morais (e a destinação de parta da indenização para entidades de fins sociais - artigo 883, parágrafo único do Código Civil)*. In: Mário Luiz Delgado e Jones Figueirêdo Alves, *Questões Controvertidas*, vol 5., p. 89.

¹⁷³ FILHO, Sérgio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade civil*, p.97.

¹⁷⁴ SCHREIBER, Anderson. *Op. cit.*, p. 124.

de uma moto nova, ou se compense o dano moral decorrente da ruptura de um noivado, assim se faz sempre com alusões apaixonadas à tutela da personalidade e à sua preponderância como valor fundante do sistema constitucional. O conteúdo necessariamente aberto, mutável, flexível da noção de dignidade humana não pode impedir tal expediente.”¹⁷⁵

Da mesma forma, portanto, que atribuir ao conceito de dignidade da pessoa humana a tarefa de operar como filtro de interesses a serem tutelados não prospera diante da impossibilidade de sua limitação, também não parece coerente invocar seu conceito como justificativa única para a aplicação de danos punitivos. Isso porque parcela significativa da doutrina recorre a esse recurso tanto para posicionamentos favoráveis quanto para se posicionar contrariamente a condenações punitivas. Buscar na dignidade da pessoa humana o fundamento basilar de justificativa para os *punitive damages* seria negligenciar as particularidades da categoria proposta, merecedora de argumentos outros que não apenas um conceito abstrato de dignidade humana. Mesmo porque, o trabalho pretende recuperar a proteção da pessoa como conceito dotado de concretude e não promover mero enunciado retórico, vazio de significado. O instrumento de tutela da pessoa apreciado deve ter reflexos concretos na sociedade para ser merecedor de proteção pelo ordenamento jurídico e é esse o ponto que se pretende atingir no decorrer do trabalho.

Garantida a indenização por danos morais pela Constituição, a legislação brasileira se mostra bastante omissa em se tratando de parâmetros para aferição do *quantum debeatur*, conforme será abordado adiante.

3.2.2 Definições e Quantificações: Entre Sujeitos e Deveres

Assegurada a reparação por danos morais pela Constituição da República, extingue-se de uma vez por todas a controvérsia que pairava sobre a questão da indenização pecuniária em matéria de danos morais. Superado este embate, é necessário definir quem são os sujeitos da relação de interesse para o estudo. No

¹⁷⁵ SCHREIBER, Anderson. *Op. cit.*, p. 124-125.

caso, é preciso definir quem são as partes na relação de consumo e como identificá-las, individualizando direitos e obrigações. Em se tratando de danos morais ocorridos em relações de consumo, o Código de Defesa do Consumidor traz o conceito de consumidor e de fornecedor em seus Art. 2º e Art. 3º.

“Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”.

Esses artigos, para além da tarefa de definirem quem pode ocupar o papel de consumidor e fornecedor, tiveram o mérito de não apresentar rol taxativo de sujeitos a se enquadrarem como consumidor ou como fornecedor. A lógica preponderante é a de oferecer sempre interpretação mais benéfica ao consumidor, sem deixar de estabelecer noção objetiva de quem é o sujeito¹⁷⁶. No caso, *aquele que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final*¹⁷⁷, sendo irrelevante o fato de ser pessoa física ou jurídica.

O parágrafo único do Art. 2º talvez represente um dos grandes pontos a serem explorados pela doutrina que se posiciona favoravelmente à aplicação de condenações punitivas, eis que normatiza a ideia de que uma teia de indivíduos passa ser equiparada ao consumidor quando também atingida e prejudicada pelo

¹⁷⁶ Muito embora o Código de Defesa do Consumidor tenha brilhantemente, no Art. 17, introduzido a noção de consumidor por equiparação, essa questão não será abordada no presente trabalho, tendo em vista que a discussão que permeia essa revolução em matéria de direito do consumidor não representa reflexos diretos para a categoria estudada.

¹⁷⁷ Como melhor conceitua Claudia Lima Marques, “destinatário final é aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. Logo, segundo esta interpretação teleológica, não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, leva-lo para o escritório ou residência – é necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção cujo preço será incluído no preço final do profissional que o adquiriu”. MARQUES, Claudia Lima. *Op. cit.*, p. 83.

evento danoso ocasionado pelo fornecedor¹⁷⁸. A ponderação que se faz é que também em matéria de *punitive damages* fala-se em punir por danos causados à totalidade, muitas vezes até indeterminada, de indivíduos que foram expostos aos ilícitos causados pelos agentes econômicos, sofrendo danos. Assim, de acordo com a sistemática do Código de Defesa do Consumidor, é possível que não haja incompatibilidade tão acirrada quanto se pode imaginar. O Art. 3º traz norma mais suscetível à interpretação aberta, tendo como requisito para se enquadrar na categoria de fornecedor ser aquele que tem como atividade a produção de bens e prestação de serviços¹⁷⁹.

Também a análise de dispositivos do Código Civil se mostra oportuna para a discussão apresentada, haja vista a ponderação realizada quanto à possibilidade de análise de culpa na conduta do agente. Tomando como pressuposto que para a implementação de condenações punitivas seria necessário admitir a análise da culpa, é pertinente apreciar a questão da ilicitude, eis que representa o desrespeito a um dever jurídico imposto por lei¹⁸⁰. Determinados pelo Código de Defesa do Consumidor os atores da relação em análise, para efeitos do trabalho, o Código Civil define no Art. 186 quem é o sujeito que pratica o ato danoso:

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

A determinação do Art. 186 infere que, tanto por ação quanto por omissão voluntárias, comete ato ilícito¹⁸¹ aquele que causar dano à outra pessoa, mesmo que o dano seja de ordem extrapatrimonial, ficando obrigado a repará-lo. Como é possível observar, o dispositivo analisado não enumera condutas específicas e predeterminadas que implicam em ato ilícito, consignando apenas que esse é configurado quando a ação ou omissão violar direito alheio e causar dano. Isso

¹⁷⁸ MARQUES, Claudia Lima. *Op. cit.*, p. 87.

¹⁷⁹ IDEM, p.113.

¹⁸⁰ TOLOMEI, Carlos Young. *A noção de ilícito e a Teoria do Risco na perspectiva do novo Código Civil*. A Parte Geral do Novo Código Civil, p. 346.

¹⁸¹ É importante esclarecer a diferença entre ilicitude e prática antijurídica, enquanto a antijuridicidade se define como o agir contrário a um dever legal, a ilicitude é proveniente do que a norma reconhece como ato ilícito somado a um conceito subjetivo de culpa (negligência, imperícia ou imprudência). Assim, um ato antijurídico não necessariamente configura um ilícito. SCHREIBER, Anderson. *Op.cit.*,p. 158-159.

porque sequer existe disposição quanto a espécies de dano moral, uma vez que depende de análise subjetiva do dano à personalidade sofrido pela vítima, o que significa que a predeterminação legal e específica da condutada geradora do dano implicaria no engessamento da categoria. O dano moral, por sua manifestação peculiar e subjetiva - dependente de aferição de dano à personalidade e deve ser analisado de maneira casuística, em atenção às particularidades de cada caso. Ainda, o Art. 186 não faz referência explícita à culpa, o que também indicaria a opção do legislador pela modalidade objetiva de responsabilidade¹⁸².

Ultrapassadas as definições iniciais quanto a quem são os sujeitos da relação de consumo (consumidor e fornecedor), o que caracteriza o dano moral e quem o comete, é necessário partir para o exame das normas que definem a forma de se mensurar a indenização. No caso, o Art. 944 do Código Civil traz o método a ser utilizado:

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

Se em um período anterior à Constituição os tribunais, em regra, recorriam ao Art. 84, § 1º do Código Brasileiro de Telecomunicações¹⁸³, o Código Civil tratou de extirpar qualquer pretensão de “tabelar” o dano moral¹⁸⁴. Impõe-se a análise da extensão do dano sofrido em cada caso, consagrando assim a natureza compensatória da indenização na sistemática brasileira, fruto de uma racionalidade que preza reparação do dano, sem voltar os olhos para ofensor e ofendido.

Quando manejada em âmbito de danos materiais, a questão se mostra bastante simples. O dano é evidenciado pelo decréscimo no patrimônio da vítima, com a compensação representando a repercussão econômica do dano àquele. Nos termos do Art. 402 do Código Civil¹⁸⁵, é devido aquele que sofreu o dano a quantia exata que o causador do dano o fez perder ou o que lhe impôs deixar de obter, de

¹⁸² TOLOMEI, Carlos Young. *Op. cit.*, p. 349.

¹⁸³ Art. 84. Na estimação do dano moral, o Juiz terá em conta, notadamente, a posição social ou política do ofendido, a situação econômica do ofensor, a intensidade do ânimo de ofender, a gravidade e repercussão da ofensa. § 1º O montante da reparação terá o mínimo de 5 (cinco) e o máximo de 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País. (Revogado pelo Decreto-Lei nº236 de 1967).

¹⁸⁴ Também a Lei de Imprensa de 1967 tentou limitar e ditar tarifas específicas de condenação por danos morais em casos de responsabilidade civil do jornalista, assim, a Súmula 281 do Superior Tribunal de Justiça consolidou o posicionamento de que “A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa”. FILHO, Sérgio Cavalieri. *Op. cit.*, p. 96-97.

¹⁸⁵ Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

forma que o retorno da vítima ao estado em que se encontrava antes da ocorrência do dano – *status quo ante* – é de alcance muito mais fácil, levando em consideração a natureza objetiva do dano patrimonial. Conforme ensina Sérgio Cavalieri Filho:

“O anseio de obrigar o agente, causador do dano, a repará-lo inspira-se no mais elementar sentimento de justiça. O dano causado pelo ato ilícito rompe o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima. Há uma necessidade fundamental de se restabelecer esse equilíbrio, o que se procura fazer recolocando o prejudicado no *statu quo ante*.”¹⁸⁶

Se de um lado o modo de reparação por danos materiais pode ser bastante evidente, na perspectiva dos danos morais o conteúdo se mostra muito mais complexo. A ausência de parâmetros e critérios objetivos para se mensurar a indenização por esses danos¹⁸⁷, poderia simbolizar insuficiência do critério apontado pelo Art. 944 do Código Civil, pois, de acordo com doutrina e jurisprudência dominantes, cumpre ao julgador a tarefa de quantificar o dano moral em cada caso¹⁸⁸. Nas palavras de Yussef Said Cahali:

“A sanção do dano moral não se resolve numa indenização propriamente, já que indenização significa eliminação no prejuízo e de suas conseqüências, o que não é possível quando se trata de dano extrapatrimonial; a sua reparação se faz através de uma compensação, e não de um ressarcimento, impondo ao ofensor a obrigação de pagamento de uma certa quantia em dinheiro em favor do ofendido, ao mesmo tempo que agrava o patrimônio daquele, proporciona uma reparação satisfativa.”¹⁸⁹

Ainda que se considere prudente a análise de cada caso e suas particularidades pelo magistrado, como de fato é considerado neste trabalho, é de se pensar que ter a genérica determinação de que o único critério a ser utilizado

¹⁸⁶ FILHO, Sérgio Cavalieri. *Op. cit.*, p. 13.

¹⁸⁷ E aqui, consigne-se, de forma alguma se pretende sugerir a regressão da quantificação do dano moral à evidentemente abusivos e simplórios sistemas fechados de aferição do dano.

¹⁸⁸ Nas palavras de Sérgio Cavalieri Filho: “Não há, realmente, outro meio mais eficiente para se fixar o dano moral a não ser pelo arbitramento judicial. Cabe ao juiz, de acordo com seu prudente arbítrio, atentando para a repercussão do dano e a possibilidade econômica do ofensor, estimar uma quantia a título de reparação pelo dano moral.” FILHO, Sérgio Cavalieri. *Op. cit.*, p. 96.

¹⁸⁹ CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*, p. 42.

para monetizar a ofensa ao direito da personalidade e reparar a vítima são as proporções do dano, poderia resultar na ideia de que método utilizado pelo legislador se encontra aquém daquele necessário para efetiva e completa reparação. No momento em que o legislador opta por relegar somente ao crivo do juiz o arbitramento do dano moral, contando que o magistrado seja norteado apenas pelos genéricos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, abre-se a possibilidade de serem proferidas decisões contraditórias entre si e talvez até contrárias ao princípio da legalidade. Isso porque não existe predeterminação de padrões objetivos a serem seguidos quando da fixação da indenização, o que geraria contradição entre os tribunais. Já a ofensa ao princípio da legalidade poderia ser observada na aplicação de indenizações com efeito punitivo-pedagógico pelos tribunais, sem que haja previsão legal específica para tanto. Do contrário, o dispositivo dedicado especificamente à quantificação do dano determina que esse será medido por sua extensão, sem qualquer outro requisito ou critério. O que se observa na análise de julgados é a enumeração de diversos parâmetros para a quantificação dos danos morais, invocados e utilizados discricionariamente a depender da vontade do julgador.

Para exemplificar a proporção da problemática apresentada, note-se a disposição elencada no Art. 953, parágrafo único do Código Civil:

“Art. 953. A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido.

Parágrafo único. Se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso.”

Dita o Art. 953 do Código Civil que em casos de ausência de prova de prejuízo material por indenização decorrente de injúria, difamação ou calúnia, o juiz fixará *equitativamente* o montante, de acordo com as particularidades do caso concreto. O dispositivo apresentado demonstra novamente a carência de parâmetros objetivos para a fixação do valor de indenizações por danos morais, com uma determinação bastante ampla e genérica de observância do caso concreto submetida ao crivo de justiça e retidão do julgador. Em se tratando de danos morais, o Código Civil deixa à ampla discricionariedade dos juízes a quantificação de

indenizações. Segundo Nelson Nery Junior em seus comentários ao Código Civil, a aferição do valor da indenização poderia inclusive vir a ser feita quando da liquidação da sentença, caso o julgador não disponha de parâmetros para sua fixação na fase de conhecimento do processo¹⁹⁰.

O que dita a regra atinente às condenações é o enfoque que o Direito de Danos tem, ou seja, a compensação voltada para o dano, sem outros critérios. Contudo, a flagrante incompatibilidade apontada por parte da doutrina poderia se mostrar muito mais flexibilizada partindo-se do ponto de que o legislador manteve a reparação por danos morais genérica e subjetiva, prezando pela dinamicidade das situações concretas. De uma forma geral, porém, considera-se salutar a manifestação do legislador para que haja delimitação da categoria jurídica e melhor direcionamento do intérprete para sua aplicação, especialmente na eventualidade de admissão de danos punitivos.

Paralelamente à sistemática da responsabilidade civil, a doutrina majoritária entende que para configuração de responsabilidade devem estar presentes requisitos essenciais, a saber: dano, nexos de causalidade, conduta ou fato. Em matéria de indenização punitiva, por outro lado, deve ser considerada a condição econômica das partes, o prejuízo sofrido, o grau de culpa do agente causador do dano e a potencial lucratividade sobre o prejuízo causado¹⁹¹.

A espécie de responsabilização em debate (*punitive damages*) não pode ser utilizada indistintamente a qualquer forma de reparação de danos morais, pois destinada somente a casos de ocorrência de prejuízo por prática antijurídica de agente econômico que, no curso de sua atividade econômica, buscando auferir lucro, age culposamente ocasionando o dano. Como rapidamente apreciado quando da inserção do Teorema de Coase à temática em análise, o agente econômico conscientemente opta por causar o dano, tendo conhecimento de que caso o Judiciário venha a ser acionado, a ele será aplicado valor irrisório a título de indenização, já inserido nos preços finais de produtos e serviços de grandes empresas e muito inferior ao lucro obtido por ocasião do dano. Assim, de acordo com a lógica do mercado, é feita a escolha de lesar os consumidores em prol de um proveito econômico. Apenas para esses casos são destinados os *punitive damages* na *common law* e também apenas para esses casos parece razoável eventual

¹⁹⁰ NERY JUNIOR, Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade Nery. *Código Civil Comentado*, p.987.

¹⁹¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Op. Cit.*, p. 259.

admissão do instituto no Brasil, podendo ser considerada justificável, a partir dessa premissa, a condenação desses agentes em quantias economicamente dissuasórias de condutas lesivas.

O formato de indenização punitiva que permeia o imaginário de muitos operadores do direito é, neste sentido, equivocado, eis que de aplicação muito mais restrita do que os tribunais erroneamente fazem aparentar. Não raro são proferidas decisões que recorrem à Teoria do Desestímulo em situações que as partes possuem a mesma condição econômica, o que implica, sobretudo, em lesão a uma das partes, sendo tais julgados invocados pela doutrina contrária aos danos punitivos, que remetem, muitas vezes, à expressão *indústria do dano moral* para, com certa razão, desmerecer o modelo indenizatório, uma vez que, dentro dessa ausência de padrão para sua aplicação, se mostra absolutamente abusivo e desarrazoado¹⁹².

Como já aventado, parece válido o argumento de que seria preciso invocar o legislador para que conceda garantias de cunho processual e instrumental para fixação de indenizações por danos morais, tendo em vista que a jurisprudência, ainda que de maneira velada, invoca o caráter “punitivo-pedagógico” de condenações para obter o valor condenatório e, muitas vezes no mesmo excerto, condenam o enriquecimento ilícito que seria ocasionado por indenizações punitivas, o que representa a grande imprevisibilidade que permeia a questão nos tribunais brasileiros.

Chegando à conclusão semelhante, porém partindo de premissa oposta, bastante crítica à lógica utilitarista da experiência anglo-saxônica implementada parcial e deficitariamente nos tribunais, Anderson Schreiber pondera que:

¹⁹² Agravo Regimental no Recurso Especial, 2014/1428488. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Órgão Julgador: T3 – Terceira Turma. Data do Julgamento: 27.05.2014. Data da Publicação: DJe 11.06.2014. Retirado do sítio: www.stj.jus.br. Visto em: 10.11.2014. Ementa: AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. TRANSFERÊNCIAS INDEVIDAS DE VALORES. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. MAJORAÇÃO DO VALOR DA CONDENAÇÃO E DA VERBA HONORÁRIA. DESCABIMENTO. 1.- A situação descrita nos autos, conforme assentado no Acórdão recorrido, não acarretou maiores consequências na esfera psíquica ou emocional do agravante, de modo que a fixação dos danos morais em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), e honorários advocatícios em 10% sobre o valor da condenação (art. 20, § 3º, do CPC), cumprem, no presente caso, a função pedagógico-punitiva de desestimular o ofensor a repetir a falta, sem constituir, de outro lado, enriquecimento indevido. 2.- Agravo Regimental improvido.

“A invocação destes critérios econômicos e utilitaristas não parece, no entanto, apta a solucionar o problema específico da seleção dos danos ressarcíveis. Em primeiro lugar, a própria noção de utilidade pública padece de uma generalidade excessiva, que pouca serventia assegura na seleção dos interesses tutelados.”¹⁹³

Schreiber ressalta ainda que a conexão feita pelos tribunais entre utilidade pública e interesse econômico seria contrária à lógica constitucional e discordante com a tutela de direitos existenciais¹⁹⁴. Por fim, considera a possibilidade de benefícios em eventual ocorrência de reformas legislativas em matéria de responsabilidade, bem como reforma no Poder Judiciário, condicionada à *coerência* entre os tribunais¹⁹⁵.

A discussão que cerca a problemática de critérios econômicos sendo utilizados, ainda que de maneira interdisciplinar, conjuntamente com o Direito, constitui grande aflição para os estudiosos de responsabilidade civil e, por sua grande complexidade, foi-lhe destinado capítulo próprio no trabalho. Como será visto, existem, de fato, inúmeros motivos que alimentam as ressalvas de juristas quanto aos *punitive damages*, devendo nesse debate ser ainda apreciada a controversa questão do “enriquecimento sem causa”.

¹⁹³ SCHREIBER, Anderson. *Op. cit.*, p. 133.

¹⁹⁴ IDEM, p. 134.

¹⁹⁵ IBIDEM, p. 135.

4 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: UMA PERSPECTIVA INTERDISCIPLINAR A FAVOR DA PESSOA

4.1 COMENTÁRIOS À ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A proposta do presente capítulo é a análise econômica do Direito como instrumento de compreensão do papel desse quando em confronto com a lógica de mercado, garantindo que aquele tenha acesso à instrumentos eficazes de proteção à pessoa. O estudo do tema indenização punitiva enfrentará a análise proposta, passando pela questão do enriquecimento sem causa e do dano ineficiente.

Dedicar-se ao estudo do modelo contemporâneo de análise econômica do Direito, ou, do original, *Law and Economics*, como concebido por Richard Posner¹⁹⁶, envolve superar preconceitos incutidos pela doutrina brasileira. De um modo geral, é conferida pouca relevância ao assunto, por se considerar ser uma ciência sobremaneira limitada, pois meramente descritiva¹⁹⁷. No âmbito da responsabilidade civil, ainda que em uma história recente, a teoria econômica se tornou matéria bastante importante, sendo utilizada de maneira instrumental para a compreensão dos reflexos sociais de institutos jurídicos. Isso porque, hodiernamente, existe uma crescente preocupação por parte grande dos estudiosos da responsabilidade civil com a questão dos custos de prevenção de danos e instrumentos de desestímulo

¹⁹⁶ Do original: "In the last thirty years, the scope of economics has expanded dramatically beyond its traditional domain of explicit market transactions. Today there is an economic theory of property rights, of corporate and other organizations, of government and politics, of education, of the family, of crime and punishment of anthropology, of history, of information, of racial and sexual discrimination, of privacy, even of the behavior of animals and – overlapping all these, but the last, of law". Tradução livre: "Nos últimos 30 anos, o escopo da economia expandiu-se dramaticamente para além seu domínio tradicional de explícitas transações de mercado. Hoje, há uma teoria econômica dos direitos de propriedade, de empresas e outras organizações, do governo e política, da educação, da família, do crime e punição, da antropologia, da história, da informação, da discriminação racial e sexual, de privacidade, até mesmo do comportamento dos animais e, sobrepondo-se todos estes, mas o último, do Direito." POSNER, Richard A. *The Law and Economics movement. In: The American Economic Review, Vol. 77, No. 2, Papers and Proceedings of the Ninety-Ninth Annual Meeting of the American Economic Association*, p. 01.

¹⁹⁷ Não existiria tradição na doutrina brasileira de utilizar os instrumentos da análise econômica do Direito, pois a percepção que se tem da matéria é de que se trata de uma apreciação bastante limitada, que apenas descreve as situações apreciadas, sem a capacidade de modificá-las. VENTURI, Thais Goveia Pascoaloto. *Op. Cit.*, p. 98-99.

desses¹⁹⁸. Em se tratando de danos punitivos, a teoria econômica ocupa posição central entre as preocupações da responsabilidade civil, haja vista ter como objetivo refrear práticas antijurídicas de agentes que possuem poder de influência na ordem econômica. Os agentes econômicos estudados pela *law and economics* tomam determinadas decisões e com isso exercem influência no mercado, ditando sua lógica, o que justifica o estudo interdisciplinar de Direito e Economia¹⁹⁹.

Ainda, é preciso considerar que pensar em termos de análise econômica do Direito representa pensar em uma lógica diversa daquela apregoada pela clássica responsabilidade civil. O debate proposto implica atribuir às normas jurídicas a capacidade de desestimular condutas danosas à sociedade. Em termos de análise econômica, é oferecido ao Direito pela Economia instrumentos de análise da teoria comportamental²⁰⁰, que permite que aquele aprecie a reação da sociedade às normas jurídicas. Neste ponto reside um dos principais motivos pelos quais o estudo de análise econômica do Direito é absolutamente relevante em se tratando de *punitive* ou *exemplary damages*. De acordo com a explicação de Thaís Goveia Pascoaloto Venturi:

“A análise econômica dos institutos jurídicos leva em conta a ideia segundo a qual os indivíduos podem ser estimulados ou desestimulados, por meio das normas jurídicas, a praticarem ou omitirem condutas consideradas socialmente desejáveis.”²⁰¹

Utilizar instrumentos da Economia confere ao Direito a possibilidade de compreender o efeito de seus institutos e normas nas relações sociais. A partir da compreensão de quais normas estimulam e inibem determinadas práticas, é possível utilizar institutos jurídicos como forma de coibir condutas danosas. Essa premissa possui notória aplicação em matéria de indenização punitiva, pois seu intuito é evitar que agentes econômicos continuem a perpetrar danos à pessoa em

¹⁹⁸ CALABRESI, Guido. *Optimal deterrence and accident*, p. 656.

¹⁹⁹ CÁRCOVA, Carlos María. *Notas acerca de la Teoría Crítica del Derecho*, p. 04

²⁰⁰ *In verbis*: “A economia proporcionou uma teoria científica para prever os efeitos das sanções legais sobre o comportamento. Para os economistas, as sanções se assemelham aos preços, e, presumivelmente, as pessoas reagem às sanções, em grande parte, da mesma maneira que reagem aos preços. As pessoas reagem a preços mais altos consumindo menos do produto mais caro; assim, supostamente, elas reagem a sanções legais mais duras praticando menos da atividade sancionada.” COOTER, Robert. ULEN, Thomas. *Direito e Economia*, p. 25.

²⁰¹ VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. *Op. Cit*, p. 100.

relações de consumo, ou seja, constituem casos que a doutrina norte-americana denominou de *products liabilities*. Para esses casos, seria levada em consideração a eficácia social de determinada lei ou decisão judicial.

Ainda em termos iniciais da discussão quanto ao que se pretende utilizando a teoria econômica interdisciplinarmente ao Direito, é fundamental compreender que o paradigma da responsabilidade civil é diverso daquele trazido pela análise econômica do Direito, e é dessa perspectiva que decorre a proximidade com o tema dos danos punitivos. Nas palavras de Thaís Goveia Pascoaloto Venturi:

“Se o paradigma tradicional da responsabilidade civil diz respeito à compensação de danos, a análise econômica adota o paradigma da *eficiência social*, vale dizer, verificada a prestabilidade do respectivo sistema para induzir adequados incentivos tanto para o agressor quanto para a vítima, no objetivo de evitar danos, ou, acaso ocorridos, internaliza-los da maneira mais eficiente do ponto de vista econômico e social.”²⁰²

A mudança paradigmática trazida pela teoria econômica, explica Thaís Goveia Pascoaloto Venturi, é reflexo direto das transformações políticas e sociais que, gradativamente, ocasionaram a mudança do Estado Liberal para o Estado Social. O modelo atual de Estado – ou ao menos o modelo de Estado que se pretende ser – que dedica tutela a interesses diversos do modelo anterior (liberal), de modo que o social passou a prevalecer sobre o econômico, abdicando de direitos meramente formais em prol de direitos materiais, de solidariedade e igualdade, o que implicou em busca de instrumentos de proteção efetiva desses direitos²⁰³.

A prevalência do aspecto social em matéria de Economia explica a razão pela qual foram internalizados pela análise econômica do Direito os critérios do *dano ineficiente*²⁰⁴ e o princípio da prevenção²⁰⁵. Em última análise, o estudo interdisciplinar de Direito e Economia deixa de ser tópico meramente acadêmico e abstrato, pois possui utilidade prática, sendo imperioso observar os efeitos causados

²⁰² VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. *Op. Cit*, p. 132.

²⁰³ IDEM, p.132.

²⁰⁴ O dano ineficiente deve ser compreendido no contexto de danos gerados para obtenção de lucros por agentes econômicos. Sua aplicação implica, nas palavras de Carlos Eduardo Pianovski, que “o valor a ser pago ao ofendido permita que, no cálculo de custos e benefícios realizado pelos agentes econômicos, a prevenção de novos danos seja potencialmente mais competitiva que sua produção. RUYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Op. Cit.*,p. 79.

²⁰⁵ VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. *Op. Cit*, p.132.

por ambos os sistemas reciprocamente entre si. Sendo assim, seria possível analisar mecanismos aptos a redistribuir *renda e riqueza*²⁰⁶, conforme os ensinamentos de Robert Cooter e Thomas Ulen em sua obra *Direito e Economia*.

Para realizar a análise da eficácia dissuasória da indenização e seus efeitos no quesito prevenção de danos, a análise econômica do Direito utiliza um sistema conhecido como *fault system*²⁰⁷, que, dispondo de dados sobre os custos decorrentes de práticas ilícitas realizadas pelos agentes econômicos, busca oferecer instrumentos de prevenção de condutas danosas.

Sobre o *fault system*, muito empregado na tradição anglo saxônica, Robert Cooter e Thomas Ulen ponderam que a estruturação do sistema em torno da razão entre a internalização do custo – gerado aos agentes econômicos pelas condenações em indenizações por responsabilidade civil em casos de *product liability* – e o prejuízo – ocasionado pela necessidade de adequar o produto para que ele possa ser inserido no mercado sem representar perigo para os consumidores – implicaria em uma análise, por parte das empresas, sobre o que seria economicamente mais viável: custear indenizações por danos decorrentes das relações de consumo ou investir em métodos e produtos que não gerem danos ao consumidor²⁰⁸. A consideração a ser feita pelas empresas passa pela questão do chamado “preço implícito”, que significa dizer que as empresas internalizam os custos de eventuais condenações indenizatórias no valor do produto que chega ao consumidor, bem como os custos de alterações na fabricação daqueles. Sem perder de vista que agentes econômicos operam em termos de maximização de lucros, Guido Calabresi recupera o conceito de *custos de transação*²⁰⁹ de Ronald Coase em *The nature of the firm* de 1937, lembrando que quanto menores esses custos, também pequenos os custos relativos à prevenção de danos²¹⁰.

Parte da doutrina que se mostra favorável, à indenização punitiva, contudo, critica essa posição dos economistas adeptos da análise econômica do Direito. José

²⁰⁶ COOTER, Robert. ULEN, Thomas. *Direito e Economia*, p. 27.

²⁰⁷ Do original: “The fault system, viewed entirely as a system for achieving “optimal deterrence,” must be taken as making the initial assumption that, other things being equal, the victim (or more accurately, the class to which the victim belongs) 4 can best decide whether it is worthwhile to prevent the accident”. CALABRESI, Guido. *Op. Cit.*, p. 657.

²⁰⁸ COOTER, Robert. ULEN, Thomas. *Op. Cit.*, p. 25.

²⁰⁹ Representam os custos totais de determinada transação, influenciando no preço do produto que, para as empresas, deve representar o menor custo possível.

²¹⁰ CALABRESI, Guido. *Op. Cit.*, p. 659.

Jairo Gomes protesta contra a lógica de *distribuição de riqueza* que, em sua análise, pretendem conferir à responsabilidade civil, afirmando que:

“(...) não se afigura, pois, correta a tese de que a responsabilidade civil tem por objetivo ‘a redistribuição da riqueza em conformidade com os ditames da justiça’. Tal instituto não possui natureza assistencialista, não sendo finalidade sua a promoção da redistribuição da riqueza, mas sim o restabelecimento do equilíbrio solidário. Tampouco é exato limitar os marcos da responsabilidade às ideias de justiça e segurança, alternando o fundamento consoante seja o interesse da vítima ou do autor.”²¹¹

Carlos Eduardo Pianovski reflete sobre o papel do Direito junto ao movimento *Law and economics*, evidenciando que, em verdade, o Direito ocuparia posição subordinada à Economia, servindo como instrumento para alcance de *eficiência* econômica e aumento da *competitividade*²¹². O papel da responsabilidade civil no âmbito da análise econômica seria, então, o de eliminação de custos que pudessem prejudicar a competitividade dos agentes econômicos, o que significa elencar custos econômicos em patamar hierarquicamente superior ao dos custos sociais²¹³, desvirtuando a função e os fundamentos da responsabilidade civil.

Admitindo-se que a responsabilidade civil possa desenvolver função de prevenção de danos, como teria caso fosse aplicável a condenação punitiva, seus instrumentos se estruturariam de acordo com uma lógica de proteção a princípios constitucionais. Portanto, contrária à noção que permeia as teorias econômicas, uma vez que, sob a égide da responsabilidade civil, o valor a ser protegido é a dignidade da pessoa humana. O dever imposto à responsabilidade civil é o de lançar mão de mecanismos de proteção à pessoa e de tutela de direitos relevantes à ordem jurídica. Tendo em vista que a *eficiência econômica* não representa valor relevante ao Direito, especialmente se para ser atingida atentar contra direitos de ordem constitucional, seus efeitos somente seriam alcançados caso representassem proteção a valores juridicamente tutelados²¹⁴. Em matéria de *Economia* e de teorias de análise econômica do Direito, muito embora de grande utilidade para a

²¹¹ GOMES, José Jairo. *Solidariedade e cooperação: um novo estágio na configuração da responsabilidade civil*. 2004. Tese (doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, p. 280.

²¹² RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Op. Cit.*, p. 136.

²¹³ IDEM, p. 136.

²¹⁴ IBIDEM, p. 135.

compreensão da eficácia de alguns institutos, a *eficiência* prevalece sobre a proteção de valores e direitos constitucionalmente garantidos.

A interdisciplinaridade proposta por este trabalho, longe de ignorar a deficiência proveniente de teorias econômicas em contato com o Direito, sugere que a responsabilidade civil tome suas premissas e chegue a conclusão diferente. O que se pretende é utilizar os mecanismos disponibilizados pelas teorias econômicas em prol da proteção à pessoa, centro da ordem jurídica. Portanto, mesmo que se considere as limitações do movimento *Law and economics*, seus critérios econômicos ainda assim podem ser de utilidade para o Direito, com a racionalidade que os norteia alterada para atingir o fim pretendido pelo sistema jurídico. Essa interpretação resultaria no desenvolvimento de instrumentos de proteção à dignidade da pessoa humana, frutos de um estudo interdisciplinar entre Direito e Economia, desde que observadas algumas ressalvas sobre a influência da economia na ordem jurídica²¹⁵.

A internalização dos custos gerados por indenizações punitivas poderia se mostrar menos vantajosa do que o investimento em adequação de produtos e melhoria na divulgação de informações sobre os produtos. Por meio de uma análise interdisciplinar dos sistemas em tela, a responsabilidade civil teria meios de fazer uso de dados econômicos para o desenvolvimento de mecanismos de prevenção de danos em relações de consumo. Sobre o assunto leciona Carlos Alberto Bittar:

“Consubstancia-se, portanto, em importância compatível com o vulto dos interesses em conflito, refletindo-se, de modo expressivo, no patrimônio do lesante, a fim de que sinta, efetivamente, a resposta da ordem jurídica aos efeitos do resultado lesivo produzido. Deve, pois, ser quantia economicamente significativa, em razão das potencialidades do patrimônio do lesante.”²¹⁶

Com estreita relação com a Teoria Risco-Proveito, a condenação em *punitive damages* tem como requisito que o agente tenha lucrado em razão do dano causado. Nesse sentido, Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk explica que a fixação do *quantum debeatur* é o momento em que a responsabilidade civil anuncia qual o valor que merece proteção do Direito, econômico ou social, eis que é a oportunidade em

²¹⁵ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Op. Cit.*, p. 137.

²¹⁶ BITTAR, Carlos Alberto. *Op. Cit.*, p. 233.

que se define o valor do direito violado²¹⁷. Se a empresa obteve lucro com a ocasião do dano, deveria ser somado ao cômputo indenizatório o valor que o agente teria obtido com o ato lesivo, estabelecendo que a intenção que rege os princípios e normas do Direito é definida em razão da prevenção do dano²¹⁸. Ou seja, o arbitramento da indenização anunciaria que o agente deveria ter se cercado dos devidos cuidados para evitar a ocorrência do dano²¹⁹. O cálculo que seria feito na sequência pela empresa condenada seria o da relação entre aquilo que lucrou com o dano e o que perdeu com a condenação, o que causaria um *desequilíbrio na equação custo-benefício*²²⁰. Considerando que o cálculo desse prejuízo não estava previsto e, portanto, não fora internalizado e repassado ao custo final do produto, a adequação e prevenção de danos pretendida pela responsabilidade civil se mostrará muito mais vantajosa economicamente do que arcar com os custos do dano perpetrado²²¹.

Apresentada a ideia central da análise econômica do Direito na perspectiva da responsabilidade civil, especialmente em relação à indenização punitiva por danos morais decorrentes de relações de consumo, é preciso analisar a problemática do enriquecimento sem causa. A categoria que será apreciada sempre tende a ser utilizada de argumento contrário à aceitação dos *punitive* ou *exemplary damages*, o que demanda a apresentação de potenciais soluções para questão.

4.2 O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA NA RESPONSABILIDADE CIVIL

É absolutamente impossível tratar de indenização punitiva sem adentrar o tema do enriquecimento sem causa, que se encontra entre os pontos mais controversos da doutrina em matéria de responsabilidade civil. Isso porque os elevados valores indenizatórios decorrentes de uma indenização que se pretende exemplar – quando não existe a observância quanto ao que representa a parcela compensatória e o que representa a parcela punitiva da condenação – destinam-se

²¹⁷ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Op. Cit., p. 137.

²¹⁸ IDEM, p. 141.

²¹⁹ IBIDEM, p. 141.

²²⁰ IBIDEM, p. 141.

²²¹ IBIDEM, p. 141.

integralmente à vítima, o que significa que sua situação econômica se altera após o recebimento da indenização. O valor indenizatório ser destinado totalmente à vítima acaba por gerar o problema que a doutrina reconheceu como *enriquecimento injusto* ou *enriquecimento sem causa*.

Fernando Noronha explica que o enriquecimento sem causa possui duas dimensões, uma estática e outra dinâmica ²²². A dimensão estática do enriquecimento ilícito manifesta-se no que o autor interpreta por proteção individual da esfera jurídica ou, na terminologia adotada pelo autor, na *defesa da esfera jurídica de cada pessoa*²²³. De outro lado, a dimensão dinâmica teria como objetivo realizar a recomposição patrimonial ao momento anterior à ocorrência do ato que gerou o enriquecimento ilícito²²⁴. A questão se torna mais complexa quando adentrada a esfera de discussão dos danos extrapatrimoniais, isso porque a recomposição patrimonial não seria exatamente compatível com a ideia de danos morais, justamente por não haver necessária implicação na esfera material da pessoa. No entanto, parece ser consensual ser perfeitamente possível aplicar o conceito de enriquecimento ilícito para situações de reparação por dano moral, tanto que esse é um dos principais pontos de desconforto relativos à indenização punitiva para os estudiosos da responsabilidade civil.

Nas palavras de Wesley de Oliveira Louzada Bernardo:

“Finalmente, há um aspecto de ordem moral: a entrega à vítima de soma que excede os danos por ela sofridos consistiria em claro enriquecimento ilícito de sua parte, eis que estaria se beneficiando de uma penalidade/desestímulo ao causador que interessa, em tese, não somente a ela, mas a toda sociedade.”²²⁵

É preciso esclarecer que a realidade com a qual alguns pesquisadores trabalham nem sempre condiz com a realidade das indenizações punitivas. Não obstante representarem grandes quantias por excelência, não raro são reproduzidos dados inverídicos de somas que parecem absolutamente fabulosas. André Gustavo Corrêa de Andrade argumenta que boa parte das polêmicas que giram em torno da

²²² NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, p. 420

²²³ IDEM, p. 420

²²⁴ IBIDEM, p. 420

²²⁵ BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *Dano moral: critérios de fixação de valor*, p. 177.

experiência norte-americana de *punitive damages* é fruto, na verdade, de informações imprecisas que são reproduzidas sem que haja real conhecimento sobre o assunto²²⁶. As indenizações milionárias, da experiência estadunidense, de que tanto se fala decorrem de decisões de primeiro grau, o que significa que não são proferidas por magistrados, mas sim por um júri formado por indivíduos leigos²²⁷. Quando o caso chega à apreciação de um juiz togado, conhecedor da técnica jurídica, via de regra, o montante inicialmente arbitrado é reduzido. Ainda que a redução não ocorra nessa instância, a decisão ainda poderá ser apreciada pela corte superior estadual, podendo chegar até mesmo à Suprema Corte dos Estados Unidos que, assim como na experiência brasileira, tradicionalmente recorre a critérios de *razoabilidade e proporcionalidade* para fundamentar seus julgados²²⁸. No caso do sistema jurídico brasileiro, o risco de, admitida a indenização punitiva, serem proferidas decisões com quantias mirabolantes a título de indenização por dano moral é bastante reduzido, já que mesmo em primeiro grau de jurisdição os julgados partem de um juiz togado e não de júri sem capacidade técnica (mais suscetível a julgamentos motivados por emoção)²²⁹.

Feitas ponderações iniciais, é preciso debruçar-se sobre o conceito do enriquecimento sem causa. Paulo Lôbo explica que o enriquecimento injusto tem como pressuposto ser resultado do prejuízo de alguém e não ocorrer por nenhuma causa jurídica, sendo, portanto, considerado ilícito²³⁰. Assim, o que definiria se o enriquecimento é justo ou injusto – lícito ou ilícito – é a condição que lhe deu causa.

Maria Cândida do Amaral Kroetz, em sua obra *Enriquecimento sem causa do Direito civil brasileiro contemporâneo e recomposição patrimonial*, leciona que o enriquecimento *ilícito* ocorre quando presentes três elementos: I) o enriquecimento; II) a ausência de causa ensejadora e III) ao decréscimo patrimonial de outrem²³¹. É preciso refletir, a partir dos requisitos ensejadores de enriquecimento ilícito apresentado, se, de fato, em matéria de indenização punitiva, o enriquecimento da vítima seria ilícito, uma vez que a causa ensejadora seria o próprio dano perpetrado

²²⁶ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Op. Cit.*, p. 226-227.

²²⁷ IDEM, p. 226-227.

²²⁸ IBIDEM, p. 227.

²²⁹ IBIDEM, p. 227.

²³⁰ Nas palavras do autor: “É o que se dá sem origem jurídica, em prejuízo de outrem. O que separa o enriquecimento juridicamente permitido (fundado em fato jurídico lícito) do enriquecimento sem causa é a ilicitude.” LÔBO, Paulo. *Obrigações*, p. 284.

²³¹ KROETZ, Maria Cândida do Amaral. *Enriquecimento sem causa no Direito Civil brasileiro contemporâneo e recomposição patrimonial*, p.68.

pelo agente econômico. Ademais, na experiência brasileira, tendo em vista a admissão velada da indenização punitiva pelos tribunais, não existe observância à individualização da parcela compensatória e da parcela punitiva da indenização que poderia não ser destinada à vítima, mas sim a fundos dedicados à prevenção de danos nas relações de consumo. Tais reflexões são necessárias para se encarar com seriedade o tema proposto, já que o valor norteador do Direito Civil deve ser a proteção da pessoa.

Boa parte do receio que a doutrina e jurisprudência brasileiras apresentam em relação aos *punitive damages* é resultado de desinformação quanto às verdadeiras somas que acabam por serem aplicadas nos Estados Unidos. Isso porque é gerado grande desconforto em pensar na mudança de condição econômica de determinado indivíduo por meio de recebimento de indenização por danos morais.

Essa preocupação poderia ser motivada até mesmo por indenizações compensatórias, pois uma vítima que se encontre em situação econômica muito desfavorável poderia sofrer alteração com valores considerados de cunho apenas compensatório. Sobre o assunto, Anderson Schreiber considera que uma alternativa viável as condenações de caráter punitivo e exemplar seria o aumento do valor destinado à indenização compensatória pelos tribunais, tomando como base as condições do ofendido²³². A proposta apresentada parece semelhante àquilo que os tribunais já têm realizado, rechaçando a aplicação de indenizações punitivas, porém, aumentando a indenização compensatória, de forma a utilizar esse modelo de indenização como forma de coibir condutas danosas. Ou seja, o princípio da indenização punitiva seria absorvido pela indenização compensatória que, por outro lado, não seria individualizada entre o valor a compensar a vítima e o valor a punir o ofensor, podendo gerar o problema que se discute, o enriquecimento sem causa, uma vez que a condição econômica da vítima sofreria alteração em razão da indenização de caráter compensatório²³³. O que se questiona dessa proposição é

²³² SCHREIBER, Anderson. *Op. cit.*, p. 212.

²³³ “Embora a exigência de proteção intensa aos valores existenciais pudesse servir, de *lege ferenda*, à defesa da indenização punitiva, não há dúvida de que a elasticidade da indenização por dano não patrimonial autoriza soluções mais simples, mais adequadas e mais eficientes. Em primeiro lugar, como alternativa à admissão dos *punitive damages*, pode-se facilmente adotar uma postura jurisprudencial mais generosa na quantificação das indenizações puramente compensatórias por dano extrapatrimonial, para que não restem economicamente tímidas. Tais indenizações, por dependerem tão somente do arbitramento judicial, teriam seus valores consideravelmente elevados

justamente a adoção de modelo indenizatório que ultrapassaria a proposta inicial de condenações com pretensão apenas compensatória, negando a admissão de condenações punitivas, mas admitindo que se eleve o cômputo indenizatório em valor suficiente a garantir a proteção da pessoa. Não seria essa forma de arbitrar a indenização uma maneira equivocada de utilizar a indenização punitiva sem, contudo, admitir sua aplicabilidade?

A doutrina assume, em regra, duas posições que divergem entre si. Considera-se a indenização punitiva como uma distorção do real intento da responsabilidade civil, com o aumento do valor indenizatório representando, na verdade, um afastamento da proposta atual, que se resume na certeza de sanção do agente causador do dano pelo ato ilícito cometido e em condenação medida pela extensão do dano, e não no rigor da condenação como mecanismo de desestímulo de conduta²³⁴. A outra porção da doutrina poderia ser representada por Maria Cândida do Amaral Kroetz, que afirma que as causas ensejadoras da responsabilidade civil e do enriquecimento ilícito são diversas, o ponto de partida da responsabilidade civil seria a ocorrência de um dano²³⁵. Desse modo, o enriquecimento deixa de existir sem causa, tendo na necessidade de reparação do dano sofrido sua razão de existir. Assim, a ilicitude deixaria de adjetivar o enriquecimento da vítima do dano, passando para a esfera do ofensor, eis que o dano indenizável é resultado de ato ilícito, seja ele comissivo ou omissivo²³⁶.

Assim pontua sobre a questão Caio Mario da Silva Pereira:

“Logo de plano ocorre assentar que o *dano* é elemento ou requisito essencial na etiologia da responsabilidade civil. Ao propósito, dizem os irmãos Mazeaud que entre os elementos constitutivos da responsabilidade civil, o prejuízo é o que menos suscita discussões, a tal ponto que a imensa maioria da doutrina contenta-se com registrar a regra. “Pois que se trata de reparar, é preciso que haja alguma coisa a ser reparada. Eis porque, na essência, a responsabilidade civil se distingue da responsabilidade moral e da penal. (...)” (Mazeaud e

em uma perspectiva que atentasse, efetivamente, às condições pessoais da vítima. Uma compensação mais personificada asseguraria tutela mais efetiva à dignidade humana que a aplicação generalizada de indenizações punitivas a qualquer hipótese de dano moral”. IDEM, p. 212.

²³⁴ BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *Op. Cit.*, p. 177.

²³⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*, p. 37-38.

²³⁶ KROETZ, Maria Cândida do Amaral. *Op. Cit.*, p. 75

Mazeaud, *Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile*, vol. I, nº 208).”²³⁷

Carlos Eduardo Pianovski parece chegar à mesma conclusão atingida por Maria Cândida do Amaral Kroetz quando pondera que o simples enriquecimento de uma das partes não implicaria na ilicitude desse ²³⁸. Tendo em vista que o enriquecimento não seria *sem causa*, mas antes teria sua causa na reparação do dano. Uma vez que a condenação, e por consequência o enriquecimento, só ocorre para reparar um ato ilícito que gerou prejuízo, no caso moral, para a parte, não há que se falar em ausência de causa para o enriquecimento²³⁹.

Não obstante, se sob uma perspectiva o enriquecimento causado por eventual condenação não poderia ser considerado ilícito ou sem causa, é possível falar em enriquecimento *indevido*²⁴⁰. Considerado na forma da quantia que extrapola o razoável e o proporcional, para a aferição do enriquecimento indevido, compara-se a quantia recebida por uma das partes e o prejuízo patrimonial sofrido pela outra com a condição econômica que apresentavam antes da condenação, em uma *situação jurídica de base*²⁴¹. No tocante aos danos morais, contudo, a averiguação que se faz não é objetiva, tendo em vista que o dano causado é extrapatrimonial. Assim, a chamada *situação jurídica de base* é alterada por ocasião de um dano moral, que diferentemente do dano material, não possui parâmetros objetivos de quantificação de indenização, o que dificulta a análise quanto ao que seria *razoável*.

Poderia se argumentar, com razão, que muito embora as premissas de responsabilização e enriquecimento sem causa sejam distintas, isso não suprime a possibilidade de haver relação entre suas manifestações, principalmente quando em matéria de indenizações com caráter punitivo, pois somam à dimensão compensatória a dimensão dissuasória da conduta, o que implica, como mencionado por diversas vezes, em quantias condenatórias elevadíssimas²⁴², quantia que tem na vítima do dano seu destinatário. É nesse cenário que reside a problemática vulgarmente denominada de *loteria forense*, que implica em vítimas de danos que procuram dar causa às indenizações como forma de receber elevados valores a

²³⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p. 37-38.

²³⁸ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Op. Cit.*, p. 148.

²³⁹ IDEM, p. 148.

²⁴⁰ IBIDEM, p. 148.

²⁴¹ IBIDEM, p. 148

²⁴² VENTURI, Thais Goveia Pascoaloto. *Op. Cit*, p. 126.

título de indenização que, para alguns operadores do direito, justificaria o dano à pessoa. Como já observado, assim como o sistema do Direito emite ruídos para o sistema da Economia, também o Direito recebe ruídos vindo desse outro sistema. É nesse sentido a reflexão de Thais Goveia Pascoaloto Venturi, que analisa a relação entre fatores econômicos e comportamento de ofensores e ofendidos em interações sociais, concluindo que padrões econômicos observados na esfera da responsabilidade civil – externalizados em valores indenizatórios – condicionam comportamentos futuros tanto das vítimas quanto daqueles que causam danos²⁴³.

Como sempre, a doutrina se posiciona em lados opostos, ocupado um lado por aqueles que procuram alternativa à indenização compensatória e encontram na indenização punitiva uma proposta mais interessante, passando a se dedicarem ao estudo de uma possível institucionalização da categoria. Enquanto que o outro lado se mostra absolutamente contrário à admissão de aumento do montante indenizatório²⁴⁴. O principal argumento dessa última corrente é que o desestímulo da conduta não deveria ser resultado de indenizações elevadas, o problema residiria, portanto, não na função da indenização, seja ela punitiva ou pedagógica, mas sim na implicação prática da admissão dessas funções: condenações em elevado *quantum* indenizatório²⁴⁵.

Sérgio Cavalieri Filho rechaça qualquer forma de lucro advinda de reparação por dano moral, o que implica em rejeição aos *punitive damages*²⁴⁶. Porém, afirma que a reparação, ainda que por meio de indenização pecuniária, deve ser a *mais completa possível*²⁴⁷. Em seu Programa de Responsabilidade Civil, Cavalieri ressalta que, mesmo em matéria constitucional, não houve fixação de parâmetros objetivos que orientem o intérprete, de modo que cabe ao julgador o dever de decidir de acordo com a *prudência*²⁴⁸. Outrossim, Carlos Alberto Gonçalves posiciona-se no sentido de que a indenização de caráter compensatório importaria em reparação

²⁴³ *In verbis*: “Assim, a premissa lançada pelo referido movimento nesse campo do Direito ressalta que a primeira função das regras de responsabilidade é a de influenciar no comportamento futuro, tanto dos potenciais agressores quanto das eventuais vítimas.” VENTURI, Thais Goveia Pascoaloto. *Op. Cit.*, p. 126.

²⁴⁴ Rui Stoco, por exemplo, é categórico em sua rejeição à indenizações caracteristicamente elevadas: “A busca de indenizações milionárias e a utilização do instituto da responsabilidade civil como fonte de enriquecimento devem ser combatidas e veementemente repelidas”. STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*, p. 1707.

²⁴⁵ IDEM, p. 1707.

²⁴⁶ FILHO, Sérgio Cavalieri. *Op. Cit.*, p. 100.

²⁴⁷ IDEM, p. 100.

²⁴⁸ IBIDEM, p. 100.

integral, ao passo que a indenização com efeito punitivo implicaria sempre em enriquecimento sem causa ou ilícito, pois ultrapassaria a esfera de compensação e reparação do dano²⁴⁹. Também Wesley de Oliveira Louzada Bernardo, adotando posição semelhante, critica uma possível institucionalização de indenizações punitivas sob o argumento de que a tutela da dignidade da pessoa humana acabaria por ficar em segundo plano, pois lhe seria atribuído caráter mercantil, já que a ofensa à dignidade implicaria em enriquecimento da vítima, o que implicaria em grave inversão de valores na responsabilidade civil²⁵⁰.

Sob outra perspectiva, Paulo Lôbo pondera que o emprego do conceito de enriquecimento sem causa como método de limitação da fixação de indenizações por danos morais poderia se mostrar eficiente, o que não necessariamente impediria a aplicação de indenizações punitivas, eis que ao arbitramento poderia prosseguir sendo impostos os limites da *razoabilidade* e da *proporcionalidade*, bem como da *solidariedade social* que também viria a servir de critério na quantificação da indenização, evitando que ocorra o enriquecimento ilícito²⁵¹.

Ademais, o princípio do duplo grau de jurisdição no sistema jurídico brasileiro operaria como mais um obstáculo à configuração do enriquecimento ilícito, havendo possibilidade de se reformar decisões consideradas injustas e exorbitantes, o que confere maior segurança quanto à correção de possíveis distorções²⁵² ocasionadas pelo primeiro grau de jurisdição, de modo que não caberia invocar o mal empregado termo da *loteria forense*²⁵³ em razão de indenizações por danos morais.

É preciso considerar, por fim, a possível existência de um paradoxo entre *razoabilidade* e *proporcionalidade*, demandadas dos julgadores quando da apreciação de casos relativos a danos morais, em especial no que tange a indenização punitiva²⁵⁴, já que a questão do enriquecimento sem causa é sempre um fator a ser considerado – ou que ao menos deveria ser – pelo magistrado. A racionalidade atinente à responsabilidade civil, no entanto, é permeada pela ideia da prevenção de danos, função chave da indenização de caráter punitivo. Tendo em

²⁴⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Comentários ao Código Civil*, vol. 11, p. 365.

²⁵⁰ BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. *Op. Cit.*, p. 264.

²⁵¹ LÔBO, Paulo. *Op. Cit.*, p. 285.

²⁵² ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Op. Cit.*, p. 228.

²⁵³ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Op. Cit.*, p.328.

²⁵⁴ IDEM, p. 261.

vista que a indenização a título compensatório tem sua razão de ser na ocorrência de um dano, poderia se argumentar que esse modelo não atenderia completa e satisfatoriamente o objetivo da responsabilidade civil, pois suas funções não se estendem à seara da prevenção.

Rui Stoco, partícipe da porção doutrinária contrária a condenações punitivas, defende que o modelo compensatório de reparação não deve implicar em indenizações irrisórias, de valor tão ínfimo que não venham a apresentar também função de prevenção, além da função compensatória, desestimulando o ofensor, entretanto, não poderia ser interpretada como método de alteração de situação econômica da vítima, em respeito ao que denominou de *binômio do equilíbrio*²⁵⁵.

Em contrapartida, Diogo L. Machado de Melo tece relevantes considerações ao afirmar que muitas vezes não é o valor da indenização arbitrada que gera o visível desconforto doutrinário em se tratando de indenizações punitivas, como se pôde observar pela própria afirmação de Rui Stoco, mas sim o receio de desmandes por parte da jurisprudência que utiliza de maneira velada, e erroneamente, a categoria dos danos punitivos, perpetrando injustiças e, possivelmente, ilegalidades²⁵⁶. Isso porque o ordenamento jurídico brasileiro não admite explicitamente a condenação punitiva, ainda que se possa discutir a ausência de incompatibilidades no sistema. Não existe por parte da jurisprudência a observância quanto a quem se destina este modelo de indenização, agentes econômicos que ocasionam danos no curso de suas atividades econômicas, ou seja, na busca por obtenção de lucro. É preciso lembrar que mesmo que absolutamente ignorado pela jurisprudência, a indenização punitiva se destina unicamente àqueles agentes que internalizam o risco de eventual condenação para obter proveito econômico.

Por fim, outra questão a ser analisada é, partindo da necessidade de individualizar a indenização – caso empregada a indenização punitiva, em uma porção compensatória e uma porção punitiva – a da criação de fundos dirigidos pelo Conselho Federal ou mesmo por conselhos estaduais para os quais a parcela punitiva da indenização poderia ser direcionada, acabando de vez com a problemática do enriquecimento indevido.

²⁵⁵ STOCO, Rui. *Op. Cit.*, p. 1709.

²⁵⁶ “A valorização equivocada (ou admissão velada) da vertente punitiva tem propiciado alguns excessos na jurisprudência, e que tem contribuído para abertura de disparidades e a falta de eficácia da própria reparação dos danos morais.” MELO, Diogo L. Machado de. *Op. Cit.*, p. 113.

4.3 ALTERNATIVAS AO ENRIQUECIMENTO INDEVIDO²⁵⁷

Muito se discute na doutrina sobre alternativas aos danos punitivos, tendo em vista o receio de ocorrência de enriquecimento ilícito, como visto, Anderson Schreiber propõe aumento ponderado no valor da indenização compensatória, mantendo em vista o enriquecimento sem causa como fator a ser considerado quando do seu arbitramento. Outra sugestão de Schreiber seria a aplicação de sanções administrativas pelo Banco Central a agentes econômicos – no caso, instituições financeiras – que agissem deliberadamente de forma a lesar o consumidor. O que se presente neste tópico é a apresentação e discussão de alternativas que poderiam viabilizar a institucionalização de condenações punitivas sem que caracterização do enriquecimento indevido permanecesse um ponto de preocupação à doutrina e jurisprudência.

Boa parte dos pesquisadores que se dedicam à busca de meios alternativos ao enriquecimento indevido acaba por chegar à conclusão de que a criação de fundos de caráter social seria, se não a melhor, uma das melhores propostas para encerrar a problemática apresentada. Assim, a vítima receberia tão somente a porção compensatória da indenização – que repararia o dano sofrido –, a título de indenização punitiva, no entanto, a vítima não seria beneficiada diretamente, mas indiretamente, assim como o coletivo²⁵⁸ de consumidores. A proposta em relação ao montante punitivo da indenização se resume em converter o valor condenatório conforme dispõe a Lei 7.347 de 1985, que *disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências*²⁵⁹. Haveria ainda a possibilidade de redirecionar esse valor

²⁵⁷ Será empregado o termo *enriquecimento indevido*, pois a perspectiva adotada pelo trabalho é de que, ainda que que o enriquecimento altere a relação jurídica de base, isso não lhe confere ares de ilicitude, eis que originado a partir de determinação judicial, nem tampouco é sem causa, já que teve sua causa em reparação de um dano sofrido.

²⁵⁸ O que se pretende é propor uma ideia concreta de coletivo e não meramente abstrata, afastando assim a pretensão de manter o significado de coletivo como *sem face*, do contrário, o coletivo de consumidores, como visto no primeiro capítulo deste trabalho, é dotado de concretude e significado.

²⁵⁹ Extraído do sítio: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm, acessado em 22.11.2014.

sobressalente nos termos do Art. 883, parágrafo único, do Código Civil²⁶⁰. Ou seja, o valor fixado a título punitivo poderia ser também destinado à instituição beneficente. Mesmo Maria Celina Bodin de Moraes, opositora da função punitiva da indenização, pondera que a distribuição da indenização punitiva nos moldes da Lei 7.347/85 garantiria *coerência ao sistema*²⁶¹. De todo modo, como pontua Diogo L. Machado de Melo, a destinação desses valores para entidades com fins sociais encerraria a discussão quanto ao enriquecimento sem causa, que, segundo o autor, ocorreria caso o valor integral da indenização punitiva fosse destinado à vítima do dano²⁶².

Neste sentido, a adoção de tais práticas poderia ser, enfim, uma alternativa válida ao trato de enriquecimento indevido daquele que sofreu o dano. No entanto, é preciso questionar se estas medidas não implicariam no desvirtuamento da função da responsabilidade civil, pois, em última análise, importam em distribuição de riquezas o que esbarra na questão do *assistencialismo*, contrário a natureza da responsabilidade civil e que poderia vir a distorcer seus objetivos²⁶³. O questionamento apresentado poderia encontrar resposta na ideia de que a prevenção de danos, ocasionada pela punição do agente causador do dano, seria sobremaneira mais relevante à responsabilidade civil do que conceder à vítima valor indenizatório que lhe importe em aumento patrimonial ou mesmo a criação de fundos sociais de caráter assistencial. Nas palavras de André Gustavo Corrêa de Andrade:

“Essa consequência seria como que o inevitável efeito colateral de um remédio necessário para combater uma doença e impedir a sua recorrência.”²⁶⁴

Em se tratando de danos causados à coletividade e de demandas coletivas, Maria Celina Bodin de Moraes pondera que a indenização punitiva poderia vir a ser

²⁶⁰ “Art. 883. Não terá direito à repetição aquele que deu alguma coisa para obter fim ilícito, imoral, ou proibido por lei. Parágrafo único. No caso deste artigo, o que se deu reverterá em favor de estabelecimento local de beneficência, a critério do juiz.”

²⁶¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Op. Cit.*, p. 263.

²⁶² MELO, Diogo L. Machado de. *A função punitiva da reparação dos danos morais (e a destinação de parte da indenização para entidades de fins sociais - artigo 883, parágrafo único do Código Civil)*. In: Mário Luiz Delgado e Jones Figueirêdo Alves, *Questões Controvertidas*, vol 5, p. 115.

²⁶³ GOMES, José Jairo. *Solidariedade e cooperação: um novo estágio na configuração da responsabilidade civil*, p. 280.

²⁶⁴ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Op. Cit.*, p. 230.

invocada, desde que o fundamento para sua utilização seja sempre o da prevenção de danos²⁶⁵.

Partindo dessa premissa, os *Fundos Reparatórios* poderiam ser criados de maneira análoga àqueles previstos pelo Art. 13 da Lei 7.347/85²⁶⁶, e teriam sua utilização especialmente em casos de demandas coletivas²⁶⁷. Seguindo o mesmo modelo proposto pelo Direito Ambiental, os fundos reparatórios serviriam como mecanismo de absorção de valores indenizatórios com função de prevenção de futuros danos, assim, na responsabilidade civil, os fundos reparatórios absorveriam o valor dedicado às condenações punitivas. Essa modalidade de fundos seria administrada por um *Conselho Gestor*, cuja função seria a de estabelecer destino para os recursos apreendidos pelo fundo, podendo encaminhá-los a entidades não governamentais e sem fins lucrativos ou pessoas jurídicas de direito público, desde que garantido o investimento com objetivo na *recomposição social*²⁶⁸, essa alternativa representaria o fim da discussão quanto ao enriquecimento indevido.

Seguindo a mesma linha, Thaís G. Pascoaloto Venturi, muito embora, ao contrário de Maria Celina Bodin de Moraes, se posicione favoravelmente às indenizações punitivas, considera que a destinação de parte da indenização para fundos de caráter social poderia ser viabilizada somente em se tratando de interesses difusos e demandas coletivas, ficando vetada essa conversão da indenização em se tratando de demandas individuais:

“Assim sendo, basta que a pretensão indenizatória deduzida em uma ação coletiva seja relacionada com a proteção de qualquer interesse ou direito difuso ou coletivo para que eventual condenação pecuniária seja direcionada a integralizar os Fundos Federal e dos Estados.”²⁶⁹

²⁶⁵ A autora discorre ainda sobre a diferença que isso implicaria para a definição do instituto dos danos punitivos, porque o valor a título de punição não mais irá para a vítima, mas será convertido para o benefício de um grande número de pessoas e, assim, afasta-se da concepção atual dos *punitive damages*, já que sua aplicação seria consoante a Lei 7.347/85. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Op. Cit.*, p. 263.

²⁶⁶ “Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.”

²⁶⁷ VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. *Op. Cit.*, p. 90.

²⁶⁸ IDEM, p. 88.

²⁶⁹ IBIDEM, p. 89.

Eis um problema. O questionamento que impõe ser feito é se realmente seria inviável a destinação de parcela da indenização para fundos reparatórios quando o valor decorre de demandas individuais. Caso não pudesse ser viabilizada a conversão de montante indenizatório referente à condenação punitiva de demandas individuais para os fundos sociais propostos, sendo acessíveis somente em casos de violação de interesse difuso, então se perpetuaria a discussão quanto ao enriquecimento indevido, haja vista as ações individuais representarem parcela considerável das demandas ajuizadas em se tratando de responsabilidade civil.

Sobre a alteração, Diogo L. Machado de Melo defende que a destinação da indenização em casos de ações individuais não só é possível como é compatível com a racionalidade jurídica hodierna, pois fosse o valor da indenização punitiva totalmente destinado à vítima, ocorreria flagrante retrocesso à racionalidade liberal que predominou na segunda metade do século XIX²⁷⁰. O autor conclui que, assim como em demandas coletivas, também em casos de demandas individuais poderia ser dividido o compensatório do punitivo, com esse último revertido para fundos sociais.

“Note-se que a destinação de parte da indenização dos danos morais para entidades de finalidade social não se restringe, a nosso ver, às demandas transindividuais (objeto de tratamento da Lei 7.347/85 – Lei de Ação Civil Pública), sendo possível também nas ações individuais em que a punição pelo dano moral for entendida como oportuna.”²⁷¹

Ainda que se admita discussão quanto a se a solução apresentada seria compatível com o escopo da responsabilidade civil, não parece razoável limitar a utilização de fundos sociais apenas para valores provenientes de demandas coletivas. A indenização punitiva poderia ser empregada com efeitos dissuasórios também em caráter individual e sem necessariamente significar enriquecimento indevido para a vítima, isso se aceita a proposta de destinar também esses valores aos fundos apresentados, de modo a beneficiar entidades de caráter social.

É preciso ponderar também sobre uma potencial nova função da responsabilidade civil, que não seria obstaculizada pela crítica quanto ao caráter

²⁷⁰ MELO, Diogo L. Machado de. *Op. Cit.*, p. 118.

²⁷¹ IDEM, p. 119.

assistencialista da criação de fundos sociais, isso porque considerada a mudança de perspectiva no Direito Civil, que opera sob a égide da Constituição da República, cuja base fundante é a proteção da dignidade da pessoa humana, é possível considerar a criação de fundos sociais, já que pautados na tutela da pessoa, mesmo em ações individuais²⁷².

É também nesse sentido que se pronuncia Pietro Perlingieri, ensinando que a normativa jurídica, estruturada por normas e princípios, é apenas um aspecto do Direito, o *aspecto normativo do fenômeno social*²⁷³, o que lhe confere a possibilidade de operar de forma a estagnar as situações jurídicas em determinado modelo, ou como instrumento de modificação da realidade social²⁷⁴. Nesse cenário de mudanças de paradigmas, a responsabilidade civil desempenha papel fundamental, conforme leciona André Gustavo Corrêa de Andrade:

“A responsabilidade civil remete, de imediato, à ideia de imputação a alguém do dever (sucessivo ou secundário) de reparar, ressarcir ou indenizar um dano decorrente da violação de uma obrigação fundamental ou a um dever primário (ou originário) de não lesar o próximo (*alterum non laedere* ou *neminem laedere*). A partir dessa ideia, aponta-se como função da responsabilidade civil a de reparar, da forma mais completa possível, o dano decorrente de um ato ilícito, em atenção ao princípio da *restitutio in integrum*.”²⁷⁵

Caio Mário da Silva Pereira explica que os danos extrapatrimoniais demandam maior atenção, pois o bem jurídico tutelado é de grande relevância e sua ofensa significa que são violados direitos de *valor inestimável*²⁷⁶. Nessa perspectiva, seria possível, então, falar em *função conscientizadora* da indenização punitiva, que tem como pressuposto a reparação integral, conforme ensina Clayton Reis, pois apresente uma função social na conscientização, operando como instrumento de prevenção de danos, tal qual a indenização punitiva, ainda que se pautando em

²⁷² “A partir dessas considerações, admite-se a construção da ideia de que os valores da pessoa humana estão diretamente relacionados com o seu grau de compreensão acerca da responsabilidade comportamental perante o grupo social em que se encontra inserida, como, igualmente, em relação ao ordenamento jurídico.” REIS, Clayton. *Op. Cit.*, p. 248.

²⁷³ PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do Direito Civil*, p. 2.

²⁷⁴ IDEM, p. 2.

²⁷⁵ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Op. Cit.*, p. 177

²⁷⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. Cit.*, p. 56.

premissa diversa, que é a mudança acerca da compreensão do valor atribuído ao dano moral. *In verbis*:

“mudança de mentalidade quanto ao processo de valoração dos efeitos dos danos imateriais sobre a personalidade de vítima de forma a se consolidar o princípio da ampla proteção dos bens de espírito, a fim de que as indenizações retratem a efetiva proteção do referido patrimônio sagrado das pessoas, violado pela ação lesiva daquele que ainda não ascendeu aos elevados planos do espírito.”²⁷⁷

É essa a racionalidade que deve guiar o leitor do presente trabalho, pois sua proposta central é a mudança na forma de analisar as relações de consumo e seus efeitos práticos, questionando se os instrumentos de proteção à pessoa atualmente apresentados pelo Direito Civil são, de fato, suficientes para a garantia daquela. Pretendeu-se, ainda, sopesar aquilo que a doutrina optou por denominar de enriquecimento ilícito em confronto com alternativas preventivas de dano, no caso, a condenação punitiva. Algumas alternativas foram apresentadas sem, contudo, ter a pretensão de esgotar o tema. Na verdade, mais questionamentos foram tecidos do que respostas definitivas alcançadas. Entretanto, a questão se mostra por demais complexa para comportar qualquer resposta sem que antes diversos questionamentos quanto ao seu funcionamento sejam feitos, questionamentos esses necessários na busca e na construção de soluções ao problema atualmente enfrentado pela responsabilidade civil.

O último capítulo deste trabalho tem como objetivo tratar da clássica dicotomia entre Direito Público e Direito Privado, utilizando breves considerações sobre essa como panorama e cenário para a discussão quanto à possibilidade de o Direito Civil aplicar sanções de caráter punitivo, outro problema levantado pela doutrina em se tratando de indenização punitiva.

²⁷⁷ REIS, Clayton. *Op. Cit.*, p. 274.

5. RESPONSABILIDADE CIVIL E SANÇÃO PENAL

5.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

As principais controvérsias relativas à aplicação da indenização punitiva seriam a questão da análise da culpa em matéria de Direito do Consumidor, o enriquecimento indevido e a possibilidade de uma sanção punitiva no Direito Civil. Antes de adentrar propriamente a questão da sanção civil e da sanção penal, compará-las e discuti-las, é preciso contextualizar a natureza da discussão apresentada. *In casu*, é necessário analisar a separação existente entre o que compete ao Direito Privado e o que compete ao Direito Público.

A lógica atinente ao que Hans Hattenhauer, conforme ensina Maria Celina Bodin de Moraes, escolheu denominar de “*ideologia da separação*” é construída a partir de pensamento estruturado no século XIX, que estudava uma alternativa jurídica à intervenção do Estado na economia²⁷⁸. Desse modo, haveria delimitação da intervenção estatal de maneira eficaz e a garantir autonomia ao indivíduo. Essa lógica acabou por ser também empregada pelas constituições do século XX, o que significou a consolidação da divisão entre o âmbito Público e o âmbito Privado²⁷⁹.

“Como esclarece Hans HATTENHAUER, a separação não era devida a qualquer esforço de cientificidade ou sistematização, mas, sim, à rígida divisão entre o Direito Público e o Direito Privado, entre a liberdade do cidadão quanto à circulação dos bens e sua posição frente ao poder estatal – separação esta de fundamental importância para assegurar a plena autonomia na sociedade burguesa.”²⁸⁰

A racionalidade que faz originar a divisão estudada tinha como finalidade facilitar a circulação de riquezas na sociedade burguesa, tendo se perpetuado no tempo muito mais por uma divisão acadêmica de estudo do Direito do que por uma necessidade prática, pois não existiria atualmente – e nem poderia – uma divisão

²⁷⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*, p. 195.

²⁷⁹ IDEM, p. 195.

²⁸⁰ IBIDEM, p. 201

estranque entre Público e Privado, e sim uma zona cinzenta de intersecção entre os campos de estudo.

O Direito Civil, de acordo com a lógica dos séculos XIX e XX, seria englobado pelo sistema do Direito Privado, e, por consequência lógica, a responsabilidade civil também seria pertencente a esse ramo. Isso implicaria que a condenação proveniente da responsabilidade civil poderia apresentar apenas natureza pecuniária e destinada somente à vítima, como forma de reparação do dano, sem que houvesse a possibilidade de punir o agente lesante. De outro lado, ao Direito Penal, considerado inserido na esfera do Direito Público, competiria o cargo de punir o ofensor, apresentando, entre suas variadas funções, dimensão preventiva de novos ilícitos por aquele que o ocasionou.

De todo modo, a separação em questão ocasiona reflexos no sistema jurídico até hoje, é o caso da separação entre indenização (condenação civil) e a pena (condenação penal), que, em tese, desempenhariam papéis diferentes, buscando atingir objetivos diferentes, o que refletiria na impossibilidade de construir uma sanção civil que representasse uma pena para o condenado, eis que a capacidade de punir seria privativa do Estado²⁸¹.

A premissa adotada por aqueles que criticam a função punitiva da indenização tem origem, então, na lógica da separação. Porém, seria mesmo possível invocar uma pretensa separação entre estes dois ramos de estudo para justificar a inviabilidade da admissão da indenização punitiva?

Parece que não. Isso porque, ainda que se admitisse uma separação não só para fins acadêmicos entre Direito Público e Direito Privado, parece ser um tanto negligente afirmar que essa mesma separação se estende de forma absoluta para seus institutos, tendo em vista que muitos conceitos, tanto em matéria penal quanto em matéria civil, circulam entre estas esferas ditas apartadas. Nesse sentido, é possível observar que mesmo o conceito de *ilicitude*²⁸² não é de uso exclusivo do Direito Penal, pois utilizado com bastante frequência por todas as demais esferas do Direito. Sua interpretação e utilização, contudo, seriam condicionadas pela natureza

²⁸¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Op. Cit.*, p. 202.

²⁸² Sobre o assunto, Juarez Cirino dos Santos leciona que “Em Direito Penal, a antijuridicidade é uma contradição entre a ação humana (realizada ou omitida) e o ordenamento jurídico no conjunto de suas proibições e permissões: as *proibições* são os tipos legais, como descrições de ações realizadas ou omitidas; as *permissões* são as justificações legais e supralegais, como situações especiais que excluem as proibições. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*, p. 219.

da norma violada – seja a ilicitude penal, civil, administrativa, tributária ou outra –, seguindo critérios pautados em conveniência e oportunidade²⁸³, sendo irrelevante a distinção entre Público e Privado, Civil e Penal, quando da utilização do instituto apreciado. O conceito de ilicitude será o mesmo independente da esfera de aplicação em que se enquadra.

Ademais, o objeto de enfoque do Direito Penal são *condutas humanas*²⁸⁴, segundo leciona Juarez Cirino dos Santos, essas condutas, comissivas ou omissivas, seriam descritas por tipos penais e previstas em lei, não havendo a possibilidade de uma conduta ser reconhecida pelo Direito Penal sem que antes passe pelo filtro da legalidade, qual seja, prévia tipificação normativa. Desta assertiva pode-se extrair a base fundante do Direito Penal, o princípio da legalidade, segundo o qual não existe pena sem que haja lei que a comine previamente. A partir dessa lógica, poder-se-ia argumentar que em Direito Civil não há necessidade de prévia tipificação legal para que seja imputada pena pecuniária, pois não se estaria tratando de um ilícito penal, mas sim de um ilícito civil, que não demanda tipificação de condutas. Outrossim, como será discutido em tópico próximo, existiria resposta do Direito Penal para ilícitos cometidos por pessoas jurídicas? Qual seria a resposta jurídica para a situação apresentada neste trabalho em termos de punição e coibição de condutas danosas ocasionadas por agentes econômicos? Em tópico futuro será apreciado o princípio da legalidade na seara da responsabilidade civil, oportunidade em que se pretende aprofundar a questão exposta.

A diferença substancial entre o que competiria à responsabilidade civil e à responsabilidade penal seria, portanto, a ameaça à ordem social ocasionada pelo dano perpetrado²⁸⁵. Entretanto, a responsabilidade civil em seu formato atual preza não só pela proteção do indivíduo, mas pela proteção e prevenção de danos em toda a teia social. Ademais, não se pode admitir que somente em matéria de Direito Penal uma conduta tipificada representaria impacto na cadeia social enquanto que o dano em Direito Civil teria repercussão apenas para o indivíduo admitido de uma forma simplesmente atomizada. Assim, a rigor, não seria possível individualizar em termos absolutos responsabilidade penal e responsabilidade civil, haja vista Direito Público e Direito Privado estarem interligados. Em Direito de Obrigações, por

²⁸³ FILHO, Sérgio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade civil*, p. 14.

²⁸⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, p. 3.

²⁸⁵ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade Civil*, p. 11.

exemplo, de acordo com divisões sistemáticas, pertencente ao Direito Civil, que por sua vez seria ramo do Direito Privado, existe a chamada *cláusula penal*²⁸⁶, cuja previsão legal se encontra disposta no Art. 416 do Código Civil²⁸⁷, que desempenha, assim como a indenização punitiva, papel de pena privada, punindo aquele que culposamente inadimplir contrato. Esse instituto tão comumente e rotineiramente utilizado – e também outros clássicos exemplos, como o próprio arras (Arts. 418 e 420 do CC), as astreintes (Art. 461 do Código de Processo Civil) e também os juros de mora – atravessa o Direito Civil e encontra pontos de contato com o Direito Penal, o que evidencia a precariedade do argumento separatista sempre tão utilizado pela doutrina contrária aos *punitive damages*. André Gustavo Corrêa de Andrade explica que a reparação, assim como muitos outros institutos do Direito Civil, apresenta natureza mista, ou seja, não existe qualquer pretensão de *pureza* no Direito Civil, e nem poderia, nas palavras do autor:

“Não deve, porém, causar estranheza o emprego de uma sanção de natureza penal na esfera do Direito Civil. Os domínios do Direito Civil e do Direito Penal nunca foram fechados ao tráfego de seus institutos mais característicos. A separação entre os dois ramos do Direito não é e nem deve ser absoluta”.²⁸⁸

Pondera-se que talvez pautar a inadmissibilidade de condenações punitivas em uma divisão aparentemente superada entre Direito Público e Direito Privado seja argumento insuficiente. Os níveis de complexidade atingidos pela sociedade contemporânea, aqui entendida como uma sociedade de hiperconsumo, demandam um Direito também complexo e dinâmico, com áreas de estudo interligadas e afetando-se entre si. Assim, poderia ser razoável questionar o papel que a responsabilidade civil atualmente adota, pois sua função poderia ultrapassar a reparação do dano, destinada apenas a um indivíduo. A vítima, podendo vir a

²⁸⁶ “A cláusula penal, também chamada pena convencional, é o pacto acessório pelo qual as partes de um contrato fixam, de antemão, o valor das perdas e danos que por acaso se verifiquem em consequência da inexecução culposa da obrigação.” GOMES, Orlando. *Obrigações*, p. 159.

²⁸⁷ Art. 416. Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo. Parágrafo único. Ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convencionado. Se o tiver sido, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente.

²⁸⁸ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Op. Cit.*, p. 184.

representar uma satisfação à sociedade, na medida em que demonstra preocupação com a prevenção de novos danos²⁸⁹.

5.2 A NATUREZA MISTA DA RESPONSABILIDADE CIVIL E A QUESTÃO DAS PENAS PRIVADAS

“Em realidade, parece mais acertado dizer-se que o mecanismo protetivo da norma geral do ressarcimento ou da reparação – *neminem laedere* – caracteriza-se pela sua natureza mista; “Tale natura mista opera in modo che l’equilibrio fra le due funzioni vada próprio ricercato nella possibilita di scudere – pur meritando l’autore del fatto illecito, per la sua condotta, la sanzione – la riparazione della lesione di tutela, vale a dire degli interessi estranei all’ordinamento giuridico nel suo complesso.”²⁹⁰

Toma-se essa lição de Yussef Said Cahali como ponto de partida da discussão a ser levantada, uma vez que se considere superado o paradigma da dicotomia entre Público e Privado, essa consideração deve ser trazida, em menor escala, para a responsabilidade civil em confronto com a responsabilidade penal.

Sobre o tema proposto, Juarez Cirino dos Santos pontua que o Direito Penal teria como objetivo atual a proteção de bens jurídicos diferentes daqueles objeto do Direito Civil, e de repercussão tanto para o indivíduo quanto para a sociedade na qual se insere²⁹¹. Assim, a existência de uma pena, a ser aplicada àqueles que atentassem contra os bens jurídicos objetos de proteção do Direito Penal, seria um modo de coibir a conduta, prevenindo o comportamento ilícito com a ameaça da pena²⁹². É possível observar que, tal qual no Direito Penal, a indenização punitiva busca prevenir danos aos bens jurídicos sob sua tutela – de natureza flagrantemente diferente da matéria penal – a partir do receio de uma pena, no caso, pecuniária. Também como na responsabilidade penal, o modelo de responsabilidade civil que admite condenações punitivas tem como superada a lógica de compensação da vítima pelo dano, passando a procurar punir o ofensor, garantindo uma resposta

²⁸⁹ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano moral e a indenização punitiva*, p. 285.

²⁹⁰ CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*, p. 38.

²⁹¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, p. 4.

²⁹² IDEM, p. 4

também à sociedade. Para Pontes de Miranda, contudo, a reparação civil não poderia admitir dimensão exemplar ou punitiva, afirmando que o propósito da responsabilidade civil é unicamente a reparação da vítima pelo dano, levando a vítima ao estado em que se encontrava antes do ilícito, imputar uma pena ao causador do ilícito civil poderia significar a retomada de uma racionalidade pautada no conceito de vingança, o que não se poderia admitir na responsabilidade civil contemporânea²⁹³.

Se de um lado a responsabilidade penal busca punir aquele que atenta contra bens jurídicos de sua tutela, prevenindo novos ilícitos e punindo aquele que os causou ao mesmo tempo em que, em tese, oferece senso de satisfação e justiça para a sociedade, a responsabilidade civil, em uma concepção clássica, tem como escopo conceder àquele que sofreu o dano, meios de retornar à situação em que se encontrava antes da ocorrência do ato lesivo. O mecanismo utilizado por excelência é a indenização, que por meio de uma quantia em dinheiro tenta compensar a vítima pelo sofrimento a ela imposto. O que se pretende demonstrar, no entanto, é que mesmo tendo naturezas diversas, a ideia de separação total entre responsabilidade penal e responsabilidade civil, não se admitindo qualquer ponto de contato, parece muito radical e sem utilidade prática – tendo em vista os institutos já apresentados de Obrigações que apresentam dimensões mistas –, pois mesmo que se considerem as fortes influências da tradição separatista, parece possível afirmar que essa racionalidade, típica do século XIX, se encontra superada tal qual a separação entre Público e Privado.

Para ilustrar a argumentação construída, o Art. 60 do Código Penal demonstra que a punição em matéria penal, por vezes, procura atingir não mais o *corpo* do causador do dano, mas seu patrimônio, utilizando penas pecuniárias e ameaça de decréscimo patrimonial como instrumento de prevenção:

“Art. 60 - Na fixação da pena de multa o juiz deve atender, principalmente, à situação econômica do réu.

§ 1º - A multa pode ser aumentada até o triplo, se o juiz considerar que, em virtude da situação econômica do réu, é ineficaz, embora aplicada no máximo.”

²⁹³ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Civil*, t. 22, p. 183.

O Art. 60 do Código Penal diz respeito sobre a função da *prevenção especial* da pena²⁹⁴, função que seria incorporada também pela responsabilidade civil, caso fossem admitidas condenações punitivas no ordenamento jurídico brasileiro.

Ainda, é possível observar, a partir do dispositivo apresentado, que existem similitudes entre responsabilidade civil e responsabilidade penal, sendo perigosa a afirmação que nega qualquer identificação entre as duas. Não parece ser correto estabelecer que a ideia de reparação seja estranha à responsabilidade penal²⁹⁵, antes pareceria acertado dizer que integra seu paradigma, assim também a racionalidade oriunda da responsabilidade penal encontraria lugar na responsabilidade civil, argumento que reforçaria a tese de conexão entre os institutos do Direito. A separação em termos absolutos entre responsabilidade civil e responsabilidade penal, portanto, poderia ser sustentada como divisão meramente didática, com finalidade de apresentação de temas de estudos, mas pondera-se se é razoável creditar a essa cisão a inadmissibilidade de indenizações cujo objetivo é a punição de ilícitos civis e a prevenção de novos danos com respaldo na alegação de que o *punir* se caracteriza por monopólio do Estado.

Admitindo-se que não há divisão absoluta e exata entre Direito Civil e Direito Penal, observa-se flexibilidade nos institutos de ambas as áreas do Direito, com alguns deles sendo divididos mais por conveniência e opção do legislador, do que por apresentarem natureza jurídica própria de Direito Civil ou de Direito Penal, essa manifestação da natureza mista e dos pontos de convergência entre os ramos apresentados pode ser analisada, em termos práticos, quando determinada conduta configura concomitantemente ilícito civil e ilícito penal²⁹⁶, sendo matéria de competência da responsabilidade em ambas as dimensões apreciadas.

Outro tema apresentado rapidamente em tópico anterior diz respeito ao princípio da legalidade, que em Direito Penal resultou no adágio *nulla poena sine lege*. Como dito anteriormente, o reconhecimento de um ilícito em termos de responsabilidade civil e uma consequente condenação com efeito punitivo não

²⁹⁴ A função da prevenção especial da pena criminal, dominante no Direito Penal dos séculos XIX e XX, é a atribuição legal dos sujeitos da *aplicação* e da *execução* penal: primeiro, o programa de *prevenção especial* é definido pelo juiz no momento da *aplicação* da pena, através da sentença criminal, individualizada conforme *necessário* e *suficiente* para *prevenir* o crime (art. 59, CP); segundo, o programa de *prevenção especial* definido na sentença criminal é realizado pelos técnicos da *execução* da pena criminal (...)." SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. Cit.*, p. 458.

²⁹⁵ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Op. Cit.*, p. 188.

²⁹⁶ FILHO, Sérgio Cavalieri. *Op. Cit.*, p. 14.

implica na necessidade de tipificar a conduta do causador do dano²⁹⁷, o desvio de conduta apresentado não é necessariamente um tipo penal e nem precisaria ser assim enquadrado para gerar a responsabilização do agente e sua punição pecuniária e, ressalte-se, de caráter civil. Em se tratando de indenizações por dano moral, é cediço que a quantificação da indenização depende de análise subjetiva do caso concreto, não havendo métodos exatos de fixação da indenização, conforme os ensinamentos de Caio Mário, o que significa dizer, nas palavras do autor, que será *liquidada proporcionalmente à lesão sofrida*²⁹⁸. Admitida a indenização punitiva, à indenização com função compensatória seria somada indenização com a função de punir o agente.

Não obstante possa ser admitida a existência de interligação entre responsabilidade civil e responsabilidade penal, é preciso ponderar se, de fato, a aplicação dos *punitive damages* pelo Direito Civil brasileiro não implicaria afronta ao princípio da legalidade, devendo ser levado em consideração a ausência de condutas tipificadas no âmbito da responsabilidade civil e a não criminalização da conduta para a condenação em indenização punitiva.

Outro tema que causa muita desconfiança sobre *exemplar damages* na doutrina é o confronto entre as funções de punição e prevenção e a possibilidade de implicarem em vingança para a vítima, o que não poderia ser admitido e institucionalizado pela ordem jurídica, é o que se pretende discutir no subcapítulo seguinte.

5.2.1 O Receio da Vingança e a Possibilidade de Prevenir Novos Danos

Pontes de Miranda é bastante categórico ao afirmar que a reparação civil por danos não poderia possuir dimensão punitiva, apenas compensatória, pois sua função seria a de reparar o dano e não estimular *vingança*, nas palavras do autor:

²⁹⁷ REIS, Clayton. *Op. Cit.*, p. 205

²⁹⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, vol. II, p. 288.

“O fundamento, no direito contemporâneo, está no princípio de que o dano sofrido tem que ser reparado, se possível. A restituição é que se tem por fito, afastando qualquer antigo elemento de vingança”²⁹⁹.

A preocupação quanto ao resgate de uma há muito ultrapassada *ratio* da responsabilidade civil pautada na ideia de vingança é bastante comum na doutrina, uma vez que, tratando-se de *punitive damages*, muito se fala na punição daquele que causou o dano, não só a título de exemplaridade a potenciais causadores de danos, mas também como resposta à vítima e à sociedade, de que houvera sido feita *justiça*³⁰⁰.

Essa apreensão por parte da doutrina entra em confronto com os ensinamentos de Clayton Reis, que afirma que atualmente estivessem os indivíduos inseridos em uma sociedade ideal, em um estado civilizatório ideal, não haveria afronta a direitos da pessoa, pois haveria um estado de respeito de direitos entre os indivíduos³⁰¹, o que não ocorre, refletindo a necessidade de instrumentos preventivos e dissuasórios de condutas danosas, *in casu*, perpetradas por agentes econômicos no curso de suas atividades. Para que haja verdadeira ponderação, é preciso, antes, analisar as dimensões das funções da prevenção, lógica instrumentalista na qual Clayton Reis, por exemplo, bem como outros autores, basearam a necessidade de indenizações com caráter punitivo. De acordo com a lição de Clayton Reis:

“Nessa hipótese, não se configura uma **vendetta** do lesado para com o ofensor em razão do pagamento indenizatório, mas tão somente a existência de um mandamento jurídico do Estado no sentido de tutelar o bem violado, impondo ao violador o dever de promover a restauração do bem ofendido.”

Em matéria de Direito Penal é possível dividir o estudo da categoria *prevenção* em outras subcategorias, no entanto, apenas duas são pertinentes ao assunto apresentado, quais sejam a *prevenção geral negativa*³⁰² e a *prevenção*

²⁹⁹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Civil*, t. 22, p. 183.

³⁰⁰ SHAPO, Marshall S. *Op. cit.*, p.360.

³⁰¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. Cit.*, p. 159.

³⁰² Como ensina Juarez Cirino dos Santos, essas modalidades de prevenção da pena poderiam ter utilidade em crimes econômicos, pois o agente tem conhecimento do ilícito que está causando e

especial, pois desempenhariam sua função de prevenção ao operar como ameaça de pena e sanção a ilícitos causados por impulsos sobre os quais o ofensor teria controle, podendo ter evitado que ocorressem³⁰³. Enquanto a ideia de prevenção e da pena no Direito Penal se relaciona muito mais – ainda que se sustente mudança e evolução nesta seara – à liberdade do indivíduo, atingindo, como anteriormente mencionado, seu *corpo*, de outro lado a racionalidade presente na ideia de prevenção e de pena no Direito Civil teria conotação muito mais patrimonial, com a pena em comento representando decréscimo patrimonial àquele que cometer o ilícito, causando o dano. A ideia de prevenção aqui preconizada, contudo, está associada a uma lógica patrimonialista, por assim dizer, pois a pena àquele que é condenado a pagar *danos punitivos* é a redução de seu patrimônio. Em se tratando de *punitive damages* e sua dimensão preventiva, a ameaça de redução do patrimônio daquele que poderia vir a conscientemente causar um dano implicaria em uma escolha racional no sentido de evitar o dano, pois em termos econômicos, como já apreciado, seria muito mais vantajoso ao agente.

Portanto, a chamada *repercussão exemplar*³⁰⁴, característica das condenações punitivas se mostra como argumento bastante forte à sua admissão, haja vista ser potencialmente capaz de evitar que ocorram reiterados ilícitos e danos. O agente econômico, sob a ameaça de ser condenado em elevada pena pecuniária, optaria por evitar que o dano se efetivasse a arcar com os custos da indenização definida pelos *punitive damages*, que se pressupõem de valor superior ao custo necessário para evitar o dano, de forma que a prevenção nessa modalidade de responsabilidade civil seria semelhante àquela *prevenção especial* de origem na responsabilidade penal.

Clayton Reis explica de maneira bastante clara e objetiva o que a indenização punitiva representa para a sociedade, bem como a forma com que, por

poderia evita-lo. Cumpre esclarecer, novamente, que não se pretende tipificar condutas para a aplicação de indenizações e penas (pecuniárias) civis, mas tão somente mostrar, na apresentação das funções da pena, que conceder dimensão punitiva ao instituto não significa contrariar a ordem jurídica vigente, eis que em alguns pontos pode ser defendida a aproximação entre a função da responsabilidade civil, concebida nos moldes da tradição da *common law*, e a responsabilidade penal. Nas palavras do autor: “Poderia ter efeito desestimulante em *crimes de reflexão* (crimes econômicos, ecológicos, tributários etc.), característicos do *Direito Penal Simbólico* (...)”. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.*, p.481.

³⁰³ IDEM, p. 481.

³⁰⁴ REIS, Clayton. *Op. Cit.*, p.161

meio do princípio retributivo – apresentado no primeiro capítulo do trabalho – acarreta em prevenção de novos danos.

“Nesse sentido, a pena possui um princípio retributivo, na medida em que concede um prêmio ao ofendido e pune o lesionador em razão de seu desvio comportamental. “Visto de um ângulo sócio-psicológico”, destaca Hans Kelsen, “o prêmio e a pena são estabelecidos a fim de transformar o desejo do prêmio e o receio da pena em motivo da conduta socialmente desejada.””³⁰⁵

O paradigma atual da responsabilidade civil, voltado unicamente para a vítima e reparação do dano, de fato, não comportaria indenizações punitivas. No entanto, é possível refletir mais uma vez sobre uma mudança na responsabilidade civil, segundo a qual a função preventiva (ou pedagógica) ganharia espaço na medida em que o ofensor também estivesse no centro da análise realizada. Da mesma forma, os danos causados pelo agente econômico seriam analisados de maneira global, como aquilo que o agente lucrou perpetrando os danos à totalidade de indivíduos. Dessa forma, a indenização compensatória não deixaria de existir, ainda haveria, como sempre haverá, a necessidade de reparar o dano ocasionado, porém, seria também aplicada indenização com efeito retributivo, indenização punitiva por excelência, desestimulando condutas danosas.

Com objetivos e objetos diferentes, indenização punitiva e indenização compensatória fornecem mecanismos diferentes para as formas de reparação as quais se destinam. A indenização com dimensão punitiva é um instituto que procura punir o ofensor, enquanto previne novos danos, em vultosas quantias em dinheiro, o que significa dizer que o dano gerado passa a ter um (alto) custo para o ofensor. Isso posto, é fácil constatar que, muito embora diferente da noção de *pena* conforme concebida pelo Direito Penal, o modelo de condenação estudado não deixa de ser uma pena, porém, uma pena privada, direcionada não para pessoa do ofensor, sua liberdade e seu corpo, mas para o seu patrimônio, tendo como razão de ser a proteção dos bens jurídicos sob a tutela do Direito Civil, como os direitos da personalidade.

³⁰⁵ REIS, Clayton. *Op. Cit.*, p.160.

Conforme anteriormente discutido, mesmo levando-se em consideração que a normativa jurídica de ordem infraconstitucional e constitucional consagrou a reparação na modalidade compensatória, a ideia da pena privada é admitida em várias áreas do Direito, inclusive do Direito Civil, sendo comumente utilizadas sem, contudo, entrarem na controvérsia destinada aos *punitive damages*.

“Fica-se, porém, com a opinião de que a natureza da indenização devida pelo dano moral é compensatória, por um lado, mas inegavelmente punitiva por outro, inibidora de ações semelhantes, como já frisado, como forma de assegurar o respeito aos direitos e garantias fundamentais previstos no elenco 5º da Constituição Federal.”³⁰⁶

Na lição de Clayton Reis, apreende-se que o ordenamento jurídico que propõe reprimir práticas que gerem danos à pessoa, ainda que em medidas substancialmente diferentes, acabará por recorrer e utilizar espécies de pena para cumprir com seu objetivo, o que justificaria a admissão da indenização punitiva, ainda que o instituto possua outras dimensões que não só a punitiva³⁰⁷, o que poderia ser utilizado como argumento de que a categoria é compatível, ou poderia ser facilmente compatibilizada, com o Direito Civil brasileiro. Assim como na experiência norte-americana, a responsabilidade civil brasileira procura meios de garantir resposta jurídica a práticas antijurídicas, na tentativa de resguardar interesses juridicamente tutelados, fazendo com que prevaleçam sobre o interesse individual daquele que pratica o ilícito causador do dano³⁰⁸, no caso da indenização punitiva, a resposta jurídica ofertada seria uma sanção pecuniária. Outrossim, a fração correspondente à indenização punitiva, conforme disposto em capítulo anterior, não seria concedida à vítima do dano, mas revertida à Fundos Reparatórios, o que também poderia ser utilizado como argumento contra o receio de vingança assente na doutrina.

Sobre o assunto, Yussef Said Cahali assevera que o dever de reparar possui, ou deveria possuir, natureza dúplice, compensatória e punitiva³⁰⁹, explica ainda que essa dimensão mista da indenização decorre em respeito ao princípio do

³⁰⁶ LEVADA, Cláudio Antônio Soares. *Liquidação de Danos Morais*, p. 49.

³⁰⁷ REIS, Clayton. *Op. Cit.*, p. 205.

³⁰⁸ CAHALI, Yussef Said. *Op. cit.*, p. 38

³⁰⁹ IDEM, pg. 39.

neminem laedere. Assim, não existe qualquer pretensão por parte da doutrina que se posiciona favoravelmente aos danos punitivos em tornar obsoleta a indenização de caráter compensatório, muito pelo contrário, a manutenção da reparação compensatória é fundamental à responsabilidade civil, o que se propõe é repensar a aceitação da indenização punitiva, alternativa a evitar novos danos em razão de apresentar efeito retributivo/pedagógico. A análise que se faz, portanto, é em relação ao que teria maior valor para a responsabilidade civil, evitar novos danos ou temer a possibilidade de um elemento totalmente subjetivo e individual como o sentimento de vingança, que poderia ou não estar presente em demandas de indenizações punitivas.

A proposição apresentada encontra em Carlos Alberto Bittar um defensor, que afirma que:

“Ora, num momento em que crises de valores e de perspectivas assolam a humanidade, fazendo recrudescer as diferentes formas de violência, esse posicionamento constitui sólida barreira jurídica a atitudes ou condutas incondizentes com os padrões éticos médios da sociedade. De fato, a exacerbação da sanção pecuniária é fórmula que atende às graves consequências que de atentados à moralidade individual ou social podem advir. Mister se faz que imperem o respeito humano e a consideração social, como elementos necessários para a vida em comunidade.”³¹⁰

É preciso lembrar que a questão apresentada no presente trabalho tem como contexto a sociedade de *hiperconsumo*, segundo a qual interesses econômicos impulsionam as relações sociais, bem como o desejo por consumir, o que coloca o consumidor em posição sobremaneira vulnerável. Nesse contexto, a pena pecuniária seria solução aos desvios de condutas de grandes empresas.

Ademais, entre as funções da responsabilidade civil está, ainda que de maneira subentendida, elencada proteção a direitos fundamentais, parece ser coerente adotar mecanismos inibitórios de condutas lesivas à pessoa. Pondera-se que, não obstante não sejam admitidas condenações com função punitiva, parece desarrazoado ignorar as mudanças ocorridas na sociedade de consumo, muito mais dinâmica e sujeita a novos e diferentes danos, a omissão da responsabilidade civil

³¹⁰ BITTAR, Carlos Alberto. *Op. Cit.*, p. 233.

em relação à necessidade de novos instrumentos de proteção da pessoa sob a premissa de que características Direito Público e Direito Privado não poderiam coexistir no mesmo instituto representaria grave falha na evolução apreciada nessa área do Direito, pois retiraria toda a pretensão de conceder efetividade ao conceito de dignidade da pessoa humana, fazendo-o retroceder à condição de um conceito formal, apenas um enunciado ausente de concretude.

Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk apontam que modelos e conceitos concebidos pelo Direito, tal qual a separação didática de áreas de estudos, são seus instrumentos, mas seu objetivo não é a mera instrumentalização e estruturação de sistemas³¹¹. Aplicar indenizações que possuam dimensão punitiva, ainda que se entenda, de fato, a punição como verdadeira pena (no caso, pecuniária), não implicaria em uma racionalidade incoerente do Direito Civil, do contrário, garantiria efetividade aquele que é seu verdadeiro objeto, conforme elencado pela Constituição da República, a proteção a direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana³¹².

Como último tema de estudo deste capítulo, e também deste trabalho, tem-se o debate quanto à possibilidade de o Direito Civil aplicar penas pecuniárias sem que isso imponha ofensa ao princípio da legalidade penal.

5.3 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE EM MATÉRIA DE RESPONSABILIDADE CIVIL

A discussão quanto à legalidade penal no âmbito da responsabilidade civil é essencial ao estudo da indenização punitiva no ordenamento jurídico brasileiro, pois é um dos obstáculos apontados pela doutrina à sua admissão. O debate proposto já

³¹¹ FACHIN, Luiz Edson e RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica*, p. 101. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*.

³¹² Na lição de Gustavo Tepedino, “não se trataria de enunciar um único direito subjetivo ou classificar múltiplos direitos da personalidade, senão, mais tecnicamente, de salvaguardar a pessoa humana em qualquer momento da atividade econômica, quer mediante os específicos direitos subjetivos (previstos pela Constituição e pelo legislador especial – saúde, imagem, nome, etc...), quer como inibidor de tutela jurídica de qualquer ato jurídico patrimonial ou extrapatrimonial que não atenda à realização da personalidade.” Assevera ainda que a prioridade conferida à tutela da dignidade da pessoa humana revela sua importância na medida em que condiciona ambos legislador e intérprete quando no trato das expressões normativas infraconstitucionais, devendo sua edificação ser sempre sob a égide de tal princípio. TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*, p. 49.

foi, por vezes, mencionado neste trabalho quando se questionou se não haveria a necessidade de se ater à legalidade conforme admitida no Direito Penal apenas em se tratando de condutas tipificadas também por aquele ramo do Direito, em respeito à sua natureza e objetivos, bem como os tipos de penas bastante diferentes em relação ao Direito Civil, que apresentaria penas apenas de carácter patrimonial.

Quanto ao princípio da legalidade penal, dispõe a Constituição da República:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;”

A garantia constitucional de respeito à legalidade é de extrema importância para o Direito Penal, pois é meio pelo qual o Estado garante ao indivíduo que uma conduta por ele realizada não poderá ser posteriormente criminalizada com efeitos para aquele que a praticou no momento anterior, da mesma forma não é possível realizar analogia com outros crimes na tentativa de criminalizar uma conduta, não se admitindo também a indeterminação do tipo penal³¹³. A *ratio* presente na Constituição da República já houvera sido consagrada pelo axioma de Feuerbach no início do século XIX, em que afirma “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”.

Para a compreensão quanto aos efeitos do princípio da legalidade em indenizações de natureza civil, é necessário entender a razão de ser do próprio princípio, de onde decorre sua necessidade, de modo a possibilitar o esboço de seu papel, se existir, em penas de ordem privada. Ensina Fernando Galvão que:

“No âmbito do poder punitivo, o Estado de Direito tem sua manifestação mais evidente na consagração do princípio da reserva legal, que garante ao indivíduo que a intervenção repressiva só tem autorização nos estreitos limites da lei.”³¹⁴

³¹³ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. Cit.*, p. 20.

³¹⁴ ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. *Direito Penal*. Parte Geral, p. 70.

A necessidade de tipificação anterior à conduta e os critérios a serem obedecidos na quantificação da pena são determinados pelo princípio da legalidade³¹⁵, o que não existiria em se tratando de penas privadas, eis a problemática da questão.

A exigência de cominação legal e previsão da pena anteriores à prática do ilícito tem raiz história, sendo definida pela necessidade de defender a população da arbitrariedade conhecida dos juízes pré-modernos, que com bastante frequência recorriam a penas de morte e demais penas que se mostravam cruéis³¹⁶. Esses tipos de pena eram então características do Direito Penal, o que demonstra a necessidade de tipificação prévia da conduta. Em se tratando de penas pecuniárias, no entanto, não haveria precisão no uso do termo “penas cruéis” ou penas que viessem a ofender direitos fundamentais daquele que causou o dano, de forma que parece ser razoável alegar a desnecessidade de observância ao princípio da legalidade tal qual em Direito Penal. O uso de penas e o desenvolvimento do Direito Penal tem origem histórica na busca da sociedade pela manutenção da racionalidade vigente³¹⁷, nesses formatos de civilização, as penas se manifestavam como castigos corporais, caracteristicamente violentos e cruéis, pois acreditavam que apenas grande sofrimento poderia redimir aquele que delinuiu do crime praticado e também de seus pecados³¹⁸.

Houve clara evolução histórica no que diz respeito à pena, que abdicou de seu papel de punir de maneira aflitiva e retributiva, pensada para castigar cruelmente quem praticou a conduta *criminosa*, passando a figurar como instituto destinado a prevenir ilícitos. Como já afirmado, a pena então deixa de dirigir-se somente ao *corpo* do ofensor, passando a ter por objeto seu psicológico, seu *espírito*, ultrapassando sua antiga e única função de existir como instrumento de repreensão social³¹⁹.

“A penalização do ofensor, na maioria das vezes, desempenha uma função indenizatória. Esta nova postura do direito penal retrata o movimento universal no sentido de não punir o corpo do ofensor (repulsa aos castigos primitivos e bárbaros praticados pelo homem no curso da

³¹⁵ ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. *Op. cit.*, p. 70.

³¹⁶ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Op. Cit.*, p. 237.

³¹⁷ REIS, Clayton. *Op. Cit.*, p. 197.

³¹⁸ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*, p. 09.

³¹⁹ IDEM, p. 18.

história) e sim impor-lhe a pena pecuniária que acaba se convertendo em um procedimento indenizatório. Assim, a pena pecuniária no direito penal tem como escopo compelir o delinquente a ressarcir ao Estado a ofensa contra ele perpetrada.”³²⁰

A ideia que permeava, e ainda permeia, o desenvolvimento do princípio da legalidade é justamente a necessidade de um mecanismo que exigisse que a tipificação e a lei fossem anteriores à conduta, que houvesse instrumento apto a proibir a indeterminação do tipo penal, bem como que retroagisse em malefício do indivíduo, seu escopo se define, portanto, pelo impedimento de criminalização de condutas posteriormente a ocorrência do fato³²¹. Não se observaria, assim, no Direito Civil e em indenizações punitivas, de natureza privada, a necessidade de condutas predeterminadas em lei para a admissão de indenizações punitivas, muito embora seja necessária a previsão legal do próprio instituto, é possível a discussão quanto à sua aplicação do Direito brasileiro.

O princípio da legalidade penal teria sua destinação de determinação anterior do tipo e da pena para penas que preveem privação de liberdade, restrição de direitos ou ainda penas que determinem aplicação de multa e determinada *quantidade* da pena³²². Neste sentido, é preciso ponderar sobre a necessidade de observância ao princípio da legalidade em penas pecuniárias, da mesma forma, sobre penas pecuniárias de natureza privada.

Tendo em vista a racionalidade do princípio em debate, não soaria desarrazoado argumentar que não é necessariamente compatível com a lógica da pena privada, ainda que se possa pugnar por determinações quanto a valores mínimos e máximos como maneira de limitar a distorção de condenações punitivas. É preciso lembrar que mesmo o Art. 60 do Código Penal determina que, caso o juiz considere ineficaz a pena-multa, poderá aumentá-la com o intuito de torná-la eficaz. Muito embora se desprestige a separação total e absoluta entre Direito Penal e Direito Civil, não se pode olvidar de considerar que possuem naturezas substancialmente distintas e, respeitadas essas distinções, seria razoável defender a desnecessidade de imposição do princípio da legalidade a penas privadas de caráter pecuniário, no caso, a indenizações com efeito punitivo. O engessamento da

³²⁰ REIS, Clayton, *Op. Cit.*, p.; 205.

³²¹ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Op. Cit.*, p. 239.

³²² IDEM, p. 239.

evolução da responsabilidade civil e adaptação às novas demandas sociais, por outro lado, poderia representar um prejuízo muito maior à ordem jurídica. Ademais, tendo em vista a necessidade de observar a situação econômica do ofensor para a quantificação e fixação da indenização, predeterminar valores entre os quais o juiz possa transitar para a valoração da condenação poderia implicar na obsolescência da própria categoria dos *punitive damages* caso aceita no Brasil, suprimindo sua principal função.

Admitindo-se que haja permissão para analogia quanto à *forma* das sanções de Direito Penal, em termos de *qualidade*³²³ não existe a mesma possibilidade, pois a indenização possui pressupostos totalmente diferentes daqueles da sanção penal e com expressão normativa determinada. O dever de indenizar encontra previsão legal no Art. 186 do Código Civil, conforme abordado no segundo capítulo deste trabalho, independente da manutenção apenas do caráter compensatório ou admissão da dimensão punitiva. Outro aspecto a ser analisado sobre os diferentes modelos de sanção é a *quantidade*, que tanto em matéria Penal quanto em Direito Civil é definida pelo julgador da causa que, obedecendo alguns critérios previamente determinados, realiza a fixação a partir da apreciação do caso concreto. Sobre os aspectos da sanção, teria o princípio da legalidade importante, senão essencial, papel no tocante à *qualidade* e a *quantidade* da pena, portanto, como não se admite analogia em relação a esses dois pontos, não parece ser necessária a transposição desse princípio para a responsabilidade civil, exigindo que seja tipificada a conduta e predeterminada a pena em lei.

Outra consideração necessária é a de que mesmo o Código de Processo Civil apreendeu a problemática da quantificação dos danos morais, elencando em seu Art. 286,II a possibilidade de redigir pedido genérico ao Juízo, em respeito à essa dificuldade de fixar o valor do dano, eis que a extensão e consequências daquele somente poderiam ser aferidas após encerrado o processo de conhecimento, sendo analisadas as particularidades do caso concreto. É o que leciona Gustavo Corrêa de Andrade ao afirmar que:

³²³ Ainda que a sanção pecuniária de natureza penal apresente dimensão e fundamentos sobejamente diferentes daqueles das sanções de natureza civil, as indenizações, assim como suas finalidades, é possível admitir que seja feita analogia quanto a suas formas. De acordo com a explicação de André Gustavo Corrêa Andrade, "A imposição de uma sanção pecuniária, tanto quanto a condenação ao pagamento de uma indenização, é uma consequência ou resposta natural a um dano." ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Op. Cit.*, p. 239.

“Além disso, em se tratando de dano moral, o valor da indenização, mesmo quando se busca imprimir à avaliação um caráter meramente compensatório do dano, é sempre imponderável, porque está relacionado com bens não estimáveis em pecúnia. Já se disse, mesmo, que o arbitrário é da própria essência do dano moral. Não é aceitável, portanto, o argumento de que seria ilegítimo o estabelecimento de uma sanção pecuniária a título de pena porque causaria surpresa ao réu. A indenização por dano moral, seja qual for o caráter que assuma (compensatório ou punitivo), sempre trará, com ela, o signo do imponderável.”³²⁴

Como já apreciado, mesmo o Art. 60, parágrafo primeiro do Código Penal determina que a situação econômica do ofensor deve ser levada em consideração caso a pena multa aplicada não se mostre o suficiente, o que importa dizer que, no caso concreto, o magistrado deverá analisar a situação econômica do réu com o fim de garantir que a pena alcance os objetivos propostos, *in casu*, a dita prevenção especial³²⁵.

Mais uma vez, a questão que se levanta é sobre a necessidade de se tipificar condutas que não são criminalizadas, uma vez que a essas seria imposta a necessidade de observância ao princípio da legalidade, que determinaria a necessidade de anterioridade da norma, bem como sua especificidade. Outrossim, a pena que seria admitida pelo Direito Civil, caso fosse aceita a indenização punitiva, não teria a natureza aflitiva característica das penas do Direito Penal, não incidindo em penas privativas de liberdade ou restritivas de direito. A proposta apresentada

³²⁴ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Op. Cit.*, p. 240.

³²⁵ Fernando Galvão, discorrendo sobre a matéria, analisa que mesmo em relação a outros dispositivos do Código Penal, o princípio da reserva legal não poderia ser aplicado em sua plenitude: “Também com relação à definição de penas, o problema verifica-se. Veja-se o caso da pena restritiva de direitos da prestação pecuniária. O § 2º do art. 45 do CP dispõe que, se houver aceitação do beneficiário, a prestação pecuniária pode consistir em prestação de *outra natureza*. Com certeza, a indefinição da pena de *outra natureza* viola o princípio da reserva legal, por sua manifesta indeterminação. A mesma coisa acontece com a prestação de serviços à comunidade. Conforme o §1º do art. 46, a prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado. A previsão legal, no entanto, não estabelece quais as tarefas que podem ser executadas pelo condenado. O §3º do art. 46 limita-se a dizer que as tarefas serão escolhidas pelo juiz conforme as aptidões do condenado. A imprecisão da pena é evidente, não sabe o condenado que tipo de pena poderá ser-lhe imposta”. ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. *Op. Cit.*, p. 74. Portanto, observa-se que mesmo na seara do Direito Penal é possível, senão necessário, relativizar o princípio da legalidade quando não se estiver tratando de penas corporais, quais sejam, privativas de liberdade, permitindo que seja argumento válido quando enfrentada a questão da legalidade em matéria de indenização com dimensão de pena pecuniária.

pela parcela da doutrina favorável aos *punitive damages* é a de aplicação de uma sanção pecuniária, dedica exclusivamente a agentes econômicos que causam danos no curso de suas atividades, com a finalidade de promover a pessoa humana, garantindo que sua dignidade seja respeitada e prevenindo ofensas.

A importância e essencialidade do princípio da legalidade não poderia ser ignorada, pois absolutamente necessário para a estruturação de um Estado que se pretende Democrático e de Direito, de forma que o ordenamento jurídico não poderia atender a tais pretensões sem o devido respeito ao princípio em comento. No entanto, não se pode olvidar que sua razão de ser tem origem na necessidade de preservação da *integridade física* do réu, de modo que sua aplicação não seria precisamente o que demanda a responsabilidade civil.

O princípio consagrado pelo axioma de Feuerbach teria, assim, como função a proteção da liberdade individual, justificando sua criação e perpetuação pela existência de penas privativas de liberdade e restritivas de direitos e, por consequência lógica, por sanções capazes de causar graves lesões à pessoa humana³²⁶, sanções de natureza notadamente de Direito Penal, de natureza diversa do Direito Civil. Cumpre esclarecer que muito embora se discuta a aceitação de indenizações com efeito punitivo, a ainda que se admita que esse modelo de reparação represente quantias bastante elevadas de condenação pecuniária, a pena em si não se mostra *aflictiva*, não há na pena civil de caráter patrimonial _ destinada a somente a agentes econômicos, frise-se – a possibilidade de representar óbice à liberdade individual, direito fundamental garantido pela Constituição da República e salvaguardado pelo princípio da legalidade. É preciso compreender e apreender a substancial diferença entre a pena privada e a pena pecuniária de natureza penal, pois a partir dessa premissa seria possível relativizar a aplicação do princípio da legalidade em matéria de indenizações punitivas, o que poderia garantir, com base na oferta de instrumento alternativo, maior eficácia na proteção aos direitos da personalidade.

É importante apontar que existem alguns estudiosos que propõe abolir a pena pecuniária como instituto do Direito Penal, na medida em que esse ramo do Direito deveria ser provocado somente quando a ofensa ao bem jurídico requerer resposta severa do sistema, situação que se mostraria incompatível com a

³²⁶ STARCK, Boris. *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, p. 383.

modalidade pecuniária da pena³²⁷, identificada por excelência com outras áreas do Direito, como o próprio Direito Civil. Em suma, essas reflexões poderiam indicar que o princípio da legalidade penal, pautado também na anterioridade, poderia ser relativizado, ou mesmo afastado, em se tratando de penas pecuniárias, não havendo a necessidade de predeterminação legal da conduta, uma vez que a medida utilizada pelo julgador seria o respeito à dignidade da pessoa humana.

Ao considerar superada a dicotomia entre Direito Público e Direito Privado³²⁸, seria factível pensar em institutos jurídicos delineados de maneira diferente na atualidade. O conflito gerado pela corriqueira necessidade de avaliar garantia de interesses e liberdades individuais de um lado e proteção a direitos fundamentais de outro pode ser considerada como uma das grandes crises do Direito contemporâneo, especialmente em se tratando de autonomia privada. Porém, tendo em vista que neste trabalho o fio condutor de toda a interpretação e estudo é a proteção à pessoa, considera-se a dignidade da pessoa humana, como valor e princípio, hierarquicamente superior aos demais direitos³²⁹ e princípios, mesmo porque a promoção da dignidade da pessoa humana é fundamento de um Estado Democrático e de Direito, essa interpretação implicaria mudança na forma como se estuda a ordem social vigente.

“Desse modo, ignorar os princípios constitucionais, ou interpretá-los à luz do código civil, como ainda hoje, sob considerações, alguns têm feito, significa desconsiderar o princípio da democracia ou tentar escamoteá-lo com a ideia de uma “razão lógica”, de um cientificismo obrigatório, ou apenas subordinar-se à força da tradição.”³³⁰

A mudança de paradigma proposta no trabalho parece ser essencial para o Direito Civil, em especial para a responsabilidade civil, pois poderia representar a

³²⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, p. 324.

³²⁸ Gustavo Tepedino leciona que a mudança de perspectiva ocorrida no Direito, normatizada em suas declarações, teve seu início na necessidade de voltar-se para a pessoa humana e garantir-lhe tutela do Estado, já que ocorriam diversos arbítrios por parte de Estados totalitários. Ensina o autor, contudo, que a proteção destinada à pessoa, por residir a princípio no âmbito do Direito Público, limitava-se a proteger apenas a integridade física e direitos políticos, de modo que não representava preocupação para o sistema de Direito Privado, modificando-se para o formato hoje conhecido após superada a dicotomia em análise. TEPEDINO, Gustavo. *Op. Cit.*, p. 32.

³²⁹ SARLET, Ingo. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Na Constituição Federal de 1988, p. 88.

³³⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Op. Cit.*, p. 70.

construção de uma ordem social voltada para a totalidade e o bem comum, e não apenas o indivíduo e seus interesses individuais e atomizados, representaria, assim, mudança de perspectiva, que passaria a ser pensada a partir da forma concreta da dignidade da pessoa humana. Ainda que contrária à admissão de indenizações punitivas, imprescindível a lição de Maria Celina Bodin de Moraes, que explica ser a dignidade da pessoa humana o imperativo categórico norteador do Direito Civil, sendo aquilo que lhe concede *unidade valorativa*³³¹.

Isso posto, o conflito suscitado por considerável parcela da doutrina entre princípio da legalidade e fixação de condenações punitivas, sob a perspectiva adotada neste estudo, poderia se estar comparando ou sopesando o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da legalidade, cada um de um lado da balança. Ainda que válido o argumento de ausência de hierarquia entre princípios de ordem constitucional, quando da apreciação do caso concreto, de uma maneira geral, o julgador e intérprete, após realizar as ponderações necessárias de razoabilidade e proporcionalidade, decide pela preponderância da dignidade da pessoa³³², em respeito a suas diversas dimensões que demandam tutela e sua condição, como já afirmado diversas vezes, de fundamento da República Federativa do Brasil.

No intento de contrapor o princípio da anterioridade penal e a criação de novos instrumentos de proteção a direitos da personalidade, André Gustavo Corrêa de Andrade não titubeia ao afirmar que os últimos apresentam maior relevância fática³³³. Outrossim, permitir a relativização da dignidade da pessoa humana, ainda que em detrimento de outro princípio de ordem constitucional (princípio da legalidade), implicaria na afirmação de que a dignidade da pessoa humana não impõe efetividade, o que não se pode admitir.

Os direitos da personalidade e a cláusula geral de proteção à dignidade da pessoa humana estão em uma relação de perfeita simbiose, como engrenagens de uma mesma máquina, podendo mesmo afirmar-se que os direitos da personalidade decorrem da dignidade da pessoa³³⁴, bem como a totalidade da expressão normativa no ordenamento jurídico brasileiro, argumento que viria a reiterar a tese de que a proteção à pessoa prevaleceria sobre os demais princípios.

³³¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Op. Cit.*, p. 75.

³³² IDEM, p. 85.

³³³ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Op. Cit.*, p. 246.

³³⁴ TEPEDINO, Gustavo. *Op. Cit.*, p.35.

Impera sopesar que a qualidade de *cláusula geral de tutela* estabelece ao *princípio* da dignidade da pessoa humana ser elencado também na categoria de *valor* constitucional e, como tal, representaria a imposição de um dever à totalidade de indivíduos que compõe a sociedade, sendo esse dever composto por dois atributos representados pela necessidade de proteção e promoção da dignidade. Esse dever seria também imposto ao Estado³³⁵ e seria representado pela obrigação de garantir instrumentos para que se atinja a efetiva proteção do valor em análise quando ameaçado por atos potencialmente danosos³³⁶. É sob essa mesma perspectiva que se desenvolve nos países da *commom law* a indenização com efeito punitivo, não admitida no Brasil.

A conclusão a que se chega ao final do capítulo pode ser traduzida pela desnecessidade de conflito entre o princípio da legalidade e a indenização punitiva, uma vez que não seria aplicável em se tratando de penas de natureza pecuniária e privada, assim, não haveria razão para condicioná-la àquela mesma anterioridade da lei penal.

A responsabilidade civil contemporânea tem suas bases firmadas na cláusula geral de tutela da pessoa, conforme enunciada por Gustavo Tepedino – contrário à instrumentalização da indenização com fins punitivos –, e não em critérios meramente patrimoniais, muito embora sejam utilizadas condenações em dinheiro como instrumento de reparação de danos, argumento que poderia ser utilizado a favor dos *punitive damages*. Por outro lado, se mostraria coerente pugnar que o legislador infraconstitucional seja instado a se manifestar sobre a matéria em análise, de modo a encerrar o conflito, ou ao menos oferecer a base para evolução e construção de parâmetros de indenização compatíveis com os problemas atuais da sociedade, o que acarretaria em maior previsibilidade e razoabilidade em casos de indenização por danos morais³³⁷.

³³⁵ Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk pontua que, na perspectiva do dever gerado para o Estado pela cláusula geral de proteção da pessoa, consideram-se duas dimensões de sua manifestação, uma dimensão negativa e outra positiva. A dimensão negativa implica em um dever de abstenção, segundo o qual o Estado deve abster-se de intervir na esfera individual da pessoa com condutas contrárias ao princípio da dignidade humana. O dever atinente à esfera positiva, por sua vez, remete à uma ação do Estado, no sentido de proteger e promover a dignidade da pessoa. RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. *Op. Cit.*, p. 134.

³³⁶ IDEM, p. 131.

³³⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Op. Cit.*, p. 263.

Por fim, o que se buscou, em linhas bastante gerais, com a construção do trabalho foi problematizar de maneira crítica a questão da indenização punitiva em países da tradição romano-germânica e da *civil law*, mais especificamente, o Brasil. Entre as intenções do estudo estava promover a discussão, longe de ser esgotada, entre os principais argumentos contrários e favoráveis à indenização punitiva, apresentando algumas alternativas consideradas válidas para o desenvolvimento de mecanismos mais eficazes de proteção à pessoa, atingindo assim a reparação integral, na qual se considera inserto o dever de prevenção de novos danos. Pretendeu-se apresentar temas polêmicos e, em algumas ocasiões, apresentar também algumas soluções as controvérsias que os cercavam. Assim, considera-se que o fim pretendido foi alcançado, o que não impõe o esgotamento da matéria, ao contrário disso, o fomento da discussão quanto ao tema.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ponto buscado com o trabalho parece ter sido alcançado, tendo sido demonstrada a existência de possíveis lacunas nas categorias atuais de instrumentos de proteção à pessoa. Foi levantada a discussão quanto a insuficiência dos institutos atuais da responsabilidade civil frente a novas demandas sociais, fundamentalmente para o trato de casos especiais de indenização por danos morais, e apresentada a alternativa da indenização com efeito punitivo. Com a apresentação do tema proposto, foram tecidas diversas críticas à sua aceitação bem como à sua rejeição, buscando-se ponderar qual poderia representar a melhor resposta da ordem jurídica ao atual modelo de ocorrência de danos. Questionou-se sobre a possibilidade de admissão da dimensão punitiva da indenização e se essa poderia ser sustentada face à prevalência da inviolabilidade da dignidade da pessoa humana ou se, por fim, deveria ser terminantemente abolida, sem deixar resíduos na jurisprudência como observados hodiernamente, pois apresentaria incompatibilidade com a unidade do sistema jurídico brasileiro.

No decorrer do trabalho, pôde-se observar que a utilização de critérios econômicos pode ser determinante para se intentar chegar à resposta da discussão proposta. Tomando-se como fundamento do instituto analisado sua dimensão de operar como mecanismo dissuasório de comportamentos causadores de aumento de riscos e potenciais danos na busca maximização de lucros em detrimento da dignidade humana, proceder uma análise econômica do Direito se mostra, se não fundamental, de extrema importância. Ao final da pesquisa, pareceu bastante claro ser essencial abdicar a perspectiva da lógica posneriana de análise econômica. Mostrou-se especialmente relevante a crítica de Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, que constata que a função da responsabilidade civil não poderia ser resumida a operar como mero instrumento de repressão da competitividade econômica, pois essa interpretação restritiva e utilitarista poderia colocar em nível de igualdade custos econômicos e custos sociais, o que não se pode admitir.

A mudança de paradigma constatada na responsabilidade civil possibilitou questionar a eficácia dos atuais modelos apresentados como instrumentos de resolução de conflitos sociais. Tomando a crise dos filtros da reparação estudada

por Anderson Schreiber como fomento para as já acirradas discussões sobre a categoria *exemplary damages*, pode-se construir uma melhor imagem da necessidade de novas tutelas. No decorrer da pesquisa, procurou-se demonstrar que muitos dos argumentos utilizados pela doutrina para criticar a possibilidade de aceitação dos *punitive damages* poderiam ser relativizados e alguns deles até mesmo superados. Não obstante, é necessário reconhecer o esforço teórico realizado tanto pela parcela da doutrina contrária a aceitação de indenizações punitivas quanto àquela favorável.

Se no início da pesquisa esse ou aquele posicionamento tivesse qualquer pretensão de obviedade, essa foi tolhida logo nos primeiros momentos, evidenciando a complexidade da matéria. No decurso do trabalho, os fatores apresentados garantiram que o debate sobre a indenização punitiva se encontra longe de ser encerrado, assumindo contornos cada vez mais críticos conforme seus estudos se aprofundam.

Ao final do trabalho, parece ser essencial pontuar que a proteção dedicada à pessoa deve conferir unidade ao ordenamento jurídico. Ainda que possa parecer repetitivo, é preciso ter em mente que esse é o tema central da discussão proposta, uma vez que pensada integralmente para a proteção do princípio da dignidade da pessoa humana. Ao passo em que argumentos favoráveis à aplicação e argumentos à sua rejeição possam ser relativizados e superados em sua própria abstração, a concretude com que o princípio em tela conta impossibilita que seja relativizada, mesmo que parcialmente, sua expressividade.

Como dito, com o final da pesquisa, mais dúvidas do que respostas acabam por surgir, entre elas a questão da extensão das indenizações. Tomando como paradigma o caso da rede Mc Donald's de *fast food*, o debate quanto ao enriquecimento sem causa reconhece outras dimensões da problemática, isso porque existem diversas outras questões embutidas na discussão, entre elas o próprio modelo jurisdicional estadunidense, bastante diferente do brasileiro. É possível concluir que a indenização por danos morais carece de parâmetros definitivos de quantificação do dano, assim como de situações bem delimitadas que lhe ensejariam. É também nesse sentido que se manifesta Yussef Said Cahali sobre o tema:

“Mas, no que se atrela a reparabilidade do dano moral ao direito da personalidade do lesado, inviabiliza-se desde logo uma enumeração exaustiva dos danos morais possíveis, como também se tem como dificultosa qualquer tentativa de sua classificação. Em magnífica análise das tendências do direito quanto à proteção da pessoa, Carlos Fernández Sessarego assinala que o direito, que dentro de sua natureza tridimensional (Carlos Cossio), é primariamente – mas não unicamente – vida humana interferida, condutas humanas intersubjetivas, não tem outra alternativa que ser fiel à realidade; ela nos mostra o ser humano como uma unidade ontológica, como uma unidade psicossomática; esta realidade obriga, inexoravelmente, a que os juristas tendam à adoção de uma técnica integral e unitária à proteção da pessoa humana.”³³⁸

Sobre as questões de mau emprego do instituto pela jurisprudência, pontua Carlos Alberto Bittar que ³³⁹ a tendência da jurisprudência é buscar sua uniformização, muito embora atualmente, em razão mesmo da natureza da matéria e admissões jurisprudenciais de maneira velada, não parece que a esperada uniformização irá ocorrer, o que causa receio àqueles que estudam responsabilidade civil. A segurança jurídica pareceria, em caso de não uniformização da jurisprudência, ameaçada por julgados discrepantes, porém, essa característica da jurisprudência hodierna é observada também em relação a condenações compensatórias, eis que escassos os critérios para fixação de montantes condenatórios. Em matéria de indenização punitiva, no entanto, a ausência de critérios detalhados, e bem observados, quando de sua aplicação parece ser um dos grandes óbices para a admissão da categoria, muito embora seja bastante difícil tratar de institutos relacionados à proteção da pessoa de forma exauriente.

Muito embora não se ofereçam respostas tão objetivas quanto se poderia esperar às questões levantadas no trabalho desenvolvido, procurou-se pensar, a partir do lugar da dúvida, a problematização necessária para o desenvolvimento e estruturação de uma sistemática crítica da produção doutrinária e da jurisprudência

³³⁸ CAHALI, Yussef Said. *Op. Cit.*, p. 59.

³³⁹ “Vacilações, no entanto, são notadas, em certos pronunciamentos de nossos magistrados, mas devem ser debitadas à conta do caráter ainda recente da formulação em causa e que, com certeza, sofrerão a correção natural que da evolução científica resulta.” BITTAR, Carlos Alberto. *Op. Cit.*, p. 280.

que circundam o tema, de forma a ter início a construção de alternativas viáveis ao modelo atual de reparação.

Desta forma, conforme se encerra o trabalho – porém sem encerrar a pesquisa –, a alternativa, que antes se apresentava sem forma, toma contornos cada vez mais claros, indicando a necessidade senão da regulamentação da indenização punitiva, então outro método de garantir a efetivação da proteção da pessoa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Gustavo Corrêa de. **Dano moral e a indenização punitiva**. 281 f., Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2003.

BARCELONA, Pietro. **El Individualismo Proprietário**. Madrid: Trotta, 1996.

BAUMAN, Zygmunt. **A Vida para o consumo: a transformação das pessoas em mercadoria**, de Zygmunt Bauman. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida Líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.

BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. **Dano moral: critérios de fixação de valor**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

CALABRESI, Guido. **Optimal deterrence and accident**. Yale Law School Journal, 1975.

CÁRCOVA, Carlos María. **Notas acerca de la Teoría Crítica del Derecho**. Buenos Aires: Febrero, 2000.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 7. ed. ver. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.

COASE, Ronald H. **O problema do Custo Social**. Chicago: Journal of Law and Economics, 1960.

COOTER, Robert and Thomas Ulen. **Law and Economics**. Addison Wesley Longman, 5ª edição, 2007

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. **Alguns apontamentos sobre os chamados Direitos da personalidade**. In: *Repensando fundamentos do Direito brasileiro contemporâneo* (org. Luiz Edson Fachin). Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11ª ed. Rio de Janeiro, São Paulo e Recife: Renovar, 2006.

FACHIN, Luiz Edson e RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **A dignidade da pessoa humana no Direito contemporâneo: uma contribuição crítica à raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista**. Revista Trimestral de Direito Civil, v. 35, p. 101-119, 2008.

FACHIN, Luiz Edon e RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica**. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. **Pessoa, sujeito e objetos: Reflexões sobre responsabilidade, risco e hiperconsumo**. In Luiz Edson Fachin e Gustavo Tepedino. *Diálogos sobre direito civil*, vol III. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

FACHINI NETO, Eugênio. **Da responsabilidade civil no novo Código**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria Advogado Editora, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FRANKLIN, Marc A. e RABIN, Robert L. **Tort Law an Alternatives – Cases and Materials**. New York: The Foundation Press, Inc., 1996.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Responsabilidade por Danos**: Imputação e Nexo de Causalidade. Curitiba: Juruá, 2014.

GOMES, José Jairo. **Solidariedade e cooperação**: um novo estágio na configuração da responsabilidade civil. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Minas Gerais, 2004.

GOMES, Orlando. **Obrigações**, Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GONÇALVES, Carlos Alberto. **Comentários ao Código Civil**, vol. 11. Curitiba: Saraiva, 2003.

ITURRASPE, Jorge Mosset. **Daños a La persona**. Revista de derecho rivado comunitário. Santa Fe (Argentina): Rubinzal-culzoni Editores, 1995.

KROETZ, Maria Cândida do Amaral. **Enriquecimento sem causa no direito civil brasileiro contemporâneo e recomposição patrimonial**. 207 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005.

LEVADA, Cláudio Antônio Soares. **Liquidação de danos morais**. Campinas: Copola Livros, 1995.

LIPOVETSKY, Gilles. **A Felicidade Paradoxal**: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. São Paulo, Companhia das Letras, 2007.

LÔBO, Paulo. **Obrigações**. Curitiba: Saraiva, 2011.

LOURENÇO, Paula Meira. **A função punitiva da responsabilidade civil**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

LOURENÇO, Paula Meira. **Os Danos Punitivos**. *In*: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

LOVECE, Graciela. **Mercadotecnia y Marketing en la Captación del Consumido**. *In*: Tutela del Consumidor. (Dir) GHERSI, Carlos A. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2002.

MELO, Diogo L. Machado de. **A função punitiva da reparação dos danos morais (e a destinação de parte da indenização para entidades de fins sociais - artigo 883, parágrafo único do Código Civil)**. *In*: Mário Luiz Delgado e Jones Figueirêdo Alves, *Questões Controvertidas*, vol. 5. São Paulo: Método, 2006.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Trad. Lígia M. Pondé Vassalto. Petrópolis: Vozes, 1987.

FROTA, Pablo Malheiros da Cunha. **Responsabilidade por Danos**. Curitiba: Juruá Editora, 2014.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Parte Especial. Tomo LIII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

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

NERY JUNIOR, Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade Nery. **Código Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NICOLAU, Gustavo Rene. **Efetiva aplicação da teoria do risco**. In: Mario Luiz Régis Delgado; Jones Figueirêdo Alves. (Org). *Questões Controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2006.

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**: De acordo com a Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **A responsabilidade civil por danos produzidos no curso de atividade econômica e a tutela da dignidade da pessoa humana: o critério do dano ineficiente**. In Carmen Lucia Silveira Ramos. *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

POSNER, Richard A. **The Law and Economics movement**. In: *The American Economic Review*, Vol. 77, No. 2, Papers and Proceedings of the Ninety-Ninth Annual Meeting of the American Economic Association, 1987.

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **Direito Penal Curso Completo: Parte Geral**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

RÉCIO, Cappelari. **Os novos danos à pessoa. Na perspectiva da repersonalização do Direito**. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2011.

REIS, Clayton. **Dano Moral**. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

REIS, Clayton. **Novos rumos da indenização por dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ROSENVALD, Nelson. **As funções da Responsabilidade Civil: A Reparação e a Pena Civil**. São Paulo: Atlas, 2013.

STARCK, Boris. **Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée**. Paris: L. Rodstein, 1947.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 3. ed. Curitiba: ICPC e Lumen Juris, 2008.

SANTOS JÚNIOR, Adalmo Oliveira dos. **A indenização punitiva em danos patrimoniais: a viabilidade jurídica da aplicação do punitive damages norteamericano no direito brasileiro**. Revista de Direito Privado, São Paulo, n. 30, abr.-jun. 2007.

SARLET, Ingo. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais. Na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. São Paulo: Atlas, 2012.

SEITER, Ellen. **Sold Separately: Children and Parents in Consumer Culture**, Rutgers University Press, 1993.

SHAPO, Marshall. **Basic principles of tort Law**. St. Paul: West Group, 1999.

SILVA, Wilson de Melo da. **O dano moral e sua reparação**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. **A Parte Geral do Novo Código Civil. Estudos na perspectiva Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TOLOMEI, Carlos Young. **A noção de ilícito e a Teoria do Risco na perspectiva do novo Código Civil**. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A Parte Geral do Novo Código Civil: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

VENTURI, Thais Goveia Pascoaloto. **A construção da responsabilidade civil preventiva no Direito Civil contemporâneo**. 338 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012.

WEBER, Ricardo Henrique. **Defesa do Consumidor: O Direito Fundamental nas Relações Privadas**. Curitiba: Juruá, 2013.