

PATRICIE BARRICELLI

**A APLICAÇÃO DA DOUTRINA DOS *PUNITIVE DAMAGES* AO
DIREITO DO CONSUMIDOR NO BRASIL**

São Paulo
2014

PATRICIE BARRICELLI

**A APLICAÇÃO DA DOUTRINA DOS *PUNITIVE DAMAGES* AO
DIREITO DO CONSUMIDOR NO BRASIL**

**ESPECIALIZAÇÃO EM
DIREITO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO**

Monografia apresentada à Pontifícia
Universidade Católica para obtenção do
título de Especialista de Direito das
Relações de Consumo sob orientação do
Professor Vinicius Simony Zwarg

São Paulo
2014

EPÍGRAFE

*A punição de qualquer homem mau é a
segurança dos homens bons (Públio Sírrio)*

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente a meus pais, que sempre me incentivaram e apoiaram na concretização de meus objetivos, e são a base essencial da minha formação.

Em seguida agradeço a meu professor e orientador Vinicius Zwarg, por sua dedicação e ensinamentos que inspiraram meus pensamentos críticos em relação ao Direito das Relações de Consumo.

Agradeço também a inúmeros colegas que de diversas formas me ajudaram na elaboração do presente estudo, seja compartilhando conhecimentos, esclarecendo dúvidas, ou até mesmo emprestando livros. Em especial, agradeço a Renato Goldoni e Gabriel Villas Bôas Zanon.

Por fim, mas não por último, agradeço a meu noivo, Thiago Villas Bôas Zanon, pela paciência e compreensão, pelos momentos abdicados e acima de tudo, pelo suporte na realização de meus ideais.

RESUMO

O presente estudo tem como escopo realizar uma análise sobre a aplicação dos *Punitive Damages* ao Direito do Consumidor no Brasil como um instituto capaz de contribuir para a proteção dos direitos do consumidor.

O trabalho se estruturou a partir de breves considerações sobre as origens e evolução da doutrina dos *Punitive Damages*, ressaltando sua aplicação nos Estados Unidos, país em que o instituto da chamada indenização punitiva mais se desenvolveu.

Em seguida, buscou-se apresentar um breve panorama do Direito do Consumidor no Brasil, a fim de ressaltar suas principais características, em especial em relação à responsabilidade civil, a fim de trazer mais subsídios para uma melhor compreensão da questão central do trabalho que seria abordada no próximo capítulo.

Finalmente, ao adentrar o cerne do estudo, realizou-se uma abordagem sobre as origens e evolução do debate sobre a aplicação dos *Punitive Damages* no Brasil, inclusive no Direito do Consumidor.

Palavras Chaves: *Punitive Damages*, sanção, dano moral, desestímulo, consumidor.

ABSTRACT

The present study aims to analyze the application of the Punitive Damages to Brazilian consumer law as an instrument to contribute to the protection of consumers' rights.

The study has been structured based in some considerations about the origins and the evolution of the Punitive Damages' doctrine, highlighting its application in the United States, where the legal instrument of Punitive Damages developed itself at most.

Next, the study intends to present a brief prospect of Brazilian Consumer Law, in order to demonstrate its main characteristics, especially in regard to product liability and bring more data to help in the comprehension of the main question of the study, which will be discussed in the following chapter.

Eventually, in regard to the main topic of the study, it approaches the origins and evolution of the debate regarding the application of Punitive Damages in Brazil, including in Consumer Law.

Also, this chapter analyses the Deterrence Theory, developed by part of the Brazilian doctrine with the aim to import the north-american legal instrument and its application by judges.

Furthermore, in the ambit of the application of Punitive Damages in Brazilian Law, it was studied the controversy of its introduction in Brazil, presenting the most controverted points in regard to the subject, highlighting the ones related to Consumer Law.

Key words: Punitive Damages, sanction, non material damages, deterrence, consumer.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	1
2	A DOCTRINA DOS <i>PUNITIVE DAMAGES</i>.....	3
2.1	EVOLUÇÃO HISTÓRICA	3
2.2	CONCEITO E FINALIDADE DOS <i>PUNITIVE DAMAGES</i>	6
2.3	<i>PUNITIVE DAMAGES</i> NOS ESTADOS UNIDOS	8
2.3.1	<i>Breve Introdução à common law</i>	8
2.3.2	<i>Da aplicação dos Punitive Damages</i>	11
2.3.3	<i>Atuação dos Punitive Damages à Product Liability</i>	12
2.3.4	<i>Críticas à aplicação dos Punitive Damages nos Estados Unidos</i>	19
2.3.5	<i>Tort Reform</i>	22
3	RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO NO BRASIL	24
3.1	SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO: CIVIL LAW	24
3.2	ORIGEM CONSTITUCIONAL DA DEFESA E PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR NO BRASIL	25
3.3	O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	29
3.4	DA RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO	32
3.4.1	<i>Da responsabilidade civil</i>	33
3.4.2	<i>Responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor</i>	38
4	PUNITIVE DAMAGES NO DIREITO DO CONSUMIDOR BRASILEIRO	46
4.1	ORIGENS DA DISCUSSÃO ACERCA DA FUNÇÃO PUNITIVA DA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL NO BRASIL.....	46
4.2	ORIGENS DA DISCUSSÃO SOBRE PUNITIVE DAMAGES NO ÂMBITO DO DIREITO DO CONSUMIDOR NO BRASIL	51
4.3	APLICAÇÃO DOS <i>PUNITIVE DAMAGES</i> AO DIREITO DO CONSUMIDOR NO BRASIL: TEORIA DO DESESTÍMULO E JURISPRUDÊNCIA	55
4.4	PRINCIPAIS PONTOS CONTROVERTIDOS ACERCA DA APLICAÇÃO DOS <i>PUNITIVE DAMAGES</i> NO DIREITO BRASILEIRO.....	60
4.4.1	<i>Separação entre Direito Público e Privado</i>	61
4.4.2	<i>Ofensa ao princípio da Legalidade</i>	63
4.4.3	<i>Excesso nas indenizações</i>	69
4.4.4	<i>Enriquecimento sem causa do ofendido e Indústria do Dano Moral</i>	72

4.5	APLICAÇÃO DOS <i>PUNITIVE DAMAGES</i> AO DIREITO DO CONSUMIDOR NO BRASIL	75
4.5.1	<i>Ocorrência de dano moral</i>	75
4.5.2	<i>Culpa grave do ofensor</i>	76
4.6	RELEVÂNCIA DA APLICAÇÃO DOS <i>PUNITIVE DAMAGES</i> AO DIREITO DO CONSUMIDOR NO BRASIL	79
5	CONCLUSÃO	82
6	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	85

1 INTRODUÇÃO

O estudo em tela visa analisar a aplicação da doutrina dos *Punitive Damages* ao Direito do Consumidor no Brasil, como uma forma de potencializar a proteção aos direitos do consumidor.

O instituto norte-americano dos *Punitive Damages*, também chamado de indenização punitiva, representa o acréscimo de um montante à indenização compensatória, com o intuito de punir o ofensor e dissuadir a prática recorrente de determinada conduta.

Não obstante, existência de várias críticas à sua aplicação, o instituto tem desempenhado um importante papel na proteção dos consumidores nos Estados Unidos, ao evitar que grandes fornecedores pautados em critérios econômicos negligenciem direitos dos consumidores, praticando reiteradas condutas abusivas, por considerarem mais vantajoso arcar com eventual verba indenizatória do que investir em produtos seguros e de qualidade.

Note-se que o acréscimo à indenização serve como uma penalidade para os fornecedores supracitados, além de servir como um desestímulo para que voltem a repetir determinada conduta.

Cumprido salientar, que o referido fenômeno norte-americano têm se repetido em território nacional, comprometendo a eficácia da proteção ao consumidor.

Contudo, não se podem olvidar as diferenças existentes entre os sistemas legais americano e brasileiro. Enquanto o primeiro baseia-se no direito consuetudinário, também conhecido como *common law*, e é estruturado a partir da experiência dos precedentes judiciais, o segundo segue a tradição romano-germânica, a *civil law*, e tem como fundamento a lei, em geral codificada.

Nesse sentido, embora tenha se desenvolvido no Brasil a chamada Teoria do Desestímulo, que defende a aplicação da indenização punitiva como fator de punição e desestímulo, em razão das diferenças dos ordenamentos jurídicos identificam-se inúmeros pontos controvertidos à cerca da aplicação dos *Punitive Damages* em território pátrio, pois enquanto uns defendem a necessidade de aplicação do instituto, outros fazem sérias críticas à sua utilização.

Dessa forma, diante das muitas opiniões conturbadas e divergentes sobre o tema propõe-se estudar a aplicação do instituto ao direito do consumidor brasileiro a fim de melhor compreender o intrincado cenário atual da indenização punitiva no Brasil, enquanto instrumento que visa potencializar a proteção ao consumidor.

2 A DOCTRINA DOS *PUNITIVE DAMAGES*

O presente trabalho visa analisar a aplicação dos *Punitive Damages* no âmbito do Direito do Consumidor brasileiro.

A relevância do tema fica latente a partir do momento em que se faz uma avaliação sobre a eficácia do sistema de responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor Brasileiro.

Contudo, antes de ingressar na questão central do trabalho, faz-se *mister* tecer breves considerações sobre a Doutrina dos *Punitive Damages*, a fim de otimizar a compreensão do presente estudo.

Assim, o presente capítulo aborda a evolução histórica, conceito e finalidade da Doutrina dos *Punitive Damages*, bem como sua aplicação nos Estados Unidos.

2.1 Evolução Histórica

Primeiramente insta salientar que, embora em geral, a origem dos *Punitive Damages* seja remetida à antiguidade, a Inglaterra foi o local onde realmente se desenvolveu e adquiriu nuances mais próximas das características que hoje apresenta, conforme ensina Andrade¹:

“Os autores que se dedicam ao estudo dos *Punitive Damages* usualmente localizam sua origem remota em textos da Antiguidade, como o código de Hammurabi, (mais de 2.000 a.C), o Código Hitita (Séc. XV a.C.), a Lei das XII Tábuas (450 a.C.), o Código de Manu (200 a.C.), assim como a Bíblia. Foi na Inglaterra, porém que o instituto começou a moldar sua forma atual”.

Nesse sentido, tem-se que a *treble damages*, isto é, a indenização triplicada, primeira forma identificada de indenização punitiva, teve sua origem no estado inglês de Gloucester, em 1278, relacionada aos casos de recuperação de propriedade imobiliária danificada por inquilino ou arrendatário (*action of wastes*), segundo Souza et al².

¹ ANDRADE, A. G. C. **Dano moral e indenização punitiva**: os *Punitive Damages* na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 178.

² SOUZA, A. S. R.; BORGES, A. M.; CALDAS, A. G. **Dano moral & Punitive Damages**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 58.

Contudo, o primeiro caso em que explicitamente tratou-se de *Punitive Damages* foi o julgamento do caso *Wilkes v. Wood*, em 1763, conforme leciona Andrade³:

“O n. 45 do Jornal Semanal *The North Briton* publicara artigo anônimo de conteúdo alegadamente ofensivo a reputação do Rei George III e de seus ministros. Em consequência, Lord Halifax, secretário de Estado do rei, determinou a expedição de mandado genérico (*general warrant*), autorizando a prisão dos suspeitos de envolvimento na publicação do artigo, sem identificá-los nominalmente. Foram presas 49 pessoas, dentre as quais o autor do artigo, John Wilkes, inflamado membro da oposição no Parlamento. Mensageiros do rei invadiram e revidaram a casa de Wilkes, forçando gavetas e apreendendo livros e papéis privados, sem inventariá-los. Wilkes então, ajuizou uma *action for trespass* contra Mr. Wood, subsecretário do Estado, que havia pessoalmente supervisionado a execução do mandado. Demandou *exemplary damages*, ao argumento de que uma indenização de valor reduzido não seria o suficiente para impedir a prática de condutas semelhantes. O juri estabeleceu a soma, considerável para a época de mil libras a título de *Punitive Damages*”.

No mesmo ano, surgiu um novo precedente inglês no caso *Huckle vs. Money*, quando uma pessoa foi presa sem motivo, tendo permanecido no cárcere por seis horas. Os julgadores entenderam oportuno concedê-la um montante de trezentas libras excedentes ao dano efetivamente sofrido, conforme aduz Oliveira⁴.

O referido precedente inglês versava sobre a mesma situação do caso *Wilkes vs. Wood*, ou seja, a expedição de um mandado genérico capaz e resultou em um montante significativo fixado a título de *Punitive Damages*. Nesse caso, contudo, o réu apelou, admitindo sua responsabilidade, mas arguindo a excessividade da indenização, uma vez que a vítima ficara detida por um curto período de tempo, havia recebido tratamento civilizado e até mesmo cortês. A apelação foi desprovida, com base no argumento de que a quantia arbitrada seria realmente excessiva se considerada apenas a indenização por danos pessoais. Porém, a determinação do alto valor indenizatório era justa se considerado que a invasão de domicílio com base apenas em um mandado genérico constituiria grave ofensa à liberdade individual, de acordo com Andrade⁵.

Nessa esteira, os dois precedentes ingleses serviram de base para a construção da doutrina inglesa dos *Punitive Damages*, segundo a qual, em geral, eram aplicados apenas em

³ ANDRADE, A. G. C. **Dano moral e indenização punitiva**: os *Punitive Damages* na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 179

⁴ OLIVEIRA, R. P. R. **A responsabilidade civil por dano moral e seu caráter desestimulador**. Belo Horizonte: Arraes Editora, 2012, p. 37.

⁵ ANDRADE, op. cit., p. 179.

casos de condutas ofensivas de má-fé, como destaca Andrade⁶: “Esses precedentes assentaram as bases da doutrina dos *punitive* ou *exemplary damages*, que poderiam ser invocados para punir os ofensores em casos de malícia, opressão ou fraude, ou seja, nos quais o ato ilícito foi praticado de forma especialmente ultrajante”.

Logo, em 1784, como ensina Souza et al⁷, os *Punitive Damages* foram reconhecidos, pela primeira vez, nos Estados Unidos no caso *Genay v. Norris*, no qual autor e réu resolveram decidir uma disputa por meio de duelo de pistolas. Porém, o réu se valendo de má-fé, convidou o autor para um último drinque antes do duelo e colocou em sua bebida uma substância que lhe causou imensa dor, levando a Corte a decidir pelo cabimento de *Punitive Damages*.

Entretanto, embora em 1791 os *Punitive Damages* tenham sido aplicados novamente, em razão de uma quebra de promessa de casamento, em *Coryell v. Colbough* há que se observar que até 1830 a doutrina dos *Punitive Damages* não havia sido bem delineada, de modo que muitas vezes eram arbitrados com função compensatória, situação essa que foi alterada em 1851, conforme lembra Andrade⁸:

“Em 1851, a Suprema Corte dos Estados Unidos deliberou que constituiria princípio bem estabelecido do *common law* a imposição pelo juri, em ações de indenização e em todos os casos de responsabilidade civil, de *exemplary*, *punitive* ou *vindictive damages*, tendo em consideração o grau da ofensa praticada pelo réu”.

Outrossim, Andrade⁹ ressalta que, curiosamente, apesar dos *Punitive Damages* terem nascido na Inglaterra e depois de algum tempo serem importados para os Estados Unidos, foi naquele país que primeiramente foram definidos seus contornos, de modo que somente em 1964, com o julgamento do caso *Rookes v. Barnard*, estabeleceu-se, com maior precisão, a natureza punitiva dos *exemplary damages*.

⁶ ANDRADE, A. G. C. **Dano moral e indenização punitiva**: os *Punitive Damages* na experiência do *common law* e na perspectiva do direito brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 180.

⁷ SOUZA, A. S. R.; BORGES, A. M.; CALDAS, A. G. **Dano moral & Punitive Damages**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 59.

⁸ ANDRADE, op. cit, p. 180.

⁹ Ibid., op. cit, p. 181.

2.2 Conceito e finalidade dos *Punitive Damages*

Compreendido o contexto histórico e como se deu a evolução do instituto dos *Punitive Damages*, esse item do trabalho se concentrará em seu conceito e finalidade.

Punitive Damages, nos dizeres de Garner¹⁰, é: “Indenização outorgada em adição à indenização compensatória quando o ofensor agiu com negligência, malícia, ou dolo”.

Nas palavras de Schreiber¹¹, *Punitive Damages* configura “(...) a indenização adicional assegurada à vítima com a finalidade de punir o ofensor, e não simplesmente de compensar os danos sofridos”.

No mesmo sentido, Prosser et al apud Moraes¹² define:

“Danos Punitivos, muitas vezes chamados exemplares, ou vingativos, ou ainda, de “dinheiro esperto”, consistem em uma soma adicional, além da compensação ao réu pelo mal sofrido, que lhe é concedida com o propósito de punir o acusado, de admoestá-lo a não repetir o ato danoso e para evitar que outros sigam seu exemplo”.

Cumprido observar que como bem ressaltou Andrade¹³, os *Punitive Damages* também são conhecidos por outras nomenclaturas, quais sejam: *exemplary damages* (danos exemplares), *vindictive damages* (danos vingativos), *imaginary damages* (danos imaginários), *presumptive damages* (danos presumidos), *added damages* (danos acrescidos), *speculative damages* (danos especulativos), *smart money* (dinheiro esperto), *punies*, *penal damages* (danos penais) e *retributory damages* (danos retributivos).

Entretanto, no que tange à conceituação e utilização das diversas nomenclaturas supracitadas, Oliveira¹⁴ apresenta uma ressalva:

“*Ab initio*, cumpre esclarecer que a expressão *Punitive Damages* é comumente e inapropriadamente traduzida no Brasil como “danos punitivos”. Uma tradução mais técnica e fiel ao sentido originário da

¹⁰ GARNER, B. A. **Black's law dictionary**. 7ª ed. Saint Paul: West Group, 1999, p. 396. *No original: “Damages awarded in addition to actual damages when the defendant acted with recklessness, malice or deceit.”*

¹¹ SCHREIBER, A. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 211.

¹² MORAES, M. C. B. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 7.

¹³ ANDRADE, A. G. C. **Dano moral e indenização punitiva: os Punitive Damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 186

¹⁴ OLIVEIRA, R. P. R. **A responsabilidade civil por dano moral e seu caráter desestimulador**. Belo Horizonte: Arraes Editora, 2012, p. 31.

expressão seria “indenização punitiva, pois, como bem destacou o autor André Gustavo de Andrade (2009, p.178), o vocábulo *damages*, no plural, refere-se a indenização”. A noção de “dano” é dada pelo vocábulo *damage*, no singular, daí porque se afigura mais exata a transposição da expressão *Punitive Damages* para o português como indenização punitiva.

Conhecidos também por *exemplary damages*, *vindictive damages*, *added damages* ou *presumptive damages*, os *Punitive Damages* consistem no montante a ser conferido ao autor de uma ação indenizatória, valor esse distinto ao da comparação do dano gerado, ou seja, distinguindo-se dos *compensatory damages*, especialmente quando o dano é decorrente de um comportamento lesivo marcado por grave negligência, má-fé ou opressão”.

Assim, verifica-se que os *Punitive Damages*, que tem como melhor tradução “indenização punitiva”, pode ser entendido como um tipo de indenização de valor variável que se soma à indenização compensatória, quando o dano advenha de uma conduta ofensiva baseada em grave negligência, má-fé ou dolo.

No tocante à finalidade dos *Punitive Damages*, ainda segundo Oliveira¹⁵, esta se encontra bem definida no Restatement (Second) of torts, parágrafo 908 (1) (1979), um tratado emitido pelo American Law Institute que resume os principais princípios da *Tort Law* nos Estados Unidos.

De acordo com o disposto nos textos doutrinários do *Restatement (Second) of torts*, a função dos *Punitive Damages* é a punição, como diz o próprio nome. A partir da imposição dessa indenização como uma forma de sanção, procura-se que esta figure como um exemplo para que a conduta ofensiva não se repita, razão pela qual tem-se como a outra denominação mais usual, os *exemplary damages*.

Dessa forma, evidencia-se que o instituto dos *Punitive Damages*, à princípio, possui duas finalidades, quais sejam a punição do ofensor e o desestímulo de práticas semelhantes, conforme destaca Souza et al¹⁶ ao discorrer sobre a aplicação dos *Punitive Damages* nos Estados Unidos: “Os *Punitive Damages* naquele país, apresentam dupla finalidade: a primeira é a punição do autor do dano e a segunda é a prevenção pela exemplaridade, ou seja, dissuadir a prática de certo comportamento social (...)”.

¹⁵ OLIVEIRA, R. P. R. **A responsabilidade civil por dano moral e seu caráter desestimulador**. Belo Horizonte: Arraes Editora, 2012, p. 32.

¹⁶ SOUZA, A. S. R.; BORGES, A. M.; CALDAS, A. G. **Dano moral & Punitive Damages**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 60.

Todavia, ao tratar do tema, Andrade¹⁷ esclarece que “Secundariamente, os *Punitive Damages* exerceriam outras funções, dentre as quais a de atuar como mecanismo para proteção dos consumidores contra práticas comerciais fraudulentas ou ofensivas à boa-fé”.

Dessa forma, verifica-se que o instituto dos *Punitive Damages* é uma forma de indenização adicional, diversa da compensatória que atua em favor dos interesses público e individual ao mesmo tempo, uma vez que visa punir aquele que praticou um ato ilícito reprovável contra alguém especificamente e torna-se um exemplo das consequências de determinado ato, protegendo a sociedade, de maneira preventiva em relação à reincidência da mesma conduta.

2.3 *Punitive Damages* nos Estados Unidos

2.3.1 Breve Introdução à *common law*

Uma vez esclarecidos o conceito e a finalidade do instituto dos *Punitive Damages*, nesse momento será abordada a aplicação dos *Punitive Damages* nos Estados Unidos.

Cumprе ressaltar, mais uma vez, que, embora inúmeros outros países, inclusive Inglaterra, onde os *Punitive Damages* se originaram, adotem o instituto em análise, o presente estudo se concentrará apenas nos Estados Unidos, pois este é seu maior expoente e o local onde mais se desenvolveu.

Inicialmente, deve-se salientar que os *Punitive Damages* nos Estados Unidos são parte de um sistema jurídico diverso do brasileiro, isto é, integram a *common law*, que segundo a definição do Garner¹⁸ é: O conjunto de decisões judiciais, em detrimento de leis escritas ou constituições”.

Ademais, como lembra Andrade¹⁹, a própria expressão inglesa *common law* já busca traduzir a principal característica desse sistema jurídico:

¹⁷ ANDRADE, A. G. C. **Dano moral e indenização punitiva**: os *Punitive Damages* na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 187.

¹⁸ GARNER, B. A. **Black's law dictionary**. 7ª ed. Saint Paul: West Group, 1999, p.221 No original: “The body of law derived from judicial decisions, rather than statutes or constitutions”.

¹⁹ ANDRADE, op. cit., p. 169

“A expressão *common law*, dentre outras acepções, é designativa de um sistema jurídico em que uma das fontes primárias do Direito é a decisão ou o precedente judicial (*precedent*). O conjunto dessas decisões (*case law*) vinculadoras do julgamento de casos futuros, constitui o “Direito Comum”, aplicável preferencialmente em relação às normas estabelecidas abstratamente em leis ou outros diplomas emanados dos órgãos de competência legislativa. A característica desse sistema, portanto, é a criação do Direito pelo Juiz (*judge-made law*), em contraposição ao Direito estabelecido por órgão não integrante do Poder Judiciário (*statue law*)”.

Cumprido ressaltar, portanto, que o sistema jurídico da *common law* encontra fundamento na regra do *stare decisis*, também conhecida como *doctrine of precedents*, conforme ensina Soares²⁰:

“Nos EUA como na Inglaterra (e, diga-se, nos demais direitos pertencentes à família da *Common Law*) o ponto fulcral do sistema é a denominada *doctrine of stare decisis*, também chamada de *doctrine of precedents*. Diga-se que a melhor tradução para *doctrine*, no presente contexto, seria regra, e portanto, *doctrine of precedent*, seria, em português, “regra do precedente”. *Precedent* é a única ou várias decisões de uma *appellate court*, órgão coletivo de segundo grau, que obriga sempre o mesmo tribunal ou os juízes que lhe são subordinados”.

Na mesma esteira, o entendimento de Andrade²¹:

“O *common law* está fundado na *doctrine of stare decisis*, também denominada *doctrine of precedents*, regra jurídica segundo a qual uma decisão tomada por uma corte de justiça mais elevada deve ser seguida pelas cortes inferiores de uma mesma jurisdição quando as circunstâncias de fato no caso subsequente sob análise forem as mesmas do caso precedente que atua como paradigma. Busca-se, pois, aplicar as razões de decidir de casos passados”.

A corroborar, o entendimento de Moraes²²:

“(…) Sendo tal direito jurisprudencial (*case Law*), baseado quase exclusivamente nas decisões dos Tribunais e na regra do *stare decisis*, fracamente legislado, terão primado os procedimentos, que devem ser essencialmente leais (*fair trial*), e cujo conhecimento se adquire sobretudo através da prática; justamente por isso o grande jurista é o juiz, aquele que dissecou os casos concretos”.

Contudo, no que tange à obrigatoriedade dos precedentes, cabe enfatizar que esta se restringe às decisões tomadas pelas *Appellate Courts*, em relação aos juízes dos mesmos

²⁰ SOARES, G. F. S. **Common law** – introdução ao direito dos EUA. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 40.

²¹ ANDRADE, A. G. C. **Dano moral e indenização punitiva**: os Punitive Damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 171.

²² MORAES, M. C. B. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 46.

tribunais ou de tribunais inferiores, de tal sorte que as decisões das chamadas *Inferior Courts* não constituem precedentes.

Ademais, observa-se que a natureza do precedente representa a força propulsora da evolução do direito nos países de *common law*, pois, através desta repetição é que se originou a segurança e a estabilidade das relações jurídicas, como ensina Andrade²³:

“A ideia predominante é a de que a regra do precedente traz maior segurança para as relações jurídicas, à medida que permite antecipar o entendimento judicial a ser dado a um determinado conjunto de fatos, quando fatos idênticos ou análogos foram submetidos a decisão anterior. Acredita-se que um conjunto de precedentes obrigatórios conferem consistência ao sistema jurídico alimenta o sentimento de justiça, porque faz com que dois casos idênticos ou similares em seus aspectos fáticos sejam tratados da mesma maneira”.

Considerando a criação de normas pelos juízes, a partir dos precedentes, em detrimento de normas escritas e abstratas produzidas por legisladores como o que se dá em países que adotam o sistema da *civil law*, convencionou-se dizer que o Direito Comum, isto é, a *common law*, constrói-se basicamente a partir de fatos concretos, ou seja de experiências vivenciadas, e não apenas em razão de regras e abstratas. Nesse sentido, a clássica visão de Holmes²⁴:

“A vida do direito não foi a lógica; foi a experiência. As necessidades sentidas em cada época, as teorias morais e políticas predominantes, instituições de ordem pública declaradas ou inconscientes, até os preconceitos que os juízes compartilham com os seus semelhantes, tiveram a participação bem maior que o silogismo na determinação das normas que deveriam dirigir os homens. O direito incorpora a história do desenvolvimento de uma nação no curso de muitos séculos e não pode ser tratado como se apenas contivesse axiomas e corolários de um livro de matemática. Para saber o que é o direito, temos que saber o que foi e o que tende a ser (...)”.

A corroborar com este entendimento, Soares²⁵, ao caracterizar a *Common Law* afirma que esse sistema possui “raízes profundamente pragmáticas e despregadas de qualquer compromisso com modelos abstratos (comparativamente à família dos direitos romano germânicos)”.

²³ ANDRADE, A. G. C. **Dano moral e indenização punitiva**: os Punitive Damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 172.

²⁴ HOLMES, O. W. J. **O direito comum**: as origens do direito anglo-americano. Rio de Janeiro: O Cruzeiro. 1963, p. 11.

²⁵ SOARES, G. F. S. **Common law** – introdução ao direito dos EUA. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 31.

Dessa forma, considerando que a principal característica do sistema da *common law* é a construção do direito por meio do órgão judiciário, através de precedentes, que conforme o Garner²⁶ define, são “casos decididos que fornecem as bases para resolver os casos mais recentes que tratem de fatos ou assuntos similares”. Pode-se dizer que, diferentemente do que ocorre com a *civil law*, a *common law*, é um sistema jurídico fundado basicamente na experiência e no raciocínio indutivo, tendo como sua marca principal o pragmatismo, conforme conclui Andrade²⁷: “Correndo o risco de um excessivo reducionismo, pode-se dizer que a marca do *common law* é o pragmatismo”.

Assim sendo, há que se observar que a origem do instituto dos *Punitive Damages*, como já estudado, bem como seu desenvolvimento nos Estados Unidos, diferentemente do que ocorre no Brasil, país de tradição franco-germânico, baseia-se em casos concretos, isto é na própria experiência do Direito.

2.3.2 Da aplicação dos *Punitive Damages*

Insta salientar, que, apesar de o Direito americano ter como base os precedentes, existem leis e normas que também o integram.

No que tange à aplicação dos *Punitive Damages* nos Estados Unidos, cumpre informar que é dos estados a competência para decidir sobre o tema, de acordo com Oliveira²⁸: “De acordo com o sistema americano, os Estados da Federação têm flexibilidade para determinar se aceitam ou não a aplicação de *Punitive Damages*, de modo que não é em todo Estado que é admissível a interposição de ações pleiteando esse tipo de indenização.”

Entretanto, ainda segundo Oliveira²⁹, é cediço que nos Estados Unidos os *Punitive Damages* são aceitos pela grande maioria de seus estados membros, não sendo admitidos apenas em 5 dos 50 estados americanos: Massachusetts, Nebraska, Washington, New Hampshire e Louisiana.

²⁶ GARNER, B. A. **Black's law dictionary**. 7ª ed. Saint Paul: West Group, 1999, p. 1195. No original: “A decided case that furnishes a basis for determining later cases involving similar facts or issues.”

²⁷ ANDRADE, A. G. C. **Dano moral e indenização punitiva**: os *Punitive Damages* na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 171.

²⁸ OLIVEIRA, R. P. R. **A responsabilidade civil por dano moral e seu caráter desestimulador**. Belo Horizonte: Arraes Editora, 2012, p. 33.

²⁹ OLIVEIRA, op. cit, p. 33.

Vale ressaltar, porém, a existência de normas que limitam a aplicação universal do instituto, como bem explica Andrade³⁰:

“Nos Estados Unidos da América, não existe legislação federal que determine critérios de aplicação universal dos *Punitive Damages*. Há, porém diversos *statues* que estabelecem ou proíbem a imposição de *punitive damages* em situações específicas. Assim, v.g., dentre os diplomas legais que preveem a aplicação de *Punitive Damages*, está o Equal Credit Opportunity Act, que fixa indenização punitiva, em montante não superior a U\$10.000,00 (dez mil dólares), em caso de discriminação baseada em raça, cor, religião, nacionalidade, sexo, estado civil ou idade contra pessoas postulantes de crédito. Dentre os estatutos que vedam os *Punitive Damages*, há, v.g., o *Federal Tort claims act* que exclui a imposição dessa espécie de indenização contra o Governo Federal ou qualquer de seus departamentos, por mais reprovável que seja a conduta do agente; ou o *foreign Sovereign Immunities Act*, segundo o qual os Estados estrangeiros, sob certas circunstâncias, também são imunes contra indenização dessa natureza”.

Desse modo, dadas as variações nos critérios para aplicação dos *Punitive Damages* nos diferentes estados americanos, evidencia-se que, não é possível encontrar uma unanimidade de padrões adotados pelas Cortes de Justiça quanto à reprovabilidade das condutas e sua indenização.

2.3.3 Atuação dos Punitive Damages à Product Liability

Uma vez tecidas breves considerações sobre o sistema jurídico da *Common Law* e sua regra base, a *Doctrine of Stare Decisis*, é possível passar para a análise do desenvolvimento dos *Punitive Damages* no âmbito da *Product Liability*, ramo da responsabilidade civil norte-americana que integra a proteção do consumidor, foco do presente estudo.

A princípio, insta salientar que os *Punitive Damages* constituem uma forma de indenização e, portanto, encontram aplicação no âmbito da *Tort Law*, a responsabilidade civil norte-americana.

Tort, nas palavras do Garner³¹, é: “um ilícito contra o qual o remédio usualmente vem sob a forma de indenização”.

³⁰ ANDRADE, A. G. C. **Dano moral e indenização punitiva**: os Punitive Damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 188.

³¹ GARNER, B. A. **Black's law dictionary**. 7ª ed. Saint Paul: West Group, 1999, p. 1195. *No original*: “A civil wrong for which a remedy may be obtained, usu. In the form of damages”.

Note-se que o conceito de *tort* não se confunde com crimes, mas, como diz sua própria nomenclatura, cofigura um ato ilícito civil (*civil wrong*).

A corroborar, o entendimento de Kionka³²: “Uma ofensa de natureza civil, pela qual alguém causa um dano indenizável à pessoa, à propriedade, ou a interesses legítimos de outrem, violando um dever imposto pelo Direito”.

Ao discorrer sobre o tema, Andrade³³ afirma que o estudo do *Tort* abrange diversos tipos de ilícitos civis, os quais recebem denominações distintas, como por exemplo *trespass*, *defamation*, *battery* e que, por prescindir de muitas normas escritas, a *Tort Law* é tida como um ramo do Direito bem representativo da *Common Law*:

“Essa ausência de regulamentação legal geral confere ao *tort law* um caráter um tanto assimétrico, próprio do *common law*. É na solução dos *cases*, em sua infindável variedade, que vão sendo traçadas as características da responsabilidade civil. O estudo do Direito é fundamentalmente realizado a partir de compilações de decisões judiciais comentadas ou anotadas (*casebooks*)”.

Dessa forma, verifica-se que a evolução dos *Punitive Damages* dentro da *Tort Law* em qualquer de seus diversos campos de atuação (difamação, erro médico, acidentes de trânsito, ilícitos intencionais, responsabilidade profissional em geral, fraude, invasão de privacidade, assédio sexual, dentre outros), deve ser estudada a partir dos precedentes judiciais.

Nesse diapasão, o presente trabalho cujo foco é a aplicação dos *Punitive Damages* ao direito do consumidor abordará os casos emblemáticos que desenvolveram o instituto na seara da *Product Liability*.

Contudo, antes de passar ao estudo dos casos, há que se trazer breves considerações sobre a *Product Liability*.

³² KIONKA, E. J. **Torts in a nutshell**. 3ª ed. Saint Paul: West Group, 1999, p. 3 no original: “A civil wrong wherein one person`s conduct causes a compensable injury to the person, property or recognized interest of another, in violation of a duty imposed by law”.

³³ ANDRADE, A. G. C. **Dano moral e indenização punitiva**: os Punitive Damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 175.

Product Liability, segundo o Garner³⁴, é “a responsabilidade civil de fabricantes ou fornecedores, por quaisquer danos ou prejuízos sofridos por um comprador, usuário ou espectador, em razão de um produto defeituoso”.

Todavia, vale observar que a *Product Liability* deve ser entendida de maneira abrangente, como o ramo do direito que versa sobre a responsabilidade civil não apenas dos fabricantes e fornecedores, mas também dos distribuidores, comerciantes e outros que disponibilizem produtos ao público, conforme o *Restatement (Third) of Torts: Products Liability*, § 19, *Product Liability*, publicado pelo American Legal Institute³⁵.

Ressalte-se que as causas de pedir relativas à *Product Liability*, em geral, observam as seguintes teorias: negligência e *strict liability*.

Note-se que a *strict liability* segundo Merriam-Webster³⁶ é: “Responsabilidade que é imposta sem o conhecimento sobre a existência de culpa (como negligência ou intenção/dolo)” e, portanto se assemelharia a responsabilidade objetiva brasileira.

Cumpra observar que, embora tanto a teoria da negligência quanto a *strict liability* se baseiem na quebra de deveres, a primeira tem foco no comportamento do devedor, ou seja, no seu descuido no momento da fabricação e comercialização, enquanto a segunda está mais relacionada com o produto em si, ou seja, com os defeitos que o produto possa ter, ainda que não tenha agido de maneira negligente na sua produção.

Compreendido o conceito de *product liability*, finalmente torna-se possível acompanhar a evolução dos *Punitive Damages* por meio dos precedentes judiciais que envolvem o tema.

Segundo Andrade³⁷, o primeiro caso de aplicação de *Punitive Damages* em razão do defeito do produto data de 1852, a partir de quando a jurisprudência começou a moldar os contornos internos do instituto.

³⁴ GARNER, B. A. **Black's law dictionary**. 7ª ed. Saint Paul: West Group, 1999, p. 982. *No original*: “A manufacturer's or seller's tort liability for any damages or injuries suffered by a buyer, user or bystander as a result of a defective product”.

³⁵ AMERICAN LAW OF INSTITUTE. Publications catalog: restatements of the law second, torts. Disponível em: < http://www.ali.org/index.cfm?fuseaction=publications_ppage&node_id=120>. Acesso em: 11 dez. 2013.

³⁶ MERRIAM-WEBSTER. **Merriam-Webster's dictionary of law**: your easy-to-understand guide to the language of law. Springfield: Merriam-Webster, 1996, p. 291. *No original*: “Liability that is imposed without a finding of fault (as negligence or intent).”

³⁷ ANDRADE, A. G. C. **Dano moral e indenização punitiva**: os Punitive Damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 19.

Saliente-se que os *Punitive Damages* ganharam uma nova dimensão em razão de dois casos emblemáticos relacionados à comercialização do medicamento MER 29. MER 29 era uma droga comercializada pela empresa Richardson-Merrel, Inc., cujo objetivo era a redução do colesterol. Todavia, foi descoberto que a referida droga era causa de sérios efeitos colaterais, como, por exemplo, catarata nos olhos. De acordo com Andrade³⁸, a droga foi administrada em aproximadamente 4.000 pessoas, rendendo por volta de US\$ 7 milhões e gerando 490 casos de catarata relatados, sendo que os dois primeiros julgamentos sobre o ocorrido tornaram-se *leading cases*.

Em 1967, em *Roginsky v. Richardson – Merrel Inc*³⁹, a empresa fabricante das drogas foi arbitrado o pagamento de US\$ 17.500,00 a título de *compensatory damages* e US\$ 100.000,00 em *Punitive Damages*. Contudo, em sede de apelação, a Corte reformou a decisão, excluindo os *Punitive Damages*, com base nos argumentos de que não havia provas bastantes que indicassem que a conduta do fabricante ensejaria *Punitive Damages* e que a distribuição do produto em larga escala dera causa a inúmeros processos judiciais, o que poderia resultar na imposição de indenizações punitivas cumulativas, sendo que a soma total desses montantes poderia resultar em um excesso, indo além do necessário para punir e dissuadir a empresa fabricante, podendo inclusive comprometer gravemente sua saúde econômica.

Dois meses mais tarde, em *Toole v. Richardson-Merrel Inc* foi fixada pelo júri, indenização de US\$ 175.000,00 a título de *compensatory damages*, em razão de o autor ter adquirido catarata em um dos olhos devido ao uso do medicamento e US\$ 500.000,00 adicionais como *Punitive Damages* que, mais tarde, foram reduzidos pelo juiz para US\$ 250.000,00. Os fundamentos para tal decisão foram que a empresa fabricante agira com malícia, pois sabia que o produto não era totalmente seguro, uma vez que previamente havia realizado testes em animais, sendo que os resultados já apontavam a possibilidade do desenvolvimento de catarata nos olhos, além de distorcer alguns relatórios e não comunicar aos usuários sobre os efeitos colaterais. Em sede de apelação, a decisão do juiz foi confirmada pela Corte, mantendo os *Punitive Damages* e rejeitando a argumentação do caso *Roginsky v.*

³⁸ ANDRADE, A. G. C. **Dano moral e indenização punitiva**: os Punitive Damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 190.

³⁹ RHEINGOLD, P. D. The MER/29 story: an instance of succesful mass disaster litigation. **California Law Review**, Berkeley, v.1, n.1, p. 116-148, 1968.

Richardson-Merrell, sob o argumento de que a empresa fora imprudente e relação os possíveis resultados danosos⁴⁰.

Diante do cenário apresentado, pode-se dizer que o *Toole v. Richardson-Merrell Inc.*, passou a ser considerado um *leading case* sobre *Punitive Damages* no âmbito da responsabilidade civil objetiva (*strict liability*), sendo que em 1979, no julgamento de *Sturm, Ruger & Co. v. Day* esses argumentos que fundamentavam aplicação dos *Punitive Damages* em casos de responsabilidade civil; nos casos de defeito do produto foram reforçados, reconhecendo-se, expressamente, que não havia qualquer incompatibilidade entre os *Punitive Damages* e a responsabilidade objetiva, desde que caracterizado que o fabricante, antes de disponibilizar o produto ao mercado, sabia da existência de defeito e dos riscos do produto.

Note-se que, a partir de então, destacou-se que os *Punitive Damages*, no sentido de dissuasão, teriam papel relevante principalmente em casos em que seria economicamente mais vantajoso para o fabricante pagar indenizações compensatórias às vítimas do que investir na correção do defeito do produto.

Nessa esteira, o caso mais representativo do uso dos *Punitive Damages* como mecanismo para buscar alterar a forma dos fornecedores de administrarem seus produtos, superando um raciocínio unicamente econômico, é conhecido como *Ford Pinto case*⁴¹.

Segundo Resedá⁴², o referido caso ocorreu em 1972 quando uma senhora, acompanhada de seu neto, Richard Grimshaw, de apenas 13 anos, dirigia seu automóvel Ford Pinto, ao longo de uma *freeway*. Repentinamente, o veículo enguiçou, de modo que não conseguia se mover. Um dos veículos que vinham atrás não pôde desviar e colidiu com o veículo Ford Pinto que, em razão do impacto, explodiu e pegou fogo. A condutora do veículo faleceu após ser internada e o adolescente sofreu inúmeros graves ferimentos. Assim, Grimshaw e o herdeiros da condutora ingressaram em juízo, pleiteando indenização pelos danos sofridos. No laudo técnico do perito, constava que o tanque do combustível havia se rompido com o impacto, e o líquido vazara para o compartimento dos passageiros. Diante dos fatos, o júri fixou *compensatory damages* no valor de US\$ 2.516.000,00 e *Punitive Damages* no total de US\$ 125 milhões para Grimshaw, além de US\$ 559.680,00 a título de

⁴⁰ JUSTIA US LAW. *Toole v. Richardson-Merrell Inc. case*. Disponível em: <http://law.justia.com/cases/california/calapp2d/251/689.html>>. Acesso em: 09 dez. 2013.

⁴¹ JUSTIA US LAW. *Toole v. Richardson-Merrell Inc. case*. Disponível em: <http://law.justia.com/cases/california/calapp2d/251/689.html>>. Acesso em: 09 dez. 2013.

⁴² RESEDÁ, S. *A função social do dano moral*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 233.

compensatory damages para os herdeiros da condutora do veículo. O fundamento para referida decisão foi que os engenheiros da Ford haviam descoberto em testes realizados antes da colocação do veículo no mercado, que colisões traseiras poderiam levar ao rompimento do tanque de combustível, porém, como a linha de produção já se encontrava pronta, passaram a comercializar o produto de acordo com o projeto original, embora cientes de que ajustes de baixo custo poderiam solucionar o problema. Contudo, considerando excessivo o valor arbitrado, o juiz alterou o valor dos *Punitive Damages* para US\$ 3,5 milhões, confirmado, em seguida, pela Corte de Apelações, que ainda rejeitou pedido da Ford pela exclusão dos *Punitive Damages*, em razão da alta reprovabilidade da conduta da empresa.

Cumprido informar que, matéria jornalística publicada pouco tempo após o julgamento de Grimshaw expôs que os defeitos do Ford Pinto teriam sido causa da morte de pelo menos 500 pessoas. Ainda na mesma matéria, foi revelado um memorando interno da empresa Ford, na qual fazia a comparação de gastos entre os custos que teria em média com as indenizações envolvendo o produto Ford Pinto e, de outro lado, o montante que seria gasto para corrigir os veículos com defeito. A conclusão do referido memorando era no sentido de que, estatisticamente, o pagamento de indenizações seria mais vantajoso sob o aspecto econômico, do que os gastos que teria para prevenir cerca de 180 mortes por anos, além de um número aproximado de feridos⁴³.

Mais adiante, em 1990, um novo precedente abordou a importância da existência de balizas que indicassem padrões para a fixação dos *Punitive Damages*, no julgamento do caso *BMW of North America, Inc. v. Gore*⁴⁴, a Suprema Corte utilizou-se de alguns critérios que desde então passaram a ser utilizados como fatores indicativos para cálculo da quantia devida a título de *Punitive Damages*⁴⁵.

Segundo Moraes⁴⁶, no referido caso, ocorrido em 1990, Ira Gore adquiriu um automóvel BMW de uma revendedora autorizada e, após meses de uso, levou-o para polimento. Nesse momento, para sua surpresa, descobriu que o carro havia sido repintado, o que, mais tarde, no julgamento da ação proposta por Gore, a empresa ré admitiu fazer parte de

⁴³ MOTHER JONES. Pinto Madness. Disponível em: < <http://www.motherjones.com/politics/1977/09/pinto-madness>>. Acesso em: 10 dez. 2013.

⁴⁴ JUSTIA US LAW. *BMW of North America, Inc. v. Gore* . case. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/517/559/>>. Acesso em: 12 dez. 2013.

⁴⁵ MAYER BROWN. Punitive Damages After *BMW of North America, Inc. v. Gore*. Disponível em: < <http://www.appellate.net/articles/pundam799.asp>>. Acesso em: 11 dez. 2013.

⁴⁶ MORAES, M. C. B. Punitive Damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. **Revista trimestral de direito civil**, Brasília, v. 5, n. 18, p. 60, 2004.

uma política nacional que adotara há alguns anos: os veículos novos danificados na fabricação ou transporte, cujo custo de reparo fosse superior a 3% do preço sugerido de venda, seriam vendidos como usados, enquanto aqueles cujo custo fosse inferior a essa porcentagem seriam vendidos como veículos novos, sem que qualquer advertência sobre o reparo fosse dada ao revendedor. Assim, considerando que a porcentagem de custo com a repintura encontrava-se abaixo da referida margem, a ré não se sentiu obrigada a prestar tal informação ao vendedor. O autor, por sua vez, em razão de informações fornecidas pelo fornecedor, ficou sabendo que o preço de um veículo BMW repintado era 10% inferior em relação a um carro novo e que 983 veículos repintados haviam sido vendidos como novos, sem que os revendedores soubessem, motivo pelo qual realizou cálculos e concluiu que o valor adequado a ser aplicado a título de *Punitive Damages* seria de US\$ 4 milhões, valor este que foi concedido pelo júri, além dos *compensatory damages*, uma que a omissão da empresa ré configurava conduta maliciosa. Contudo, o valor de *Punitive Damages* arbitrado foi considerado excessivo pela Suprema Corte do Alabama se comparado a casos semelhantes em outras jurisdições e reduziu-o a US\$ 2 milhões. A Suprema Corte dos Estados Unidos, por sua vez, considerou a quantia altamente excessiva, de tal modo que representaria grave violação ao princípio constitucional do *due process of law*, isto é, do devido processo legal. Primeiramente, argumentou-se que o prejuízo sofrido era exclusivamente econômico, sendo que o valor arbitrado seria muito desproporcional ao dano sofrido (500 vezes o montante do dano material), inclusive superando o valor de multa do Estado do Alabama ou de qualquer outro estado nas mesmas condições. Feitas as considerações, o processo foi devolvido à Suprema Corte do estado do Alabama, que, em novo julgamento, reduziu o montante devido à título de indenização punitiva para US\$ 50.000,00.

Assim, a partir de então, conforme ressalta Moraes⁴⁷, de acordo com o caso supramencionado, foram estabelecidos três *guidelines*, ou seja, critérios, a fim de orientar e balizar a fixação dos *Punitive Damages*, identificando eventual excessividade:

- a) grau de reprovabilidade do réu;
- b) proporção entre dano efetivo ou potencial e a indenização punitiva; e
- c) diferença entre indenização e penalidades civis ou criminais previstas para casos similares.

⁴⁷ MORAES, M. C. B. Punitive Damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. **Revista trimestral de direito civil**, Brasília, v. 5, n. 18, p. 62, 2004.

Note-se que esses critérios foram confirmados, no julgamento do caso *State Farm v. Campbell*⁴⁸.

2.3.4 Críticas à aplicação dos *Punitive Damages* nos Estados Unidos

Diante do exposto, é possível identificar que os *Punitive Damages*, ao longo do tempo, vêm evoluindo no Direito Norte-Americano, especialmente no âmbito da proteção ao consumidor, desenvolvendo, inclusive, critérios para tornar mais justa sua aplicação.

Todavia, mesmo considerando toda a evolução e os parâmetros hoje utilizados, os *Punitive Damages* sempre foram e continuam sendo alvos de severas críticas.

Na opinião de Andrade⁴⁹, provavelmente a crítica mais frequente em relação à indenização punitiva nos Estados Unidos é que representa uma violação ao princípio constitucional do *due process of law*, consagrado nas emendas V e XIV da Constituição Federal dos Estados Unidos, isto é, do devido processo legal, uma vez que seriam, essencialmente, uma sanção penal, de modo que o réu deveria ter todos os direitos relativos aos processos criminais, o que não ocorre, na realidade.

Ainda, em sede constitucional, deve-se registrar que no passado era comum o argumento de que os *Punitive Damages* constituiriam uma ofensa à emenda da Constituição dos Estados Unidos da América, a qual proíbe a imposição de multas excessivas ou cruéis. Entretanto, em 1989, no julgamento de *Browning-Ferris v. Kelco Disposal, Inc.*⁵⁰, a Suprema Corte entendeu que a cláusula da emenda constitucional que se referia às multas excessivas não se aplicava aos *Punitive Damages*.

Além das objeções supracitadas, não se pode olvidar as alegações de que o instituto autoriza o arbitramento de indenizações excessivas, as quais ensejariam o enriquecimento sem causa da vítima e estimulariam o efeito da “loteria judicial”.

Nessa esteira, o comentário de Resedá⁵¹:

⁴⁸ JUSTIA US LAW. *State Farm Mut. Automobile Ins. Co. v. Campbell case*. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/538/408/case.html>>. Acesso em: 13 dez. 2013.

⁴⁹ ANDRADE, A. G. C. **Dano moral e indenização punitiva**: os *Punitive Damages* na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 199.

⁵⁰ MARTINS-COSTA, J.; PARGENDLER, M. S. Usos e abusos da função punitiva (*Punitive Damages* e o direito brasileiro). **Revista CEJ**, Brasília, n. 28, p. 20, 2005.

⁵¹ RESEDÁ, S. **A função social do dano moral**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 241.

“(…) o ordenamento jurídico norte-americano também passou a sustentar sua preocupação com o enriquecimento sem causa do ofendido em razão da aplicação da indenização punitiva. Para eles, a utilização dessa doutrina decorreria num benefício injustificado por parte da vítima, que teria para si um valor muito maior do que aquele que representa a reparação do dano efetivamente sofrido (...)”.

Nesse sentido, Moraes⁵² também alerta para a problemática no âmbito das relações de consumo norte-americanas:

“Valores astronômicos concedidos por júris em favor de consumidores e contra grandes empresas, são frequentes. Os números, nesta matéria, são completamente imprevisíveis. E não é raro o júri condenar em quantias muito superiores a quanto as próprias vítimas esperavam receber”.

Frise-se que as críticas mencionadas, independente de corresponderem ou não à realidade, possuem fundamentos legais e raciocínio lógico. Existem, contudo, segundo o entendimento de Andrade⁵³, algumas críticas acerca do instituto, principalmente no que se refere a sua aplicação e fixação do *quantum*, as quais prescindem de exatidão e fidelidade, configurando apenas meros casos veiculados como verdadeiras lendas urbanas.

Dentre casos divulgados, mas nunca comprovados, ou até mesmo deturpados, destaca-se o da senhora que fora indenizada a título de *Punitive Damages* em razão de ausência de informações sobre a não recomendação de secar animais de estimação no forno micro-ondas, mas, sem dúvida, o caso mais emblemático é aquele que ficou conhecido mundialmente como The McDonlds Coffee Case.

Nas palavras de Moraes⁵⁴, o referido caso configura uma das situações quase anedóticas em relação aos *Punitive Damages nos Estados Unidos* e pode ser resumido como: “a velhinha que derrubou café em seu colo e obteve uma indenização de US\$2,7 milhões da McDonald`s Corporation, um caso considerado antonomástico do desequilíbrio no presente fenômeno”.

Note-se que o, o referido caso foi intensamente veiculado pela mídia e ficou conhecido globalmente, como um exemplo da aplicação dos *Punitive Damages* nos Estados Unidos, constituindo alvo fácil de críticas equivocadas.

⁵² MORAES, M. C. B. Punitive Damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. **Revista trimestral de direito civil**, Brasília, v. 5, n. 18, p. 59, 2004.

⁵³ ANDRADE, A. G. C. **Dano moral e indenização punitiva**: os Punitive Damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 212.

⁵⁴ MORAES, op. cit., p. 58.

Insta salientar que, segundo os dados normalmente abordados quando da divulgação desse caso, a história se resumiria da seguinte forma: uma senhora idosa, após comprar um café na rede McDonalds, dirigia seu veículo, quando entornou o copo e se queimou com a bebida.

Dessa forma, a princípio, parece excessivo que a empresa ré tenha sido condenada a pagar US\$ 3 milhões a título de *Punitive Damages*. Todavia, para Andrad⁵⁵ e faz-se mister analisar os detalhes do caso não divulgados para que somente então possa se fazer críticas fundadas.

Primeiramente, o condutor do veículo era o neto da autora da ação, que adquirira o café em um *drive thru*, ou seja, a autora não estava dirigindo quando, ao tentar abrir a tampa do copo para adicionar açúcar ao café, entornou o líquido em suas pernas, em razão do movimento do carro.

Ademais, ficou comprovado que o café fora absorvido pelo tecido da calça da autora, provocando queimaduras intensas de terceiro grau, em mais de seis por cento de seu corpo, tendo que submeter-se a cirurgias e enxertos de pele. Ainda, em decorrência do ocorrido, a autora sofreu danos irreversíveis que deixaram inúmeras cicatrizes em seu corpo.

A autora procurou então a empresa ré buscando ressarcimento das despesas médicas, sendo que essa última apresentou proposta de quantia irrisória. Assim, após entrar com uma ação judicial, no momento da mediação, a empresa ré manteve sua postura e desconsiderou a sugestão do mediador para realização de acordo.

Durante o curso do processo judicial, ficou provado que a empresa ré tinha ciência de que não poderia servir o café em temperatura tão alta em razão dos danos que poderia vir a causar, uma vez que já recebera cerca de 700 reclamações de consumidores, em dez anos.

Dessa forma, Andrade⁵⁶ ressalta a importância de filtrar criticamente as objeções que se fazem na aplicação dos *Punitive Damages*, buscando sempre seus fundamentos lógicos e legais, de modo que, ainda que não se concorde com o montante fixado, possa se compreender os motivos para aplicação do instituto.

⁵⁵ ANDRADE, A. G. C. **Dano moral e indenização punitiva**: os Punitive Damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 214.

⁵⁶ ANDRADE, op. cit., p. 212.

2.3.5 Tort Reform

Aplicados a fim de dissuadir e punir empresas fornecedoras que agem maliciosamente, inclusive em casos de responsabilidade objetiva, nos quais mesmo cientes da existência de defeitos em seus produtos, não impedem sua colocação no mercado ou sequer avisam os consumidores sobre possíveis consequências, os *Punitive Damages* visam alterar a mentalidade das empresas que agem dessa forma, porque ao sopesarem os gastos com a correção do defeito e com possíveis indenizações, verificam que economicamente as últimas lhes seriam menos custosas.

Todavia, como já estudado, a doutrina destaca a existência de críticas e mitos envolvendo as hipóteses de aplicação de *Punitive Damages*, bem como seu modo de aplicação.

Nessa esteira, vale ressaltar um movimento que vem ganhando forças e que busca restringir a aplicação dos *Punitive Damages* nos Estados Unidos: a *Tort Reform*.

A *Tort Reform* nada mais é do que um movimento que objetiva realizar uma mudança no tratamento da responsabilidade civil. Porém, um dos focos do movimento é a aplicação de medidas restritivas e até mesmo a extinção dos *Punitive Damages*. Nas palavras de Andrade⁵⁷:

“A denominada *tort reform* tem levado à adoção de várias medidas restritivas em relação aos *Punitive Damages* no âmbito estadual, embora o objetivo maior seja a aprovação de legislação federal sobre o tema. Muitos buscam a abolição do instituto ou, ao menos, o estabelecimento de normas que restrinjam os casos de aplicação dos *Punitive Damages* e limitem os valores indenizatórios”.

À guisa de exemplo, pode-se citar que uma das principais Organizações que apoiam o movimento, a ATRA (*American Reform Association*), cujos membros se resumem basicamente a grandes corporações e associações de classe tem como objetivos declarados mais do que a limitação dos *Punitive Damages*, a limitação dos *noneconomic damages* em geral, bem como a reforma da responsabilidade civil por produtos defeituosos como um todo, dentre outros.

⁵⁷ ANDRADE, A. G. C. **Dano moral e indenização punitiva**: os *Punitive Damages* na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 196.

Andrade⁵⁸ informa ainda que os principais argumentos para aqueles que são favoráveis à reforma seriam os seguintes.

Primeiramente, os *Punitive Damages* invadem competência do direito penal, cujo objetivo é punir o ofensor, enquanto o direito civil deve se preocupar apenas em reparar o dano sofrido, de tal sorte a aplicação de uma sanção pelo direito civil fugiria à normalidade.

Ademais, outro argumento a favor da reforma salienta que as sanções criminais são voltadas para o Estado, enquanto os *Punitive Damages* são destinados à vítima, constituindo um ganho não esperado.

Outrossim, os partidários da reforma sustentam ainda que a finalidade dissuasória muitas vezes não é alcançada em razão dos contratos de seguro geralmente celebrados, de forma que as seguradoras arcarão com grande parte, se não toda indenização imposta a título de *Punitive Damages*.

⁵⁸ ANDRADE, A. G. C. **Dano moral e indenização punitiva**: os Punitive Damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 197.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO NO BRASIL

O escopo do presente estudo é analisar o instituto dos *Punitive Damages* no âmbito do Direito do Consumidor Brasileiro.

Assim, após aprofundar os conhecimentos sobre os *Punitive Damages* nos Estados Unidos, e antes de adentrar a questão central do trabalho, faz-se mister traçar um resumo panorâmico sobre o Direito do Consumidor no Brasil, seus fundamentos, principais características, e, em especial, o modelo de responsabilidade civil adotado pelo Código de Defesa do Consumidor, para que, uma vez compreendido o contexto jurídico das relações de consumo no Brasil, se possa analisar os *Punitive Damages* nessa seara.

3.1 Sistema Jurídico Brasileiro: Civil law

Considerando que o presente trabalho pretende estudar a aplicação de um instituto característico de países onde o sistema jurídico vigente é o da *common law*, isto é, do chamado direito consuetudinário, a ramo do direito brasileiro, o qual se alicerça sobre os fundamentos da tradição romano-germânica, é imperioso que se esclareça as características básicas desse sistema jurídico, para que se possa ter uma ideia apropriada do direito do consumidor no Brasil.

Primeiramente, cumpre mencionar que o sistema jurídico baseado na tradição romano-germânica é conhecido como *civil law* e pode ser definido da seguinte maneira, segundo Garner⁵⁹:

“Um dos dois sistemas jurídicos proeminentes no Ocidente, originalmente administrado no Império Romano e ainda influente no continente Europeu, América Latina, Escócia e Louisiana, dentre outras partes do mundo – Também conhecido como *jus civile*; Lei Romana; Lei Romanesca”.

Saliente-se que a principal característica do referido sistema jurídico é que seus princípios mais relevantes encontram-se compilados em códigos, os quais representam a fonte primária da lei, relegando a jurisprudência a segundo plano, ao contrário do que ocorre nos Estados Unidos, como já explanado anteriormente, onde o arcabouço legal do país encontra-

⁵⁹ GARNER, B. A. **Black's law dictionary**. 7ª ed. Saint Paul: West Group, 1999, p. 195 No original: “One of the two prominent legal systems in the Western world, originally administered in the Roman Empire and still influential in continental Europe, Latin America, Scotland, and Louisiana, among others parts of the world – also termed *jus civile*; Roman Law, Romanesque Law.”

se fundado em decisões judiciais anteriores que servem como precedentes, em razão do princípio de que seria injusto tratar fatos semelhantes de maneira diversa.

Nesse contexto, Moraes⁶⁰ aborda as características da *civil Law*:

“Nos ordenamentos ditos romano-germânicos, ao contrário, a regra de direito já está presente nos códigos e funda-se em uma teoria moral ou em uma ciência racional; o primado, portanto, será sempre da doutrina: trata-se de um “direito dos professores”- os que mais a fundo conhecem aquela ciência – e que demanda, ao menos tendencialmente, uma postura neutra, autônoma e universalizante”.

Ressalte-se que a codificação de leis, principal característica da *civil Law*, se organiza por matéria, seguindo uma ordem pré-definida que traduz os princípios legais e tem como objetivo garantir aos cidadãos o acesso a uma coleção de leis as quais a maioria dos juízes utiliza para proferir suas decisões.

Assim, como exemplo nítido de um código objeto da *civil law*, pode-se citar o Código Napoleônico de 1804, que é composto de três tipos de leis: direito pessoal, real e comercial e mais que um compêndio ou catálogo apresenta princípios gerais de direito.

Contudo, há que se mencionar que, embora as leis que compõem os códigos representem preceitos gerais e abstratos a serem aplicados ao caso concreto, independentemente de qualquer decisão judicial anterior, atualmente se assiste uma crescente, ainda que tímida, utilização da jurisprudência pelas cortes superiores dos países que adotam o sistema jurídico da *civil law*.

Dessa forma, uma vez analisadas as características principais do sistema legal da *civil law*, é possível seguir adiante no estudo da defesa e proteção do consumidor no Brasil, país este que segue a tradição romano-germânica e baseia seu ordenamento jurídico em leis codificadas como será demonstrado.

3.2 Origem constitucional da defesa e proteção ao consumidor no Brasil

Como já explanado, o Direito Brasileiro adota o regime jurídico da *civil law*, cuja principal característica é a codificação de suas leis as quais respeitam determinada hierarquia.

⁶⁰ MORAES, M. C. B. Punitive Damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. **Revista trimestral de direito civil**, Brasília, v. 5, n. 18, p. 46, 2004.

Note-se que, segundo no sistema legal brasileiro existe uma hierarquia entre as leis, dentre as quais a Constituição Federal é considerada a lei maior, isto é, está em uma posição de supremacia entre as demais, servindo de fundamento de validade, de modo que todas devam estar adequadas a seus preceitos, como bem ensina Nunes⁶¹:

“Como se sabe, o sistema jurídico (brasileiro, como de resto os demais sistemas constitucionais contemporâneos) é interpretável a partir da ideia de um sistema hierarquicamente organizado, na qual se tem no topo da hierarquia a Constituição Federal”.

A corroborar, os ensinamentos de Kelsen⁶² sobre a hierarquia das leis:

“A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da relação de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por seu turno, é determinada por outra, e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental–pressuposta. A norma fundamental hipotética, nestes termos – é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora”.

Nessa esteira, quando se fala em Direito do Consumidor, também conhecido por consumerismo, neologismo advindo do termo inglês *consumerism*, faz-se mister ressaltar que este é fundado em preceitos constitucionais, e representa o ramo do direito que estuda as relações de consumo com intuito de proteger e defender os consumidores.

O artigo 170 da Constituição Federal dispõe que:

“Art. 170 A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

.....
V – defesa do consumidor.
.....”

Nesse sentido, tem-se que a ordem econômica tem como objetivo garantir a todos uma existência digna, ou seja, condições mínimas e indispensáveis para que todo ser humano seja capaz de realizar-se de forma plena.

⁶¹ NUNES, L. A. R. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 67.

⁶² KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, P. 246

Contudo, segundo a Magna Carta, a estruturação da ordem econômica a fim de alcançar o objetivo almejado, deve, necessariamente, se pautar em determinados princípios, dentre os quais destaca-se seu inciso V – defesa do consumidor.

Além disso, é imperioso ressaltar que o artigo 48 do ADCT – Ato de Disposições Constitucionais Transitórias é mais específico ainda no que tange à necessidade de proteção e defesa do consumidor, pois impõe ao Estado o dever de elaborar lei específica sobre o tema, ou seja, o Código de Defesa do Consumidor.

Assim, diante do arcabouço constitucional que serve de base fundamento para todo ordenamento jurídico brasileiro, há que se questionar por que a defesa do consumidor seria considerada um princípio a ser observado a fim de que a ordem econômica atinja seu fim, qual seja, promover a dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana enquanto direito fundamental é valor atribuído a toda pessoa que embora não tenha uma definição clara permite que se identifique facilmente a eventual existência de violações, conforme os dizeres de Nunes⁶³:

“A dignidade é um valor já preenchido a priori, isto é, todo ser humano tem dignidade só pelo fato de ser pessoa. Se – como se diz – é difícil a fixação semântica do sentido de dignidade, isso não implica que ela possa ser violada. Como dito, ela é a primeira garantia das pessoas e a última instância de guarda dos direitos fundamentais. Ainda que não seja definida, é visível sua violação, quando ocorre”.

Pois bem, vale ressaltar que embora não seja de fácil definição o que seria a dignidade da pessoa humana, é inegável que ao prever classificá-la como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, o artigo, inciso III da Constituição Federal, tinha a intenção de assegurar a todos uma vida digna, protegendo-a de eventuais violações.

No que se refere ao conceito de “vida digna”, Rollo⁶⁴ ressalta que a vida digna vai muito além da vida biológica, constituindo a realização de diversos direitos fundamentais e sociais que garantem não apenas a existência, mas uma existência sadia.

Nesse diapasão e com o intuito de garantir a qualidade de vida e protegê-la de eventuais violações, a defesa do consumidor como um princípio obrigatório foi construído em

⁶³ NUNES, L. A. R. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 79.

⁶⁴ ROLLO, A. L. M. **Responsabilidade civil e práticas abusivas nas relações de consumo: dano moral e Punitive Damages nas relações de consumo; distinções institucionais entre consumidores**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 183.

razão da observância de uma situação peculiar e intrínseca às relações de consumo: a existência de um grande desequilíbrio entre as partes, da qual decorre a chamada vulnerabilidade do consumidor.

Nas palavras de Sodré⁶⁵:

“A vulnerabilidade do consumidor é fruto deste enorme desequilíbrio que existe entre o conhecimento profissional de posse dos fornecedores e a ausência deste conhecimento por parte dos consumidores. Com o desenvolvimento tecnológico e a produção em massa e produtos, a posição do consumidor se mostrou extremamente sujeita a todo tipo de riscos. Desde problemas de saúde e segurança, já que os consumidores não são informados a respeito dos mesmos, até prejuízos econômicos com a existência de práticas ou cláusulas abusivas ininteligíveis”.

A vulnerabilidade, portanto, nada mais é do que a sujeição dos consumidores aos riscos a que se encontram expostos nas relações de consumo, em razão do grande desequilíbrio entre os seus conhecimentos e os conhecimentos dos fornecedores acerca dos produtos e serviços comercializados no mercado, como bem ensina Filomeno⁶⁶:

“(…) parte o Código de Defesa do Consumidor da premissa de que o consumidor é vulnerável. Ou seja, diante do fornecedor, aquele que oferece produtos e serviços no mercado, ele é considerado a personagem menos informada, ao contrário do fornecedor, que detém todas as informações a respeito do seu produto ou serviço que presta. Além disso, tem pouco ou quase nenhum poder diante de um conflito que possa surgir entre eles. Por outro lado, é obrigado em última análise, a submeter-se às práticas de mercado e, sobretudo as cláusulas contratuais na sua grande maioria constantes de contrato de adesão, não tendo qualquer oportunidade de influir na sua redação”.

Dessa forma, evidencia-se que a proteção do consumidor tem previsão constitucional e visa eliminar as disparidades resultantes das relações de consumo, sendo este o objetivo que mais a frente foi regulamentado pelo Código de Defesa do Consumidor. Segundo Rollo⁶⁷:

“A elaboração do Código de Defesa do Consumidor, que desencadeou o próprio CDC, vem equilibrar as forças, ou seja, estabelecer a igualdade real. Isso é preciso porque sua liberdade de escolha é restrita, posto que as condições de oferta dos produtos e serviços no mercado costumam ser

⁶⁵ SODRÉ, M. **A construção do direito do consumidor**: um estudo sobre as origens das leis principiológicas de defesa do consumidor. São Paulo: Atlas, 2009, p. 31.

⁶⁶ FILOMENO, J. G. B. **Manual de direitos do consumidor**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 3.

⁶⁷ ROLLO, A. L. M. **Responsabilidade civil e práticas abusivas nas relações de consumo**: dano moral e Punitive Damages nas relações de consumo; distinções institucionais entre consumidores. São Paulo: Atlas, 2011, p. 38.

padronizadas entre os fornecedores. Não adianta, portanto, o consumidor questionar as condições impostas por um determinado fornecedor porque, em geral, os demais do mesmo ramo fazem exigências idênticas ou muito semelhantes”.

Por fim, há que se observar que com o intuito de viabilizar as realizações de seus próprios dispositivos constitucionais no que se refere à defesa e proteção do consumidor, a Constituição Federal prevê em seu artigo 275, a imposição, ao Estado, de criar uma política governamental própria, além de medidas de orientação e fiscalização, definidas em lei, que definirá, ainda, direitos básicos dos consumidores, bem como mecanismos de estímulo à auto-organização da defesa do consumidor, da assistência judiciária e policial especializada e de controle de qualidade e serviços públicos.

Ademais, em seu artigo 276 a Constituição Federal prevê a criação de um Sistema Estadual de Defesa do Consumidor, isto é, um sistema integrado por vários órgãos públicos de diferentes áreas, com função de tutelar e promover os consumidores de bens e serviços, sendo que seu órgão deliberativo deve ser o Conselho Estadual de Defesa do Consumidor.

Assim, evidencia-se que desde 1988 a Constituição Federal já apontava a enorme relevância da proteção e defesa do consumidor, reconhecendo sua vulnerabilidade e prevendo não apenas a criação de normas com vistas a regulamentá-lo, mas também a criação de um sistema capaz de coordenar estas atribuições.

3.3 O Código de Defesa do Consumidor

Conforme apresentado no item anterior, a defesa e a proteção do consumidor no direito brasileiro são de suma importância, uma vez que encontram respaldo na Constituição Federal, isto é, a Lei Maior do ordenamento jurídico brasileiro.

Nessa esteira, em resposta aos mandamentos constitucionais já analisados, é que em 11 de setembro de 1990, foi promulgada a Lei nº 8.078 de 1990, o Código de Defesa do Consumidor - CDC.

Frise-se que em razão da origem constitucional da norma, bem como sua previsão como direito fundamental, o Código de Defesa do Consumidor, embora seja norma privada,

é considerado mandamento de ordem pública e força cogente. Nas palavras de Nunes⁶⁸: “A Lei nº 8.078 é norma de ordem pública e de interesse social, geral e principiológica, o que significa dizer que é prevalente sobre todas as demais normas especiais anteriores que com ela colidirem”.

Outrossim, o Código de Defesa do Consumidor representa uma compilação de normas que têm como ideia comum a proteção daqueles considerados consumidores. Nas palavras de Benjamin et al⁶⁹:

“(…) “código” significa um conjunto sistemático e logicamente ordenado de normas jurídicas, guiadas por uma ideia básica; no caso do CDC esta ideia é a proteção (ou tutela) de um grupo específico de indivíduos, uma coletividade de pessoas, de agentes econômicos, os consumidores”.

Contudo, vale lembrar que a elaboração do CDC se deu de forma diversa das grandes codificações do século XIX, que cuidavam da normatização grandes áreas do direito de maneira abrangente. Enquanto as primeiras codificações se davam com base nas grandes áreas do Direito, isto é, para cada grande área, havia um código específico, o advento dos microsistemas permitiu que os códigos constituíssem um conjunto de normas de diferentes áreas do direito que tivessem um foco comum. No caso do CDC, tem-se uma compilação de normas civis, penais, administrativas, dentre outras, cujo objetivo principal é a defesa e a proteção do consumidor.

Nesse sentido, ensina Grinover et al⁷⁰:

“Pelo que se pode observar, por conseguinte, trata-se de uma lei de cunho inter e multidisciplinar, além de ter o caráter de um verdadeiro microsistema jurídico. Ou seja: ao lado de princípios que lhe são próprios, no âmbito da chamada ciência consumerista, o código Brasileiro do Consumidor relaciona-se com outros ramos do Direito, ao mesmo tempo em que atualiza e dá nova roupagem a antigos institutos jurídicos. Por outro lado, reveste-se de caráter multidisciplinar, eis que cuida de questões que se acham inseridas nos Direitos Constitucional, Civil, Penal, Processuais civil e penal, administrativo, mas sempre tendo por pedra de toque vulnerabilidade do consumidor ante o fornecedor e sua condição de destinatário final de serviços, ou desde que não visem a uso profissional. Cumpre ressaltar que o advento dos referidos microsistemas no início do século teve como objetivo tratar as relações privadas de maneira

⁶⁸ NUNES, L. A. R. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 156.

⁶⁹ BENJAMIN, A. H. V.; MARQUES, C. L.; BESSA, L. R. **Manual de direito do consumidor**. 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 55.

⁷⁰ GRINOVER, A. P.; BENJAMIN, A. H. V.; FINK, D. R.; FILOMENO, J. G. B.; WATANABE, K.; NERY JÚNIOR, N.; DENARI, Z. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 20.

mais específica e menos abrangente do que os códigos clássicos, garantindo assim uma maior proteção de determinadas minorias, tidas como hipossuficientes”.

Dessa forma, cumpre observar que grande parte da eficácia do microssistema do CDC deve-se ao modo como este se encontra estruturado.

Como já visto, o Código de Defesa do Consumidor tem como fundamento princípios de raízes constitucionais e estes, por sua vez, conferem tratamento diferenciado às situações peculiares que envolvem as relações de consumo.

À guisa de exemplo de tratamento diferenciado dispensado a determinadas particularidades, pode-se citar o princípio da isonomia entre fornecedor e consumidor, que em matéria de relação de consumo pressupõe a vulnerabilidade do consumidor, da qual decorrem diversos mandamentos legais intrínsecos às relações de consumo, como por exemplo, a possibilidade de inversão do ônus da prova.

Além disso, há que se ressalta que o Código de Defesa do Consumidor é organizado de acordo com uma estrutura lógica que compreende uma parte geral e uma parte especial, sendo que em seus três primeiros capítulos, a chamada parte geral abrange seu âmbito de aplicação, objetivos, princípios norteadores e direitos básicos dos consumidores, enquanto a parte especial especifica e concretiza a norma constitucional de proteção ao consumidor.

Frise-se que a parte especial é orientada por seus preceitos gerais que têm como objetivo nortear a tutela do consumidor.

Desse modo, tem-se que o Código de Defesa dos Consumidores é uma norma cogente, de ordem pública e com uma função social, que graças a sua estrutura moderna de microssistema jurídico busca garantir tratamento eficaz e diferenciado às peculiares situações que permeiam as relações e consumo.

3.4 Da responsabilidade civil nas relações de consumo

Uma vez compreendidos os preceitos constitucionais que influenciaram a construção do Código de Defesa do Consumidor, bem como a sua estrutura e objetivos principais dentro do ordenamento jurídico brasileiro, esta parte do trabalho abordará a responsabilidade civil nas relações de consumo, segundo o CDC, a fim de preparar o terreno para a análise dos *Punitive Damages* no âmbito do direito do consumidor brasileiro.

Como já explanado, o Código de Defesa do Consumidor foi elaborado com base em mandamentos constitucionais e de acordo com o interesse social de regulamentação das novas relações econômicas advindas da sociedade de consumo em massa.

Assim, o Código de Defesa do Consumidor, apesar de ser norma de direito privado, é também norma de ordem pública, uma vez que decorre de um direito fundamental e, portanto, cogente e principiológica, tendo como objetivo tratar das especificidades das relações de consumo, o que lhes confere características especiais, como por exemplo, o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor em relação ao fornecedor, bem como os tratamentos especiais decorrentes dessas características.

Nesse diapasão, sendo uma norma que visa garantir os direitos do consumidor, considerada sua vulnerabilidade, e promove o equilíbrio e a harmonia das relações de consumo, o Código de Defesa do Consumidor, além de elencar princípios norteadores e direitos básicos do consumidor, procura trazer a proteção ao consumidor em diversos momentos como, por exemplo, a proteção contratual, a defesa em juízo, o reconhecimento de práticas abusivas, dentre outros.

Entretanto, sem dúvidas, uma das disposições mais importantes na defesa do consumidor, é a questão da responsabilidade civil e o dever de indenizar.

Contudo, antes de iniciar o estudo sobre a responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor, cumpre fazer uma ressalva para esclarecer que o instituto da responsabilidade civil encontra-se regido no Código Civil, o qual, aplica-se, subsidiariamente, ao Código de Defesa do Consumidor, segundo a Teoria do Diálogo das Fontes.

A referida teoria, originária da Alemanha, foi trazida para o Brasil pela doutrinadora Cláudia Lima Marques e tem como ideia básica a interpretação do ordenamento

jurídico de forma unitária, isto é, a interpretação do Direito como um todo de maneira sistemática e coordenada.

De acordo com a Teoria do Diálogo das Fontes, as normas atuam de forma complementar e não seriam excludentes entre si, como ocorre com a forma clássica de solução de conflitos de normas, conforme explica a própria Benjamin et al⁷¹.

Desse modo, fala-se na aplicação simultânea de normas gerais e especiais, como ocorre com o código civil e o código de defesa do consumidor. Importante lembrar que por vezes essa aplicação simultânea se dará por meio de complementação, e em outros casos, por meio da subsidiariedade, não sendo possível que as relações jurídicas de consumo sejam guiadas apenas pelo Código de Defesa do Consumidor com a exclusão da aplicação do Código Civil, conforme tecido por Benjamin et al⁷².

Pois bem, feita a devida observação, será feita uma resumida análise da responsabilidade civil, nos termos do Código Civil, para apenas em seguida abordar os pontos específicos que mereceram tutela específica e diferenciada pelo Código de Defesa do Consumidor.

3.4.1 Da responsabilidade civil

Conceitua-se a responsabilidade civil como a responsabilidade pelo inadimplemento de uma obrigação ou pela prática de ato ilícito da qual decorre o dever de reparar eventual dano. Segundo Rollo⁷³:

“A responsabilidade civil decorre do descumprimento de uma obrigação anterior, prevista na lei, no contrato ou na própria ordem jurídica. A obrigação traz em si um dever jurídico originário, enquanto a responsabilidade configura dever jurídico sucessivo. Dentre as várias obrigações previstas no Código Civil, figura a obrigação de indenizar, no seu art. 927.

A responsabilidade civil decorre também do ato ilícito, que faz surgir a obrigação de indenizar. A reparação consiste em tornar *indemne* o lesado, ou seja, retornar a situação do ofendido ao *status quo*”.

⁷¹ BENJAMIN, A. H. V.; MARQUES, C. L.; BESSA, L. R. **Manual de direito do consumidor**. 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 123.

⁷² *Ibid.*, p. 124.

⁷³ ROLLO, A. L. M. **Responsabilidade civil e práticas abusivas nas relações de consumo: dano moral e Punitive Damages nas relações de consumo; distinções institucionais entre consumidores**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 52.

Assim, verifica-se que a responsabilidade civil decorre de um inadimplemento contratual ou da prática de um ato ilícito, gerando um dever sucessivo de indenização.

No que tange à constituição da responsabilidade civil, cumpre observar que de acordo com a doutrina tradicional, os elementos que a compõem são: conduta humana, dano, nexos causal e culpa.

Insta salientar que, embora alguns doutrinadores, como por exemplo, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho considerem a culpa genérica um elemento acidental da responsabilidade civil, prevalece o entendimento tradicional de que a culpa *lato sensu* é elemento essencial da responsabilidade civil, sendo esta a linha de estudo adotada no presente trabalho.

Ainda, frise-se que conforme explica Tartuce⁷⁴, parte dos juristas funde culpa e conduta humana em um único elemento, contudo, para fins didáticos, é melhor que sejam compreendidos separadamente:

“Para alguns juristas, como exposto, a conduta humana e a culpa podem ser fundidas como um só elemento subjetivo da responsabilidade civil. Para fins didáticos, preferimos dividi-las. (...) Assim sendo, a conduta humana pode ser causada por uma ação (conduta positiva) ou omissão (conduta negativa) voluntária ou por negligência, imprudência ou imperícia, modelos jurídicos que caracterizam o dolo e a culpa, respectivamente (...)”.

A conduta humana, portanto, pode ser entendida como qualquer ação ou omissão (ainda que a regra seja a conduta comissiva), ilícita ou que configure inadimplemento de uma obrigação e que venha a produzir um dano, sendo necessário que, no caso da omissão, fique demonstrado que caso fosse praticada a conduta, poderia ter-se evitado o dano.

No que se refere à culpa como elemento da responsabilidade civil evidencia-se que a conduta, além de violar um direito, deve ser marcada pela voluntariedade, isto é, controlável pela vontade, como bem leciona Gonçalves⁷⁵:

“Para que haja a obrigação de indenizar, não basta que o autor do fato danoso tenha procedido ilicitamente, violando um direito (subjetivo) de outrem ou infringindo uma norma jurídica tuteladora de interesses particulares. A obrigação de indenizar não existe, em regra, só porque o agente causador do dano procedeu objetivamente mal. É essencial que ele tenha agido com culpa: por ação ou omissão voluntária, por negligência ou imprudência, conforme expressamente se exige no art. 186 do Código civil.

⁷⁴ TARTUCE, F. **Direito Civil**. 7ª ed. Rio de Janeiro; Forense, São Paulo: Método, 2012, v.2, p. 343.

⁷⁵ GONÇALVES, C. R. **Responsabilidade civil**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 201, p. 571.

Agir com culpa significa atua o agente e termos de, pessoalmente, merecer a censura ou reprovação do direito. E o agente só pode ser pessoalmente censurado, ou reprovado a sua conduta, quando, em face das circunstâncias concretas da situação, caiba afirmar que ele podia e devia ter agido de outro modo”.

Note-se que o elemento culpa deve ser considerado em seu sentido amplo, a culpa genérica que abrange tanto o dolo, isto é, a violação intencional de um dever jurídico visando prejudicar outrem, como a culpa em sentido estrito, ou seja, o desrespeito a um dever preexistente sem que haja a intenção de violar o dever jurídico, conforme a distinção de Cavalieri Filho⁷⁶: “em suma, enquanto no dolo o agente quer a conduta e o resultado, a causa e a consequência, na culpa, a vontade não vai além da ação ou omissão. O agente quer a conduta, não porém, o resultado; quer a causa, mas não quer o efeito”.

O terceiro elemento da responsabilidade civil é o nexu causal, que segundo Tartuce⁷⁷: “(...) constitui o elemento imaterial ou virtual da responsabilidade civil, constituindo a relação de causa e efeito da entre a conduta culposa ou o risco criado e o dano suportado por alguém”.

Dessa forma, tem-se que o nexu de causalidade nada mais é do que a relação essencial entre a conduta humana e o dano causado, para que exista o dever de indenizar.

Por fim, tem-se o quarto elemento constituinte da responsabilidade civil, o dano que segundo Rollo⁷⁸: “ (...) compreende o prejuízo efetivamente experimentado pela vítima, assim como também aquilo que ela deixou de lucrar em razão da conduta do agente.”

Assim, sendo o dano o prejuízo experimentado pela vítima, há que se observar que este pode ser classificado em duas categorias: dano material e dano moral.

Os danos materiais, ou patrimoniais, nas palavras de Tartuce⁷⁹: “(...) constituem prejuízos, perdas que atingem o patrimônio corpóreo de uma pessoa natural, pessoa jurídica ou ente despersonalizado”.

Por outro lado, em relação aos danos morais ou extrapatrimoniais, de acordo com os ensinamentos de Andrade⁸⁰, não há uma definição pacífica na doutrina:

⁷⁶ CAVALIERI FILHO, S. **Programa de responsabilidade civil**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 59.

⁷⁷ TARTUCE, F. **Direito Civil**. 7ª ed. Rio de Janeiro; Forense, São Paulo: Método, 2012, v.2, p. 356.

⁷⁸ ROLLO, A. L. M. **Responsabilidade civil e práticas abusivas nas relações de consumo**: dano moral e Punitive Damages nas relações de consumo; distinções institucionais entre consumidores. São Paulo: Atlas, 2011, p. 55.

⁷⁹ TARTUCE, op. cit., p. 375.

“Superando um conceito que se poderia denominar “negativo” ou “excludente”, a doutrina se divide entre os que identificam o dano moral com a “dor”, em sentido amplo – ou, em geral, com alguma alteração negativa do estado anímico do indivíduo –, e os que veem no dano moral a violação de bem, interesse ou direito integrante de determinada categoria jurídica (...)”.

Nessa esteira, percebe-se que a doutrina se divide quanto à definição de danos morais. É recorrente na doutrina nacional a utilização de um conceito excludente de danos morais, conforme faz Aguiar Dias⁸¹: “Quando ao dano não correspondem às características do dano patrimonial, dizemos que estamos em presença do dano moral”.

Entretanto, a referida definição sofre severas críticas no sentido de que prescinde de exatidão e clareza, como aduz Andrade⁸²:

“Esse modo de conceituar o dano moral nada esclarece a respeito de seu conteúdo e não permite uma precisa compreensão do fenômeno. Define-se essa espécie de dano com uma ideia negativa, algumas vezes acompanhada de uma fórmula redundante, usando expressões que fazem alusão ao aspecto moral do dano, sem verdadeiramente explicá-lo”.

Assim, exatamente em razão da deficiência na supracitada definição, buscou-se aprofundar o conceito de dano moral. Na tentativa de alcançar o verdadeiro significado do dano moral, parte da doutrina passou a identificá-lo com o estado anímico, psicológico ou espiritual da pessoa. Nesse sentido, Bittar⁸³ ensina que para estes doutrinadores os danos morais “se traduzem em turbações de ânimo, em reações desagradáveis, desconfortáveis ou constrangedoras, ou outras desse nível, produzidas na esfera do lesado”.

Por sua vez, a crítica que se faz à associação do dano moral ao estado anímico, psicológico ou espiritual da pessoa, é que esta confunde o dano moral com seu próprio resultado, conforme esclarece Andrade⁸⁴:

“Confunde-se, com frequência, o dano com o resultado por ele provocado. Dano moral e dor (física ou moral) são, então, vistos como um só fenômeno. Mas o dano (fato logicamente antecedente) não deve ser confundido com a impressão que ele causa na mente ou no espírito da vítima (fato logicamente subsequente)”.

⁸⁰ ANDRADE, A. G. C. **Dano moral e indenização punitiva**: os Punitive Damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 33.

⁸¹ AGUIAR DIAS, J. **Da responsabilidade civil**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 852.

⁸² ANDRADE, op. cit, p. 34.

⁸³ BITTAR, C. A. **Reparação civil por danos morais**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 31.

⁸⁴ ANDRADE, op. cit, p. 36.

⁸⁴ ANDRADE, op. cit, p. 36.

Por fim, considerando que as alterações no estado anímico do indivíduo não se confundem com o dano em si, mas representam as consequências que deste decorrem, parte da doutrina entende que, portanto, o dano moral que antecede essas alterações seria, na verdade, uma ofensa aos direitos que provocam consequências que em geral se confundem com o dano, isto é, aos direitos da personalidade. Nessa senda, ensina Bittar⁸⁵:

“Qualificam-se como morais os danos em razão da esfera da subjetividade, ou do plano valorativo da pessoa na sociedade em que repercute o fato violador, havendo-se, portanto, como tais aqueles que atingem os aspectos mais íntimos da personalidade humana (o da intimidade e da consideração pessoal), ou da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (o da reputação ou da consideração social)”.

Desse modo, ante as considerações feitas, para o presente estudo, será adotada a definição de dano moral como aquele que configure uma violação de um direito da personalidade do indivíduo e venha a causar-lhe alterações no estado anímico.

Uma vez concluída a breve análise sobre os elementos que compõem a responsabilidade civil, verifica-se que estando todos estes presentes, surge o dever de indenizar, ou seja, reparar o dano retorando a condição da vítima ao seu estado anterior, ou, quando impossível, confortar o ofendido.

Nesse sentido, dispõe o artigo 944 do Código Civil: “A indenização mede-se pela extensão do dano”, ou seja, a reparação deve ser integral, restituindo o estado da vítima anterior à lesão, ou, sendo impossível tal restauração, em forma de uma quantia equivalente em dinheiro.

Verifica-se, então, que a forma da indenização está intimamente ligada à extensão dos danos, devendo compreender não apenas os lucros cessantes, isto é, o que se deixou de ganhar, como também os danos emergentes, ou seja, o que efetivamente se perdeu.

Todavia, no que concerne aos danos morais, é cediço que em geral, sua reparação *in natura* é impossível, sendo apenas possível a reparação de algumas de suas consequências externas desses danos, ainda que não seja garantida sua eficácia. À guisa de exemplo, Andrade⁸⁶ cita a obtenção, por parte da vítima, de publicação de retratação do ofensor no

⁸⁵ BITTAR, C. A. **Responsabilidade civil**: teoria e prática. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 41

⁸⁶ ANDRADE, A. G. C. **Dano moral e indenização punitiva**: os Punitive Damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 143.

mesmo jornal, em caso de ofensa à honra por meio da imprensa ou, ainda, a publicação de réplica ou da própria sentença contendo destaque dado à ofensa.

Vale lembrar, porém, que a reparação específica da consequência danosa não exclui a possibilidade de indenização pecuniária, pois, apesar de atuarem como um desagravo e satisfazerem de certa forma o ofendido, não representam a reparação integral do dano.

De toda sorte, é fato que em sede de danos morais, em geral, a reparação e dá por meio de indenização pecuniária, seja ela ou não cumulada com a reparação específica.

Contudo, conforme exposto acima, se a indenização no caso de danos materiais é medida pela extensão do dano, representando o seu equivalente e atuando como uma forma de restituição do patrimônio do ofendido, nos casos de danos morais, não é possível vislumbrar tal equivalência, uma vez que os direitos de personalidade não podem ser quantificados.

Nesse diapasão, fica evidente a dificuldade na mensuração do valor a ser pago a título de indenização por danos morais, por parte do juiz, na análise do caso concreto, uma vez que seu objeto não pode ser quantificado em um valor pecuniário exato. Frise-se que, nesse caso, o magistrado deverá se pautar pelas circunstâncias do caso concreto.

3.4.2 Responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor

Esclarecida a aplicação subsidiária do Código Civil nas relações de consumo, em razão da Teoria do Diálogo das Fontes e apresentada a responsabilidade civil como forma de reparação dos danos, sejam estes patrimoniais ou morais, a presente parte do trabalho se dedicará a expor as particularidades da responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor.

Primeiramente, cumpre ressaltar que o Código de Defesa do Consumidor prevê em seu Capítulo IV – Da Qualidade de Produtos e Serviços, da Prevenção e da Reparação dos Danos, Seções II e III, a Responsabilidade pelo Fato do Produto e do Serviço e a Responsabilidade pelo Vício do Produto ou do Serviço.

No que tange à responsabilidade pelo fato do Produto e do Serviço, sobre a qual versa o capítulo IV do Código de Defesa do Consumidor, nada mais é do que a responsabilização pela ocorrência de acidentes de consumo, de modo que há doutrinadores

que defendem, inclusive, uma alteração na terminologia utilizada pelo Código de Defesa do Consumidor. Nas palavras de Benjamin et al⁸⁷:

“Enquanto aquela terminologia enfatiza o elemento material *causador* da responsabilidade, esta, ao contrário, prefere dar destaque ao elemento humano *consequencial*. O dado fundamental não é a origem do fato (do produto ou serviço), mas sim a localização humana de seu resultado (o acidente de consumo)”.

Contudo, independente da terminologia que se pretenda adotar, é cediço que a intenção do Código de Defesa do Consumidor era garantir a reparação de qualquer dano que tenha sido provocado por um produto ou serviço.

Nessa senda, o Código de Defesa do Consumidor considera responsável o fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, o importador, o fornecedor e, em algumas hipóteses, até mesmo o comerciante, sempre que um defeito de produto ou serviço não oferecer a segurança que dele se legitimamente espera.

Por outro lado, a responsabilidade pelo vício de Produto ou serviço, constante da Seção III do Capítulo IV do Código de Defesa do Consumidor, abrange questões não ligadas à segurança dos produtos ou serviços, mas sim aos vícios de produto ou serviço, isto é, à adequação destes aos fins que se propõem, bem como o atendimento das expectativas do consumidor, como bem ensina Benjamin et al⁸⁸:

“Enquanto na responsabilidade pelo fato a preocupação é com a segurança dos produtos e serviços, na responsabilidade pelo vício o foco principal é a sua adequação real às finalidades próprias, ou seja, o ar condicionado deve esfriar o ambiente, a televisão deve transmitir imagens e sons, a caneta possibilitar a escrita, o serviço de coleção de telhas impedir que a água da chuva ingresse no imóvel etc”.

De um modo geral, portanto, os vícios do produto e do serviço são inerentes às suas características, mais especificamente, qualidade e quantidade, e dão causa para responsabilização dos fornecedores, quando os tornem impróprios ou inadequados para o consumo, diminuam seu valor, ou contenham alguma disparidade em relação às informações fornecidas.

Desse modo, verifica-se que o Código de Defesa do Consumidor, levando em consideração a vulnerabilidade do consumidor, preocupou-se em protegê-lo não apenas em

⁸⁷ BENJAMIN, A. H. V.; MARQUES, C. L.; BESSA, L. R. **Manual de direito do consumidor**. 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 152.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 186.

razão do comprometimento de sua segurança, mas também no que se refere à correspondência de suas expectativas em relação aos produtos e serviços.

Ademais, ainda sob a égide do conceito da vulnerabilidade, cumpre esclarecer que, ainda que o Código Civil já tenha regras definidas sobre a aplicação da responsabilidade civil, ao elaborar o código de Defesa do Consumidor, entendeu-se por bem criar um sistema de responsabilidade civil diferenciado, em razão das especificidades intrínsecas às relações de consumo.

Vale lembrar que, de acordo com a Teoria do Diálogo das Fontes, há uma convivência pacífica entre as normas dos dois diplomas legais, Código Civil e Código de Defesa do Consumidor, pois, embora ambos façam parte do Direito Privado, enquanto o primeiro aborda as regras gerais para civis que se encontram em igualdade, o segundo prevê o tratamento especial, isto é desigual, para os consumidores, em razão de sua vulnerabilidade.

Desta feita, a responsabilidade civil nas relações de consumo seguirá sempre os preceitos normativos do Código de Defesa do Consumidor, em razão de sua especialidade, sendo a aplicação dos dispositivos do Código Civil meramente subsidiária.

Nesse contexto, faz-se *mister* analisar as principais características do sistema de aplicação da responsabilidade civil nas relações de consumo.

3.4.2.1 *Teoria da responsabilidade civil objetiva*

É cediço que o Código Civil, ao tratar da responsabilidade civil, adota a Teoria Objetiva, isto é, para que seja aferida a responsabilidade civil de um agente, faz-se necessária a identificação de quatro elementos: ação ou omissão, culpa ou dolo, nexo causal e dano.

Evidencia-se, portanto, que a responsabilidade civil, no âmbito do Código Civil, além de outros caracteres, depende da comprovação de culpa ou dolo do agente, modelo este que era aplicado inclusive às relações de consumo antes do advento do Código de Defesa do Consumidor.

Ocorre que, em virtude das novas relações econômicas decorrentes da sociedade que consome em massa, e da volatilidade tecnológica dos produtos e serviços

comercializados, o referido modelo há muito já vinha sendo criticado, como ensina Benjamin et al⁸⁹:

“A sociedade de consumo, com seus produtos e serviços inundados de complexidade tecnológica, não convive satisfatoriamente com um regime de responsabilidade civil baseado na culpa. Se é relativamente fácil provar o prejuízo, o mesmo já não acontece com a demonstração da culpa. A vítima tem à sua disposição todos os meios de prova, pois não há, em relação à matéria, limitação alguma. Se, porém, fosse obrigada a provar, sempre e sempre, a culpa do responsável, raramente seria bem sucedida na sua pretensão de obter ressarcimento”.

Dessa forma, o Código de Defesa do Consumidor, com intuito de proteger o consumidor vulnerável no momento de aferição da responsabilidade civil, inovou no tocante aos critérios utilizados para se constatar a responsabilidade civil dos agentes econômicos, conferindo um caráter objetivo ao dever de indenizar.

De acordo com as disposições do Código de Defesa do Consumidor, comprovada a existência de um dano, e o nexos causal, isto é, a relação de causa entre a conduta do agente e o resultado danoso, configura-se a responsabilidade civil independentemente da identificação de culpa do agente, conforme ensina Grinover et al⁹⁰:

“No âmbito das relações de consumo, os lineamentos da responsabilidade objetiva foram logo acolhidos e denominados “responsabilidade pelo fato do produto”: não interessava investigar a conduta do fornecedor de bens ou serviços, mas somente se deu causa (responsabilidade causal) pela sua colocação no mercado de consumo”.

Ainda, segundo Benjamin et al⁹¹: “Não é sequer relevante que ele tenha sido o mais cuidadoso possível. Não se trata, em absoluto, de mera presunção de culpa que o obrigado pode ilidir provando que atuou com diligência”.

Assim, verifica-se que, uma vez comprovado o nexos causal e o dano, nem mesmo a alegação de diligência por parte do agente econômico é capaz de isentá-lo de responsabilidade.

Cumprido ressaltar que, em regra, é dever do consumidor realizar a prova do nexos causal e do dano, contudo, o Código de Defesa prevê a possibilidade de inversão do ônus da

⁸⁹ BENJAMIN, A. H. V.; MARQUES, C. L.; BESSA, L. R. **Manual de direito do consumidor**. 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 163.

⁹⁰ GRINOVER, A. P.; BENJAMIN, A. H. V.; FINK, D. R.; FILOMENO, J. G. B.; WATANABE, K.; NERY JÚNIOR, N.; DENARI, Z. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 188

⁹¹ BENJAMIN, op. cit., p. 163.

prova quando haja verossimilhança em sua alegação ou quando seja considerado hipossuficiente.

Saliente-se que há uma única exceção à teoria objetiva no Código de Defesa do Consumidor: a responsabilidade civil dos profissionais liberais.

Importante frisar que o Código de Defesa do consumidor não isenta os profissionais liberais de responsabilidade, mas apenas prevê que estes serão responsabilizados, considerando sua culpa, nos moldes tradicionais da Teoria Subjetiva.

Por fim, cabe uma última observação no sentido de que a referida exceção diz respeito apenas ao próprio profissional liberal, não podendo ser estendida às pessoas jurídicas que eventualmente integre, ou para as quais preste serviço.

3.4.2.2 Da responsabilidade solidária

Conforme explanado, o sistema de responsabilidade civil adotado pelo Código de Defesa do Consumidor, em razão de suas particularidades consiste em um sistema diferenciado em relação ao tradicional sistema subjetivo do Código Civil, segundo o qual se faz mister a aferição de culpa ou dolo do agente para que este se caracterize responsável.

Além da responsabilidade objetiva, vale destacar que outro aspecto marcante do sistema de responsabilidade civil do Código de Defesa do Consumidor é que, em regra, a responsabilidade civil é solidária entre todos os agentes econômicos envolvidos na relação de consumo.

A definição de solidariedade consta do artigo 264 do Código Civil e ocorre sempre que, em relação a uma única obrigação haja concorrência entre mais de um credor ou devedor, cada um com um direito, ou obrigado à dívida toda.

Saliente-se que, de acordo com o Código Civil a responsabilidade solidária só estará configurada caso exista previsão legal ou advinda de negócio jurídico bilateral ou unilateral, ou ainda, no âmbito extracontratual na hipótese em que mais de uma pessoa concorra para o dano, ou seja, responsável pelo obrigado.

Pois bem, inicialmente, no que se refere à responsabilidade pelo fato ou do produto, cumpre salientar que atualmente o sistema moderno de responsabilidade civil pelos

acidentes de consumo tem como foco as figuras do fabricante e do importador. Porém, considerando que devem ser responsáveis todos aqueles integrantes da cadeia de consumo, o Código de Defesa do Consumidor além de explicitar tais figuras, estende ainda o rol ao produtor, construtor, e a todos os participantes da cadeia, ainda que indiretos. Nessa linha, Nunes⁹² ressalta:

“Quando a norma designa o fabricante, o produtor, o construtor e também o importador, está apontando apenas o responsável direto e, muito provavelmente, aquele a quem o consumidor lesado dirigirá seu pleito. Porém os outros produtores não envolvidos indiretamente não estão excluídos. São todos responsáveis solidários na medida de suas participações”.

Note-se que a intenção do Código de Defesa do Consumidor ao prever o referido sistema de solidariedade é garantir ao consumidor que este possa se voltar contra os agentes que mais lhe convier, garantindo maior eficácia à sua proteção e resguardando o direito dos agentes através da ação de regresso.

Insta salientar que, no que tange à regra da solidariedade, há uma situação particular a ser analisada: a responsabilidade do comerciante.

A responsabilidade civil por acidentes de consumo do comerciante é tratada em dispositivo apartado pelo Código de Defesa do Consumidor, sendo caracterizada pela subsidiariedade.

Na verdade, ocorre que na elaboração do Código de Defesa do Consumidor considerou-se que o verdadeiro responsável pela introdução de produtos no mercado é aquele que o fabrica, e não o mero distribuidor. Embora este tenha o dever de zelar pela qualidade de produtos que oferece ao mercado, é inegável que a existência de inúmeros aspectos tecnológicos torna inviável a avaliação para quem não seja especialista.

Nessa esteira, o Código de Defesa do Consumidor excluiu o comerciante do rol de responsáveis solidários pelo fato do produto.

⁹² NUNES, L. A. R. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 254

Entretanto, há que se observar que o comerciante não ficou isento de qualquer responsabilidade, mas sim se encontra submetido a uma regra de responsabilidade subsidiária, isto é, secundária, como bem explica Benjamin et al⁹³:

“A exclusão do comerciante (atacadista ou varejista), por razões de mera política legislativa, não é, contudo, absoluta. Excepcionalmente ele é chamado a responder com base no mesmo regime vigente para aqueles outros agentes econômicos do mercado. Só um fundamento econômico (a não oneração sucessiva de produtos) e outro pragmático (o comerciante, de regra, não tem poder para alterar técnicas de fabricação e produção), é que justificam, de fato, seu afastamento da cadeia de sujeitos responsáveis pelos acidentes de consumo”.

Desse modo, tem-se que no sistema consumerista, o comerciante possui uma responsabilidade secundária em relação aos outros agentes integrantes da cadeia de consumo, restrita às hipóteses que constam do artigo 13 do Código de Defesa do Consumidor, quais sejam: impossibilidade de identificação dos demais agentes da relação de consumo, produto fornecido sem identificação dos demais integrantes da cadeia de consumo e conservação inadequada de produtos perecíveis.

Cumprido ressaltar que, muito embora a responsabilidade do comerciante seja secundária em relação aos demais agentes, pois só existirá em situações específicas, quando sobrevier, será solidária, isto é, o comerciante será igualmente responsável aos demais.

Frise-se que a fim de evitar qualquer tipo de injustiça, o Código de Defesa do Consumidor prevê, também o direito de regresso para aquele que efetivamente responder sem ser o verdadeiro causador do dano.

Em relação ao fato do serviço, por sua vez, deve-se observar que o Código de Defesa do Consumidor não especifica os agentes econômicos, mas refere-se apenas ao gênero “fornecedor”, que inclui a todos, uma vez que em regra o fornecedor de um serviço é o próprio prestador.

Todavia, havendo prestação de serviços por terceiros, todos serão responsáveis solidariamente pelo acidente de consumo, ressalvadas as exceções constantes do Código de Defesa do Consumidor.

⁹³ BENJAMIN, A. H. V.; MARQUES, C. L.; BESSA, L. R. **Manual de direito do consumidor**. 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 174.

Note-se que a responsabilidade pelo vício de produto ou serviço segue o mesmo modelo de imputação de responsabilidade ao gênero “fornecedor”, abrangendo todos os agentes da cadeia de consumo e, embora no caso dos vícios de serviço a solidariedade não seja expressa, a doutrina vem entendendo desta maneira.

Ante o exposto, fica evidente o espírito do Código de Defesa do Consumidor de conferir ampla proteção aos consumidores em razão de sua vulnerabilidade, através da construção de um sistema de responsabilidade civil diferenciado que seja capaz de garantir a chamada *restitutio in integrum*, ou seja, dentro do possível restaurar o estado do consumidor anterior à lesão.

4 PUNITIVE DAMAGES NO DIREITO DO CONSUMIDOR BRASILEIRO

O primeiro capítulo do presente trabalho teve como objetivo analisar os *Punitive Damages* enquanto instrumento da responsabilidade civil norte-americana, inclusive no âmbito da *product liability*, isto é, a responsabilidade civil por fato do produto.

Em seguida, traçou-se um breve panorama da proteção ao consumidor no Brasil, segundo a *Civil Law*, principalmente no que tange ao sistema diferenciado de responsabilidade civil adotado pelo Código de Defesa do Consumidor.

Desse modo, considerando os diferentes sistemas legais de ambos os países, o contexto jurídico da [proteção ao consumidor bem como todos os elementos já analisados, este capítulo adentrará a parte central do estudo, qual seja a aplicação dos *Punitive Damages* no Brasil.

4.1 Origens da discussão acerca da Função Punitiva da indenização por dano moral no Brasil

Conforme estudado no capítulo anterior, o sistema de responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor, embora seja um sistema especial e diferenciado, segue, subsidiariamente as regras de reparação de danos do Código Civil, tanto para os danos materiais, como para os danos morais.

Ocorre que se hoje é pacífica a reparação tanto de danos materiais como de danos morais no ordenamento jurídico brasileiro, nem sempre foi assim. Houve uma época em que o debate acerca da reparabilidade dos danos morais era intenso e inflamado e havia grande oposição a esta possibilidade. Segundo Silva⁹⁴, entre os próprios opositores em relação à reparação de danos morais não havia consenso sobre o fundamento da irreparabilidade:

“Para uns o fundamento da irreparabilidade estaria em que o dano, em direito, sempre se deve entender como se referindo a uma diminuição do patrimônio econômico-material, enquanto que para muitos outros, a irreparabilidade dessa espécie de danos reside na natureza mesma deles e, sobretudo, na sua inconversibilidade em valor econômico”.

⁹⁴ SILVA, W. M. **O dano moral e sua reparação**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 5.

Theodoro Junior⁹⁵ destaca outro argumento que procurava rechaçar a reparação do dano moral: “Ao longo da história do direito moderno, revelou-se penosa a elaboração da teoria de uma ampla reparabilidade do dano moral. A mais séria e insistente era a daqueles que negavam a legitimidade moral da atribuição de um preço à dor”.

Note-se que não obstante as severas críticas à reparação por dano moral, a sua admissão venceu o acirrado debate no ordenamento jurídico prático, a partir do reconhecimento dos direitos da personalidade como integrantes do patrimônio dos indivíduos, conforme bem explica Pereira⁹⁶: “O fundamento da reparação por dano moral está em que, a par do patrimônio em sentido técnico, o indivíduo é titular de direitos integrantes de sua personalidade, não podendo conformar-se a ordem jurídica em que sejam impunemente atingidos”.

Assim, o advento da Constituição Federal de 1998 pôs fim ao debate à cerca da reparabilidade dos danos morais ao consagrar os direitos da personalidade como direitos fundamentais intimamente ligados à dignidade da pessoa humana, e, portanto, objeto de proteção do Direito, como ensina Resedá⁹⁷: “A mola propulsora do reconhecimento pleno do reconhecimento do dano moral em sua forma límpida veio com a promulgação da Constituição Federal de 1988”.

Todavia, superada a celeuma acerca da reparabilidade do dano moral, outras questões envolvendo o instituto irradiaram no ordenamento jurídico, e, ainda persistem. Dentre as referidas questões, destaca-se a divergência quanto à função do dano moral, pois enquanto uns entendem ser esta meramente reparatória, outros agregam a ela uma função punitiva.

Em defesa do caráter punitivo dos danos morais, Pereira⁹⁸ assevera:

“(…) o fulcro do conceito ressarcitório acha-se deslocado para a convergência de duas forças: “caráter punitivo” para que o causador do dano, pelo fato da condenação, se veja castigado pela ofensa que praticou; e o “caráter ressarcitório” para a vítima, que receberá uma soma que lhe proporcione prazeres como contrapartida do mal sofrido”.

Ademais, ao discorrer sobre novas formas de reparação, Bittar⁹⁹ trata destaca a existência de duas funções da reparação:

⁹⁵ THEODORO JUNIOR, H. Dano moral. 4ª ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 04.

⁹⁶ PEREIRA, C. M. S. **Responsabilidade civil**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 54.

⁹⁷ RESEDÁ, S. **A função social do dano moral**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 106.

⁹⁸ PEREIRA, op. cit., p. 338.

“(...) são admitidos, no sistema jurídico, modos diferentes de reparação, que alguns doutrinadores têm procurado sistematizar, mas que, no fundo se voltam para as duas funções básicas, já descritas, da teoria em questão, a de compensar o lesado e a de sancionar o lesante.”.

Importante salientar que para Bittar¹⁰⁰ a função punitiva do dano moral teria ainda uma faceta preventiva, na medida em que a sanção na forma de um acréscimo na indenização serviria como um fator pedagógico de verdadeiro desestímulo à prática reincidente da conduta lesante.

Ainda, dentre outros doutrinadores que defendem a função punitiva da reparação, destacam-se: Sérgio Cavalieri Filho, Yusseff Said Cahali e João Casillo.

Contudo, insta salientar que grandes doutrinadores apresentam uma série de objeções à função punitiva da indenização. Nas palavras de Theodoro Junior¹⁰¹, a atribuição de valor punitivo à reparação implicaria em uma confusão entre Direito civil e criminal e consequente ofensa ao princípio da legalidade, pois trata-se da instituição de uma verdadeira pena:

“Em nosso sistema legal só a lei pode instituir pena aplicável ao agente do ato ilícito. Se nenhuma norma legal cogita de instituir ou cominar pena para determinado ato lesivo, ao juiz civil soemnte toca impor ao agente o dever de indenizar o prejuízo acarretado à vítima. Nada mais”.

Na mesma linha, Reis¹⁰² critica a função punitiva da indenização: “a incompatibilidade entre esses princípios é notória, considerando que cada um deles desempenha função distinta e, ainda, que os princípios punitivo e preventivo não se encontram expressamente previstos em nosso ordenamento jurídico”.

Moraes¹⁰³, contudo, apesar de ser contra a valoração punitiva da responsabilidade civil, em regra, assevera que esta deve ser admitida, a título de exemplaridade, com caráter preventivo, de maneira excepcional:

“É de admitir-se, pois, como exceção, uma figura semelhante à do dano punitivo, em sua função de exemplaridade, quando for imperioso dar uma resposta à sociedade, isto é, à consciência social, tratando-se, por exemplo, de conduta particularmente ultrajante ou insultuosa, em relação à

⁹⁹ BITTAR, C. A. **Reparação civil por danos morais**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 229.

¹⁰⁰ Ibid., p. 278.

¹⁰¹ THEODORO JUNIOR, H. **Dano moral**. 4ª ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 65.

¹⁰² REIS, C. **Os novos ramos da indenização do dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 273.

¹⁰³ MORAES, M. C. B. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 263.

consciência coletiva, ou, ainda, quando se der o caso, não incomum, de prática danosa reiterada. (...) É de aceitar-se, ainda, um caráter punitivo na reparação de dano moral para situações potencialmente causadoras de lesões a um grande de pessoas, como ocorre nos direitos difusos, tanto na relação de consumo, quanto no Direito Ambiental”.

Por derradeiro, verifica-se que não há um consenso quanto ao debate no que tange às funções do dano moral.

Note-se que o reconhecimento da existência de uma função punitiva do dano moral é o ponto de partida para a aplicação dos *Punitive Damages*.

Ademais, outro fator que há muito surgiu como pano de fundo da aplicação da indenização nos *Punitive Damages* é a questão dos critérios para quantificação do dano moral.

No que tange ao arbitramento de valores devidos a título de indenização por danos morais, o Código Civil de 2002, diferentemente de seu antecessor, o Código Civil de 1916, não traz qualquer critério a ser seguido quando da reparação de danos morais, deixando a matéria para livre apreciação pela jurisprudência, com base no princípio constitucional da razoabilidade. Nesse sentido, os ensinamentos de Casillo¹⁰⁴:

“É necessário que, desde logo fique claro que, salvo naquelas hipóteses que a lei expressamente fixe determinados valores ou pontos de referência, sempre prevalecerá a vontade do magistrado para aferir o dano e indicar correspondente indenização, isto porque será muito difícil encontrar vítimas iguais e danos exatamente equivalentes, em circunstâncias idênticas”.

Na mesma linha, Moraes¹⁰⁵ entende que a livre apreciação da reparação dos danos morais fundamenta-se na busca da realização de justiça maior, fruto da análise do caso concreto. Todavia, assegura que ainda assim, o arbitramento deveria se pautar em critérios preestabelecidos por lei, doutrina ou jurisprudência para que esta liberdade de apreciação, através de motivação lógica seja convertida em um fator de justiça, e não em arbitrariedade.

Nesse contexto, diante da ausência de critérios legais, a doutrina têm buscado estabelecer parâmetros para orientar o magistrado, conforme lembra Bittar¹⁰⁶:

“Têm a doutrina, todavia, bem como algumas leis no exterior, delineado parâmetros para a efetiva determinação do *quantum*, nos sistemas a que denominaremos abertos, ou seja, que deixam ao juíza atribuição. Opõem-se

¹⁰⁴ CASILLO, J. **Dano à pessoa e à sua indenização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 98.

¹⁰⁵ MORAES, M. C. B. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 41.

¹⁰⁶ BITTAR, C. A. **Reparação civil por danos morais**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 279.

lhes os sistemas tarifados, em que os valores são predeterminados na lei ou na jurisprudência”.

Entretanto, há que se observar que a busca de critérios para o arbitramento do dano moral também não é matéria pacífica na doutrina e gera grande controvérsia.

Saliente-se que, em geral, seguindo a linha da função punitiva da indenização por dano moral, a doutrina tem entendido que um dos critérios a ser observado no momento de fixar o montante indenizatório no moral é a condição do agente, tendo em vista uma função punitiva. Nas palavras de Bittar¹⁰⁷:

“Levam-se em conta, basicamente, as circunstâncias do caso, a gravidade do dano, a situação do lesante, a condição do lesado, preponderando, em nível de orientação central, a idéia de sancionamento ao lesante (ou *Punitive Damages*, como no Direito norte-americano)”.

A corroborar, Moraes¹⁰⁸ aduz que o grau de culpa do ofensor, bem como sua condição econômica, refletem uma função exclusivamente punitiva, na medida em que não dizem respeito ao dano em si, mas à conduta e, mais gravemente, à pessoa do ofensor.

Ressalte-se ainda, o entendimento de Theodoro Junior¹⁰⁹ no sentido de que o arbitramento deverá ser realizado com parcimônia:

“É de lembrar-se sempre que na reparação da lesão moral nunca se chegará a qualquer tipo concreto de equivalência entre prejuízo e o ressarcimento, como certa feita enfatizou o Supremo Tribunal Federal, em acórdão, invocado pelo Min. ATHOS GUSMÃO (REsp. 1.1604-SP, *apud* BUSSADA, ob.cit., p. 678). Daí que os critérios a prevalecer em semelhante indenização não podem descambar para planos rígidos de cálculos aritméticos, em função do patrimônio do culpado, e muito menos de multiplicadores aplicados sobre dado econômico envolvido no evento ilícito”.

Ainda, destaca-se o entendimento de Lisboa¹¹⁰ ao abordar a questão sobre os princípios para fixação dos danos morais, o qual vai além do caráter punitivo, e apresenta a face preventiva da indenização:

“Na definição do valor da indenização, o julgador tem de determinar um montante tal que impeça a realização de novos atos ilícitos. Para desestimular o agente da prática de novas transgressões, o julgador deverá

¹⁰⁷ BITTAR, C. A. **Reparação civil por danos morais**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 279.

¹⁰⁸ MORAES, M. C. B. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 173.

¹⁰⁹ THEODORO JUNIOR, H. **Dano moral**. 4ª ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 33.

¹¹⁰ LISBOA, R. S. **Manual de direito civil**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v.2, p. 303.

considerar, ainda, eventuais parâmetros previstos em lei e a possibilidade de imposição de sanção consistente em obrigação de fazer ou de não fazer.”

Assim, diante do exposto, tem-se um breve cenário das questões que precederam a prepararam o território brasileiro para o debate sobre a aplicação dos *Punitive Damages* no Brasil.

4.2 Origens da discussão sobre Punitive Damages no âmbito do Direito do Consumidor no Brasil

No item anterior traçou-se um panorama evolutivo das questões envolvendo a indenização por dano moral, culminando nas divergências quanto a seu caráter punitivo-preventivo, intensificadas no momento de discussão sobre a fixação do *quantum* indenizatório.

Entretanto, antes de analisar como se deu o desdobramento desse debate, isto é, como se dá aplicação dos *Punitive Damages*, faz-se mister tecer algumas considerações sobre intensificação da aplicação nesse instituto especificamente em relação ao ramo do direito do consumidor.

Conforme já explanado anteriormente, o Código de Defesa do Consumidor foi elaborado em 1990, diante da intensificação das relações de massa, com o intuito de promover a proteção o consumidor, considerado vulnerável, perante o fornecedor e, assim, reestabelecer o equilíbrio e a harmonia nas relações de consumo.

Nesse sentido, percebe-se que, em relação à responsabilidade civil, a aplicação do Código Civil e seu modelo tradicional é meramente subsidiária, sendo a regra o sistema diferenciado do Código de Defesa do Consumidor, cunhado com o objetivo de proteger o consumidor vulnerável, garantindo-lhe a reparação devida por danos causados em razão de fato do produto ou de serviço.

Todavia, não obstante todos os esforços no sentido de blindar os direitos do consumidor, garantindo seu direito de reparação e assegurando sua tutela, parte da doutrina tem entendido que o atual modelo de responsabilidade civil por danos aos consumidores, embora proporcione a reparação, não tem sido suficiente para garantir, com eficácia, a violação de seus direitos.

Há que se considerar que, de acordo com parcela da doutrina, atualmente, se a produção se dá em série, os conflitos também se dão em série, uma vez que os fornecedores, movidos pela busca incessante do lucro costumam avaliar economicamente se seria mais vantajoso atender às demandas dos consumidores e apresentar produtos seguros e de boa qualidade, ou apenas pagar eventuais indenizações quando necessário. Nos dizeres de Rollo¹¹¹:

“(...) se depender do comportamento ético dos fornecedores, a tendência do mercado é piorar dia a dia, porque muitas empresas ainda praticam o chamado capitalismo selvagem, ou seja, avaliam os números para saber se vale a pena, sempre enfocando a questão sob o ponto de vista econômico, atender ou não às justas reivindicações dos consumidores”.

Na mesma esteira, as palavras de Andrade¹¹²:

“Alguns fornecedores, para elevar a sua margem de lucros, deixam de investir em mecanismos de prevenção e controle de qualidade mais rigorosos sobre os serviços prestados, enquanto outros colocam no mercado produtos de qualidade inferior ou que não atendem a determinados padrões de segurança, preferindo arcar com a reparação de danos causados aos consumidores, na certeza de que os valores indenizatórios serão muito inferiores ao investimento que teriam de realizar para o aperfeiçoamento de seus produtos e serviços”.

Ainda, o entendimento de Oliveira¹¹³:

“Não são raras as vezes que algumas empresas, visando tão somente o lucro, não hesitam em desconsiderar contratos e/ou normas legais, certas de que a sanção reparatória por ventura imposta configura um montante mais que satisfatório pela possibilidade de obter unilateralmente um bem que deveria depender do consentimento de outrem, desrespeitando, assim, a liberdade contratual”.

Diante do referido cenário, parcela da doutrina entende que uma das causas que vem estimulando o comportamento anti-ético dos fornecedores pode ser representada pelas indenizações afixadas em valores irrisórios, como ensina Rollo¹¹⁴:

“Em termos econômicos, infelizmente, continua valendo a pena para os maus fornecedores maltratarem os consumidores, uma vez que parcela ínfima reclama e número ainda menor ingressa com demandas no Judiciário, com risco de ganhar e de perder. Daqueles que ganham, alguns recebem

¹¹¹ ROLLO, A. L. M. **Responsabilidade civil e práticas abusivas nas relações de consumo**: dano moral e Punitive Damages nas relações de consumo; distinções institucionais entre consumidores. São Paulo: Atlas, 2011, p. 73.

¹¹² ANDRADE, A. G. C. **Dano moral e indenização punitiva**: os Punitive Damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 256.

¹¹³ OLIVEIRA, R. P. R. **A responsabilidade civil por dano moral e seu caráter desestimulador**. Belo Horizonte: Arraes Editora, 2012, p. 54.

¹¹⁴ ROLLO, op. cit., 71.

indenizações irrisórias após anos de demanda, ou até insuficientes para o advogado”.

Nesse contexto, tem se intensificado o debate sobre a aplicação de indenização com caráter punitivo no âmbito das relações de consumo, pois, grande parte da doutrina e da jurisprudência tem defendido a introdução do instituto como uma forma de elevar seu punir os fornecedores que desrespeitem os direitos dos consumidores, bem como coibir a reincidência de suas condutas maliciosas.

Nessa senda, Andrade¹¹⁵ traz a noção de Paradigma, a qual foi cunhada por Thomas Khun e refere-se a modelos criados a partir de teorias e ideias coerentes elaboradas por uma geração de pesquisadores que ganham prestígio na comunidade científica e serão utilizados pelas novas gerações de pesquisadores como fundamentos para seus estudos. Para Andrade, o paradigma da responsabilidade civil representa seu modelo de aplicação, englobando seu objetivo e elementos, e em razão de sua insuficiência em relação à proteção e defesa dos direitos dos consumidores, necessita uma alteração, mais especificamente no que tange ao seu papel, reconhecendo, ao lado de sua tradicional função reparatória, as funções preventiva e punitiva.

A corroborar, as lições de Oliveira¹¹⁶:

“Nos domínios da responsabilidade civil já se enxerga, com nitidez, o que pode vir a ser considerado como uma *mudança de paradigma*, representada pela idéia de que, em certos casos, principalmente naqueles em que é atingido algum direito da personalidade, a indenização deve desempenhar um papel mais amplo do que o até então concebido pela doutrina tradicional”.

Enquanto a função tradicional da responsabilidade civil se limita à reparação do dano e centra a fixação da indenização exclusivamente na figura do ofendido e do valor de seu prejuízo, alguns doutrinadores chamam atenção para a necessidade de que esta passe a exercer uma nova função, no sentido de impedir o dano, sua continuação ou repetição. A corroborar, o entendimento de Marinoni¹¹⁷:

¹¹⁵ ANDRADE, A. G. C. **Dano moral e indenização punitiva**: os Punitive Damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 220.

¹¹⁶ OLIVEIRA, R. P. R. **A responsabilidade civil por dano moral e seu caráter desestimulador**. Belo Horizonte: Arraes Editora, 2012, p. 53.

¹¹⁷ MARINONI, L. G. **Tutela Inibitória**: individual e coletiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 26.

“(…) o problema da tutela inibitória é a prevenção da prática, da continuação ou da repetição do ilícito, enquanto da tutela ressarcitória é saber quem deve suportar o custo do dano, independentemente do fato de o dano ter sido produzido ou não com culpa”.

Frise-se que a introdução da função preventiva ao modelo tradicional de responsabilidade civil não implica uma simples desvalorização deste, como ensina Andrade¹¹⁸:

“Não se trata de desvalorizar o papel tradicionalmente desempenhado pela responsabilidade civil, mas de reconhecer, e um lado, que prevenção do dano é preferível tanto para a vítima quanto para o possível responsável, e, de outro, que a simples reparação do dano se tornou insuficiente para atender satisfatoriamente a todos os conflitos sociais modernos, em especial àqueles em que estão em jogo os direitos mais caros ao homem, como os direitos da personalidade”.

Na mesma esteira, Resedá¹¹⁹ ressalta a importância de se compatibilizar as novas alterações com os antigos fundamentos, sem desprezá-los:

“Há portanto, que se encarar não só o conteúdo atinente à Responsabilidade Civil, mas todo o ordenamento sob uma ótica renovada. Será necessário sacar os conceitos clássicos para conferir-lhes nova roupagem diante dos recentes avanços da ciência jurídica, não olvidando os anseios da sociedade moderna. A necessidade de um novo canal hermenêutico torna-se evidente para a manutenção do correto funcionamento do complexo ordenamento jurídico; porém, ao mesmo tempo, as bases jurídicas já solidificadas Não devem ser desconsideradas sob preceito da inserção do novo”.

Ao mesmo tempo, além de prevenir as práticas abusivas, para superar a crise de eficácia, para parte da doutrina tem se mostrado essencial que o novo paradigma de responsabilidade civil nas relações de consumo assuma também a função punitiva, pois há situações em que a reparação e a prevenção do dano não obterão a eficácia pretendida. Nessas hipóteses, é importante que exista a função punitiva da responsabilidade civil, a fim demonstrar ao consumidor que ainda que não tenha sido possível prevenir o dano, ou repará-lo, integralmente, haverá alguma retribuição. Nas palavras de Andrade¹²⁰:

“(…) mesmo abstraída a ideia de custo ou proveito econômico por parte do ofensor, a simples reparação do dano muitas vezes não constitui solução jurídica adequada porque não atende ao sentimento médio de justiça, que clama por alguma forma de retribuição do mal suportado”.

¹¹⁸ ANDRADE, A. G. C. **Dano moral e indenização punitiva**: os Punitive Damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 227.

¹¹⁹ RESEDÁ, S. **A função social do dano moral**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 266.

¹²⁰ ANDRADE, op. cit., p. 299.

Dessa forma, evidenciou-se o apelo de parte da doutrina acerca da necessidade de alteração do paradigma tradicional da responsabilidade civil no âmbito das relações de consumo, delineando um cenário fértil para a discussão sobre a aplicação dos *Punitive Damages* nesse âmbito como forma de potencializar a eficácia da proteção ao consumidor.

4.3 Aplicação dos *Punitive Damages* ao Direito do Consumidor no Brasil: Teoria do Desestímulo e jurisprudência

Os itens anteriores demonstraram que houve uma intensificação no debate sobre a função punitiva da indenização por dano moral, bem como sobre a necessidade de alteração do paradigma tradicional de responsabilidade civil no âmbito das relações de consumo no Brasil. Verificou-se, ainda, que os defensores da aplicação do instituto dos *Punitive Damages* encontram os fundamentos para sua introdução no ordenamento jurídico pátrio.

Nesse diapasão, com base na teoria norte-americana, desenvolveu-se no Brasil a chamada Teoria do Desestímulo, cujo rol de renomados defensores alberga o ilustre Professor Carlos Alberto Bittar, e, por vezes tem sido o fundamento das decisões judiciais nacionais que aplicam os *Punitive Damages*.

Insta salientar que a referida teoria se resume na atribuição de caráter punitivo, bem como, preventivo e pedagógico à indenização por dano moral, ressaltando a função de desestímulo de reiteração de determinadas condutas, no que se assemelharia ao aspecto de *exemplary damages* dos *Punitive Damages*.

Nessa senda, leciona Bittar¹²¹ sobre a tendência de utilização do fator de desestímulo inclusive pela jurisprudência:

“Assim, em hipótese de lesionamento, cabe ao agente suportar as consequências de sua atuação, desestimulando-se com a atribuição de pesadas indenizações atos ilícitos tendentes a afetar os referidos aspectos da personalidade humana. Nessa linha de raciocínio, vêm os tribunais aplicando valores consideráveis, a título de indenizações por danos morais, como inibidoras de atentados ou investidas contra a personalidade alheia, como as decisões inseridas na RF 268/253 e 279/190”.

Nesse sentido, observa Rodrigo Delgado¹²²:

¹²¹ BITTAR, C. A. **Reparação civil por danos morais**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 280.

¹²² DELGADO, R. M. **O valor do dano moral**: como chegar até ele. 2ª ed. Leme: J.H Mizuno, 2004, p. 217.

“Os defensores do caráter punitivo da indenização por danos morais invocam a chamada “teoria do valor do desestímulo”, segundo a qual, na fixação da indenização pelos danos morais sofridos, deve o Magistrado estabelecer um valor capaz de impedir/dissuadir práticas semelhantes, assumindo forma de verdadeira punição criminal no âmbito civil”.

A corroborar, Bittar¹²³ complementa:

“Com efeito, conscientizou-se a doutrina, de um lado, de que é necessário que o agente sinta as consequências da resposta do ordenamento jurídico, para que o sistema tenha eficácia, e, de outro mister se faz dotar-se a reparação cabível de expressão que sirva de exemplo para a sociedade, tudo para a realização de sua função inibidora”.

Por outro lado, vale lembrar que, apesar de desenvolvida e apoiada por grandes doutrinadores, a Teoria do Desestímulo também recebe críticas e sofre objeções. Nessa senda, Delgado¹²⁴ traz à baila o pensamento de Manente e Neto:

“A teoria do valor do desestímulo teve origem no direito norte-americano através daquilo que se convencionou chamar de *Punitive Damages*, que, traduzido para o vernáculo, significa danos punitivos. O escopo de tal instituto se resume em: por meio da atribuição de valores milionários às vítimas lesadas, desestimular o ofensor a não mais praticar atitudes que lesionem o patrimônio moral das pessoas. A um só tempo, punindo o ofensor através do desestímulo que a soma vultosa lhe inflige, e proporcionando, ainda, um exemplo à sociedade para que nenhum outro integrante da mesma venha a praticar atitudes do mesmo jaez”.

Entretanto, há que se analisarem as referidas críticas com prudência, avaliando se não se encontram eivadas de vícios e exageros. Nessa esteira, o posicionamento de Schreiber¹²⁵ diferencia-se daquele supracitado em razão de sua sutileza.

“Assim, a doutrina amplamente majoritária sustenta um duplo caráter da reparação do dano moral: (I) o caráter compensatório, para assegurar o sofrimento da vítima; e (II) o “caráter punitivo para que o causador do dano, pelo fato da condenação se veja castigado pela ofensa que praticou. Diversos autores sustentam, nessa direção, que a “indenização do dano moral tem um inequívoco sabor de pena, de represália pelo mal injusto. Fala-se no mesmo sentido, em função pedagógica, dissuasiva ou de desestímulo, sendo certo que em qualquer caso o agente se vê obrigado a indenizar a vítima em quantia superior do dano moral efetivamente sofrido”.

Contudo, a despeito das críticas e objeções apresentadas à Teoria do Desestímulo pela doutrina, cumpre ressaltar que esta tem sido bastante aplicada pela jurisprudência.

¹²³ BITTAR, C. A. **Reparação civil por danos morais**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 229.

¹²⁴ DELGADO, R. M. **O valor do dano moral**: como chegar até ele. 2ª ed. Leme: J.H Mizuno, 2004, p. 217.

¹²⁵ SCHREIBER, A. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 211.

Nessa esteira, em notícia do STJ¹²⁶ sobre a quantificação do dano moral, datada de 2009, o então presidente da Terceira Turma, ministro Sidnei Beneti ao discorrer sobre os critérios adotados pelo STJ para quantificação do dano moral destaca a avaliação do comportamento do ofensor para determinar o valor da indenização e a importância do fator do desestímulo: “Quanto ao ofensor, considera-se a gravidade de sua conduta ofensiva, a desconsideração de sentimentos humanos no agir, suas forças econômicas e a necessidade de maior ou menor valor, para que o valor seja um desestímulo efetivo para a não reiteração”.

Nesse sentido, ainda tratando da importância da teoria do desestímulo, tem-se o voto da Ministra Nancy Andrighi, em que ambas as partes pediam a alteração do quantum indenizatório fixado em razão de acidente de carro cuja causa fora defeito de fabricação do produto e provocou a morte de familiares dos autores:

“Diante da **excepcionalidade** verificada na espécie – que não deve servir de precedente para outras ações indenizatórias – e pesadas as condições sociais e econômicas da empresa-ré e das vítimas; o alto grau de culpa da ré; a gravidade da ofensa causadora do dano; as tristes e lamentáveis consequências do evento danoso; o sofrimento dos autores; o afastamento do enriquecimento sem causa; e a função social da condenação, no sentido de desestimular a reincidência, o valor da indenização não pode ser equiparado ao que se tem por costume aplicar neste STJ” (Resp. nº 1.036.485 / SC, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, J. 05.03.20095, p. 11).

Note-se que na decisão supracitada, a ministra ressalta que em razão das circunstâncias do caso concreto, em caráter de excepcionalidade, o valor da indenização não pode ser aquele comumente aplicado pelo Tribunal, a fim de que se possa atender à função social da condenação, qual seja, o desestímulo da reincidência.

Importante salientar, ainda, que além do caráter excepcional, ao contrário da opinião daqueles que divergem em relação à aplicação da teoria do desestímulo no Brasil, a decisão é pautada em princípios de razoabilidade, pois nas suas próprias razões a ministra explicita que dentre os inúmeros critérios para quantificação, considerou também o afastamento do enriquecimento ilícito, visando o equilíbrio.

¹²⁶ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. STJ busca parâmetros para uniformizar valores de danos morais. Disponível em: < http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=93679>. Acesso em: 7 jan. 2014.

Nesse sentido, a ministra não apenas denegou o pedido de redução do valor da condenação para que se equiparasse àquele aplicado comumente nas hipóteses de falecimento de familiares, como também denegou o pedido de aumento do montante, frisando que:

“Ademais, embora não se possa quantificar a intensidade da dor sofrida com o falecimento de parentes próximos, é certo que a indenização não pode representar um enriquecimento sem causa dos autores, o que ocorreria se o pleito fosse acolhido” (Resp. nº 1.036.485 / SC, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, J. 05.03.20095, p. 11).

Nessa linha de entendimento, em recente decisão, que versa sobre recusa pela operadora de plano de saúde, em autorizar tratamento a que estivesse legal ou contratualmente obrigada, o ministro Sidnei Benneti, a exemplo do já decidido em 2012, no AgRg no Ag em REsp nº 148.113 / SP, Rel. Min. SIDNEI BENNETI, J. 29.06.2012, considerou devidos os danos morais, observando o caráter de desestímulo, observado o combate ao enriquecimento ilícito:

“Desse modo, caracterizada a recusa indevida, na esteira dos precedentes colacionados, foi deferida a indenização por danos morais no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), que cumprem, no presente caso, a função pedagógico-punitiva de desestimular o ofensor a repetir a falta, sem constituir, de outro lado, enriquecimento indevido” (AgRg REsp Nº 1.373.969 /RS, Rel. Min. SIDNEI BENNETI, J. 19.06.2013, p. 3).

Insta salientar que, além do STJ, os Tribunais de Justiça também vem entendendo ser cabível o caráter punitivo da indenização como forma de desestímulo, desde que observados os parâmetros da razoabilidade.

À guisa de exemplo, tem-se a recentíssima decisão do ministro Paulo Barcellos Gatti do TJ/SP em sede de apelação:

“E, estabelecidas tais premissas para a caracterização do dano estético e moral *stricto sensu*, passando para o processo de quantificação da indenização, há sempre de se ter como pano de fundo os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, a fim de se atender às funções (i) reparatória e (ii) punitiva do instituto. Ressalve-se, ainda, que não deve o conteúdo econômico da reparação representar procedimento de enriquecimento injustificado para aquele que se pretende indenizar, já que, dessa forma, haveria um desvirtuamento ilícito do ordenamento jurídico atinente à responsabilidade civil, ou, tampouco, transparecer iniquidade ao causador do dano de modo a inibir a proliferação da conduta ilegítima” (Apelação n. 0027178-48.2011.08.26.0224 de 2014, TJSP Min. REL. PAULO BARCELLOS GATTI, J. 03.02.2014, p. 26).

Na mesma esteira, a decisão proferida em sede de apelação pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em razão da discussão sobre quantum indenizatório devido em ação contra empresa de telefonia:

“Na apuração do **quantum** indenizatório decorrente do dano moral sofrido, tanto a jurisprudência como a doutrina são uníssonas ao entender que o valor deverá ser fixado levando-se em consideração as condições pessoais da parte autora e do réu, sopesadas pelo prudente arbítrio do julgador, com a observância da teoria do desestímulo, isto é, o valor não deve enriquecer ilicitamente o ofendido, mas há de ser suficientemente elevado para desencorajar novas agressões à honra alheia” (Apelação Nº 70056112337 de 2013 TJRS, Min. Rel. WALDA MARIA MELO PIERRO, J. 18.12.2013, p. 1).

Desse modo, evidencia-se que, embora a discussão sobre a aplicação dos *Punitive Damages*, inclusive no direito do consumidor não seja pacífica na doutrina, os Tribunais, em geral, tem decidido pela aplicação da teoria como um fator pedagógico de desestímulo, conforme conclui Bittar¹²⁷:

“Nesse sentido é que a tendência manifestada, a propósito, pela jurisprudência pátria, é da fixação de valor de desestímulo como fator de inibição a novas práticas lesivas. Trata-se portanto de valor que, sentido no patrimônio do lesante possa fazê-lo conscientizar-se de que não deve persistir na conduta reprimida ou, então, deve afastar-se da vereda indevida por ele assumida”.

Entretanto, não se pode olvidar que, independente da tendência jurisprudencial de aplicação da teoria da indenização punitiva ao direito brasileiro, inclusive no âmbito das relações de consumo, ainda existem decisões no sentido contrário, como se vê a seguir:

Em acórdão proferido em 2012, o relator Estevão Luchesi decidiu que:

“Á míngua de dispositivo legal sobre a matéria, não está o juiz autorizado a impor indenizações por dano moral com caráter punitivo (*Punitive Damages*), caracterizando o vício de sentença extra petita. A existência dos danos morais no caso vertente é *in re ipsa*, ou seja, decorre automaticamente da negativação do nome do consumidor no cadastro de inadimplentes, sendo prescindível a comprovação de efetivo prejuízo, na medida em que o mesmo é presumido. A fixação do valor indenizatório deve-se dar com prudente arbítrio, para que não ocorra enriquecimento de uma parte, em detrimento da outra, bem como para que o valor arbitrado não seja irrisório, devendo observar os critérios da razoabilidade e proporcionalidade” (Apelação Cível 1.0701.11.029435-5/001 TJMG, Min. Rel. ESTEVÃO LUCHESE, J. 29.11.2012, p. 1).

No mesmo sentido, tem-se a ementa do acórdão referente à apelação n. 1.0701.09.291337-8/001 do TJMG:

¹²⁷ BITTAR, C. A. **Reparação civil por danos morais**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 280.

“EMENTA: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. SENTENÇA EXTRA PETITA. DANO MORAL PUNITIVO. IMPOSSIBILIDADE. CEMIG. INADIMPLÊNCIA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. CORTE NO FORNECIMENTO DE ENERGIA. ATO ILÍCITO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. VALOR. REDUÇÃO. Padece de vício de julgamento extra petita a decisão que impõe obrigação de doação de valor à pessoa ou entidade alheia à relação jurídica processual, principalmente quando não há amparo legal para tal mister, não se enquadrando no ordenamento jurídico pátrio a chamada "teoria do valor do desestímulo" (**Punitive Damages**). O corte no fornecimento de energia pela concessionária prestadora do serviço constitui ato ilícito e causador de dano moral indenizável ao usuário se ocorrido após a quitação do débito que o fundamentou. A indenização devida a título de reparação de danos morais deve ser arbitrada de maneira razoável e proporcional e, sobretudo, de acordo com as circunstâncias e conseqüências de cada caso sob julgamento.” ((Apelação Nº 1.0701.09.291337-8/001 TJMG, Min. Rel. DÍDIMO INOCÊNCIO DE PAULA, J. 26.05.2011, p. 1).

Ante todo o exposto, evidencia-se que embora haja grande aceitação da aplicação da teoria do desestímulo pela doutrina e jurisprudência pátria, isto é, dos *Punitive Damages*, ao direito brasileiro, como forma de punir o ofensor e desestimular a prática de condutas reincidentes, ainda existem controvérsias quanto a sua adequação ao ordenamento jurídico brasileiro

4.4 Principais pontos Controvertidos acerca da aplicação dos *Punitive Damages* no Direito Brasileiro

No capítulo anterior ficou demonstrado que com a intensificação do debate sobre o caráter punitivo da norma como uma forma de inibir a reincidência de práticas abusivas, inclusive no âmbito do direito do consumidor brasileiro, foi desenvolvida a Teoria do Desestímulo, a qual vem sendo aplicada pela maioria da jurisprudência.

Todavia, como já dito anteriormente, embora venha se confirmando como uma tendência da atualidade, a aplicação dos *Punitive Damages* ao direito brasileiro não é pacífica e prescinde de aceitação de parte da doutrina, a qual faz sérias críticas a esta teoria.

Desse modo, esta parte do trabalho se dedicará a apresentar as principais objeções feitas à aplicação do instituto ao Direito Brasileiro, fazendo um cotejo com os comentários daqueles que defendem a introdução dos *Punitive Damages* no sistema legal brasileiro.

4.4.1 Separação entre Direito Público e Privado

Dentre as críticas e objeções mais comuns em relação à aplicação da teoria do desestímulo, isto é, dos *Punitive Damages* no Brasil, sem dúvida destaca-se a alegação de contrariedade ao modelo jurídico tradicional de separação das esferas público e privadas do Direito, na medida em que este é um instituto civil, embora possua natureza penal. Salomão Resedá¹²⁸ explica o modelo tradicional de separação:

“Uma das alegações suscitadas contra a efetivação da teoria em apreço para as indenizações decorrentes de danos morais está na tradicional separação do direito privado e o direito público. Esta concepção criou uma idéia de que a Responsabilidade Civil somente seria destinada a reparar ou ressarcir o dano, tanto material quanto moral. Para situações voltadas ao caráter pedagógico ou sancionador, deveriam ser aplicados os preceitos de direito público. A questão da censura ao ato ilícito ficaria restrita apenas à responsabilidade penal que, em razão de pertencer a outro grupo, se manteria afastada da civil”.

Nesse sentido, Theodoro Junior¹²⁹ mostra-se partidário do referido sistema:

“A partir do momento em que o Estado moderno assume a função de aplicar sanção aos culpados para reprimir os atos danosos, a noção de responsabilidade sofre notável transformação, provocando seu desdobramento: de um lado, estabelece-se a responsabilidade penal, que busca o castigo do delinquente; de outro, a responsabilidade civil que tende apenas a ressarcir a vítima do dano particular sofrido”.

A corroborar, o entendimento de Delgado¹³⁰ no sentido de que a aceitação da teoria do desestímulo ensejaria a criação de um sistema misto, inadmissível no ordenamento pátrio:

“Adotar a teoria em testilha seria criar um inaceitável sistema paralelo, que se situaria entre o âmbito civil e o penal; seria um sistema misto, um sistema civil-penal, um sistema eclético, inadmissível, e impraticável dentro da técnica jurídica, pois são ramos que possuem particularidades muito específicas que o distinguem e os colocam em lados diametralmente opostos”.

Não obstante as objeções à mescla de ramos do Direito, insta salientar que parcela da doutrina defende a aplicação da teoria do desestímulo no Direito brasileiro e considera saudável e necessária a fusão dos ramos público e privado de modo a admitir o caráter sancionatório da indenização civil como forma de equilibrar as novas relações

¹²⁸ RESEDÁ, S. **A função social do dano moral**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 271.

¹²⁹ THEODORO JUNIOR, H. **Dano moral**. 4ª ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 64.

¹³⁰ DELGADO, R. M. **O valor do dano moral**: como chegar até ele. 2ª ed. Leme: J.H Mizuno, 2004, p. 219.

econômicas e sociais das quais decorrem comportamentos reincidentes e abusivos, principalmente no que se refere ao direito do consumidor.

Nessa esteira, o entendimento de Moraes¹³¹, lembrando a importância da reavaliação do sistema ante as novas relações econômico-sociais advindas do capitalismo:

“A separação dos direitos público e privado, nos termos em que era proposta pela doutrina tradicional, há de ser abandonada. A partição, que sobrevive desde os romanos, não mais traduz a realidade econômico-social, nem corresponde à lógica do sistema, tendo chegado o momento de empreender sua reavaliação”.

Note-se Andrade¹³² compartilha da mesma opinião ao defender a adoção da teoria do desestímulo no Brasil:

“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. Além disso, a tradição, em si considerada, não pode constituir óbice à aplicação do instituto que se mostre apto e, até, indispensável para regular conflitos de interesse”.

Ademais, Oliveira¹³³ afirma que: “No que tange ao fato a aplicação de uma sanção de natureza penal no âmbito do Direito Civil, temos que tal fusão não é, nem deve ser, novidade para o nosso direito pátrio.” E exemplifica citando a cláusula penal, juros de mora, pagamento em dobro, *astreintes* e a restituição em dobro prevista no Código de Defesa do Consumidor.

Entretanto, Theodoro Junior¹³⁴, reafirmando seu posicionamento em defesa da separação absoluta entre os ramos de Direito assevera que ainda para tais institutos, a separação se mantém, pois não possuem verdadeiramente, a função de punir:

“É certo que na análise do direito positivo francês e brasileiro, poder-se-ão encontrar exemplos de normas legais que instituem algumas reparações civis as quais correspondem praticamente a penas impostas a causadores de dano privado, como multas contratuais e as *astreintes*, já que a parte pode exigí-las sem comprovar dano algum concreto. (...) Contudo deve-se ponderar, em primeiro lugar, que esse tipo de pena excepcional não tem

¹³¹ MORAES, M. C. B. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 25.

¹³² ANDRADE, A. G. C. **Dano moral e indenização punitiva: os Punitive Damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 230.

¹³³ OLIVEIRA, R. P. R. **A responsabilidade civil por dano moral e seu caráter desestimulador**. Belo Horizonte: Arraes Editora, 2012, p. 72.

¹³⁴ THEODORO JUNIOR, H. **Dano moral**. 4ª ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 61.

propriamente função de sancionar a inexecução, mas sobretudo assegurar a execução de obrigações civis”.

Salomão Resedá¹³⁵, contudo, ressalta que a insistência na separação absoluta dos sistemas e a negação do caráter punitivo em relação à responsabilidade civil, representa um retrocesso para o Direito brasileiro:

“A manutenção da dicotomia entre o Direito público e privado representa um atraso no caminhar evolutivo da norma jurídica perante a sociedade. Hoje, o que se deve ter em destaque, é o objetivo de garantir a efetiva proteção à pessoa, e conseqüentemente, à sociedade”.

Dessa forma, resta evidente que não há uma convergência de opiniões acerca da separação entre direito público e privado, pois enquanto uns negam o caráter punitivo da indenização, outros enxergam na pena privada uma mudança necessária para o processo evolutivo da responsabilidade civil, a fim de assegurar a resolução dos novos conflitos da sociedade moderna.

4.4.2 Ofensa ao princípio da Legalidade

Outra crítica comum à Teoria do Desestímulo é que o instituto representaria grave ofensa ao princípio da legalidade.

Conforme já estudado previamente, o Brasil é país regido pelo sistema jurídico da *civil law*, segundo o qual o direito se desenvolve com base em leis e normas, diferentemente do que ocorre nos Estados Unidos, onde o instituto tem grande aplicação, e nos demais países que se guiam pela *common law*, em que o direito se baseia na experiência e pelos costumes, representados pelos precedentes.

Nesse contexto destaca-se o disposto no artigo 5, inciso II da Constituição Federal: “*II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;*”

Cumprido ressaltar que o excerto legal supracitado explicita o chamado princípio da legalidade, o qual consagra a importância jurídica da lei no sistema jurídico romano-germânico.

¹³⁵ RESEDÁ, S. **A função social do dano moral**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 274.

De acordo com o artigo mencionado, resta claro que para que um instituto jurídico exista no nosso ordenamento, deverá, obrigatoriamente, encontrar respaldo em algum dispositivo legal, não podendo ser introduzido meramente em razão da experiência.

Frise-se ainda, que o princípio constitucional da legalidade é abrangente e se espalha por todos os ramos do Direito, encontrando diferentes desdobramentos.

Na seara penal, o princípio da legalidade se desdobra em dois: princípio da anterioridade da lei penal e princípio da reserva legal, sendo que o primeiro refere-se a proibição de imposição de pena a um fato anterior à lei que o incrimina, salvo quando benefício do réu, enquanto o segundo estabelece não existir delito, se não previsto em lei. Resumindo: não há crime sem prévia cominação legal.

Ocorre que, segundo parcela da doutrina, a teoria do desestímulo que importa a aplicação dos *Punitive Damages* americanos para a seara da responsabilidade civil brasileira, não encontra guarida no ordenamento jurídico nacional, uma vez que a indenização punitiva não encontra sustentação em qualquer dispositivo do nosso sistema legal.

Nesse sentido, Theodoro Junior¹³⁶ critica a tendência da jurisprudência brasileira de aplicação da teoria do desestímulo, uma vez que a base legal da nação se encontra fundada no princípio da legalidade:

“Esse entendimento, a nosso ver, merece ponderada revisão, se se atentar para as bases sistemáticas do sistema punitivo equacionado institucionalmente pelo direito constitucional brasileiro, assentadas que se acham segundo rigoroso princípio da reserva legal”.

Frise-se que, exatamente com o intuito de superar essa questão acerca da incompatibilidade do instituto com o ordenamento jurídico brasileiro, em razão do princípio da legalidade, foram feitas inúmeras tentativas de trazê-lo para o bojo de normas nacionais, contudo, sem sucesso.

Dentre as referidas tentativas destacam-se dois Projetos de Lei, um na área cível e outro no ramo do direito do consumidor a fim de, respectivamente, introduzir, no Código de Defesa do Consumidor, de forma expressa, uma versão brasileira do instituto e de acrescentar um parágrafo segundo ao artigo 944 do Código Civil, estipulando que a indenização constituiria-se tanto da compensação como do adequado desestímulo ao lesante.

¹³⁶ JUNIOR, H. Dano moral. 4ª ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 52.

Entretanto, ambos os Projetos de Lei não foram aprovados.

Quanto ao Projeto de Lei para alterar o Código Civil, Moraes¹³⁷, acompanhando as razões de sua rejeição, entende que esta se deu de forma acertada:

“Esta solução no âmbito do Projeto de Lei feito às carreiras, de uma genérica autorização ao juiz para acréscimo da parcela punitiva, não é, à evidência nem razoável nem suficiente. Não indicando claramente o legislador os critérios que devem ser levados em conta, a regra se configuraria praticamente um “cheque em branco”. O magistrado continuaria, agora de modo oficial, liberado para punir como (*rectius*, quanto) quisesse e o lesante continuaria passível de sofrer penalidades exemplares, podendo ser feito facilmente de ‘bode expiatório’”.

No que tange ao Projeto do CDC, Martins Costa e Pargendler¹³⁸, explicam as razões para seu veto:

“Por sua vez, o Código de Defesa do Consumidor também regula a responsabilidade de modo amplo, consagrando expressamente a responsabilidade pelo dano moral, muito embora tenha sido vetado do Projeto o artigo que acolhe uma versão brasileira dos *Punitive Damages* sob o argumento de que o artigo 12 e outras normas do próprio Código já dispunham “de modo cabal” sobre a reparação do dano sofrido pelo consumidor”.

A corroborar, o comentário de Moraes¹³⁹:

“O artigo 16 do Projeto do CDC, por exemplo, que contemplava a indenização punitiva, foi vetado quando da sanção do Código. Relevante parece ser o fato de que, quando se teve a melhor oportunidade para tanto, isto é, no âmbito da proteção ao consumidor, cujo correspondente americano é a *tortius Law*, onde os *Punitive Damages* encontraram a fama e o sucesso, a opção brasileira foi no sentido de não adotar qualquer caráter punitivo na reparação do dano”.

Assim, evidencia-se que apesar das tentativas de dizimar esta celeuma, a questão da compatibilidade do instituto dos *Punitive Damages* com o princípio da legalidade ainda persiste e constitui um dos principais argumentos contrários a sua introdução em solo pátrio.

Nesse contexto, Delgado¹⁴⁰ vai além, pois, além de tratar da ausência de previsão legal, nos termos da constituição federal, acrescenta o argumento de que o instituto dos

¹³⁷ MORAES, M. C. B. Punitive Damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. **Revista trimestral de direito civil**, Brasília, v. 5, n. 18, p. 49, 2004.

¹³⁸ MARTINS COSTA, J.; PARGENDLER, M. S. Usos e abusos da função punitiva (Punitive Damages e o direito brasileiro). **Revista CEJ**, Brasília, n. 28, p. 22, 2005

¹³⁹ MORAES, op. cit., p. 48.

¹⁴⁰ DELGADO, R. M. **O valor do dano moral**: como chegar até ele. 2ª ed. Leme: J.H Mizuno, 2004., p. 220.

Punitive Damages traz a natureza de pena, e portanto deveria atender à legalidade do Direito Penal:

“Ora! Punir é função do direito penal , não do direito civil. Ademais, este sistema , se aplicado à nossa sistemática jurídica, feriria de forma flagrante e brutal o princípio da legalidade, insculpido no inciso XXXIX de nossa Magna Lei, reproduzido no art. 1º do Código Penal, que assim reza de forma lúcida e clara: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Na mesma linha, Schreiber¹⁴¹ assevera: “(...) o apenamento sem previsão em lei e sem balizamento normativo contraria toda a tradição dos ordenamentos de *civil law* e configura verdadeiro arbítrio do juiz”.

Todavia, embora de fato, não exista no ordenamento jurídico brasileiro vigente qualquer referência explícita à aplicação dos *Punitive Damages* no Brasil há quem defenda que o instituto encontra raízes constitucionais.

De opinião diametralmente oposta à sustentada pelos autores supracitados, Resedá¹⁴² acredita na fusão dos ramos do Direito Civil e penal, visto anteriormente. Assim, entende que a teoria do desestímulo é perfeitamente compatível com o Direito brasileiro, pois os *Punitive Damages* não configurariam uma pena propriamente dita, mas embora se aproxime mais da seara penal do que outros institutos civis seria sim um instituto de ordem civil, e, portanto não estaria sujeito aos desdobramentos do princípio da reserva legal nessa seara. Nas suas palavras:

“É evidente que ao praticar um ato considerado gravoso em âmbito civil, o sujeito ativo estará trazendo a instabilidade para a sociedade, porém não num patamar tal para considerá-lo como criminal. Assim apesar de aproximar-se da seara penal muito mais do que outros institutos civilistas, o *Punitive Damages* não pode ser acobertado pelo princípio em questão. (...) As razões para sua existência espriam-se exclusivamente na área criminal do direito, não havendo por que ampliá-la para o viés civilista. Aliás, aceitar a sua incidência neste sentido seria mitigar, por sobremaneira, o poder do magistrado em dirimir os conflitos nesta área, na media em que incapacitado encontra-se o legislador, de abranger todos os tipos estipulados pela sociedade nas interações civis. Ademais, a sua utilização também se encontra mitigada, pois não se pode considerar a Teoria do Desestímulo como uma pena no sentido estrito da expressão”.

¹⁴¹ SCHREIBER, A. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos.** 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 21.

¹⁴² RESEDÁ, S. **A função social do dano moral.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 276.

Inobstante a opinião de Resedá e dos demais defensores da fusão entre Direito Civil e Direito Penal, as objeções à legalidade da aplicação dos *Punitive Damages* no Brasil vão além.

Outra crítica que se faz à teoria do Desestímulo no Brasil é que além de não haver previsão legal que autorize sua aplicação, pelo contrário, encontra-se no artigo 944 do Código Civil uma proibição expressa em relação à sua utilização. Nas palavras de Schreiber¹⁴³: “A orientação jurisprudencial, a rigor, contraria expressamente o Código Civil de 2002, que em seu art. 944, declara: “a indenização mede-se pela extensão do dano”.

Contudo, é inegável que parte da doutrina não compartilha da mesma opinião, mas, pelo contrário acredita que o parágrafo único do mesmo artigo denota a tendência de busca de uma função preventiva e punitiva da indenização.

Segundo Judith Martins Costa apud Oliveira¹⁴⁴, a aferição de equidade e grau de culpa do ofensor pelo juiz no momento da fixação do dano, como exige o parágrafo único do referido artigo, representa uma relativização do caráter exclusivamente restritivo da responsabilidade civil.

A corroborar, Oliveira¹⁴⁵ nas palavras da Doutora Flavia Puschel explica:

“Ao vincular a possibilidade da redução da indenização ao grau de culpa do agente, o próprio CC parece pressupor a lógica punitivo preventiva, considerando injusto punir alguém cuja conduta é apenas levemente reprovável. Se o CC considerasse apenas a função de indenização, tal norma não faria sentido. Afinal independentemente do grau de culpa do agente, o dano está feito e, se não é indenizado, fica a cargo da vítima, “condenada” a suportá-lo em definitivo”.

Reforçando os argumentos acima, Oliveira¹⁴⁶ assevera:

“Diante disso, apesar da tendência, ao que tudo indica, de uma aplicação restritiva do parágrafo único do art. 944 do Código Civil pátrio, parece inegável que, ao se adota como parâmetro para a fixação do quantum devido para além da amplitude dos prejuízos suportados pela vítima (reparatório), também o grau de culpabilidade do agente infrator, despertou o legislador para uma verdadeira alteração paradigmática no campo da responsabilidade civil, vislumbrando, assim, atender os anseios da sociedade nos dias atuais.

¹⁴³ SCHREIBER, A. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos.** 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 212.

¹⁴⁴ OLIVEIRA, R. P. R. **A responsabilidade civil por dano moral e seu caráter desestimulador.** Belo Horizonte: Arraes Editora, 2012, p. 76.

¹⁴⁵ OLIVEIRA, op. cit., p. 76.

¹⁴⁶ OLIVEIRA, op. cit., p. 77.

Assim, sendo, abre-se importante espaço para que, senão de *lege data*, ao menos de *lege ferenda*, possa de fato a avaliação judicial a respeito da culpabilidade do agente ofensor atingir, inclusive, uma necessária função desestimuladora, a fim de dissuadir a reincidência de comportamentos ilícitos similares, demonstrando ao ofensor que a sociedade não mais permite tal comportamento lesivo”.

Ainda defendendo a legalidade dos *Punitive Damages* no Brasil Andrade constrói uma raciocínio no sentido de o instituto não apenas não seria contrário ao Direito Civil, como ainda teria bases legais constitucionais e infra-constitucionais.

Para o referido autor os *Punitive Damages* encontram seu primeiro fundamento nos artigos 1, inciso III e 5, incisos V e X da Carta Magna, os quais versam respectivamente sobre o princípio da dignidade humana, um dos fundamentos do próprio estado democrático de direito, e sobre o reconhecimento dos direitos de personalidade, e o direito à indenização por dano moral, além de configurarem verdadeiras garantias constitucionais.

Nesse sentido, Andrade conclui que os *Punitive Damages* configuram um instrumento para proteção das referidas garantias, uma vez que têm com objetivo trazer maior eficácia à responsabilidade civil, garantindo indenizações justas e preservando os direitos da personalidade e a dignidade dos indivíduos. Nas palavras de Andrade¹⁴⁷:

“A indenização punitiva surge, no sistema jurídico vigente, não apenas como reação legítima e eficaz contra a lesão e a ameaça de lesão a princípios constitucionais da mais alta linhagem, mas como medida necessária para a efetiva proteção desses princípios. Com efeito, não é possível, em certos casos, conferir efetiva proteção à dignidade humana e aos direitos da personalidade se não através da imposição de uma sanção que constitua fator de desestímulo ou dissuasão de condutas semelhantes do ofensor, ou de terceiros que pudessem se comportar de forma igualmente reprovável”.

Assim, verifica-se que a questão da legalidade da Teoria do Desestímulo no Brasil alberga opiniões díspares, e embora existam duras críticas a sua aplicação, parte da doutrina as rebate, procurando demonstrar perfeita harmonia do instituto com o princípio da legalidade.

Outrossim, antes de passar ao próximo item do presente estudo, vale lembrar que especificamente ao Direito do Consumidor no Brasil também não existe qualquer referência

¹⁴⁷ ANDRADE, A. G. C. **Dano moral e indenização punitiva**: os *Punitive Damages* na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 238.

específica ao instituto dos *Punitive Damages*, porém, como já mencionado, na opinião de Oliveira¹⁴⁸ há que se observar que o Código de Defesa do Consumidor já traz em seu bojo institutos civis que abarcam a função punitiva - preventiva (restituição em dobro do parágrafo único do artigo 42 e a astreintes que consta do art. 84), e destacam sua importância, de tal sorte que não haveria qualquer óbice à aplicação do instituto dos *Punitive Damages* no âmbito das relações de consumo, pois estariam de acordo com a tendência que o diploma legal persegue.

Na mesma esteira, Miragem¹⁴⁹ ressalta que embora a reparação efetiva dos danos inculpada no Direito do Consumidor na forma do direito básico à efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos elencado pelo Código de Defesa do Consumidor seja matéria pacífica e antiga no ordenamento jurídico brasileiro, este, já influenciado pela onda de alteração do paradigma da responsabilidade civil no Brasil, inovou, apresentando um caráter preventivo a esse direito básico do consumidor: “Todavia, a sistemática do CDC não se esgotou, como se percebe, na previsão expressa de um direito básico à reparação de danos, senão que apontou para a determinação de um direito básico à prevenção da ocorrência destes danos”.

4.4.3 Excesso nas indenizações

À semelhança do que ocorre nos Estados Unidos, outra das principais críticas à aplicação dos *Punitive Damages* no Brasil, é que esta acarretaria o arbitramento de indenizações completamente desproporcionais em relação ao dano, ou até mesmo, concedidas com base em motivos insignificantes.

Vale lembrar que os *Punitive Damages* correspondem a um acréscimo no valor indenizatório com o intuito de punir o ofensor e desestimular a prática de determinadas condutas. Entretanto, como já estudado, nos Estados Unidos a indenização é arbitrada pelos júris, composto por cidadãos leigos, de forma que a ausência de técnica e imparcialidade, para alguns autores, enseja um excesso na fixação do *quantum indenizatório*, como Silva¹⁵⁰ exemplifica:

¹⁴⁸ OLIVEIRA, R. P. R. **A responsabilidade civil por dano moral e seu caráter desestimulador**. Belo Horizonte: Arraes Editora, 2012, p. 74.

¹⁴⁹ MIRAGEM, B. **Curso de direito do consumidor**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 203.

¹⁵⁰ SILVA, W. M. **O dano moral e sua reparação**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 228.

“O smart-money costuma ser bastante exorbitante. E pra que dessa afirmativa se tenha uma idéia, basta que se atente para estes casos concretos: um individuo, só por haver atirado ao chão o chapéu de um outro foi condenado a pagar cerca de 500 libras de indenização. Uma companhia de estrada de ferro foi condenada a pagar, a um passageiro, 4.500 dólares, tão somente porque um seu condutor levou, intencionalmente, cerca de 400 jardas além da estação final”.

Na mesma esteira, Moraes¹⁵¹ chama a atenção para a ocorrência de indenizações excessivas, em especial no âmbito do direito do consumidor.

“Tendência inversa, fortemente expansiva verificou-se na experiência norte-americana, até pelo menos meados dos anos 90. Com efeito, desde os anos 70, especialmente no que se refere a danos decorrentes de acidentes de consumo (*products liability*), o valor das indenizações, quando em presença dos *Punitive Damages*, supera com alguma frequência a faixa do milhão de dólares”.

Nesse contexto, diante das alegações de arbitramento de indenizações extremamente excessivas, Delgado¹⁵² alerta para os perigos da consequência natural que decorre do excesso de indenização tanto nos Estados Unidos como no Brasil:

“As somas milionárias que são constantemente deferidas às pretensas vítimas, nos pretórios norte-americanos, estão gerando um estado de instabilidade da sociedade. As pessoas convivem com o medo constante de serem processadas, em razão das circunstâncias comezinhas e de somenos importância”.

E Delgado¹⁵³ acrescenta:

“O povo brasileiro não está apto a ser submetido a altas penas pecuniárias. E isso por duas questões preponderantes que, uma vez analisadas, terão o condão de afastar completamente, pelo menos, e assim espero, a tentativa de aplicação dessa teoria em nossos meios forenses. Primeiramente, por uma questão de ordem jurídica, pois a citada teoria é incompatível com nosso ordenamento jurídico; segund, mesmo que o sistema jurídico nacional aceitasse a implantação dessa teoria, outro óbice colocar-se-ia, a questão da renda. A má distribuição de renda e mais, um salário mínimo infamante ou difamante, como se queria, pois ambos os adjetivos designam a mesma e deplorável realidade, e que não garante nem mesmo uma sobrevivência digna, estão de forma incontestável a justificar a incompatibilidade de tal sistema com a realidade do povo brasileiro”.

Contudo, inobstante à ideia de que a aplicação dos *Punitive Damages* autoriza a fixação de indenizações excessivas e injustas, há quem defenda que esta tendência não

¹⁵¹ MORAES, M. C. B. Punitive Damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. **Revista trimestral de direito civil**, Brasília, v. 5, n. 18, p. 56, 2004.

¹⁵² DELGADO, R. M. **O valor do dano moral**: como chegar até ele. 2ª ed. Leme: J.H Mizuno, 2004, p. 277.

¹⁵³ DELGADO, op. cit., p. 234.

atingiria o Brasil do mesmo como se deu nos Estados Unidos, em função da estrutura do sistema jurídico vigente.

Primeiramente, porque, diferentemente do que ocorre nos Estados Unidos, as causas de responsabilidade civil, no Brasil, são julgadas por juízes togados, e não por um júri composto de indivíduos leigos, desprovidos de conhecimentos técnicos e que podem ser facilmente influenciados por seus sentimentos.

Em segundo lugar, os defensores da aplicação dos *Punitive Damages* no Brasil ressaltam a garantia ao duplo grau de jurisdição garante a revisão de decisões de primeiro grau, de tal sorte que, havendo uma sentença excessivamente desproporcional, o Tribunal poderá reformá-la.

Nas Palavras de Andrade¹⁵⁴:

“O sistema brasileiro apresenta muito menos riscos de indenizações desmesuradas que o americano, em que, ordinariamente, o julgamento da responsabilidade civil é atribuído a um júri, composto de pessoas leigas, sem capacitação técnica e a experiência de um juiz profissional. O julgamento de um juiz togado, menos propenso a julgamentos passionais do que um corpo de jurados, já diminui sensivelmente esses riscos. Além disso, o próprio sistema recursal constitui garantia suficiente contra excessos eventualmente cometidos na fixação do dano moral”.

Compartilhando do mesmo entendimento, Resedá¹⁵⁵:

“Há que se ponderar que a magistratura nacional está aparelhada com excelentes julgadores que procuram agir de forma justa e imparcial, lastreadas na lei e nas provas colhidas nos autos, apontando os fundamentos de sua decisão. Além disso, o sistema recursal vigente é capaz de oferecer garantias àqueles que não concordam com o *decisium* proferido contra si, possibilitando uma nova análise pelo Órgão Colegiado e tribunais Superiores”.

Ainda, segundo Rodrigues, sendo a indenização por dano moral matéria de cunho constitucional, tanto o STJ, como o STF apresentam competência para julgamento, de tal sorte que podem haver revisões sucessivas em relação ao quantum indenizatório.

Nesse sentido, Rodrigues¹⁵⁶:

¹⁵⁴ ANDRADE, A. G. C. **Dano moral e indenização punitiva**: os Punitive Damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 273.

¹⁵⁵ RESEDÁ, S. **A função social do dano moral**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 280.

¹⁵⁶ RODRIGUES, S. **Direito civil**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 4.

“Ademais, quando o legislador confere a um juiz poderes para fixar moderadamente uma indenização por dano moral, não está ele conferindo a um homem o poder de fixar tal indenização; em rigor, está conferindo ao Poder Judiciário aquela prerrogativa, pois a decisão do juiz singular será examinada pelas instâncias superiores e se aquela vier a ser confirmada em apelação, embargos e recurso extraordinário, tal decisão decerto representará o sentir de toda uma elite intelectual, representada pelo Poder Judiciário”.

Dessa forma, observa-se que embora o excesso no valor das indenizações seja objeto de grande indignação em relação à aplicação dos *Punitive Damages* no Brasil, há quem entenda desnecessária tal preocupação, em razão da estrutura legal que resguarda nosso sistema de responsabilidade civil.

4.4.4 Enriquecimento sem causa do ofendido e Indústria do Dano Moral

Ao lado das objeções já apontadas nos itens anteriores, uma das principais críticas que se faz à aplicação dos *Punitive Damages* no Brasil, a exemplo do que ocorre nos Estados Unidos, uma decorrência lógica da alegação do arbitramento de excesso de indenizações: o enriquecimento sem causa do ofendido, conforme ressalta Schreiber¹⁵⁷: “A incorporação dos *Punitive Damages* pela prática judicial brasileira traz, ainda, consideráveis inconsistências face ao princípio de proibição ao enriquecimento sem causa – já que a quantia paga a título de punição vem, inexplicavelmente, atribuída à vítima”.

De acordo com Schreiber, o quantum indenizatório excessivo direcionado exclusivamente à vítima dá ensejo a o que se conhece como enriquecimento sem causa.

A corroborar, Oliveira¹⁵⁸ aduz que “um dos argumentos contrários ao caráter desestimulador refere-se ao possível enriquecimento da vítima quando do recebimento de tal verba indenizatória, alegando que se poderia criar uma indústria do dano moral”.

Nessa senda, a opinião de Delgado¹⁵⁹ no sentido de que a Teoria do Desestímulo teria um valor inverso, pois estimularia a propositura de ações temerárias que teriam como

¹⁵⁷ SCHREIBER, A. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 213.

¹⁵⁸ OLIVEIRA, R. P. R. **A responsabilidade civil por dano moral e seu caráter desestimulador**. Belo Horizonte: Arraes Editora, 2012, p. 82.

¹⁵⁹ DELGADO, R. M. **O valor do dano moral**: como chegar até ele. 2ª ed. Leme: J.H Mizuno, 2004, p. 243.

objetivo a especulação com dano moral, o que corresponde ao fenômeno da indústria do dano moral apontado por Rodrigo:

“A teoria do valor do desestímulo funcionaria ao reverso, como teoria do valor do estímulo, só que tendo por alvo a pretensa vítima. As pessoas passariam a ter um estímulo para ir perante o judiciário, não para ver seu direito reconhecido e a lesão sanada, mas sim, impelidos pela esperança de obterem vantagens vultosas, cifras milionárias”.

Resedá¹⁶⁰ também procura esclarecer o referido fenômeno:

“Há também o temor em relação ao enriquecimento sem causa do ofendido. É evidente que o pagamento de quantias consideradas atíva a ambição de inúmeros aproveitadores que utilizariam o Poder Judiciário apenas para pleitear indenizações indevidas e não condizentes com a realidade fática. A construção de situações em que supostamente haveria a prática dos danos morais passaria a ser uma constante”.

Nesse sentido, diz-se que a possibilidade de obtenção de indenizações pecuniárias maiores, no caso dos *Punitive Damages*, agravaria o cenário atual, servindo de estímulo para proposições de ações infundadas que pretendem apenas obter vantagens indevidas, e constituindo um verdadeiro “incentivo à malícia”, conforme expressão utilizada por Moraes¹⁶¹.

Inobstante as críticas supracitadas, importante mencionar as opiniões diversas, no sentido de que não há que se falar em enriquecimento sem causa, pois os *punitive damages* se fundam na previsão legal de reparação de um dano causado por ato lesivo.

Nesse sentido, Moraes¹⁶²: “a sentença de um juiz, arbitrando dano moral, é razão jurídica para impedir que se fale, tecnicamente, de enriquecimento injustificado”.

Na mesma linha, as palavras de Andrade¹⁶³: “(...) Esse enriquecimento teria como causa ou justificativa a própria decisão judicial, devidamente fundamentada, e remotamente, a lesão provocada pelo réu”.

¹⁶⁰ RESEDÁ, S. **A função social do dano moral**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 283.

¹⁶¹ MORAES, M. C. B. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 302.

¹⁶² MORAES, op. cit., p. 302.

¹⁶³ ANDRADE, A. G. C. **Dano moral e indenização punitiva: os Punitive Damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 275.

Cumpra salientar, tem se desenvolvido no Brasil uma corrente que admite a existência do enriquecimento da vítima, embora este não seja sem causa, porém entende que esse não pode ser um óbice a sua função social da sua aplicação.

Dentre essas opiniões intermediárias, Andrade ensina que segundo o princípio da proporcionalidade, o enriquecimento não seria uma consequência relevante ante os benefícios sociais da indenização punitiva, conforme ensina Andrade¹⁶⁴:

“De todo modo, os benefícios buscados pela indenização punitiva – punir uma grave conduta e prevenir comportamentos semelhantes tanto do ofensor quanto de terceiros- transcendem em muito a circunstância de a vítima vir a obter um valor superior ao que normalmente lhe seria destinado como forma de compensação de dano. Com efeito as vantagens que essa forma de sanção pode trazer para a coletividade tornam irrelevante a consequência econômica para a vítima. (...) Invocável aqui o princípio (*ou critério*) da proporcionalidade (em sentido estrito) para conferir maior peso à punição e à prevenção de ilícitos do que a um suposto “enriquecimento” da vítima”.

Desse modo, a fim de preservar a função social da indenização punitiva e ao mesmo tempo evitar o enriquecimento ilícito da vítima, alguns autores vem sugerindo que o montante estipulado seja destinado a um fundo em benefício da sociedade, como esclarece Moraes¹⁶⁵:

“Nesses casos, porém, o instituto não pode se equiparar ao dano punitivo como é hoje praticado porque o valor a mais da indenização, a ser pago punitivamente, não poderá ter como destinatário a vítima mas, coerentemente com nosso sistema, deverá servir a beneficiar um número maior de pessoas, através do depósito das condenações em fundos pré-determinados. Em uma indenização exemplar, em se tratando de reposta à coletividade, o destinatário não poderia ser outro”.

Oliveira¹⁶⁶, ao compartilhar da mesma opinião, sugere a destinação da verba indenizatória a estabelecimentos de beneficência ou a fundos de públicos em benefício da sociedade, assim como já ocorre, em alguns casos, nos Estados Unidos e na Polônia, e conclui:

“Enfim, entende-se que a destinação da parcela indenizatória referente ao caráter desestimulador para uma instituição de beneficência, nos moldes já perpetrados pelo art. 883, parágrafo único, do Código Civil, bem como no art. 13 da Lei da Ação Civil Pública, seja a forma mais prudente, evitando-se inclusive, o problema de enriquecimento indevido da vítima”.

¹⁶⁴ ANDRADE, op. cit., p. 276.

¹⁶⁵ MORAES, M. C. B. Punitive Damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. **Revista trimestral de direito civil**, Brasília, v. 5, n. 18, p. 77, 2004.

¹⁶⁶ OLIVEIRA, R. P. R. **A responsabilidade civil por dano moral e seu caráter desestimulador**. Belo Horizonte: Arraes Editora, 2012, p. 87.

Assim sendo, evidencia-se que há grande celeuma em relação à existência ou não do enriquecimento sem causa como decorrência da aplicação dos *punitive damages* no Brasil, sem que haja um consenso de opiniões.

4.5 Aplicação dos *Punitive Damages* ao Direito do Consumidor no Brasil

Uma vez compreendidas as principais controvérsias a cerca dos *Punitive Damages* no direito brasileiro, e constatado que para cada crítica que se faz ao instituto existe um posicionamento favorável, o presente capítulo abordará os pontos controvertidos em relação a sua aplicação no Direito do Consumidor Pátrio.

Primeiramente, cumpre informar que para que o instituto seja aplicado no ordenamento jurídico brasileiro, é imprescindível que além dos pressupostos gerais do dever de indenizar (dano, nexos causal e conduta) já estudados em capítulo anterior, a doutrina, em geral, *argument* que devem estar presentes os seguintes pressupostos específicos: ocorrência de dano moral e culpa grave do ofensor.

4.5.1 Ocorrência de dano moral

Muito embora, como já visto em capítulo anterior em outros países, a exemplo dos Estados Unidos, a aplicação dos *Punitive Damages* não exclua as hipóteses de indenização por dano material, é fato que a utilização do referido instituto encontraria grande resistência por parte da doutrina e da jurisprudência, não apenas pela ausência de regra expressa, mas, principalmente, em razão da disposição legal no sentido que a indenização material será medida pela extensão do dano.

Todavia, se há regra que determina que indenização seja estipulada de acordo com a extensão do dano, ao se aplicar uma indenização punitiva majorada, ainda que com caráter preventivo, haveria uma violação direta à esta, razão pela qual, entende-se ser pressuposto para a aplicação dos *Punitive Damages* no direito brasileiro, a ocorrência de dano moral.

Por outro lado, no que tange aos danos morais, a falta de regra específica no ordenamento jurídico brasileiro sobre a aplicação dos *Punitive Damages* não impede a utilização do instituto, pois, como demonstrado no item anterior, este se fundamenta em princípios constitucionais que têm como objetivo a proteção de determinados direitos.

Ademais, é cediço que para os danos morais inexistente a correlação entre indenização e extensão do dano, uma vez que este é de valor imensurável. Por mais que se tente pautar a indenização em um patamar de razoabilidade, esta empre sempre será uma aferição subjetiva, sem qualquer precisão.

Dessa forma, evidencia-se que, em razão das características do sistema jurídico brasileiro, é necessário que se limite a aplicação dos *Punitive Damages* às hipóteses de ocorrência de dano moral.

Frise-se que esta diferenciação encontra respaldo na própria constituição federal, como ensina Andrade¹⁶⁷:

“É justamente porque a Constituição de 1988 coloca a dignidade da pessoa humana e os direitos da personalidade humana no núcleo do ordenamento jurídico, protegendo-os com maior intensidade do que os direitos patrimoniais, que se justifica a diversidade de tratamento, com a imposição de indenização de caráter punitivo em caso de dano moral”.

Por fim, diante do exposto, tem-se que dada às características do atual ordenamento jurídico brasileiro, para aplicação dos *Punitive Damages* é requisito a existência de dano moral.

Nesse sentido, considerando que o Direito do Consumidor no Brasil admite reparações tanto de danos patrimoniais como extrapatrimoniais, este não seria um óbice à aplicação dos *punitive damages*.

4.5.2 Culpa grave do ofensor

De acordo com o conteúdo do item anterior, o primeiro pressuposto para que se possa aplicar os *Punitive Damages* ao direito brasileiro, é que exista dano moral.

O segundo requisito para a aplicação do referido instituto, por sua vez, é a culpa grave do ofensor.

Diante desse requisito, vale lembrar que quando da análise da responsabilidade civil no Brasil, verificou-se que em geral, o código civil determina que esta seja baseada na culpa do agente, isto é, uma responsabilidade subjetiva. Nesse sentido, Gonçalves¹⁶⁸: “Diz-se,

¹⁶⁷ ANDRADE, A. G. C. **Dano moral e indenização punitiva**: os *Punitive Damages* na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 263.

¹⁶⁸ GONÇALVES, C. R. **Responsabilidade civil**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 54.

pois, ser “subjetiva” a responsabilidade quando se esteia na ideia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável”.

Ressalte-se que, nesse contexto, a culpa é considerada em seu sentido amplo, de acordo com Tartuce¹⁶⁹: “Modernamente, quando se fala em responsabilidade com ou sem culpa, deve-se levar em conta a culpa em sentido amplo ou a culpa genérica (culpa *lato sensu*), que engloba tanto o dolo e a culpa estrita (*strictu sensu*)”.

Outrossim, além de ser considerada em seu sentido amplo, as regras gerais de responsabilidade civil no direito do consumidor no Brasil não levam em conta o grau de culpa (grave, leve, levíssima) do agente. Independente da gravidade da conduta do ofensor, a indenização será medida de acordo com a extensão do dano.

Contudo, quando se trata de indenização punitiva, em razão de seus aspectos retributivo e preventivo, é imprescindível que se faça a referida diferenciação entre as espécies e os graus de culpa. Nos dizeres de Andrade¹⁷⁰: “Com efeito, a indenização punitiva deve ser aplicada quando patentado que o ilícito foi praticado com intenção lesiva ou, ao menos, com desprezo ou indiferença pelo direito alheio”.

Dessa maneira, evidencia-se que a indenização punitiva deve ser aplicada quando a conduta do agente tenha sido dolosa, isto é, intencional e consciente, ou quando este tenha agido com culpa grave.

Configura-se a culpa grave, segundo Cavalieri¹⁷¹, quando o agente atua com “grosseira falta de cautela”.

Ainda, vale lembrar, que a reiteração de condutas lesivas pode implicar a constituição de culpa grave, segundo ensinamentos de Andrade¹⁷²:

“A maior gravidade da culpa pode decorrer da reiteração da conduta do agente ou da circunstância de construir um padrão de conduta negligente. Assim, embora o ato lesivo, isoladamente considerado, pudesse ser configurador de culpa leve, deve ser tido como caracterizador de culpa grave, por estar inserido em um padrão de comportamento culposo do agente. É o caso das empresas que não se preocupam em aperfeiçoar seus produtos e serviços, a despeito da reiteração dos danos causados aos

¹⁶⁹ TARTUCE, F. **Direito Civil**. 7ª ed. Rio de Janeiro; Forense, São Paulo: Método, 2012, v.2.

¹⁷⁰ ANDRADE, A. G. C. **Dano moral e indenização punitiva**: os Punitive Damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 265.

¹⁷¹ CAVALIERI FILHO, S. **Programa de responsabilidade civil**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 57.

¹⁷² ANDRADE, op. cit., p. 267.

consumidores em decorrência de defeitos apresentados por esses produtos ou na prestação desses serviços”.

Dessa forma, tem-se que além da existência de dano moral, para que se possa aplicar os *Punitive Damages* ao direito brasileiro, faz-se necessária a aferição de dolo ou culpa grave do ofensor.

Entretanto, vale lembrar, que, conforme explanado em capítulo anterior, embora a responsabilidade civil subjetiva seja a regra nas relações entre particulares, no âmbito das relações de consumo, em razão de suas particularidades o sistema de responsabilidade civil elegeu como regra, a responsabilidade objetiva, isto é, independente de análise de culpa.

Assim sendo, a princípio, parte da doutrina acredita não ser cabível a aplicação dos *Punitive Damages* às relações de consumo no Brasil, uma vez que a identificação da culpa grave é pressuposto desse instituto. À guisa de exemplo destaca-se o posicionamento de Martins Costa e Parengleder¹⁷³:

“Não há de se punir com indenização casos de responsabilidade objetiva que obedecem a diversa racionalidade, sendo irrelevante, para esse regime, a preciação da subjetividade, já que a conduta culposa não é elemento do suporte fático da incidência da responsabilidade”.

De fato, os *Punitive Damages* não devem ser aplicados àqueles que respondem objetivamente, uma vez que essa responsabilidade é baseada apenas no risco de determinada atividade.

Contudo, segundo Andrade¹⁷⁴ devem-se fazer duas ressalvas à regra geral supracitada. A primeira delas é que sempre que o dano moral decorrer de obtenção de lucro com ato ilícito, será possível a aplicação dos *Punitive Damages*, independentemente do grau de culpa do agente, uma vez que não seria razoável a manutenção por este da vantagem que obteve.

Ainda, Andrade¹⁷⁵ ressalta que embora Matilde Zavala entenda ser a obtenção de lucro mais um pressuposto para aplicação da indenização punitiva, tal ideia não procede, uma

¹⁷³ MARTINS COSTA, J.; PARGENDLER, M. S. Usos e abusos da função punitiva (*Punitive Damages* e o direito brasileiro). *Revista CEJ*, Brasília, n. 28, p. 21, 2005.

¹⁷⁴ ANDRADE, A. G. C. **Dano moral e indenização punitiva**: os *Punitive Damages* na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 268.

¹⁷⁵ ANDRADE, A. G. C. **Dano moral e indenização punitiva**: os *Punitive Damages* na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 268.

vez que esta espécie de indenização é aplicável a outras situações em que não se configura essa situação fática.

A segunda observação ressalta que na hipótese de responsabilidade objetiva, agindo o ofensor, comprovadamente, com dolo ou culpa grave, poderão ser aplicados os *Punitive Damages*, uma vez que a responsabilidade objetiva em nada impede que durante o trâmite do processo judicial seja comprovada a existência de dolo ou culpa grave.

Nessa esteira, adverte Andrade¹⁷⁶:

“Em se tratando, por exemplo, de dano moral decorrente do fato do produto ou do serviço, na qual a responsabilidade do fornecedor é de natureza objetiva, a indenização punitiva dependeria da comprovação, a cargo do consumidor atingido, de que o evento decorreu da culpa grave daquele”.

Enfim, evidencia-se que além de observar a existência de dano moral, a aplicação dos *Punitive Damages* ao direito brasileiro, e, inclusive no direito do consumidor, requer que a conduta do agente tenha sido praticada com dolo ou culpa grave, o que, para parte da doutrina não seria um impedimento, mas sim o caso de aplicações excepcionais em hipóteses determinadas, como sugere Moraes¹⁷⁷.

4.6 Relevância da aplicação dos *Punitive Damages* ao Direito do Consumidor no Brasil

Inobstante os pontos controvertidos apresentados no item anterior, faz-se *mister* conhecer os benefícios que seus defensores atribuem à indenização punitiva, neste âmbito, em particular.

Como já afirmado inúmeras vezes, o instituto dos *Punitive Damages* quando aplicado tem a função não apenas de reparar os danos, mas também de punir e principalmente prevenir a ocorrência de novos danos.

Dessa maneira, os partidários da aplicação dos *Punitive Damages* às relações de consumo veem nela grande relevância quando considerada como um instrumento para alteração do paradigma da responsabilidade civil que, para eles, encontram-se obsoletos.

Segundo os defensores da indenização punitiva, a principal vantagem que decorreria da aplicação do referido instituto é que este serviria como um instrumento da

¹⁷⁶ ANDRADE, op. cit., p. 271.

¹⁷⁷ MORAES, M. C. B. Punitive Damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. **Revista trimestral de direito civil**, Brasília, v. 5, n. 18, p. 76, 2004.

Política Nacional de Consumo, uma vez que contribuiria para a manutenção do equilíbrio das relações de consumo, nos moldes do artigo 4, III do CDC.

Ocorre que, alguns fornecedores, movidos apenas pela intenção de obter lucros, atuam de forma irresponsável e até mesmo desidiosa, ao disponibilizar para o mercado produtos e serviços de baixa qualidade, com segurança comprometida ou acometidos de certos defeitos, simplesmente por considerar mais vantajoso pagar eventual valor indenizatório em comparação com o custo que teriam para aperfeiçoar seu produto o serviço.

A corroborar, Rollo¹⁷⁸ discorre sobre a problemática:

“Esse descalabro ético revela-se nos cadastros de reclamações fundamentadas dos órgãos de defesa dos consumidores e no número de ações individuais em andamento propostas por consumidores contra fornecedores. (...) Esses números, mostram que, se depender do comportamento ético dos fornecedores, a tendência do mercado é piorar dia a dia, porque muitas empresas ainda praticam o chamado capitalismo selvagem, ou seja, avaliam os números para saber se vale a pena, sempre enfocando a questão sob o ponto de vista econômico, atender ou não as reivindicações dos consumidores”.

Nesse contexto, em que parcela dos fornecedores se pauta em uma racionalidade estritamente econômica, fica evidente que a indenização meramente reparatória não é suficiente para garantir o equilíbrio das relações de consumo, pois permite que tais fornecedores continuem sujeitando o consumidor a suas condutas desidiosas, e deixando-o, portanto em uma posição inferior e acentuando sua vulnerabilidade.

Dessa forma, entendem que a aplicação de uma alta indenização, que vá além do patamar reparatório, com o intuito tanto de punir o fornecedor por sua atuação desrespeitosa para o consumidor, bem como de prevenir a reincidência, obrigaria os maus fornecedores a reverem sua racionalidade, uma vez que economicamente não lhes seria mais vantajoso agir de forma desidiosa e manteria o equilíbrio das relações de consumo, coibindo essa prática abusiva.

Nas palavras de Andrade¹⁷⁹: “A indenização punitiva atua como instrumento que busca o equilíbrio das relações de consumo, reduzindo a vulnerabilidade do consumidor e a situação de superioridade dos fornecedores”.

¹⁷⁸ ROLLO, A. L. M. **Responsabilidade civil e práticas abusivas nas relações de consumo**: dano moral e Punitive Damages nas relações de consumo; distinções institucionais entre consumidores. São Paulo: Atlas, 2011, p. 73.

Na mesma esteira, Rollo¹⁸⁰ complementa, destacando que o instituto funcionaria como de regular o mercado:

“As sanções civis também tem o papel de regular o mercado e de prevenir novos litígios. Quem viola os direitos dos consumidores deve ter, antes mesmo da geração do dano, a certeza de que será punido de forma exemplar e que eventuais condenações repercutirão na sua vida financeira, comprometendo seu lucro”.

Enfim, vale frisar que para os defensores do instituto no Brasil, a aplicação dos *Punitive Damages* às relações de consumo ganha relevância enquanto um elemento contributivo para a modificação do paradigma reparatório, a partir da inclusão da função punitiva – preventiva, trazendo-lhe maior eficácia, além de proporcionar a manutenção do equilíbrio das relações de consumo.

¹⁷⁹ ANDRADE, A. G. C. **Dano moral e indenização punitiva**: os Punitive Damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 259.

¹⁸⁰ ROLLO, A. L. M. **Responsabilidade civil e práticas abusivas nas relações de consumo**: dano moral e Punitive Damages nas relações de consumo; distinções institucionais entre consumidores. São Paulo: Atlas, 2011, p. 77.

5 CONCLUSÃO

O presente estudo tem como escopo estudar a aplicação dos *Punitive Damages* ao Direito do Consumidor no Brasil como um instituto capaz de contribuir para a proteção dos direitos do consumidor.

Diante da análise realizada constatou-se que o instituto dos *Punitive Damages*, também conhecido como indenização punitiva, originário da Inglaterra e cujo desenvolvimento se deu nos Estados Unidos, tem como objetivo atribuir uma função punitiva - preventiva à indenização com o objetivo de punir o ofensor e dissuadir condutas reincidentes.

No que tange à questão da função da indenização no Brasil, verificou-se que em razão do disposto no Código Civil Brasileiro, a indenização por danos materiais tem função estritamente compensatória, porém, como o diploma legal é silente em relação aos danos morais, há muito tempo já se discute a possibilidade de que a indenização adquira um caráter de punição e prevenção.

Note-se que embora não haja um consenso em relação ao tema, grande parte da doutrina mostra-se favorável ao caráter dúplice da indenização por dano moral.

Cumprido ressaltar que a jurisprudência, principalmente no STJ, também, nesse sentido, vem se orientando pela importância do caráter punitivo e desestimulador, inclusive como fator pedagógico às condutas abusivas e reincidentes praticadas por fornecedores, a despeito da existência de alguns julgamentos que entendem não ser cabível.

É nessa seara, portanto, que se introduz-se a discussão sobre a aplicação dos *Punitive Damages* em território pátrio, à semelhança do que ocorre nos Estados Unidos.

Nessa esteira, constatou-se o desenvolvimento da Teoria do Desestímulo, à semelhança da doutrina norte-americana cujo objetivo é que a indenização por dano moral sirva também como um desestímulo a determinadas condutas, na medida em que configura uma punição a quem as praticou.

Todavia, não se pode olvidar a existência de posicionamentos contrários à referida teoria, que se embasam principalmente na ofensa à princípios nacionais, como legalidade,

separação entre Direito Civil e Penal, excesso de indenizações e enriquecimento sem causa do ofendido.

Especificamente no que tange ao Direito do consumidor, a crítica que se faz é que o instituto não poderia ser aplicado neste âmbito, pois a aferição de culpa grave seria essencial e, como cediço, a responsabilidade civil nas relações de consumo é primordialmente objetiva, isto é, independe da avaliação de culpa do agente.

Entretanto, foi evidenciado que para parcela da doutrina, as referidas críticas não passam de verdadeiros pontos controvertidos, pois, para cada uma delas, existe um posicionamento contrário, no sentido de que a aplicação da Teoria do desestímulo seria compatível com o ordenamento jurídico brasileiro, ainda que com algumas adaptações em relação à doutrina norte-americana dos *Punitive Damages*

Nesse sentido, alguns defensores da Teoria rebatem as críticas alegando que não haveria ilegalidade na aplicação do instituto, uma vez que o parágrafo único do art. 944 do CC denotaria a tendência a adoção de função punitiva, e que sendo admitida a fusão entre Direito Civil e Penal, a indenização punitiva não seria uma pena, mais um instituto civil com natureza penal.

Quanto ao excesso de indenizações os defensores da Teoria asseveram que no Brasil, a fixação do quantum se dá por um juiz togado, muito menos suscetível à julgamentos imparciais como o dos jurados, no sistema norte-americano. Ainda, alegam que a causa do enriquecimento é a própria necessidade de punir e desestimular.

Frise-se que existem também defensores da Teoria do Desestímulo que embora admitam a existência de determinados problemas, entendem que estes podem ser contornados com certas adaptações, como a previsão legal expressa do instituto e a destinação do montante a fundos de beneficência.

No que se refere à crítica quanto à impossibilidade de aplicação da Teoria ao Direito do Consumidor em razão da supremacia da responsabilidade objetiva, seus defensores afirmam que este não seria um óbice, pois sempre que o dano moral decorrer de obtenção de lucro com ato ilícito, seria possível a aplicação dos *Punitive Damages*, independentemente do grau de culpa do agente, uma vez que não seria razoável a manutenção por este da vantagem que obteve. Acrescentam ainda que, mesmo nas hipóteses de responsabilidade objetiva, se comprovada a culpa grave ou o dolo, o instituto seria aplicável.

Além disso, seus defensores ressaltam a relevância da aplicação do instituto como forma de coibir as condutas abusivas por parte dos fornecedores que agem com negligência e às vezes até dolo em relação aos direitos do consumidor, pois ao realizarem uma análise meramente econômica constata-se ser mais vantajoso arcar com eventuais verbas indenizatórias do que agir de acordo com as normas consumeristas.

Ante todo o exposto, verificou-se que embora a jurisprudência já aplique a indenização punitiva há algum tempo, e tenha-se inclusive construído uma Teoria para aplicação do instituto no Brasil, esta ainda é uma matéria incipiente e de grande celeuma na doutrina, pois enquanto alguns autores encontram verdadeiras impossibilidades na sua aplicação, outros afirmam que mais do que viável, se faz necessária a sua aplicação.

Assim, levando em conta os argumentos de ambas as correntes, talvez seja mais plausível um terceiro posicionamento que procura fundir ambos os argumentos e entende necessária e relevante a aplicação do instituto, enquanto instrumento de proteção dos direitos do consumidor, porém com as devidas adaptações ao sistema jurídico brasileiro (*civil law*), e reservado apenas para situações excepcionais, como explica Moraes¹⁸¹:

“Para que vigore a lógica do razoável nesta matéria, parece imprescindível que se atribua caráter punitivo apenas a hipóteses taxativamente previstas em lei. Já se disse que os *Punitive Damages*, tamanha sua complexidade, somente devem ser aplicados em situações particularmente graves porque esta é a única maneira de levá-los, efetivamente, a sério”.

¹⁸¹ MORAES, M. C. B. Punitive Damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. **Revista trimestral de direito civil**, Brasília, v. 5, n. 18, p. 76, 2004.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR DIAS, J. **Da responsabilidade civil**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, v.2.

AMERICAN LAW OF INSTITUTE. Publications catalog: restatements of the law second, torts. Disponível em: <http://www.ali.org/index.cfm?fuseaction=publications.ppage&node_id=120>. Acesso em: 11 dez. 2013.

ANDRADE, A. G. C. **Dano moral e indenização punitiva: os Punitive Damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. 340 p.

BENJAMIN, A. H. V.; MARQUES, C. L.; BESSA, L. R. **Manual de direito do consumidor**. 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 512 p.

BITTAR, C. A. **Reparação civil por danos morais**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. 352 p.

BITTAR, C. A. **Responsabilidade civil: teoria e prática**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. 144 p.

BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL, Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o código civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 de janeiro de 2002.

BRASIL, Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 12 setembro 1990.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Decisões judiciais. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/>>. Acesso em 5 jan. 2014.

CASILLO, J. **Dano à pessoa e à sua indenização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. 227 p.

CAVALIERI FILHO, S. **Programa de responsabilidade civil**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. 584 p.

DELGADO, R. M. **O valor do dano moral**: como chegar até ele. 2ª ed. Leme: J.H Mizuno, 2004. 418 p.

FILOMENO, J. G. B. **Manual de direitos do consumidor**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, 920 p.

GARNER, B. A. **Black`s law dictionary**. 7ª ed. Saint Paul: West Group, 1999. 1.323 p.

GONÇALVES, C. R. **Responsabilidade civil**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRINOVER, A. P.; BENJAMIN, A. H. V.; FINK, D. R.; FILOMENO, J. G. B.; WATANABE, K.; NERY JÚNIOR, N.; DENARI, Z. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. 1228 p.

HOLMES, O. W. J. **O direito comum**: as origens do direito anglo-americano. Rio de Janeiro: O Cruzeiro. 1963. 332 p.

JUSTIA US LAW. Toole v. Richardson-Merrell Inc. case. Disponível em: <<http://law.justia.com/cases/california/calapp2d/251/689.html>>. Acesso em: 09 dez. 2013.

JUSTIA US LAW. BMW of North America, Inc. v. Gore. case. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/517/559/>>. Acesso em: 12 dez. 2013.

JUSTIA US LAW. State Farm Mut. Automobile Ins. Co. v. Campbell case. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/538/408/case.html>>. Acesso em: 13 dez. 2013.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1998, 246 p.

LISBOA, R. S. Manual de direito civil. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v.2.

KIONKA, E. J. **Torts in a nutshell**. 3ª ed. Saint Paul: West Group, 1999. 513 p.

MARINONI, L. G. **Tutela Inibitória**: individual e coletiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. 475 p.

MARTINS COSTA, J.; PARGENDLER, M. S. Usos e abusos da função punitiva (Punitive Damages e o direito brasileiro). **Revista CEJ**, Brasília, n. 28, p. 15-32, 2005.

MAYER BROWN. Punitive Damages After BMW of North America, Inc. v. Gore. Disponível em: < <http://www.appellate.net/articles/pundam799.asp>>. Acesso em: 11 dez. 2013.

MERRIAM-WEBSTER. **Merriam-Webster's dictionary of law**: your easy-to-understand guide to the language of law. Springfield: Merriam-Webster, 1996. 634 p.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Decisões judiciais. Disponível em: < <http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em 4 jan. 2014.

MIRAGEM, B. **Curso de direito do consumidor**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 832 p.

MORAES, M. C. B. Punitive Damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. **Revista trimestral de direito civil**, Brasília, v. 5, n. 18, p. 45-78, 2004.

MORAES, M. C. B. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. 356 p.

MOTHER JONES. Pinto Madness. Disponível em: < <http://www.motherjones.com/politics/1977/09/pinto-madness>>. Acesso em: 10 dez. 2013.

NUNES, L. A. R. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 964 p.

OLIVEIRA, R. P. R. **A responsabilidade civil por dano moral e seu caráter desestimulador**. Belo Horizonte: Arraes Editora, 2012. 108 p.

PEREIRA, C. M. S. **Responsabilidade civil**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. 350 p.

PÜSCHEL, F. P. A função punitiva da responsabilidade civil no direito brasileiro: uma proposta de investigação empírica. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 3, n. 2, p. 17-36, 2007.

REIS, C. **Os novos rumos da indenização do dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

RESEDÁ, S. **A função social do dano moral**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009. 316 p.

RHEINGOLD, P. D. The MER/29 story: an instance of succesful mass disaster litigation. **California Law Review**, Berkeley, v.1, n.1, p. 116-148, 1968.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Decisões judiciais. Disponível em: < <http://www.tjrs.jus.br/>>. Acesso em 9 jan. 2014.

RODRIGUES, S. **Direito civil**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 4.

ROLLO, A. L. M. **Responsabilidade civil e práticas abusivas nas relações de consumo: dano moral e Punitive Damages nas relações de consumo; distinções institucionais entre consumidores**. São Paulo: Atlas, 2011. 183 p.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Decisões judiciais. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/>>. Acesso em 7 jan. 2014.

SCHREIBER, A. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. 278 p.

SILVA, W. M. **O dano moral e sua reparação**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. 728 p.

SOARES, G. F. S. **Common law – introdução ao direito dos EUA**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 197 p.

SODRÉ, M. **A construção do direito do consumidor: um estudo sobre as origens das leis principiológica de defesa do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2009. 337 p.

SOUZA, A. S. R.; BORGES, A. M.; CALDAS, A. G. **Dano moral & Punitive Damages**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. 108p.

SUNSTEIN, C. R.; HASTIE, R.; PAYNE, J. W.; SCHKADE, D. A.; VISCUSI, W. K. **Punitive Damages: how juried decide**. London: University of Chicago, 2003. 285 p.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. STJ busca parâmetros para uniformizar valores de danos morais. Disponível em: < http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=93679>. Acesso em: 7 jan. 2014.

TARTUCE, F. **Direito Civil**. 7ª ed. Rio de Janeiro; Forense, São Paulo: Método, 2012, v.2.

THEODORO JUNIOR, H. **Dano moral**. 4ª ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. 369 p.