GEANDREI STEFANELLI GERMANO

PUNITIVE DAMAGES NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Dissertação de Mestrado

Orientadora: Professora Titular Silmara Juny de Abreu Chinellato

Versão corrigida em 30.05.2011, a versão original, em formato eletrônico (PDF), encontra-se disponível na CPG da Unidade.

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
São Paulo
2011

GEANDREI STEFANELLI GERMANO

PUNITIVE DAMAGES NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo para obtenção do título
de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Direito Civil

Orientadora: Professora Titular Silmara Juny de
Abreu Chinellato

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo
São Paulo
2011

GEANDREI STEFANELLI GERMANO

PUNITIVE DAMAGES NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo para obtenção do título
de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Direito Civil.

Orientadora: Professora Titular Silmara Juny de
Abreu Chinellato.

Aprovado em:

BANCA EXAMINADORA

Prof.: _____

Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof.: _____

Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof.: _____

Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Dedico este trabalho à minha família, pois sem ela nunca teria conseguido chegar até aqui.

Ao meu pai Germano, pela seriedade com a qual me incentivou a tratar os estudos.

À minha mãe Jeanete, que sempre esteve presente nas horas difíceis e que me deu tranquilidade para dar prosseguimento aos meus projetos de vida.

À minha irmã Lisandra, pois mesmo sem lenço e sem documento, faz com que minha caminhada contra o vento seja muito mais prazerosa e divertida.

AGRADECIMENTOS

A Deus, porque amou o mundo de tal maneira que deu o seu filho unigênito para que todo aquele que nele cresse recebesse a vida eterna.

À Professora Silmara Juny de Abreu Chinellato, pela confiança em meu trabalho e pelos valiosos ensinamentos que me foram apresentados.

Aos Professores Antonio Carlos Morato e José Fernando Simão, pelas importantíssimas observações realizadas ao meu trabalho, que de maneira fulcral contribuíram para o seu resultado final.

À FAPESP, pelo incentivo financeiro indispensável para a melhor execução desta investigação.

Ao casal André e Elaine Gava, pelas orações e pelo carinho a mim dispensado durante todos esses anos.

À jovem brilhante jurista Juliana Ribeiro, pela leitura, sugestões e correções que tanto me auxiliaram.

Aos “comparsas”, que mesmo após as láureas continuam mantendo acesa a paixão pela velha e sempre nova Academia do Largo de São Francisco.

À Andrea Hototian, pelo companheirismo nesta jornada acadêmica.

À Ana Luiza Boulos Ribeiro, pela paciência com a qual sempre respondeu às minhas mais impertinentes questões.

RESUMO

O estudo em comento tem por objetivo analisar se o instituto jurídico dos *punitive damages*, oriundo da *Common Law*, tem aplicabilidade no ordenamento jurídico nacional, particularmente no âmbito das relações de consumo. Para tanto, a presente obra, além de apresentar um panorama histórico da responsabilidade civil punitiva, expõe como tal responsabilidade vem sendo aceita no Brasil e conclui como sendo dois os seus principais instrumentos de atuação: a indenização punitiva e os *punitive damages*. Diferenciando-os, entendemos que a aplicação de *punitive damages* é a mais adequada a atual sociedade de consumo brasileira, por constituir-se um valor fixado em separado, com o intuito específico de punir e avaliado conforme a complexidade do caso pelo magistrado, conferindo dinamismo e eficiência às punições. Nesse sentido, propusemos os critérios que, em nosso sentir, seriam os mais adequados para o reconhecimento e definição do *quantum* punitivo dos *punitive damages* no âmbito das relações de consumo. Apresentamos, ademais, uma análise da aplicabilidade dos *punitive damages* nos ordenamentos jurídicos de *Common* e *Civil Law* que mais influenciam o ordenamento jurídico nacional.

Palavras Chave: *Punitive Damages*. Indenização Punitiva. Pena Privada. Relações de Consumo. Responsabilidade Civil Punitiva.

ABSTRACT

This study aims to examine whether the legal institution of punitive damages, coming from the Common Law, is applicable in national law, particularly in the context of consumer relations. This essay, besides presenting historical overview of punitive liability, explains how this responsibility is being accepted in Brazil and concludes that there are two main instruments of action. The first instrument is based on the increase of the compensatory damages to punish the defendant. The other one is the punitive damages. We believe that punitive damages were more suitable to the current consumer society in Brazil, because it represents a value that is set apart, with the purpose of punishing and evaluated according to the complexity of the case by the magistrate, giving dynamism and efficiency to the punishment. In this sense, we proposed rules that in our opinion would be most suitable for the application of punitive damages and setting of the punitive *quantum* under products liability, as well as factors warranting the application of this legal institution in these relationships. We present, moreover, analysis of the applicability of punitive damages in the legal systems of Common and Civil Law that most influence Brazilian Law.

Passwords: *Punitive Damages. Exemplary Damages. Tort law. Consumer relationship. Products Liability.*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
CAPÍTULO I - A RELAÇÃO DE CONSUMO	4
Seção I. Elementos Integrantes da Relação de Consumo	6
§ 1. Consumidor	6
§ 1.1. Sentido Jurídico de Consumidor	6
§ 1.1.1. O Conceito de Consumidor <i>Stricto Sensu</i>	7
§ 1.1.2. O Conceito de Consumidor Equiparado	10
§ 1.2. Sentido Sociológico de Consumidor	13
§ 2. Fornecedor	14
§ 2.1. Fornecedor por Equiparação.....	18
CAPÍTULO II - EVOLUÇÃO NORMATIVA, DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL DO DANO MORAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	19
Seção I. Dano Moral: Conceito em Evolução – Do Individual ao Social.....	22
Seção II. Dano Moral: Conceito em Evolução – Da Finalidade Compensatória à Finalidade Punitiva	29
CAPÍTULO III – RESPONSABILIDADE CIVIL PUNITIVA E SUAS FORMAS DE APLICAÇÃO	33
Seção I. Responsabilidade Civil Punitiva	33
Seção II. Análise Histórica da Pena Privada	35
Seção III. Natureza Jurídica da Pena Privada	41
CAPÍTULO IV – OS <i>PUNITIVE DAMAGES</i> E A INDENIZAÇÃO PUNITIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL	44
Seção I. O Âmbito Legislativo	44
Seção II. O Âmbito Doutrinário	45
Seção III. O Âmbito Jurisprudencial	52
Seção IV. A Aceitação Específica dos <i>Punitive Damages</i>	54
CAPÍTULO V – DA APLICABILIDADE DOS <i>PUNITIVE DAMAGES</i> ÀS RELAÇÕES DE CONSUMO	58
Seção I. Da Necessária Flexibilização do Princípio da Legalidade no Âmbito Civil	58
Seção II. A Dimensão Coletiva e a Proteção dos Consumidores por meio dos <i>Punitive Damages</i>	61
Seção III. O Reconhecimento e a Dosimetria dos <i>Punitive Damages</i> nas Relações de Consumo	79
§ 1. A Especial Reprovabilidade do Ato Ilícito	79
§ 2. As Condições Econômicas do Ofensor	82
§ 3. O Razoável para a Eficácia Coercitiva da Ação	86

Seção IV. O Papel do Magistrado na Aplicação dos <i>Punitive Damages</i>	95
Seção V. A Conveniência da Responsabilidade Civil Punitiva diante da Existência da Responsabilidade Penal e Administrativa.....	102
 CAPÍTULO VI – OS <i>PUNITIVE DAMAGES</i> NO DIREITO INTERNACIONAL ..	110
Seção I. Os <i>Punitive Damages</i> na <i>Common Law</i>	110
§ 1. Inglaterra	111
§ 2. Estados Unidos	113
§ 2.1. <i>MER 29: Dois Casos Pioneiros</i>	120
§ 2.2. <i>Ford Corporation v. Grimshaw</i>	121
§ 2.3. <i>Sturm, Ruger & Co. v. Day</i>	125
§ 2.4. <i>Liebeck v. McDonald's Restaurants P.T.S.</i>	126
§ 2.5. <i>BMW of North America, Inc. v. Gore</i>	128
Seção II. Os <i>Punitive Damages</i> na <i>Civil Law</i>	132
§ 1. Alemanha	132
§ 2. Argentina	135
§ 3. França	138
§ 4. Itália	142
§ 5. Portugal	144
 CONCLUSÃO	149
 BIBLIOGRAFIA	156

ABREVIATURAS E SIGLAS USADAS

A.I. – Agravo de Instrumento.

AgRg no Ag – Agravo Regimental no Agravo de Instrumento.

AgRg no REsp – Agravo Regimental no Recurso Especial.

Ap. – Apelação Cível

ATRA – *American Tort Reform Association*

BGB – Código Civil Alemão

BGH – Supremo Tribunal Alemão

CC – Código Civil

CP – Código Penal

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CIt – Código Civil Italiano

MP – Ministério Público

NHTSA -*National Highway Traffic Safety Administration*

RE – Recurso Extraordinário

REsp – Recurso Especial

SPC – Serviço de Proteção ao Crédito

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJRJ – Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

TJRS – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

TJSP – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

INTRODUÇÃO

As relações de consumo são fundamentais para a vida em qualquer sociedade contemporânea organizada no modelo de civilização proposto pelo mundo ocidental. Tais relações são hoje caracterizadas por se destinarem, em regra, à massa de consumidores. Todavia, a forma de negociação em massa é favorável aos fornecedores por uma série de motivos.

No Brasil, a responsabilidade civil tradicional foi pensada e estruturada para lides individuais e não responde satisfatoriamente aos conflitos de massa, como os que se dão nas relações de consumo. Em que pese referido sistema de responsabilidade apresente atualmente avanços significativos na disciplina de tais relações, tais quais a responsabilidade objetiva, a inversão do ônus da prova e a sistematização dos direitos e interesses coletivos, assistimos ainda a flagrantes desrespeitos aos direitos do consumidor, e porque não dizer, à própria dignidade humana.

Assim se dá em razão da dificuldade de acesso ao Poder Judiciário e pelo fato de que a responsabilidade civil tradicional sempre visou apenas o ressarcimento dos danos sofridos pelas vítimas. Desta feita, em sendo pouquíssimos os que recorrem ao referido Poder, a lesão a direitos dos consumidores, ainda que individualmente insignificante, pode gerar lucros consideráveis aos fornecedores por meio da exploração da massa.

Por conseguinte, visa esta dissertação analisar se os *punitive damages* podem quebrar o paradigma da responsabilidade civil até então vigente, particularmente nas relações de consumo. Referido paradigma impede a fixação de montantes que superem o valor do dano sofrido pela vítima em decisões judiciais definitivas. Objetiva, ademais, este trabalho avaliar se os *punitive damages* podem tornar-se um instrumento à disposição do Poder Judiciário para reequilibrar as relações entre fornecedores e consumidores, por meio de uma visão mais abrangente da responsabilidade civil cujas lentes, tradicionalmente com foco restrito à vítima, passam agora também a focar o lesante em razão da dimensão coletiva que permeiam tais relações.

Este trabalho versará sobre um tema que inicia a sua marcha no ordenamento jurídico nacional e que, portanto, carece ainda de sedimentação terminológica¹. Nesta obra,

¹ A ausência de sedimentação terminológica pode ser notada inclusive nos ordenamentos jurídicos de *Common Law*, em que os *punitive damages* adquiriram maior relevância: “Além das denominações antes

optamos por utilizar o termo *punitive damages*, em inglês, pois o Direito Brasileiro ainda não consagrou uma terminologia definitiva que o substitua satisfatoriamente. Referida expressão, aliás, é utilizada por grande parte da doutrina e pelo próprio Supremo Tribunal Federal².

A nomenclatura “danos punitivos”, tradução mais imediata, não nos parece técnica. Conforme veremos neste trabalho, não visam os *punitive damages* restaurar danos, mas sim punir o lesante.

O termo “pena privada” designa, por sua vez, o gênero do qual os *punitive damages* constituem-se uma espécie. Todavia, cumpre aqui destacar que utilizamos a expressão em tela quando tivemos por intenção ressaltar a sua importância histórica, bem como quando analisamos os ordenamentos jurídicos de *Civil Law*, dada a consagração terminológica em tais países. Por este último motivo também empregamos a alcunha *exemplary damages* quando analisamos o ordenamento jurídico inglês.

Na doutrina nacional vem sendo crescente o uso da terminologia “indenização punitiva”. Entendemos, sem nos furtarmos de criticá-la, que a indenização punitiva se aplica nos casos em que o magistrado fixe um valor unitário a título de danos morais que vise compensar e punir, não havendo possibilidade de identificação do *quantum* punitivo específico.

Sendo assim, em nosso sentir, a terminologia *punitive damages* é a mais apropriada para os fins desta dissertação. Referida terminologia, além de demonstrar com ênfase a ideia de punição, nos remete ao conceito da fórmula original consagrada do referido instituto jurídico, que consiste na fixação de um valor em apartado com base em critérios próprios que visem especificamente punir o lesante.

Outro esclarecimento importante a se fazer nesta seção é o pertinente à questão envolvendo a terminologia dos “danos morais”. Utilizaremos danos morais como sinônimo de danos extrapatrimoniais ou imateriais. Sendo assim, a expressão dano moral será

indicadas (*exemplary damages*), outras, menos usuais, são empregadas para fazer referência ao instituto, dentre as quais: *vindictive damages*, *punitory damages*, *speculative damages*, *imaginary damages*, *presumptive damages*, *added damages*, *smart money*, *punies penal damages*, *retributory damages* (ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano Moral e Indenização Punitiva - Os Punitive Damages na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro*, 2. ed., p. 186).

² Agravo de Instrumento 455846/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, j. 11.10.2004. Cfr. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Informativo do Supremo Tribunal Federal n.º 364* (04 a 08 de outubro de 2004). Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo364.htm>> Acesso em 16.12.2010.

gênero, das quais derivam as demais espécies (dano moral à pessoa física, à pessoa jurídica, coletivo, social etc.).

Esta obra tem por objeto avaliar se os *punitive damages* podem ser aplicados em relações de consumo, particularmente naquelas relações que se dão em massa. Sendo assim, dedicamos o seu primeiro capítulo para o estudo específico de tais relações.

As considerações a respeito da possibilidade de aplicação dos *punitive damages* no Direito Brasileiro derivam, indubitavelmente, do processo evolutivo dos danos morais. A aceitação da função punitiva em referidos danos, ainda que não seja uma realidade consolidada, é, com certeza, uma tendência já aceita em muitos tribunais do país. Desta feita, a análise do citado processo no nosso ordenamento é fundamental para que possamos compreender a base a partir da qual, atualmente, inicia-se o pensamento jurídico sobre o tema no Brasil.

Necessário foi também analisarmos o processo histórico da responsabilidade civil punitiva. Sendo assim, nossa análise partiu da pena privada romana, passou pela Idade Média, pelos ordenamentos de *Civil* e *Common Law* e chegou ao Direito Brasileiro, sendo analisadas legislação, doutrina e jurisprudência nacionais a respeito do tema.

Partimos então para o estudo específico a respeito da possibilidade de aplicação dos *punitive damages* nas relações de consumo no ordenamento jurídico nacional. Desta feita, procuramos identificar e nos posicionar a respeito dos principais argumentos favoráveis e contrários à aplicabilidade do referido instituto jurídico no âmbito de tais relações.

Entendemos por bem, ademais, avaliar como os *punitive damages* vêm sendo tratados no Direito Internacional. Sendo assim, analisamos os ordenamentos jurídicos de *Common e Civil Law* que mais influenciam o Direito Brasileiro, com atenção especial ao dos Estados Unidos, dado o sucesso que a aplicação dos *punitive damages* nas relações de consumo ali encontraram.

Finalmente, cumpre aqui esclarecer alguns aspectos de natureza metodológica. Optamos, nesta obra, quando conveniente, pela transcrição literal dos artigos de lei em notas de rodapé. Da mesma forma, entendemos como apropriado oferecer a tradução dos textos citados em língua estrangeira. Objetivamos, portanto, facilitar a leitura, evitando assim que o leitor tenha que se socorrer de material complementar.

CAPÍTULO I - A RELAÇÃO DE CONSUMO³

Antes de iniciarmos as discussões pertinentes à definição de relação⁴ de consumo, destacamos que a doutrina apresenta uma classificação extremamente relevante no que tange aos sujeitos considerados consumidores. Tal classificação aponta dois sentidos para a relação em tela: o *lato sensu* e o *stricto sensu*.

Para Newton de Lucca⁵ a relação de consumo em sentido estrito é aquela em que em um de seus pólos estiver o consumidor-padrão, entendido “*como tal aquele definido pelo caput do artigo 2º do CDC*”⁶. Já por relação de consumo em sentido *lato*, o apontado doutrinador afirma que esta se dá “*quando num dos pólos estiver o consumidor por equiparação, como tal aquele previsto pelo parágrafo único do artigo 2º e pelos arts. 17⁷ e 29⁸ do mesmo CDC*”.

Sendo assim, podemos concluir que, diferentemente do que ocorre nas relações jurídicas tradicionais e na relação de consumo *stricto sensu*, os efeitos jurídicos da relação de consumo em sentido amplo não se restringem ao âmbito dos sujeitos estritamente envolvidos nos pólos de uma determinada relação jurídica, mas se estendem também aos consumidores por equiparação. Embora se possa encontrar na doutrina nacional outros

³ Preliminarmente, há de se apontar que o presente capítulo é intensamente influenciado pela obra do professor Newton De Lucca, denominada *Direito do Consumidor – Teoria Geral da Relação Jurídica de Consumo*. Referido trabalho foi a fonte, em razão de sua sistematicidade e completude, de grande parte da bibliografia e do raciocínio utilizados neste capítulo.

⁴ A expressão “relação de consumo” aqui utilizada refere-se evidentemente a uma “relação jurídica”. Este último termo é assim definido por De Plácido e Silva: “Relação Jurídica. É a expressão usada para indicar o vínculo jurídico, que une uma pessoa, como titular de um direito, ao objeto deste mesmo direito. Edmond Picard assevera que na relação entre o sujeito e objeto de um direito se tem o coração, a medida do próprio direito, porque é ela o conteúdo dele, marcando-lhe o valor e a importância e o definindo em seu elemento mais significativo. Por isso mesmo é que, quando se rompe esse liame ou se interrompe a comunicação produzida por ele, entre o sujeito e o objeto do direito, há uma ofensa ao direito de outrem e se recorre à Justiça para reintegrá-lo em sua situação anterior, restabelecendo o vínculo, que se partira” (SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*, 24. ed. rev. e atual., verbete “relação jurídica”).

⁵ *Direito do Consumidor – Teoria Geral da Relação Jurídica de Consumo*, 2. ed., p. 82, nota de rodapé 171.

⁶ Código de Defesa do Consumidor, Art. 2º: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”.

⁷ Código de Defesa do Consumidor, Art. 17: “Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento”.

⁸ Código de Defesa do Consumidor, Art. 29: “Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas”.

entendimentos a respeito da distinção doutrinária apresentada acima⁹, é fato que a classificação até aqui exposta foi a que prevaleceu.

A classificação acima é importante porque o reconhecimento do *status* de “consumidor” a sujeitos jurídicos que não necessariamente participaram da relação de consumo decorre de uma original ótica a respeito de tais relações, que se denomina “dimensão coletiva”¹⁰.

Feitas tais considerações, passemos à definição de relação de consumo.

Para Roberto Senise Lisboa¹¹, a relação de consumo será reconhecida, tendo em vista o fato de não haver definição expressa no Código de Defesa do Consumidor, quando na relação jurídica cumulativamente se encontrar: (i) em um dos pólos o “*sujeito de direito ou ente despersonalizado que venha a se enquadrar na situação jurídica de fornecedor*”; (ii) no outro pólo o “*sujeito de direito que venha a se enquadrar na situação jurídica de consumidor*” e; (iii) o produto ou o serviço como sendo o objeto mediato da relação jurídica¹².

Newton De Lucca complementa a referida definição incluindo o “mercado de consumo” como elemento fundamental para a caracterização da relação de consumo. Sendo assim, tal autor define a relação em tela como sendo a relação jurídica “*que se estabelece necessariamente entre fornecedores e consumidores, tendo por objeto a oferta de produtos ou serviços no mercado de consumo*”¹³.

⁹ Nesse sentido, cumpre destacar o magistério de Alcides Tomasetti Júnior: “Os contatos de consumo antecontratuais seriam constitutivos da relação jurídica obrigacional de consumo em sentido amplo. Seriam estímulos periféricos, dotados de eficácia jurídica obrigacional própria e diversa, que se irradiaria, tendencial e progressivamente, em direção ao centro da relação obrigacional de consumo em sentido amplo. Neste centro estaria propriamente a relação obrigacional de consumo em sentido estrito, ou relação contratual de consumo, cujo conteúdo, como se disse, implicaria direitos, pretensões, ações e exceções de natureza contratual. Diversamente, a eficácia jurídica particular dos contatos antecontratuais de consumo corresponderia aos deveres colaterais de comportamento (...)”[TOMASETTI JÚNIOR, Alcides. As Relações de Consumo em Sentido Amplo na Dogmática das Obrigações dos Contratos. *Revista do Direito do Consumidor*, n.º 13, p. 15].

¹⁰ Vide Capítulo V, Seção II.

¹¹ *Contratos Difusos e Coletivos*, p. 292-293.

¹² A relação de consumo é conceituada da mesma forma por Nelson Nery Júnior (Da Proteção Contratual. In: Ada Pellegrini Grinover *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos Autores do Anteprojeto*, 9. ed., rev. atual. e ampl., p. 504-506).

¹³ *Op. cit.*, p. 108.

Seção I. Elementos Integrantes da Relação de Consumo

Por conseguinte, não há como se saber efetivamente o que significa relação de consumo sem que antes se tenha em mente seus elementos integrantes e o que eles significam: (i) consumidor; (ii) fornecedor; (iii) oferta; (iv) produto; (v) serviço; (vi) mercado de consumo.

Tendo em vista as finalidades deste trabalho, restringiremos a análise somente às figuras do consumidor e à do fornecedor.

§ 1. Consumidor

A doutrina atribui diversos sentidos ao conceito de consumidor: jurídico; sociológico; psicológico; filosófico; econômico; etimológico etc¹⁴. Para a presente dissertação, os sentidos jurídico e sociológico são os mais interessantes. Cumpre destacá-los.

§ 1.1. Sentido Jurídico de Consumidor

Para Newton de Lucca o conceito jurídico de consumidor trazido pelo Código de Defesa do Consumidor é plurívoco, contendo um sentido *stricto sensu* (relação de consumo *stricto sensu*), que consta no *caput* do artigo 2º, e outros três por equiparação (relação de consumo *lato sensu*), previstos especificamente no parágrafo único do artigo 2º e nos artigos 17 e 29.

Desta feita, são considerados consumidores, em sua forma *stricto sensu* “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”; e, em sua forma equiparada: (i) “a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”; (ii) “as vítimas do evento” que sofreram danos pelo fato do produto ou do serviço e; (iii) “as pessoas determináveis

¹⁴ Para maiores informações *vide* FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de Direitos do Consumidor*, 8. ed. rev., amp., sist. e atualiz. de acordo com o Código Civil de 2002 e leis subsequentes, p. 17-23.

ou não expostas às práticas” comerciais de fornecimento previstas pelo Código de Defesa do Consumidor.

§ 1.1.1. O Conceito de Consumidor *Stricto Sensu*

Conforme já definido acima, consumidor *stricto sensu* é aquele que utiliza produto ou serviço na forma de destinatário final. A grande questão, portanto, pertinente à referida definição está em se saber o que significa o ato de utilizar o produto ou o serviço como destinatário final. A doutrina brasileira, de uma maneira geral, se divide em três correntes a respeito: (i) finalista; (ii) finalista aprofundada e; (iii) a maximalista.

A corrente finalista é aquela em que o “destinatário final” somente pode ser considerado como sendo aquele que não recoloca o produto adquirido no mercado, seja por meio da mera reposição, seja por meio de uma transformação. Nas palavras de Cláudia Lima Marques¹⁵:

(...) o *Endverbraucher*, o consumidor final, o que retira o bem do mercado ao adquirir ou simplesmente utilizá-lo (destinatário final fático), aquele que coloca um fim na cadeia de produção (destinatário final econômico) e não aquele que utiliza o bem para continuar a produzir, pois ele não é o consumidor-final, ele está transformando o bem para oferecê-lo por sua vez ao seu cliente, seu consumidor.¹⁶

Referida teoria foi criticada por ser extremamente restritiva¹⁷, impedindo que pessoas jurídicas pudessem ser consideradas consumidoras. Sendo assim, Cláudia Lima

¹⁵ *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 3. ed., p. 50.

¹⁶ No mesmo sentido se posiciona Carlos Ferreira de Almeida, que também entende que o consumidor deverá ser visto como sendo aquele que, no ato de consumir, não estiver exercendo atividade profissional. É mister destacar o seu pensamento: “Já se viu que o consumidor é um não profissional ou quem como tal actua, isto é, fora do âmbito da sua atividade profissional. Daí que se conclua que o chamado ‘consumo intermédio’, em que o utilizador é uma empresa ou um profissional, não é consumo em sentido jurídico. O consumidor, nesta acepção, é sempre consumidor final (*Endverbraucher, Letzverbraucher, ultimate consumer*)” [*Os Direitos dos Consumidores*, p. 125].

¹⁷ Nelson Nery Júnior critica o finalismo: “A lei é clara ao classificar como consumidor a pessoa jurídica, desde que possa subsumir-se ao enquadramento normativo dos conceitos de consumidor que o CDC estabelece. Há polêmica no Brasil acerca do tema, havendo quem queira distinguir onde a lei não o faz, considerando consumidora a pessoa jurídica apenas quando adquira produto ou se utilize de serviço que não seja considerado insumo para sua atividade empresarial. Para essa corrente restritiva, indústria de automóveis que adquire computadores para seu escritório não seria consumidora, pois os computadores melhoram sua produtividade e, nesta condição, são considerados insumos. Levada à sua última consequência, a tese restritiva nega vigência ao artigo 2º, *caput*, do CDC, pois, para os que a defendem, praticamente *nunca* a pessoa jurídica seria consumidora” (Da Proteção Contratual. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código do Consumidor: comentado pelos Autores do Anteprojeto*, 9. ed., rev., atual. e ampl., p. 505).

Marques propôs o “finalismo aprofundado” flexibilizando a interpretação e admitindo que a pessoa jurídica possa ser considerada consumidora mediante a comprovação de sua vulnerabilidade¹⁸:

É uma interpretação finalista mais aprofundada e madura, que deve ser saudada. Em casos difíceis envolvendo pequenas empresas que utilizam insumos para a sua produção, mas não em sua área de expertise ou com uma utilização mista, principalmente na área dos serviços, provada a vulnerabilidade, concluiu-se pela destinação final de consumo prevalente. Esta nova linha, em especial do STJ, tem utilizado, sob o critério finalista e subjetivo, expressamente a equiparação do artigo 29 do CDC, em se tratando de pessoa jurídica que comprove ser vulnerável e atue fora do âmbito de sua especialidade, como o hotel que compra gás. Isso porque o CDC conhece outras definições de consumidor, o conceito chave aqui é o de vulnerabilidade.

A teoria maximalista, por sua vez, entende que a destinação que se dê posteriormente à aquisição do produto ou do serviço não é importante. O que interessa, para os maximalistas, é o ato de consumir, não importando se o consumidor é pessoa jurídica ou pessoa física, profissional ou não. Tal teoria é criticada por Cláudia Lima Marques¹⁹. Na opinião de referida autora, o Código de Defesa do Consumidor não pode ser tido como um novo marco regulatório das relações de mercado, devendo sua aplicação, portanto, ser restrita àqueles que de fato precisam²⁰, ou seja, aos consumidores não profissionais, *in verbis*:

Já os maximalistas viam nas normas do CDC o novo regulamento do mercado de consumo brasileiro, e não normas orientadas para proteger somente o consumidor não-profissional. O CDC seria um Código Geral sobre o consumo, um código para a sociedade de consumo, que institui normas e princípios para todos os agentes do mercado, os quais podem assumir os papéis ora de fornecedores, ora de consumidores. A definição do art. 2º deve ser interpretada o mais extensivamente possível, segundo esta corrente, para que as normas do CDC possam ser aplicadas a um número cada vez maior de relações no mercado. Consideram que a definição do art. 2º é puramente objetiva, não importando se a pessoa física ou jurídica tem ou não fim de

¹⁸ *Manual do Direito do Consumidor*, p. 71.

¹⁹ *Idem*, p. 69.

²⁰ A destinação da tutela do Código do Consumidor a quem de fato precisa, na opinião dos finalistas, estaria de acordo com o espírito da norma: “Para os finalistas, como eu, a definição de consumidor é o pilar que sustenta a tutela especial, agora concedida aos consumidores. Esta tutela só existe porque o consumidor é a parte vulnerável nas relações contratuais de mercado, como afirma o próprio CDC no art. 4º, inciso I. Logo, conviria delimitar claramente quem merece esta tutela e quem não necessita dela, quem é consumidor e quem não é. Os finalistas propõem, portanto, que se interprete a expressão ‘destinatário final’ do art. 2º de maneira restrita, como requerem os princípios básicos do CDC, expostos nos arts. 4º e 6º”. (MARQUES, Cláudia Lima *et al. Manual...*, p. 68).

lucro quando adquire um produto ou utiliza um serviço. Destinatário final seria o destinatário fático do produto, aquele que o retira do mercado e o utiliza, consome, por exemplo, a fábrica de toalhas que compra o algodão para reutilizar e a destrói.

José Geraldo Brito Filomeno²¹, em uma primeira análise, entende não ser conveniente que as pessoas jurídicas gozem da proteção conferida pelo Código de Defesa do consumidor pelo simples fato de que a pessoa jurídica dispõe de “*força suficiente para sua defesa, enquanto o consumidor, ou, ainda, a coletividade de consumidores ficam inteiramente desprotegidos e imobilizados pelos altos custos e morosidade crônica da justiça comum*”. No entanto, entende o autor em tela ser racional a admissão de pessoas jurídicas sem fins lucrativos como consumidores por equiparação, dada a sua intrínseca fragilidade.

Para Newton de Lucca, o Código de Defesa do Consumidor, no artigo 2º prevê expressamente a possibilidade de que a pessoa jurídica possa ser considerada consumidora. Segundo referido autor, tal possibilidade estaria de acordo com as atuais tendências²², devendo-se, todavia, ressaltar que o próprio artigo em tela também opta por desconsiderar o ‘consumo intermédio’, que para o citado autor²³ é aquele “*utilizado pelas empresas dos bens e serviços necessários para o processo produtivo, consoante consagrada definição existente sobre a matéria*”, ou seja, aqueles que não podem ser considerados destinatários finais.

Portanto, para o autor em voga a pessoa jurídica consumidora será aquela que puder ser considerada destinatária final do bem ou serviço adquirido que não seja diretamente utilizado pela pessoa jurídica em sua própria atividade negocial.

Para o professor Antonio Carlos Morato²⁴, o que existe, na verdade é uma presunção absoluta de vulnerabilidade das pessoas jurídicas estabelecida pelo artigo 4º, I

²¹ Disposições Gerais. In: Grinover, Ada Pellegrini *et al.* *Código do Consumidor: comentado pelos Autores do Anteprojeto*, 9. ed., rev., atual. e ampl., p. 33.

²² DE LUCCA, Newton. *Direito do Consumidor – Teoria Geral da Relação Jurídica de Consumo*, 2. ed., p. 124.

²³ *Op. Cit.*, p. 125.

²⁴ Cumpre aqui destacar seu magistério: “Após as diversas concepções apresentadas, conclui-se pela admissibilidade da pessoa jurídica como consumidora, desde que se encontre como destinatária final do bem de consumo, o que possibilitará conjuntamente com a constatação de que será também vulnerável na aquisição deste mesmo bem (dada a presunção absoluta fixada pelo legislador no artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor), sendo desnecessária a vulnerabilidade econômica, vez que para a pessoa jurídica a vulnerabilidade cognitiva (que abrange a vulnerabilidade técnica e jurídica, de acordo com nosso pensamento) já seria suficiente para possibilitar o enquadramento no artigo 2º da Lei 8078/90” (*Pessoa Jurídica Consumidora*, p. 152).

do Código de Defesa do Consumidor²⁵. Desta feita, entende o referido autor que, em sendo a vulnerabilidade um conceito polissêmico, ainda que à pessoa jurídica não se possa presumir a vulnerabilidade econômica, não há razão alguma para que a ela não se reconheça a presunção de vulnerabilidade cognitiva. É, portanto, a presunção absoluta de caracterização da pessoa jurídica como consumidora, um privilégio que a lei lhe concede por ser presumivelmente vulnerável, tal qual a pessoa física, em outros aspectos que não o econômico. Não há, por conseguinte, na visão do citado autor, qualquer óbice prévio à consideração da pessoa jurídica como consumidora.

§ 1.1.2. O Conceito de Consumidor Equiparado

Para Newton de Lucca²⁶, a expansão do conceito de consumidor se deu para garantir a “*efetiva prevenção e reparação do dano*”, nos moldes expressamente previstos pelo Art. 6º, inciso VI²⁷, do Código de Defesa do Consumidor. Tal expansão, conforme se verá a seguir, foi feita com fundamento em um sentido sociológico que atualmente deverá ser levado em consideração nas relações de consumo.

Desta feita, conclui o autor em tela²⁸ que a definição de consumidor em seu sentido jurídico é muito mais ampla do que a dada pelo sentido econômico na qual o consumidor é simplesmente aquele que encerra o processo econômico do produto ou do serviço ao consumi-lo.

Referida expansão²⁹ é plenamente justificável, no âmbito do direito consumerista, em razão da necessidade de se responder ao consumidor de modo mais célere e eficaz.

²⁵ Código de Defesa do Consumidor, Art. 4º: “A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo; (...)”. Sendo assim, não faz o artigo distinção entre pessoa física e jurídica no que tange à vulnerabilidade, fundamento da proteção especial do consumidor.

²⁶ *Direito do Consumidor – Teoria Geral da Relação Jurídica de Consumo*, 2. ed., p. 123.

²⁷ Código de Defesa do Consumidor, Art. 6º: “São direitos básicos do consumidor: (...) IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços; (...)”.

²⁸ *Op. cit.*, p. 124.

²⁹ Neste aspecto é interessante destacar o magistério de Silmara Juny de Abreu Chinellato que considera o nascituro como consumidor, seja *stricto sensu*, seja *lato sensu*. Cumpre destacá-lo: “Como consumidor direto ou por equiparação legal, tem direito à reparação por danos materiais e morais, conforme o artigo 6º, VI, do CDC, norma de amplo alcance, pois insere no capítulo III da Parte Geral do Código, sob a rubrica ‘Dos Direitos Básicos do Consumidor’. Anote-se que entre eles é considerada a proteção à sua vida, à saúde e

Sendo assim, o “*clássico princípio chamado de ‘relatividade das convenções’*, com efeito, *revelar-se-ia inteiramente inapropriado para o direito do consumidor que necessita ser, antes de tudo, muito eficaz*”³⁰.

Passemos então, a análise das diferentes espécies de consumidor por equiparação.

No que tange ao Parágrafo único do artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor³¹, Cláudia Lima Marques³² aponta que sua importância decorre de “*seu caráter de norma genérica, interpretadora, aplicável a todos os capítulos e seções do Código*”. Referida autora traz o exemplo da filha do verdadeiro adquirente do produto, que, não sendo consumidora *stricto sensu*, mesmo assim se beneficia de todas as disposições protetivas do diploma consumerista.

Já o artigo 17³³, por sua vez, aplica-se somente à seção de responsabilidade pelo fato do produto e do serviço. Referido artigo complementa o artigo 2º, parágrafo único, do mesmo diploma legal protegendo todas as vítimas do evento. Logo, todos os que sofrerem acidente de consumo em virtude de um defeito em um produto ou serviço que causou dano, sejam eles consumidores em concreto ou não, gozarão da proteção conferida pelo Código de Defesa do Consumidor, que atribui responsabilidade objetiva ao fornecedor. Diante do exposto, por exemplo, caso ocorra a explosão de um shopping, sejam consumidores *stricto sensu*, sejam comerciantes, sejam meros passantes, todos deverão ser considerados consumidores³⁴.

O último tipo de consumidor por equiparação é o tratado no artigo 29 do Código de Defesa do Consumidor³⁵. Referido tipo é aplicável tanto ao seu capítulo V (“Práticas

segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos”. A apontada doutrinadora exemplifica ainda casos em que o consumidor será considerado *stricto sensu*: “Primeira indagação a ser considerada como premissa: o nascituro é consumidor? Sim, respondemos sem hesitar, pois se subsume perfeitamente na definição do artigo 2º do CDC, sendo destinatário final de produtos e serviços. Nesta hipótese será consumidor *stricto sensu*. Exemplificamos: medicamentos destinados a ele e não a mãe; serviços médicos que compõem a assistência pré-natal, podendo ou não estar associados produtos ou serviços. Na medicina fetal, citamos: transfusão de sangue intra-útero, ultra-sonografia, biópsia das vilosidades coriônicas, amniocenteses, cordocenteses, biópsia hepática, punção vesical ou renal. Acresçam-se as cirurgias intra-útero” (CHINELLATO, Silmara J. A. *Tutela Civil do Nascituro*, p. 289).

³⁰ DE LUCCA, Newton. *Op. cit.*, p. 124.

³¹ Código de Defesa do Consumidor, Art. 2º, parágrafo único: “Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”.

³² MARQUES, Cláudia Lima *et al.* *Manual do Direito do Consumidor*, p. 77.

³³ Código de Defesa do Consumidor, Art. 17: “Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento”.

³⁴ MARQUES, Cláudia Lima *et al.* *Op. cit.*, p. 77-78

³⁵ Código de Defesa do Consumidor, Art. 29: “Para os fins deste Capítulo e do seu seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas”.

Comerciais”) como ao seu capítulo VI (“Proteção Contratual”). Para Cláudia Lima Marques “*trata-se atualmente, portanto, da mais importante norma extensiva do campo de aplicação da lei*”³⁶. Cumpre explicitar seu pensamento³⁷:

O artigo 29 supera, portanto, os estritos limites da definição jurídica de consumidor para imprimir uma definição de política legislativa! Para harmonizar os interesses presentes no mercado de consumo, para reprimir eficazmente os abusos do poder econômico, para proteger os interesses econômicos dos consumidores finais, o legislador colocou um poderoso instrumento nas mãos daquelas pessoas (mesmo agentes econômicos) expostas às práticas abusivas. Estas, mesmo não sendo ‘consumidores stricto sensu’, poderão utilizar as normas especiais do CDC, seus princípios, sua ética de responsabilidade social no mercado, sua nova ordem pública, para combater as práticas comerciais abusivas.

No anteprojeto do Código de Consumidor elaborado pela Comissão Mista do Congresso Nacional, o conceito geral de consumidor tinha a seguinte redação: “*Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final, bem como a que se encontra sujeita ou propensa a intervir nas relações de consumo*”. Sendo assim, conforme se pode constatar, a ideia do atual artigo 29 estava inserta no conceito geral de consumidor, originalmente previsto junto ao corpo do atual artigo 2º, *caput*.

Ocorre que Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin³⁸, ao perceber que o *lobby* empresarial queria eliminá-lo por completo, sugeriu o transporte da última parte do referido artigo para o capítulo V. Tal transferência acabou resultando no artigo 29.

Referida alocação e a previsão expressa de aplicação do artigo 29 aos capítulos V e VI³⁹, conforme nota Ricardo Morishita Wada⁴⁰ amplia o conceito de consumidor, não

³⁶ *Op. cit.*, p. 78-79.

³⁷ MARQUES, Cláudia Lima *et al.* *Op. cit.*, p. 78-79.

³⁸ Das Práticas Comerciais. In: Grinover, Ada Pellegrini *et al.* *Código do Consumidor: comentado pelos Autores do Anteprojeto*, 9. ed., rev., atual. e ampl., p. 265.

³⁹ Nesse sentido cumpre explicitar a lição de Fábio Ulhôa Coelho: “Pode-se afirmar que são equiparados a consumidor, pelo artigo 29, para gozarem da proteção que o Código libera em favor deste, especificamente nos capítulos abrangidos, as pessoas que são potencialmente consumidores. Em outros termos, aqueles que não são partes em um contrato de compra e venda ou de prestação de serviços, mas que podem vir a ser, estão sujeitos à mesma proteção que a lei reconhece aos consumidores no tocante às práticas comerciais e contratuais. O legislador considera que a tutela, nestas áreas específicas, não se pode restringir ao momento posterior ao acordo entre o consumidor e o fornecedor, mas, ao contrário, deve anteceder-lo para que tenha caráter preventivo e mais amplo” [Arts. 28-45. In: de Oliveira, Juarez (Coord.) *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*, p. 148].

⁴⁰ WADA, Ricardo Morishita. *As Práticas Abusivas e o Dano Moral Coletivo no Código de Defesa do Consumidor*. 2003. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, p. 70.

apenas em um plano quantitativo, mas também em um plano qualitativo, incluindo os consumidores potenciais ou abstratamente considerados.

§ 1.2. Sentido Sociológico de Consumidor

O sentido sociológico de consumidor influenciou de forma decisiva a expansão conceitual relatada na seção acima. No entanto, sua influência é dinâmica e continua a interferir na maneira como as relações jurídicas de consumo devem ser interpretadas.

José Geraldo Brito Filomeno⁴¹ entende que *“do ponto de vista sociológico é considerado consumidor qualquer indivíduo que frui ou se utiliza de bens e serviços, mas pertencente a uma determinada categoria ou classe social”*.

Segundo referido autor⁴², é mister ressaltar, o Código de Defesa do Consumidor, no que tange especificamente ao “interesse social”, visou também proteger a coletividade de consumidores *“da marginalização não apenas em face do poder econômico, como também dotá-la de instrumentos adequados para o acesso à justiça do ponto de vista individual e, sobretudo, coletivo”*.

A proteção da coletividade aqui se dá justamente porque o consumidor, quando visto do ponto de vista social, não pode ser enxergado simplesmente como consumidor individual. Há toda uma dimensão coletiva por trás das relações de consumo.

Sendo assim, dada referida dimensão, deverão ser conferidos, tanto aos consumidores individuais quanto à coletividade de consumidores, os instrumentos jurídicos adequados para a proteção do “interesse social” existente nas relações de consumo. Nesse sentido, como instrumentos para a defesa do apontado interesse, conforme se verá nesta dissertação, destacam-se o dano moral coletivo, o dano social e os *punitive damages*.

⁴¹ Disposições Gerais. In: Ada Pellegrini Grinover *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos Autores do Anteprojeto*, 9. ed., rev. atual. e ampl., p. 28-29.

⁴² FILOMENO, José Geraldo Brito. *Op. cit.*, p. 27.

§ 2. Fornecedor

A redação do artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor⁴³ não tem por objetivo trazer uma definição exata do que se entende por fornecedor. Antes, procura exemplificá-lo, nomeando atividades econômicas exercidas por pessoas físicas ou jurídicas, privadas ou públicas, nacionais ou estrangeiras, ou até mesmo por entes despersonalizados⁴⁴ que vão desde a produção até a distribuição de bens, somando-se as prestações de serviços.

Para Ada Pellegrini Grinover e Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin o conceito amplo de fornecedor formado por “*agentes econômicos que atuam, direta ou indiretamente, no mercado de consumo, abrangendo inclusive as operações de crédito e securitárias*”⁴⁵, constitui-se uma das principais inovações do Código de Defesa do Consumidor.

Ademais, cumpre destacar que a redação do artigo em voga caracteriza fornecedor como sendo aquele que desenvolve vários tipos de “atividades” empresariais. Desta feita, é mister que se conceitue “atividade” no âmbito empresarial. Neste sentido, nada melhor que explicitar o clássico entendimento de Tullio Ascarelli⁴⁶ sobre o assunto:

A atividade não significa ato, mas uma série de atos coordenáveis entre si, em função de uma finalidade comum. O termo ‘ato’, ao invés de ser tomado em seu alcance jurídico e técnico, deve ser neste particular entendido, ao menos para pessoas físicas, como equivalente a negócio (no sentido vulgar), por sua vez resultante de um ou mais atos jurídicos, dado que, para as pessoas físicas, é uma pluralidade de ‘negócios’, e não puramente de ‘atos’, que pode se apresentar como coordenada a uma ‘atividade’ e, por isso, elemento integrante desta. Essa referência serve para excluir, em minha opinião, a qualificação do empresário em razão do cumprimento de uma pluralidade de

⁴³ Código de Defesa do Consumidor, Art. 3º: “Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. § 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial. § 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

⁴⁴ José Geraldo Brito Filomeno traz alguns exemplos de casos nos quais entes despersonalizados exercem o papel de fornecedores: (i) o da Binacional Itaipu, que na verdade possui um regime jurídico *sui generis* por se tratar de um consórcio entre o Brasil e o Paraguai; (ii) o da massa falida autorizada a continuar as atividades comerciais da empresa sob regime de quebra e; (iii) o do espólio de um comerciante, em nome individual, cuja sucessão é representada pelo inventariante (*Op. cit.*, p. 48).

⁴⁵ Introdução. In: Ada Pellegrini Grinover *et al.* *Código do Consumidor: comentado pelos Autores do Anteprojeto*, 9. ed., rev., atualiz. e ampl., p. 11).

⁴⁶ Cfr. COMPARATO, Fábio Konder. O Empresário (Tradução de “*L’Impreditore*” de Tullio Ascarelli). *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 92, p. 270.

atos que tenha, de *per se*, mero valor instrumental, relativamente a outras operações às quais se deve remontar. Assim, a reiterada subscrição ou mesmo negociação de cambiais não representa, por si só, uma atividade empresarial, a qual ao contrário resultará das operações ulteriores, em relação às quais a emissão e circulação de cambiais são meios instrumentais, como, por exemplo, compra e venda de mercadorias a crédito ou a própria intermediação no crédito.

Sendo assim, fornecedor é aquele que pratica uma determinada atividade voltada ao mercado de consumo. Cláudia Lima Marques⁴⁷ aponta, no entanto, uma diferenciação nos critérios de fornecimento de produtos e serviços. Para a doutrinadora em tela, no que se refere ao fornecimento de produtos, o critério caracterizador do referido fornecimento teria base no exercício habitual e profissional da atividade. Já o fornecimento de serviços teria, em sua opinião, o ponto fulcral na habitualidade da atividade exercida mediante remuneração, não sendo claro o texto legal quanto à exigência do exercício da atividade profissional.

Ademais, há de se ressaltar que o conceito de “fornecedor” não pode ser confundido com o de “empresário”. O “fornecedor” é o gênero do qual o “empresário” é espécie. Afirma-se, portanto, que todos os empresários são fornecedores, mas que nem todos os fornecedores são empresários⁴⁸. Há duas teorias que assim entendem por fundamentos absolutamente distintos.

A primeira delas é preconizada por Fábio Ulhôa Coelho⁴⁹. Para referido autor o empresário sempre será fornecedor “*uma vez que o universo delineado pelo conceito de empresa identifica-se com parte do âmbito de referência do artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor*”, sendo fato que a “*atividade de produção ou circulação de bens ou serviços é o dado central da noção de empresa e também do conceito de fornecedor*”. Por outro lado, afirma o referido autor que nem todo fornecedor é necessariamente empresário porque o conceito de fornecedor “*abrange não só o empresário, mas também o Estado, quando ele atua como agente econômico ou presta serviço público com remuneração direta (CDC, Art. 3º, § 2º, e 22)*”.

⁴⁷ *Op. cit.*, p. 79-80.

⁴⁸ DE LUCCA, Newton. *Direito do Consumidor – Teoria Geral da Relação Jurídica de Consumo*, 2. ed., p. 142

⁴⁹ *O Empresário e os Direitos do Consumidor*, p. 45-46.

Newton De Lucca⁵⁰, embora também entenda ser empresário espécie do gênero fornecedor, discorda de Fábio Ulhôa Coelho, afirmando que o modelo empresarial não é restrito aos empresários, podendo o Estado utilizar-se dele, como, por exemplo, nos casos em que exerça atividade econômica em sentido estrito, ou ainda, em situações nas quais preste serviços públicos por meio de concessão ou permissão. Além disso, sustenta o citado autor que fornecedores poderão prestar serviços, fazendo parte de uma relação de consumo nos moldes previstos pelo artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor, sem que recorram à forma empresarial.

Sendo assim, não resta dúvida, pois, *“que o conceito de fornecedor, na legislação consumerista, é mais abrangente que a velha noção de comerciante, assim como da mais moderna noção de empresário”*⁵¹.

Newton de Lucca⁵² levanta ainda outra dificuldade: *“(...) até que ponto o conceito de fornecedor se acha ontologicamente ligado ao de atividade profissional por ele exercida?”*

Para Roberto Senise Lisboa⁵³, há necessária relação entre o conceito de fornecedor e a atividade profissional por ele desempenhada. Entende o referido autor que *“pouco importa a ‘roupagem’ ou mesmo a forma adotada para a constituição dela, pois o que interessa é a atividade profissional por ele desempenhada”*. Desta feita, entende o autor em tela que *“qualquer sujeito de direito pode ser considerado fornecedor, desde que exerça profissionalmente e de forma preponderante a atividade de fornecimento de produtos e serviços no mercado de consumo”*.

Já no entendimento de Newton De Lucca⁵⁴, a atividade não implica em profissionalidade. Sendo assim, uma pessoa que tenha por profissão a de médico, poderá muito bem exercer atividade imobiliária, seja se tornando um empresário do ramo ao constituir uma empresa (fornecedor padrão), seja atuando de forma organizada ao oferecer imóveis no mercado de consumo (fornecedor por equiparação⁵⁵).

⁵⁰ *Op. cit.*, p. 142

⁵¹ *Op. cit.*, p. 143.

⁵² *Idem, ibidem.*

⁵³ LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo*, 2. ed. rev. e atual., p. 148-149

⁵⁴ *Op. cit.*, p. 144-145.

⁵⁵ *Vide* § 2.1 deste Capítulo.

Conclui referido autor⁵⁶ que a grande importância deste questionamento está no fato de se comprovar a impossibilidade de se aplicar diretamente o Código de Consumidor *a priori*. Só o exame do caso concreto, portanto, poderá dizer se determinada atividade caracteriza fornecimento.

Outra problemática apontada por Newton De Lucca⁵⁷ reside na caracterização de certas pessoas de direito privado como fornecedoras. Poder-se-ia dizer que exclusivamente as sociedades mercantis podem ser consideradas fornecedoras? As sociedades civis estão isentas desta caracterização?

Para o apontado autor⁵⁸, o artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor⁵⁹ não faz nenhuma ressalva às pessoas físicas ou jurídicas que possam ou não ser consideradas fornecedoras. Logo, não há que se falar em exclusão de nenhum tipo de sociedade, ainda que essa sociedade não tenha finalidade lucrativa. Basta que a entidade pratique uma das atividades previstas no artigo em tela do diploma consumerista para que corolariamente seja considerada fornecedora.

Todavia, como nota Newton de Lucca⁶⁰, muito pouco se discute a respeito da definição de fornecedor. Ao se analisar as questões envolvendo relações de consumo, facilmente se conclui que a ampla maioria das questões tem como objetivo descobrir se determinado sujeito pode ou não ser entendido como consumidor.

⁵⁶ DE LUCCA, Newton. *Op. cit.*, p. 145.

⁵⁷ *Op. cit.*, p. 145.

⁵⁸ DE LUCCA, Newton. *Direito do Consumidor – Teoria Geral da Relação Jurídica de Consumo*, 2. ed., p. 144-145.

⁵⁹ Código de Defesa do Consumidor, Art. 3º: “Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. § 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial. § 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

⁶⁰ DE LUCCA, Newton. *Op. cit.*, p. 138.

§ 2.1. Fornecedor por Equiparação

Para Newton de Lucca⁶¹, o fornecedor por equiparação seria aquele que, apesar de não-profissional, exerce com habitualidade determinada atividade econômica no mercado de consumo, como, por exemplo, o médico que passa a maior parte de seu tempo atuando no mercado de imóveis.

Já Cláudia Lima Marques⁶², com base nos apontamentos de Leonardo Roscoe Bessa, entende que o fornecedor por equiparação é aquele que, apesar de não participar diretamente da relação de consumo, adquire papel fulcral conexo ou acessório à referida relação. Seriam considerados fornecedores por equiparação, por exemplo, as empresas de banco de dados que atestarem débitos referentes a compras inexistentes de um consumidor, ou ainda, os empreendimentos nos quais o estipulante profissional empregador falhar ao administrar e/ou pagar as apólices de seguro de vida em grupo. Referidas empresas, apesar de não poderem ser consideradas fornecedoras *stricto sensu*, visto que não estão diretamente atreladas a uma relação de consumo, são, ao menos, intermediadoras ou facilitadoras de tais relações, agindo com evidente interesse econômico. Desta forma, segundo os citados autores, não haveria razões para se afastarem das mesmas as disposições pertinentes à responsabilidade dos fornecedores previstas do Código de Defesa do Consumidor.

⁶¹ *Op. cit.*, p. 144-145.

⁶² MARQUES, Cláudia Lima *et al.*, *Manual do Direito do Consumidor*, p. 83.

CAPÍTULO II - EVOLUÇÃO NORMATIVA, DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL DO DANO MORAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O movimento inicial no ordenamento jurídico brasileiro foi o de se negar a possibilidade de compensação do dano moral. Isto porque “a moral”, o bem jurídico que eventual indenização fixada em dinheiro visaria proteger, não poderia ser objeto de avaliação patrimonial, por ser um direito, evidentemente, extrapatrimonial. Não se admitia, portanto, como ressarcíveis os danos causados ao espírito, à alma, enfim, ao intrínseco “ser” de uma pessoa. Desta feita, os referidos danos eram imensuráveis e, como tais, impediriam a tutela sob a ótica de responsabilidade civil indenizatória.

O Código Civil de 1916 não possuía uma regra geral expressa sobre a reparabilidade dos danos morais. No entanto, uma boa parte da doutrina defendia a ideia de que o artigo 76 daquele diploma seria o fundamento legal para tal pretensão: “*Para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico ou moral*”. Este era o entendimento de Clóvis Beviláqua, autor do projeto do Código em referência, cujo magistério era o de que se “*o interesse moral justifica a ação para defendê-lo ou restaurá-lo, é claro que tal interesse é indenizável, ainda que o bem moral não se exprima em dinheiro*”⁶³. Todavia, várias foram as situações específicas de danos de natureza moral para as quais o Código Civil de então previa o pagamento de indenização⁶⁴.

Durante muito tempo o argumento de que seria imoral a reparação da dor com dinheiro (“dinheiro da dor”) foi relevante. Entretanto, tendo em vista a crescente difusão do conhecimento psicológico no Brasil, particularmente após a Segunda Guerra Mundial, a irreparabilidade dos danos morais produziu um forte sentimento de injustiça na sociedade.

Desta feita, dada a não previsão de reparabilidade dos danos morais no sistema jurídico nacional e os já existentes aclamos sociais para a sua aceitação, passou a doutrina a defender a possibilidade de reparação dos referidos danos. Tal defesa teve como estopim a obra “*Dano Moral e a sua Reparação*” de Wilson Melo da Silva. O citado trabalho, editado originalmente em 1955, permanece referência até hoje. Diante disso, preconizou a doutrina a tese da reparabilidade dos danos morais, sendo a aceitação neste âmbito extremamente rápida após meados do século XX.

⁶³ Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Edição histórica, v. 1, p. 321.

⁶⁴ Arts. 1.518, 1.543, 1.547-1.550, Código Civil de 1916.

O legislador, seguindo tal tendência, passou então a prever a reparação dos danos morais em legislação extravagante. Conforme se pode denotar do artigo 53 do Código Brasileiro de Telecomunicações⁶⁵ e dos artigos 49 e seguintes da Lei de Imprensa⁶⁶, dentre outras legislações⁶⁷.

A jurisprudência⁶⁸ permaneceu, no entanto, resistente e liderada pelo Supremo Tribunal Federal, negando a reparabilidade de danos morais por muito tempo.

Todavia, no decorrer da história, referido Tribunal evoluiu seu entendimento acerca do tema em questão. Primeiramente, admitiu o dano moral com reflexos patrimoniais, passando posteriormente a aceitá-lo também em sua forma pura, ou seja, sem reflexos patrimoniais⁶⁹.

No entanto, o perímetro de aceitação só se alargou consideravelmente com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que previu, em seu artigo 5º, incisos V⁷⁰ e

⁶⁵ Lei n.º 4117/62, Art. 53: “Constitui abuso, no exercício de liberdade da radiodifusão, o emprêgo dêsse meio de comunicação para a prática de crime ou contravenção previstos na legislação em vigor no País, inclusive: a) incitar a desobediência às leis ou decisões judiciárias; b) divulgar segredos de Estado ou assuntos que prejudiquem a defesa nacional; c) ultrajar a honra nacional; d) fazer propaganda de guerra ou de processos de subversão da ordem política e social; e) promover campanha discriminatória de classe, côr, raça ou religião; f) insuflar a rebeldia ou a indisciplina nas forças armadas ou nas organizações de segurança pública; g) comprometer as relações internacionais do País; h) ofender a moral familiar, pública, ou os bons costumes; i) caluniar, injuriar ou difamar os Poderes Legislativos, Executivo ou Judiciário ou os respectivos membros; j) veicular notícias falsas, com perigo para a ordem pública, econômica e social; l) colaborar na prática de rebeldia desordens ou manifestações proibidas. Parágrafo único. Se a divulgação das notícias falsas houver resultado de êrro de informação e fôr objeto de desmentido imediato, a nenhuma penalidade ficará sujeita a concessionária ou permissionária”.

⁶⁶ Vide Lei n.º 5250/67.

⁶⁷ Informa Nehemias Domingos de Melo que a revogada Lei de falências (Dec.-Lei n.º 7661/45), o Código Eleitoral (Lei n.º 4737/65) e o Decreto n.º 2681, de 1912, que tinha por objeto regular a estrada de ferro e as relações com seus passageiros e bagagens, também possibilitaram a reparação de danos morais (*Dano moral nas relações de consumo: doutrina e jurisprudência*, p. 71).

⁶⁸ A “jurisprudência” é um termo que pode ser entendido de diversas formas. Giuseppe Lummia assim o define: “Convém observar que o termo ‘jurisprudência’ é usado em nossa língua (e em outras) com dois significados: na sua acepção teórica é sinônimo de ‘ciência jurídica’ (e com esse significado é usado, por exemplo, a expressão ‘faculdade de jurisprudência’); na sua acepção operacional é entendido como um conjunto de decisões judiciais (e com esse significado é utilizado nas expressões ‘repertório de jurisprudência’ ou ‘jurisprudência de cassação’)[Comentários no original](Lumia, Giuseppe. *Elementos de Teoria e Ideologia do Direito*, p. 5).

⁶⁹ Destaca Sérgio Severo que ainda em 1983, o Supremo Tribunal Federal não admitia o dano moral puro, conforme se pode concluir do seguinte trecho destacado de acórdão do referido tribunal: “Não tem contudo, (o STF), admitido a reparabilidade do dano moral naquelas hipóteses, considerando-o subsumido no dano patrimonial, é nesse sentido a jurisprudência listada no parecer” (Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, RE. 97.097-5-RJ, Rel. Min. Oscar Corrêa, un., j. 25-10-1983, d. j. 25.nov.1983). Só se pôde compreender o dano moral puro como efetivamente aceito depois da Constituição Federal de 1988 e após a edição da Súmula 37 do STJ, editada em 1992, que estabeleceu serem cumuláveis as “indenizações por dano material e por dano moral oriundos do mesmo fato” (*Os Danos Extrapatrimoniais*, p. 178).

⁷⁰ Constituição Federal, Art. 5º, V: “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”.

X⁷¹, a inviolabilidade da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, estabelecendo garantia expressa ao lesado de que eventual dano moral causado à vítima deverá ser ressarcido pelo ofensor.

Na esteira da Constituição Federal de 1988 dois diplomas passaram a prever expressamente a reparação dos danos morais. O primeiro foi o Código do Consumidor de 1990, seguido pelo Código Civil de 2002.

O Código do Consumidor em seu artigo 6º, inciso VI⁷², previu expressamente a reparabilidade de danos patrimoniais, morais, difusos e coletivos lesivos ao consumidor. Tal reparabilidade também deverá ser entendida sob a ótica da dimensão coletiva. Referida ótica confere um aspecto absolutamente particular à sistemática de reparação de responsabilidade civil em uma relação de consumo, conforme se verá adiante nesta dissertação⁷³.

O Código Civil de 2002, por sua vez, dada a conjugação dos artigos 186 e 927⁷⁴, garante a possibilidade de reparação do dano moral no âmbito civil. Cumpre destacar o termo “exclusivamente moral” trazido pela redação do artigo 186, que fez com que caíssem por terra as alegações existentes até então de que o dano moral só seria reparável caso estivesse intrinsecamente ligado a um determinado dano material. Além disso, o referido diploma legal também prevê expressamente em seu artigo 52⁷⁵ que às pessoas jurídicas se aplicam, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade, o que permite que elas também possam pleitear danos morais, conforme se verá posteriormente neste trabalho⁷⁶. Ademais, é fato que o Código Civil de 2002 trouxe ainda alguns parâmetros importantes de interpretação, principalmente no que tange à fixação do *quantum* devido a título de danos morais, tais como o de probidade, o da boa-fé e o da equidade⁷⁷.

⁷¹ Constituição Federal, Art. 5º, X: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

⁷² Código de Defesa do Consumidor, Art. 6º: “São direitos básicos do Consumidor (...) VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”.

⁷³ Vide Capítulo V, Seção II.

⁷⁴ No Código Civil de 2002, os artigos 186 (“Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”) e 927 (“Aquele que por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”) garantem a reparabilidade dos danos morais.

⁷⁵ Código Civil de 2002, Art. 52: “Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade”.

⁷⁶ Vide Capítulo II, Seção I.

⁷⁷ Neste diapasão, ensina Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka: “Por outro lado, e ainda sob a consideração do Código Civil de 2002, destaca-se a especialíssima questão referente à expansão dos critérios

Conclui-se, portanto, que houve no século XX uma evolução normativa, doutrinária e jurisprudencial da aceitação do instituto dos danos morais no ordenamento jurídico nacional. No entanto, é importante destacar que o conceito de dano moral também evoluiu. Tal evolução será tratada na seção a seguir.

Seção I. Dano Moral: Conceito em Evolução – Do Individual ao Social

Conforme já apontado anteriormente pelo presente trabalho, o estopim para a reparabilidade de danos morais no Brasil se deu principalmente após 1955 com a publicação da já citada obra clássica de Wilson Melo da Silva denominada “O Dano Moral e sua reparação”. Tal obra assim definia danos morais, *in verbis*⁷⁸:

(...) as lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, em contraposição ao patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico. Jamais afetam o patrimônio material, como salienta Demogue. E para que facilmente o reconheçamos, basta que se atente não para o bem que incidiram, mas, sobretudo para a natureza do prejuízo final. Seu elemento característico é a dor, tomando o termo em sentido amplo, abrangendo tanto os sofrimentos meramente físicos, como os morais propriamente ditos. Danos morais, pois, seriam, exemplificadamente, os decorrentes das ofensas à honra, ao decoro, à paz interior de cada qual, às crenças íntimas, ao sentimento afetivo de qualquer espécie, à liberdade, à vida, à integridade corporal.

O excerto acima demonstra bem o pensamento predominante na doutrina à época acerca do dano moral. O elemento característico que o definia era a dor moral subjetiva. Sendo assim sua aplicação era restrita às pessoas físicas. Negava-se de forma ostensiva a reparabilidade dos danos morais à pessoa jurídica⁷⁹.

endereçados à quantificação ou mensuração dos valores indenizatórios por dano moral. Equilibrada e moderna, além de justa, a nova legislação civil eleva e destaca valores éticos imorredouros, tais como a probidade, a boa-fé e principalmente a equidade. Todo este novo perfil normativo traz enormes mudanças na aplicação do direito, exatamente porque confere ao magistrado uma saudável responsabilidade na composição pecuniária da indenização, tornando-o equânime e, por isso, mais justa, atuação esta que é inovadora entre nós, mas que tem por paradigma a moldura da common law” (Responsabilidade Pressuposta, In: DELGADO, M. L. e ALVES, J. F. (Coords.), *Questões Controvertidas: Responsabilidade Civil*, v. 5, p. 201).

⁷⁸ *O Dano Moral e sua Reparação*, 3. ed., p. 01-02.

⁷⁹ Assim se posiciona Wilson Melo da Silva: “As pessoas jurídicas em si jamais teriam direito à reparação por danos morais. E a razão é óbvia. Que as pessoas jurídicas sejam, possivelmente, responsáveis por danos morais, compreende-se. Que, porém, ativamente, possam reclamar as indenizações, conseqüentes deles, é um absurdo. O patrimônio moral decorre dos bens da alma e os danos que dele originam seriam singelamente, danos da alma, para usar a expressão do evangelista São Mateus. Os alicerces sobre que se firmam os danos

No entanto, o Brasil passou, particularmente após os anos 60 do século XX, por um amplo desenvolvimento industrial e comercial. Tal desenvolvimento aumentou significativamente o número de conflitos envolvendo pessoas jurídicas, particularmente empresas. Sendo assim, a discussão a respeito da reparabilidade ou não de danos morais à pessoa jurídica era latente e se fez necessária.

As empresas precisam gozar do “bom nome” no mercado. Todavia, evidentemente, as pessoas jurídicas não são passíveis de sofrer dor moral psicológica. Desta feita, houve a necessidade de evolução do conceito de dano moral proposto até então de modo que o mesmo abrangesse também os danos causados ao bom nome das empresas no mercado.

O conceito de dano moral, portanto, evoluiu tutelando não mais a “dor moral psicológica”⁸⁰, mas a “honra”, que pode ser entendida como subjetiva ou objetiva. Cumpre observar a lição de Sérgio Cavalieri Filho⁸¹:

Registre-se então que a honra tem dois aspectos: o subjetivo (interno) e o objetivo (externo). A honra subjetiva, que se caracteriza pela dignidade, decoro e autoestima, é exclusiva do ser humano, mas a honra objetiva, refletida na reputação, no bom nome e na imagem perante a sociedade, é comum à pessoa natural e à jurídica. Quem pode negar que uma notícia difamatória pode abalar o bom nome, o conceito e a reputação, não só do cidadão, pessoa física, no meio social, mas também de uma pessoa jurídica, no mundo comercial? Indiscutivelmente, toda empresa tem que zelar pelo seu bom nome comercial.

morais são puramente espirituais. E as lesões do patrimônio ideal dizem respeito à capacidade afetiva e sensitiva, qualidades apenas inerentes aos seres vivos (...) Ora, a pessoa jurídica não é um ser orgânico, vivo, mas uma ficção. O ataque ao seu conceito só poderá ser reparado se resultar lesão patrimonial e, como dano material, poderá e deverá ser reclamada indenização” (*Op. cit.*, p. 224).

⁸⁰ Destacamos aqui o magistério de André Gustavo Corrêa de Andrade que, com base em Miguel Reale, entende que o dano objetivo não afasta a existência de consideração a respeito do sofrimento psíquico, particularmente na fixação do montante indenizatório: “No dano objetivo é atingido bem da personalidade não relacionado com o estado anímico da vítima. A dor, o sofrimento e outros sentimentos negativos são apenas circunstanciais – embora com frequência estejam associados a esta espécie de dano. Pessoas de maior sensibilidade podem se abater ou se indignar fortemente diante do menor ataque à sua reputação, enquanto outras podem ter uma reação olímpica diante de uma odiosa difamação. A despeito disso, caracterizado estará o dano moral objetivo, para o qual a reação psicológica da vítima é desinfluyente – embora, eventualmente possa mostrar-se relevante na estimativa do montante indenizatório. Com a acuidade que lhe é peculiar, Miguel Reale, que propugna por essa classificação, observa que o ataque à dimensão social ou à imagem da pessoa configura o dano objetivo, ‘o que não exclui que a diminuição da respeitabilidade individual não possa ser acompanhada, como geralmente o é, de compreensível sofrimento de ordem psíquica. Tal sofrimento, porém, insere-se no dano moral objetivo, sendo como que seu reflexo, podendo mesmo inexistir, quando o ofendido apenas se revolta contra a afronta recebida’” (ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano Moral e Indenização Punitiva - Os Punitive Damages na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro*, 2. ed., p. 67).

⁸¹ *Programa de Responsabilidade Civil*, 8. ed. rev. e ampl., p. 97.

Sendo assim, a possibilidade de tutela da honra objetiva cominada com o reconhecimento de que as pessoas jurídicas também gozavam de direitos da personalidade, principalmente após a entrada em vigor do Código Civil de 2002⁸², resultou na possibilidade de legitimação ativa para pessoas jurídicas reclamarem a reparação de danos morais sofridos.

Em que pese ainda existam vozes discordantes, hoje é praticamente pacífica a aceitação da possibilidade da pessoa jurídica sofrer danos morais, havendo de se ressaltar aqui a edição da Súmula 227 do Superior Tribunal de Justiça. Referida súmula reconhece expressamente que “*a pessoa jurídica pode sofrer dano moral*”.

Cabe aqui colocar uma questão interessante: poderiam os entes despersonalizados pleitear dano moral? Para Yussef Said Cahali⁸³, a jurisprudência atual acerta ao reconhecer o dano moral às entidades coletivas, uma vez que as mesmas são dotadas de atributos de reputação e conceito perante a sociedade, podendo, portanto, assim como as pessoas jurídicas, pleitear dano moral. Carlos Alberto Bittar⁸⁴ acompanha também tal entendimento, entendendo que poderiam aparecer como lesados também os entes não reconhecidos, legalmente, como dotados de personalidade. Para o jurista em tela, apesar de tradicionalmente não se reconhecer a tais entes a possibilidade de pleitear danos morais, sempre se reconheceu tal possibilidade às pessoas físicas relacionadas com os mesmos individualmente. No entanto, sustenta o referido autor que tal barreira caiu com o que hoje se entende como coletivização de interesses, não havendo óbice algum para que referidos entes despersonalizados pleiteiem danos a eles causados injustamente.

O desenvolvimento dos Direitos Humanos, particularmente dos direitos referentes à solidariedade, levou à necessidade do reconhecimento do dano moral coletivo⁸⁵. Por óbvio,

⁸² Código Civil, Art. 52: “Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade”.

⁸³ *Dano Moral*, 2. ed., rev., atual. e ampl. do Livro *Dano e Indenização*, p. 348-349.

⁸⁴ *Reparação Civil por Danos Morais*, p. 147.

⁸⁵ A solidariedade faz com que seja mais fácil aceitar que o dano moral, particularmente nas relações de consumo, seja considerado como ofensa a um bem coletivo e, portanto, indenizável em razão da queda da qualidade de vida da sociedade. Os danos morais nas relações de consumo podem constituir-se, portanto, em danos sociais, dada a dimensão coletiva (“ver sob os olhos dos outros”) que as permeiam: “(...) E eu gostaria de frisar que solidariedade em matéria de responsabilidade dos fornecedores de produtos e serviços por danos extrapatrimoniais, individuais e coletivos, significa aceitar, ética e juridicamente a necessidade de ressarcimento efetivo e integral do dano moral como um bem coletivo (*kollektivgut*), virtude ou forma de bem estar para a coletividade (*Gemeinwohlformel*). Como alerta Richard Rorty, solidariedade é uma forma de legitimação filosófica, mas também uma maneira de ver as coisas, de ‘ver’ sob os olhos dos outros e no interesse da sociedade como um todo. Assim, a solidariedade ajuda a aceitar que os danos morais tenham sua gênese em todas as relações de consumo, sejam contratuais ou extracontratuais, individuais ou coletivas, aceitando por conseguinte sua indenização em todos estes casos e não somente quando há uma relação

da mesma forma que a pessoa jurídica, uma coletividade não pode sentir dor psicológica. Desta feita, o que se tutela aqui, ao menos em uma perspectiva inicial, é a honra objetiva da comunidade perante a sociedade.

Carlos Alberto Bittar Filho⁸⁶ foi o autor, seguindo a militância do pai na questão dos danos morais, que deu visibilidade a esta nova espécie de dano moral. O citado doutrinador conceitua o referido instituto como sendo a “*injusta lesão à esfera moral de uma determinada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos*”.

A doutrina é farta quanto à exemplificação de situações nas quais ocorreriam os danos morais coletivos. Para o autor em tela⁸⁷, tais danos ocorreriam, exemplificadamente, nos casos em que (i) por ofensa ao meio-ambiente se ferirem valores como a qualidade de vida e à saúde; (ii) houver ofensa à dignidade nacional, como o desrespeito a um símbolo pátrio e; (iii) ocorrer a violação da honra de uma determinada comunidade (negra, judaica etc.) através de uma publicidade abusiva.

Nehemias Domingos de Melo⁸⁸ acrescenta outros exemplos como o fato da empresa não adotar as medidas de prevenção obrigatórias relacionadas à segurança do trabalhador, ou, ainda; nos casos em que as empresas não cumpram as cotas determinadas em lei para empregabilidade de deficientes físicos. Já André de Carvalho Ramos⁸⁹, por sua vez, entende ser factível o dano moral coletivo em casos nos quais a publicidade enganosa ou abusiva faça com que o consumidor em potencial não se sinta mais protegido pela lei ou pelos seus direitos de personalidade.

É mister notar que algumas das situações propostas pelos autores acima não atingem apenas uma coletividade determinada, mas a sociedade como um todo.

Sendo assim, em nosso sentir, o dano moral coletivo pode ser classificado em duas espécies: o *stricto sensu* ou clássico e o *lato sensu*. O primeiro pode ser compreendido como sendo o que atinge uma coletividade determinada. Já o último é aquele no qual se atinge uma coletividade indeterminada.

contratual base entre a vítima e o responsável pelo dano, oriundo de vício, prática abusiva ou acidente de consumo” [Cláudia Lima Marques na apresentação da obra *Dano Moral no Direito do Consumidor*, de autoria de Héctor Valverde Santana (p. 18)].

⁸⁶ Do Dano Moral Coletivo no atual Contexto Jurídico Brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 12, p. 44.

⁸⁷ BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Op. cit.*, p. 54-57.

⁸⁸ *Dano Moral nas Relações de Consumo: Doutrina e Jurisprudência*, p. 75.

⁸⁹ A Ação Civil Pública e o Dano Moral Coletivo. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 25, p. 82.

O dano moral coletivo *lato sensu* pode ainda ser visto sob duas óticas: a fragmentária e a unitária.

Sob o ponto de vista fragmentário, o dano moral coletivo nada mais seria do que a soma dos danos morais individuais sofridos. Parece ser esta a ideia por detrás do artigo 81, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor⁹⁰. Referido artigo estabelece que a defesa dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida a título individual ou coletivo, podendo os prejudicados escolherem por um ou outro meio. Sendo assim, trata-se, na verdade, da tutela dos prejudicados e não da coletividade como um todo. Em nosso parecer, tal percepção tem foco nos danos ou interesses individuais homogêneos. Esta parece ser a perspectiva enfatizada pelo diploma consumerista no que se refere ao dano moral coletivo. O Código de Defesa do Consumidor determina que o valor fixado a título de danos morais coletivos seja dividido entre os litisconsortes “individuais” e aqueles que posteriormente entrarem na fase de execução, bem como que os legitimados “coletivos” somente poderão promover a liquidação e a execução do restante do montante indenizatório nos casos em que não haja interessados em número compatível com a gravidade do dano⁹¹.

Foi nesta última ótica que se deu a recente decisão da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça pertinente ao famoso caso das “pílulas de farinha” do anticoncepcional *Microvlar*. Em tal ocasião, placebos do referido anticoncepcional chegaram ao mercado de consumo, resultando na gravidez indesejada de inúmeras consumidoras. Neste caso, fixou o tribunal em tela o valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão) a título de dano moral coletivo⁹².

⁹⁰ Código de Defesa do Consumidor, Art. 81: “A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo”.

⁹¹ Arts. 94-100, do Código de Defesa do Consumidor.

⁹² A petição inicial original do PROCON-SP, proposta para o caso em tela, embora não utilizasse do termo “danos sociais”, cujo conceito será melhor explicado a seguir, nele baseou-se para pleitear “danos morais”, conforme se pode denotar dos seguintes fragmentos do texto: “Ora, no presente caso, como restará demonstrado, as condutas da requerida atingiram a sociedade como um todo, causando danos morais e patrimoniais a pessoas indetermináveis, atingindo interesses metaindividuais ‘em sua essência’ (...) que justificam a presente demanda, em decorrência da relevância social dos interesses tutelados”(…) que a coletividade, genericamente, sofreu (e ainda sofre, dada a ausência de informações claras) intenso abalo psíquico que atingiu a todos indistintamente, restando impossível a identificação dos lesados por se tratar de interesses difusos (à segurança das relações de consumo por exemplo) decorrentes da atitude da requerida que deve responder também por esses prejuízos”[Comentários entre parêntesis presentes no original]. No entanto, a pedido do Ministério Público do Estado de São Paulo, houve o aditamento da petição inicial para que houvesse pedido de condenação genérica na sentença de forma a permitir a futura execução individual. Sendo assim, conforme reconhecido pelo acórdão do caso em tela “o pedido de reparação por danos morais ficou vinculado a direitos individuais homogêneos e não aos demais direitos difusos e coletivos defendidos no bojo dessa mesma ação” (Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, REsp. 866636/SP, v.u., j. 02.10.2007, d.j. 06.12.2007). Destacamos ainda o julgado favorável à possibilidade de existência de dano moral coletivo da 2ª Turma (Rel. Min. Eliana Calmon, REsp 1.0574.274/RS, j. 1.12.2009,

Já sob a perspectiva unitária, o dano moral atinge a coletividade como um todo. Neste diapasão, a coletividade é considerada *de per se*, devendo ser entendida como algo mais do que a soma de seus indivíduos. O dano moral coletivo *lato sensu*, nesta ótica é, portanto, dano difuso que não se confunde com a soma dos danos morais individuais, merecendo, desta feita, receber tratamento diverso e específico do ordenamento jurídico.

A doutrina contemporânea tem denominado “danos sociais” os danos compreendidos nesta última ótica. Para Antonio Junqueira de Azevedo⁹³ o dano social surge como uma nova espécie de dano que consiste basicamente em lesões à sociedade no que tange ao seu nível de vida. Assim, o dano social ocorreria quando um determinado ato ilícito provocasse não apenas o rebaixamento do patrimônio moral da sociedade, mas também, e, principalmente, quando originasse a redução do seu sentimento de segurança e a diminuição da sua qualidade de vida⁹⁴.

Afirma o autor em voga⁹⁵ que o dano social estaria presente caso uma empresa de transporte aéreo, por exemplo, atrasasse sistematicamente os seus voos⁹⁶. Nesta situação, os atrasos não interfeririam apenas na vida daqueles que de fato se utilizaram dos voos,

d. j. 26.02.2010), bem como o entendimento contrário da 1ª Turma [i) REsp. 598.281, rel. para acórdão Min. Teori Zavaski, j. 02.05.2006, d.j. 01.06.2006; ii) REsp 821.891/MG, Rel. Min. Luiz Fux, j. 08.04.2008, d.j. 12.05.2008]

⁹³ Por uma Nova Categoria de Dano na Responsabilidade Civil: o Dano Social. *Revista Trimestral de Direito Civil*, ano 5, v. 19, p. 217.

⁹⁴ O citado autor diferencia, cumpre aqui destacar, o dano social dos “danos individuais”, sendo estes últimos subclassificados em dano patrimonial e moral. O patrimonial seria o dano avaliável em dinheiro através dos danos emergentes e dos lucros cessantes enquanto que o moral seria caracterizado por exclusão e arbitrado como compensação à dor, para lesões de direito de personalidade, bem como para danos patrimoniais de quantificação precisa impossível. Estes últimos não se confundiriam, portanto, com os danos sociais, que seriam uma nova categoria de danos causados à sociedade. No entanto, em que pese à diferenciação apresentada, não há como negar que o dano social é reflexo da evolução do conceito de dano moral. O próprio Antônio Junqueira de Azevedo assim parece crer ao admitir que o dano social pode advir do rebaixamento do “patrimônio moral” da sociedade (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Op. cit.*, p. 216).

⁹⁵ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Op. cit.*, p. 215.

⁹⁶ A temática proposta por Antônio Junqueira de Azevedo é atualíssima. Conforme noticiado por Folha.com: “A Infraero (estatal que administra os aeroportos) registrou 412 voos com atraso em todo o país no último balanço, divulgado às 15h desta segunda-feira. O número representa 26,5% de todos os voos programados. A situação é pior no Rio de Janeiro. O aeroporto Santos Dumont tinha 45,8% de voos atrasados no horário. No Galeão, também no Rio, os voos atrasados eram 43,6% do total de viagens programadas. Em São Paulo, o índice também era alto. O aeroporto de Congonhas tinha 44 voos com atraso --32% do total--, enquanto que o aeroporto de Guarulhos (Grande SP) registrava 38 atrasos --30% de todas as viagens. Dentre as companhias aéreas, a Azul é que registra mais voos atrasados, com 42,9% das viagens. A TAM registrava 30% de voos atrasados às 15h e a Gol tinha 24%” (Caderno Cotidiano. *26% dos voos têm atrasos em todo país; número chega a 45% no Rio*. Publicada em 06.12.2010. Disp. em <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/841461-26-dos-voos-tem-atrasos-em-todo-pais-numero-chega-a-45-no-rio.shtml>> Acesso em 16.12.2010).

pois os participantes desta sociedade⁹⁷, todas as vezes que precisassem dos referidos serviços, seriam obrigados a submeterem-se à “angústia do imprevisível”.

Sugere ainda o referido autor outro exemplo⁹⁸. Trata-se de um famoso sambista que desrespeitou dolosamente contrato publicitário firmado com uma cervejaria, estando em conluio com empresa concorrente. Dada a natureza publicitária da questão, referido desrespeito resultou em grande desprestígio da primeira empresa, contratante original⁹⁹. Todavia, o dano, neste caso, não se restringiu apenas à honra da cervejaria. Os efeitos do ato danoso, na verdade, atingiram a sociedade como um todo, uma vez que a atitude do artista em tela repercutiu em um notório estímulo ao descumprimento dos contratos, causando males para a sociedade. Tais males, na opinião do autor em voga, devem ser ressarcidos de forma a repor à confiança retirada da sociedade.

Conforme já destacado na presente dissertação, os danos sociais são danos difusos. Sendo assim, nos lembra Flávio Tartuce¹⁰⁰ que referidos danos são expressamente previstos como ressarcíveis pelo Código de Defesa do Consumidor no artigo 6º, VI¹⁰¹. Evidentemente, os danos sociais serão de difícil quantificação exata. No entanto, trata-se de dano cuja existência não se pode negar. Desta feita, afirmamos que a indenização fixada a título de dano social tem natureza compensatória e não punitiva¹⁰².

Chega-se ao século XXI, portanto, com um novo conceito de dano que permite ao ordenamento jurídico brasileiro tutelar valores morais pertinentes a toda uma sociedade. Referido conceito, embora de forma tímida, já começa a ser aceito na jurisprudência de

⁹⁷ É interessante o posicionamento de Galeno Lacerda nesta questão: “E há ainda o aspecto social: a agressão ilegítima ao patrimônio imaterial de um indivíduo fere o coletivo. E por aí a indenização tem o sentido restaurador deste arranjo que o ilícito produz no universo social em que se insere” (Indenização do Dano Moral. *Revista dos Tribunais*, ano 85, v. 728, p. 95).

⁹⁸ *Op. cit.*, p. 216.

⁹⁹ O referido autor ressalva que seu raciocínio é baseado na hipótese de que toda esta situação transcorreu exatamente como publicado.

¹⁰⁰ *Direito Civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil*, v. 2, 4. ed., p. 427.

¹⁰¹ Código de Defesa do Consumidor, Art. 6º “São direitos básicos do consumidor: (...) VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”.

¹⁰² Discordamos, portanto, nesta questão, do magistério de Antônio Junqueira de Azevedo, que entende que “os danos sociais são causa, pois, de indenização punitiva, por dolo ou culpa grave, especialmente, repetimos, se atos reduzem as condições coletivas de segurança, e de indenização dissuasória, se atos em geral de pessoa jurídica, que trazem uma diminuição do índice de qualidade de vida da população (Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. *Revista Trimestral de Direito Civil*, ano 5, v. 19, p. 216), bem como de Leonardo Roscoe Bessa: “A condenação por dano moral coletivo é sanção pecuniária por violação de direitos coletivos ou difusos. O valor imposto pelo juiz é destinado ao fundo criado pelo art. 13 da Lei 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública). O caráter da condenação é exclusivamente punitivo” (Dano Moral Coletivo. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 59, p. 108).

alguns tribunais mais inovadores, como, por exemplo, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, pioneiro em aceitar explicitamente os danos sociais¹⁰³.

Seção II. Dano Moral: Conceito em Evolução – Da Finalidade Compensatória à Finalidade Punitiva

O conceito de danos morais evoluiu, concomitantemente a sua extensão, também em sua finalidade, admitindo as funções punitiva e dissuasória. Em razão das finalidades deste trabalho e pelo fato de constituírem as relações de consumo o principal campo onde a responsabilidade civil punitiva poderá se desenvolver no ordenamento jurídico nacional, optamos aqui por restringir nossa análise a tais relações.

Dado o ritmo cada vez mais frenético das inovações tecnológicas e as campanhas publicitárias que inexoravelmente as acompanham, cercam-se as pessoas, dia após dia, de

¹⁰³ Destacamos aqui ementa de julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: “Toto bola. Sistema de loterias de chances múltiplas. Fraude que retirava ao consumidor a chance de vencer. Ação de reparação de danos materiais e morais. Danos materiais limitados ao valor das cartelas comprovadamente adquiridas. Danos morais puros não caracterizados. Possibilidade, porém, de excepcional aplicação da função punitiva da responsabilidade civil. Na presença de danos mais propriamente sociais do que individuais, recomenda-se o recolhimento dos valores da condenação ao fundo de defesa de interesses difusos. Recurso parcialmente provido. Não há que se falar em perda de uma chance, diante da remota possibilidade de ganho em um sistema de loterias. Danos materiais consistentes apenas no valor das cartelas comprovadamente adquiridas, sem reais chances de êxito. Ausência de danos morais puros, que se caracterizam pela presença da dor física ou sofrimento moral, situações de angústia, forte estresse, grave desconforto, exposição à situação de vexame, vulnerabilidade ou outra ofensa a direitos da personalidade. Presença de fraude, porém, que não pode passar em branco. Além de possíveis respostas na esfera do direito penal e administrativo, o direito civil também pode contribuir para orientar os atores sociais no sentido de evitar determinadas condutas, mediante a punição econômica de quem age em desacordo com padrões mínimos exigidos pela ética das relações sociais e econômicas. Trata-se da função punitiva e dissuasória que a responsabilidade civil pode, excepcionalmente, assumir, ao lado de sua clássica função reparatória/compensatória. ‘O Direito deve ser mais esperto do que o torto’, frustrando as indevidas expectativas de lucro ilícito, à custa dos consumidores de boa fé. Considerando, porém, que os danos verificados são mais sociais do que propriamente individuais, não é razoável que haja uma apropriação particular de tais valores, evitando-se a disfunção alhures denominada de *overcompensation*. Nesse caso, cabível a destinação do numerário para o Fundo de Defesa de Direitos Difusos, criado pela Lei 7.347/85, e aplicável também aos danos coletivos de consumo, nos termos do art. 100, parágrafo único, do CDC. Tratando-se de dano social ocorrido no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, a condenação deverá reverter para o fundo gaúcho de defesa do consumidor. Recurso parcialmente provido”(Recurso Inominado, n. 71001281054, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Min. Rel.: Ricardo Torres Hermann, julgado em 12.07.2007). Cumpre aqui salientar que entendemos como sendo bem-vinda a aceitação dos danos sociais. No entanto, conforme já destacado nesta dissertação, nos posicionamos no sentido de que a função punitiva e dissuasória da responsabilidade civil, tecnicamente, não podem ser confundidas com a reparação por “danos sociais”, tendo em vista o escopo compensatório destes últimos.

bens de consumo. Vive-se hoje, portanto, como já notado por Carlos Alberto Bittar em plena era do consumismo¹⁰⁴.

A sociedade contemporânea é, desta forma, absolutamente dependente dos bens adquiridos por meio das relações de consumo. Por conseguinte, é praticamente impossível a sobrevivência de um indivíduo nesta sociedade sem que este participe, diariamente, direta ou indiretamente, de tais relações¹⁰⁵.

No entanto, se é fato que em dias atuais um indivíduo pode comprar o que quiser das mais variadas formas, também é fato que as relações de consumo cada vez mais se padronizam e se massificam.

Neste diapasão, um lote de um produto defeituoso, por exemplo, provavelmente atingirá uma massa de consumidores que adquirirem o referido produto no mercado de consumo. Por conseguinte, adotou o Código de Defesa Consumidor uma orientação protetiva (Art. 4º, VI)¹⁰⁶ visando elidir abusos do fornecedor que prejudiquem um sem número de consumidores. Um dos enfoques protetivos se deu justamente com a tutela explícita dos danos morais (Art. 6º, I)¹⁰⁷.

Contudo, a orientação protetiva aqui destacada não se resumiu apenas à previsão de reparabilidade dos danos morais. Referidas normas, segundo Ricardo Morishita Wada¹⁰⁸,

¹⁰⁴ Defesa do Consumidor: Reparação Civil por Danos Morais. *Revista do Direito do Consumidor*, n. 22, p. 28.

¹⁰⁵ Conforme relata Carlos Alberto Bittar: “Desse modo, desde a simples compra em supermercado, ou em loja, à realização de viagens, de negócios ou de lazer; dada a fruição de serviços públicos à internação e à manutenção em hospitais; desde a integração em consórcios, ou a planos de saúde, à efetivação de operações eletrônicas em bancos e entidades financeiras, enfim, em extenso universo fático, podem eclodir danos de natureza moral”(Defesa..., p. 28).

¹⁰⁶ Código de Defesa do Consumidor, Art. 4º: “A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (...)VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores”.

¹⁰⁷ Código de Defesa do Consumidor, Art. 6º: “São direitos básicos do consumidor: (...) VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”.

¹⁰⁸ Neste sentido, cumpre destacar o entendimento do referido autor: “Nestes termos, a possibilidade de se configurar o dano moral coletivo nas práticas abusivas, e portanto, a possibilidade de uma reparação pecuniária com natureza dissuasória ou sancionatória nos parece adequada, pois, ao mesmo tempo que cumprimos com os preceitos das normas-objetivo e, portanto com os princípios da prevenção e coibição das práticas abusivas no mercado de consumo, estaremos contemplando toda a tutela constitucional estabelecida pela Carta Fundamental, quando enuncia a proteção do Consumidor como direito e garantia fundamental e princípio da ordem econômica”. [*As Práticas Abusivas e o Dano Moral Coletivo no Código de Defesa do Consumidor*, 2003. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, p. 73].

constituem-se normas-objetivo do sistema, ou do microssistema de defesa do consumidor, de modo a fazer valer a tutela constitucional do consumidor¹⁰⁹.

Portanto, cumpre destacar que a finalidade da reparação do dano moral, em que pese ainda exista considerável resistência, não mais é vista com caráter exclusivamente compensatório, mas também punitivo ou dissuasório, particularmente quando a responsabilidade civil tradicional não oferecer respostas satisfatórias, como é o caso das relações de consumo nos dias atuais.

Em meados dos anos noventa do século XX, Carlos Alberto Bittar¹¹⁰, já notava que os tribunais haviam compreendido o alcance da orientação protetiva do Código de Defesa do Consumidor aplicando pesadas indenizações a título de dano moral com o fito de elidir “*eventuais comportamentos futuros indevidos*”.

Desta feita, o fato de se pensar com enfoque preventivo denota que os tribunais já não olhavam mais com “olhos de cabresto” para o caso *per si*, mas que estariam, ao revés, aplicando uma interpretação baseada na dimensão coletiva inerente às relações de consumo.

O citado autor destacou caso¹¹¹ em que uma determinada família encontrou indesejável animal em uma garrafa de refrigerante. Fixou-se, portanto, uma pesada indenização a título de dano moral em razão do nojo e da humilhação sofrida¹¹².

No entanto, apesar da motivação apresentada, resta evidente que a pesada indenização, na verdade, tinha por objetivo punir a empresa que disponibilizou produto defeituoso no mercado de consumo, de modo a fazer com que ela ou terceiros não reincidam no fato. Nota-se, portanto, que o dano moral não mais vem sendo considerado como um instrumento jurídico utilizado para compensar a vítima, mas que ele também vem sendo usado para punir o ofensor e dissuadir terceiros. Tal expansão conceitual, como se verá a seguir, ainda não é pacífica no ordenamento jurídico nacional. Todavia, sua relevância não pode mais ser desconsiderada.

¹⁰⁹ Referida tutela constitucional (Art. 5.º, XXXII e Art. 170, V) será tratada com mais propriedade posteriormente neste trabalho. Advertimos, mais uma vez, que não concordamos com a tese do “dano moral coletivo punitivo”, pois, em nosso sentir, o dano moral coletivo deve ter escopo compensatório.

¹¹⁰ Defesa..., p. 31.

¹¹¹ *Revista Jurídica do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (RJTJESP)*, 171/91 (TJSP, 2ª Câmara. Ap.215.043-1/2. j. 07.03.1995).

¹¹² *Reparação Civil por Danos Morais*, 3. ed. rev., atual. e ampl., p. 267.

Conclui-se, por conseguinte, que no decorrer do século XX o conceito de dano moral evoluiu em duas frentes: (i) quanto ao seu objeto e (ii) quanto à sua finalidade. Ao expandir seu objeto tutelando a honra objetiva, permitiu que cada vez mais legitimados “coletivos” pudessem pleiteá-lo, chegando-se ao dano social. Concomitantemente à expansão de seu objeto, o instituto jurídico dos danos morais expandiu a sua finalidade admitindo a possibilidade de que se fixassem em decisões judiciais valores que pudessem ser utilizados não só para compensar a vítima, mas também para punir o ofensor, demonstrando o repúdio social ao ato ilícito e evitando sua reiteração.

CAPÍTULO III – RESPONSABILIDADE CIVIL PUNITIVA E SUAS FORMAS DE APLICAÇÃO

Neste capítulo visaremos apresentar um panorama conceitual e histórico a respeito da responsabilidade civil punitiva e da sua principal forma de aplicação: a pena privada.

Seção I. Responsabilidade Civil Punitiva

A responsabilidade civil, em linhas gerais, é um conjunto de regras que atribui ao lesante a responsabilidade de reparar ou, ao menos, de diminuir os efeitos advindos de um ato danoso no âmbito civil.

Guido Alpa¹¹³ afirma que grande parte dos estudiosos reconhece que a responsabilidade civil possui quatro funções¹¹⁴: (i) a de reação ao ato ilícito danoso, com o objetivo de ressarcir aqueles que foram prejudicados por eles; (ii) a de fazer com que seja restabelecido ao lesado o estado anterior à lesão, ou seja, ao seu *status quo ante*; (iii) a de reafirmar o poder sancionatório ou “punitivo” do Estado e; (iv) a de prevenir para intimidar a repetição de atos prejudiciais a terceiros¹¹⁵.

Referido autor condensa tais funções em duas: a de reparar materialmente e moralmente as vítimas [funções (i) e (ii)] e a de prevenir¹¹⁶ [funções (iii) e (iv)].

Há, atualmente, portanto, como notado por Paolo Gallo¹¹⁷, uma fragmentação do conceito de responsabilidade civil que, por um lado, internaliza o custo social dos danos

¹¹³ *Trattato di Diritto Civile – La responsabilità civile*, v. iv, 1999, p. 131-133.

¹¹⁴ No mesmo sentido entende Silmara Juny de Abreu Chinellato. Para a referida autora, além da função reparatória a ser exercida nos danos materiais, deverão ser reconhecidas aos danos morais às funções de compensação, punição e prevenção (CHINELLATO, Silmara Juny. *Tendências da Responsabilidade Civil no Direito Contemporâneo: Reflexos no Código Civil de 2002*. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coords.), *Questões Controvertidas: Responsabilidade Civil*, v. 5, p. 587).

¹¹⁵ Guido Alpa acrescenta ainda a esta função duas outras de caráter econômico: a de distribuição das perdas e a de alocação dos custos. No que se refere à distribuição das perdas, pretende-se que elas sejam transferidas da vítima para aquele que deve responder pelo dano. Por outro lado, no que tange à alocação de recursos, esta se refere ao fato de que a responsabilidade civil deve individualizar os custos relativamente à assunção do risco conexo à realização do dano, ou seja, tais custos devem ser destinados não só a reparação do dano, mas também à prevenção dos mesmos (*Op. cit.*, p. 131-133).

¹¹⁶ Destaca-se atualmente também a função de precaução que, segundo Tereza Ancona Lopez, seria um tipo de prevenção que teria por objetivo “riscos incertos”. Tal função, segundo a doutrina em voga, será certamente reconhecida como uma nova função da responsabilidade civil ainda no século XXI (LOPEZ, Tereza Ancona. *Op. cit.*, p. 75).

¹¹⁷ *Pene private e responsabilità civile*, p. 217.

(reparatória/compensatória) e, por outro, prioriza a punição do lesante (punição/prevenção).

Analisaremos aqui este último aspecto. Em nosso sentir, nem toda medida preventiva poderá ser tomada como punitiva. Conforme elucida André Gustavo Correia de Andrade¹¹⁸, algumas medidas preventivas como as tutelas inibitórias, por exemplo, não possuem caráter intrinsecamente punitivo.

No entanto, interessa-nos aqui discutir a questão no âmbito da fixação de valores em decisões judiciais definitivas. Muitos são os autores que defendem a não confusão entre as funções punitiva e preventiva neste âmbito¹¹⁹. Sendo assim, por exemplo, entendem que dois valores diferentes devem ser fixados para os âmbitos punitivo e preventivo. Desta feita, tomando por exemplo atos ilícitos que, por um lado, são de altíssima reprovabilidade, mas, por outro, são de difícil repetição, conclui referida doutrina que, no âmbito punitivo, o valor fixado deve ser alto, em razão da alta reprovabilidade do fato. Já na esfera preventiva, dada a dificuldade de nova ocorrência, o valor deve ser baixo.

Discordamos dessa tese afirmando que em sede de decisões judiciais definitivas, a função preventiva deverá ser tomada como a outra face da moeda da função punitiva¹²⁰. O juiz não deve punir com base na facilidade de reiteração do ilícito, mas sim com base na reprovabilidade do ato. Evidentemente, a partir do momento em que o ato ilícito é

¹¹⁸ Destacamos o magistério do autor: “É certo que nem toda medida preventiva tem o caráter de pena. Com efeito, através da já mencionada tutela inibitória pode buscar-se a prevenção do dano por meio de medidas variadas, que não apresentam caráter intrinsecamente punitivo, tais como a apreensão de mercadorias (em caso de tentativa de violação de marca) ou a imposição de obrigação de não fazer (para proibir a publicação de matéria ofensiva à honra). Mas a pena atua como importante fator de prevenção nos casos em que as demais formas de prevenção falham ou não são aplicáveis e também naqueles casos em que, uma vez ocorrido o dano, a tutela reparatória não exerce força intimidativa sobre o ofensor” (*Dano Moral e Indenização Punitiva - Os Punitive Damages na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro*, 2. ed., p. 229).

¹¹⁹ Criticando referida distinção Maria Celina Bodin de Moraes explicita o magistério de Pablo Salvador Coderch e M. Teresa Castiñera: “Há, de fato, quem distinga a função punitiva da função preventiva, conectando esta última a um objetivo utilitarista, no sentido de avaliação de sua utilidade para prevenir danos futuros e não para retribuir danos passados, característica esta própria do juízo punitivo. Ocorre que, sob tal perspectiva, será possível deduzir que uma conduta gravemente dolosa possa não constituir pré-requisito necessário e suficiente à imposição de penalidade justamente por ser de difícil repetição; por outro lado, por uma conduta menos grave, mas que possa ser facilmente imitada, mereceria, na finalidade preventiva, uma indenização maior” (*Punitive Damages em sistemas civilistas: Problemas e Perspectivas. Revista Trimestral de Direito Civil*, v.18, p. 53-54).

¹²⁰ Nesse sentido é também o magistério de Silmara Juny de Abreu Chinellato: “A terceira função é a preventiva ou dissuasória, a que impõe valor de desestímulo para o agente causador do dano, o lesante, que se dirige também a terceiros. Essa função, vem, muitas vezes, acoplada à punitiva, não se podendo compartimentar uma e outra como se vê, exemplificativamente, no acórdão lavrado no REsp 265.133, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 02.04.2001, e REsp 162.245-RJ, Rel. Min. Pádua Ribeiro”(Tendências da Responsabilidade Civil no Direito Contemporâneo: Reflexos no Código Civil de 2002. In: DELGADO, M. L.; ALVES, J. F. (Coords). *Questões Controvertidas: Responsabilidade Civil*, v. 5, p. 586).

reiterado, seja pelo lesante original ou por terceiros, sua reprovabilidade aumenta, justificando, portanto, a utilização da função punitiva da responsabilidade civil pela reiteração do ato danoso.

Dado o exposto, entendemos que a função preventiva é corolária da punitiva. É a face punitiva da moeda, portanto, que deve prevalecer. Privilegiaremos assim, terminologicamente, a função punitiva.

No ordenamento jurídico nacional, a função punitiva, embora veladamente, já é percebida na responsabilidade civil, imiscuindo-se com as funções reparatória e compensatória.

Quando se imiscui com a função reparatória, a função punitiva é notada, como exemplifica Eduardo Ulian¹²¹, na responsabilidade pelo fato do produto, na responsabilidade pelo risco, na responsabilidade absoluta e na gradação da culpa do causador do dano prevista no parágrafo único do artigo 944 do Código Civil.

Já quando se confunde com a função compensatória, conforme se verá mais acuradamente neste trabalho, ela pode ser averiguada quando o magistrado, ao fixar o montante indenizatório pertinente ao dano moral leva em consideração aspectos como a capacidade econômica e o grau de culpabilidade do ofensor.

A responsabilidade civil punitiva, portanto, coloca o ofensor nos holofotes¹²². A ele se aplicará o que os romanos já denominavam “pena privada”.

Seção II. Análise Histórica da Pena Privada

Não há dúvidas de que a principal função da responsabilidade civil é a de tornar indene a vítima. Porém, historicamente, a função de indenizar não foi a primeira função desse instituto. Nas sociedades primitivas, o dano aparecia como um rompimento de ordem social ou até mesmo de ordem cósmica. Referidas ordens precisavam ser recompostas e

¹²¹ *Responsabilidade Civil Punitiva*. Dissertação (Doutorado) – Universidade de São Paulo, p. 5.

¹²² Para André Gustavo Corrêa de Andrade, tal mudança de foco representa um imperativo ético: “Ao mudar o foco da figura da vítima para a figura do agressor, a indenização punitiva atende a um imperativo ético, porque possibilita a realização de um juízo valorativo diferenciado para comportamentos merecedores de diferente censura. Atribuindo importância à conduta do ofensor, e não apenas à consequência sofrida pela vítima, distingue um comportamento mais reprovável de um menos reprovável. Introduce, deste modo, um critério de justiça no âmbito da responsabilidade civil” (*Op. cit.*, p. 239.)

geralmente isto se dava por meio de um sacrifício. Por possuir uma essência ainda “incivil”, contemplava a responsabilidade a vingança, sentimento humano imediato ao ato ilícito, sendo de iniciativa da vítima a perseguição do ofensor¹²³.

O Direito Romano, evidentemente que após um determinado processo histórico que analisaremos a seguir, civilizou a incivil responsabilidade substituindo juridicamente a vingança privada por sanções ao ato ilícito. Referidas sanções possuíam dois focos¹²⁴. O primeiro era o fixado na vítima, o que levou as sanções a buscarem a prevenção do dano, sua compensação ou o seu ressarcimento e outro era fixado no ofensor, como necessidade de reação contra o ato danoso. Neste último âmbito é que o Direito Romano desenvolveu o conceito de pena como “*técnica ancorada num olhar sobre o agente causador do dano, mais que na consideração da vítima ou da situação da pessoa lesada*”.

A expressão “pena privada” não tem relação alguma com os termos “justiça privada”, “vingança privada”, ou pena aplicada “pelos privados”¹²⁵. Pelo contrário, consistiu, desde o Direito Romano arcaico, em um instrumento jurídico utilizado pelo Estado como forma de opor-se ao ideal que permeia os referidos termos.

A Lei das XII Tábuas, editada neste período (455 a. C.), já trazia situações¹²⁶ em que o Estado obrigava o lesado a aceitar a composição do dano pelo lesante, que deveria pagar o “preço” (*poena*) pré-determinado por meio de critérios específicos previstos em lei para aquele caso. Referidos “preços” eram usualmente fixados em múltiplos do dano causado.

¹²³ COSTA, Judith Martins; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e Abusos da Função Punitiva. *Revista CEJ*, n. 28, p.17.

¹²⁴ COSTA, Judith Martins; PARGENDLER, Mariana Souza. *Idem, ibidem*.

¹²⁵ COSTA, Judith Martins; PARGENDLER, Mariana Souza. *Idem, ibidem*.

¹²⁶ Destacamos aqui algumas leis da Tábua Sétima, denominada “Dos delitos”: “(...) 2 - Se alguém causa um dano premeditadamente, que o repare. (...) 5 - Se o autor do dano é impúbere, que seja fustigado a critério do pretor e indenize o prejuízo em dobro. 6 - Aquele que fez pastar seu rebanho em terreno alheio; 7- e o que intencionalmente incendiou uma casa ou um monte de trigo perto de uma casa, seja fustigado com varas e em seguida lançado ao fogo; 8 - mas se agiu por imprudência, que repare o dano; se não tem recursos para isso, que seja punido menos severamente do que se tivesse agido intencionalmente. Aquele que causar dano leve indenizará 25 asses. (...) 12 - Aquele que arrancar ou quebrar um osso a outrem deve ser condenado a uma multa de 300 asses, se o ofendido é homem livre; e de 150 asses, se o ofendido é um escravo” (MEIRA, Silvio A. B. *A lei das XII Tábuas – fontes do direito público e privado*, 3. ed. rev. e aument., Rio de Janeiro: Forense, 1972, p. 171-172). Recomenda-se aqui também a leitura de excelente Tese de Láurea apresentada à Universidade de São Paulo em 2009, denominada “*A Função Punitiva da Responsabilidade Civil por Ato Ilícito sob uma perspectiva histórica – Um estudo sobre a evolução das relações entre o Direito Civil e o Direito Penal*”, de autoria da então acadêmica Elaine Lavaissiere de Melo.

Do Direito Romano arcaico ao Direito Romano clássico assistimos a uma evolução da aplicação da pena privada que, antes restrita a algumas situações, transformou-se em uma forma de punição atribuída ao *delictum*¹²⁷.

O Direito Romano clássico não limitava o uso dos termos *poena*, *punire* e outros daí derivados à pena em seu sentido mais técnico, estendendo o seu uso a todos os tipos de sanção¹²⁸. Sendo assim, em referido período do Direito Romano, a função de punir se dava em dois âmbitos: (i) o das penas públicas e (ii) o das penas privadas.

A pena pública era aplicada como sanção aos delitos públicos (*crimen*)¹²⁹, isto é, às infrações cometidas contra o Estado e contra a paz do reino (Direito Penal público). Já a pena privada se dava no âmbito dos delitos privados (*delicta*)¹³⁰, cometidos contra a pessoa ou seus bens (*furtum*, *rapina*, *iniuria* e *damnum iniuria datum*).

Ao ocorrer um delito privado, a vítima tinha o direito, garantido pelo Estado, mas cuja iniciativa não pertencia a ele, de intentar contra o lesante determinadas *actiones poenalis* com o intuito de reprimir algumas condutas lesivas a interesses privados, como, por exemplo, o furto e roubo. Tal repressão se dava por meio de uma condenação a uma determinada quantia (*poena privata*)¹³¹.

Referida quantia, tal qual no Direito Romano arcaico, não era fixada buscando impedir ou neutralizar os efeitos do ilícito, mas sim punir o ofensor. O propósito acima pode ser verificado pelo fato de que a pena privada era estabelecida com base no denominado princípio da adequação, em montantes cujos valores consistiam no *duplum*, *triplum* ou *quadruplum* dos danos. Não obedeciam, portanto, as penas privadas obtidas por

¹²⁷ Cumpre aqui notar que o *delictum* também evoluiu em termos de abrangência. Em sua gênese, era restrito ao *ius civile*, mas, posteriormente, foi também aceito no *ius honorarium* (COSTA, Judith Martins; PARGENDLER, Mariana Souza. *Op. cit.*, p.17).

¹²⁸ Em sentido mais técnico, a “pena” deveria ser entendida como aquela aplicada por meio de uma ação, a *actio poenalis*, um dos instrumentos jurídicos daquele ordenamento destinado a efetivar a função de punir (COSTA, Judith Martins e PARGENDLER, Mariana Souza. *Op. cit.*, p.17).

¹²⁹ José Carlos Moreira Alves entende que o “delito público é a violação de norma jurídica que o Estado considera de relevante importância social. Assim, por exemplo, são delitos públicos a *perduellio* (atentado contra a segurança do Estado), o *parricidium* (assassinio de homem livre). O Estado punia os autores dos delitos públicos com *poena publica* (pena pública), imposta por Tribunais especiais (como as *Questiones Perpetuae*), e que consistia na morte, ou na imposição de castigos corporais ou multa que revertia em benefício do Estado” (*Direito Romano*, 6. ed., v. 2, p. 223).

¹³⁰ Define José Carlos Moreira Alves o delito privado como sendo “a ofensa feita à pessoa (assim, as lesões corporais) ou aos bens do indivíduo. Quando isso ocorre, o Estado não toma a iniciativa de punir o ofensor, mas assegura à vítima o direito de intentar contra este uma *actio* para obter sua condenação ao pagamento de determinada quantia, como pena (*poena privata*). No direito clássico com essa ‘*poena privata*’ tem o mesmo caráter punitivo que a *poena publica*. No direito justiniano, porém, ela passa, em verdade a configurar-se como ressarcimento do dano sofrido pela vítima, embora continue a denominar-se *poena*” (*Op. cit.*, p. 223-224).

¹³¹ COSTA, Judith Martins; PARGENDLER, Mariana Souza. *Op. cit.*, p.17.

meio das *actiones poenalis*, ao critério de identidade econômica entre o dano e o valor da reparação. Tal critério era utilizado nas *actiones rem persequentes*, que podiam ser cumuladas às *actio poenalis*¹³², possuindo, portanto, escopo reparatório.

Sendo assim conclui-se que no Direito Romano clássico havia dois tipos de tutelas sancionatórias absolutamente diferentes. A tutela sancionatória reparatória e a tutela sancionatória punitiva.

Destaca José Carlos Moreira Alves¹³³ que já no período justiniano identificou-se uma tendência de se considerar a *actio legis aquiliae* como remédio geral para os danos praticados em coisa alheia. Referido remédio foi entendido como sendo misto, pois juntava ao mesmo tempo as tutelas ressarcitória¹³⁴ (na parte em que a condenação correspondia ao valor atual da coisa) e penal (quando a condenação excedia ao valor atual da coisa, ou por ter sido mais valiosa no último ano ou nos 30 dias anteriores à ocorrência do dano, ou por ter sido o réu condenado *in duplum*).

A partir de então a tutela ressarcitória passou a prevalecer sobre a tutela punitiva. Tal prevalência se nota no decorrer histórico, sendo fato a diminuição paulatina de importância da pena privada particularmente nos regimes jurídicos de tradição romanista que originaram a *Civil Law*. Na *Common Law*, como se verá posteriormente, não se notará tal declínio do instituto da pena privada.

Sendo assim, na *Civil Law* a cisão entre a responsabilidade civil punitiva e a responsabilidade civil ressarcitória se torna cada vez mais evidente, principalmente após a doutrina da justiça comutativa de São Tomás de Aquino, que condenava a transferência injustificada de patrimônio de um sujeito para outro. Também Gregório Magno defendia que a pessoa furtada, por exemplo, não poderia receber mais do que a simples restituição. Paolo Gallo¹³⁵ afirma ainda que o jusnaturalismo, ao cunhar a existência de uma ação geral de ressarcimento de danos diversa da ação aquiliana, levou à absorção de todos os *delicta* em uma ação geral ressarcitória, tendo em vista o posicionamento filosófico predominante da época.

Diminuía-se, desta forma, o espaço para as ações de pena privada nos ordenamentos jurídicos influenciados por tal corrente filosófica. A cisão em voga pode ser

¹³² ALVES, José Carlos Moreira. *Op. cit.*, p. 225.

¹³³ *Op. cit.*, p. 235-236.

¹³⁴ José Carlos Moreira Alves denomina tal função de reipersecutória (*Op. cit.*, p. 235).

¹³⁵ *Pene Private e Responsabilitá Civile*, p. 40-44.

notada na opção dos juristas franceses de codificar de forma específica as disciplinas civil (Código Civil de 1804) e penal (Código de Processo Penal de 1806 e Código Penal de 1810)¹³⁶, o que era incomum à época.

Referida bipartição estrita do sistema de responsabilidade resultou, praticamente, no esquecimento da responsabilidade civil punitiva na *Civil Law*¹³⁷, conforme atestou Louis Hugueney, em 1904 (*L'idée de peine privée en droit contemporain*)¹³⁸. Da mesma forma, já em 1947, Boris Starck (*Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile en sa double fonction de garantie et de peine privée*), afirmou que a doutrina na *Civil Law* era generalizadamente hostil¹³⁹ ao conceito de responsabilidade civil punitiva. Afirma o autor ser inútil, a época, procurar pelo assunto nos cursos, manuais ou mesmo em doutrina mais aprofundada¹⁴⁰.

Referido autor, influenciado pela teoria do risco, desejou oferecer, por meio da noção de garantia, uma nova sistematização da responsabilidade civil, atribuindo à *faute*¹⁴¹ a consequência da pena privada¹⁴². Sugeriu Boris Starck, portanto, que a pena privada fosse reconsiderada no sistema francês.

Segundo Maria Celina Bodin de Moraes¹⁴³, a teoria esposada por Boris Starck só tornou-se de alguma utilidade quando se percebeu que ela serviria para fortalecer a ideia de reparação por danos morais. Sendo assim, não havendo como se estabelecer qualquer tipo de comparação entre a extensão do dano e a indenização punitiva, foi mais fácil afastar o

¹³⁶ COSTA, Judith Martins; PARGENDLER, Mariana Souza. *Op. cit.*, p.18.

¹³⁷ No ordenamento jurídico brasileiro, pode-se apontar como consequência do até aqui exposto a proibição da usura (ULIAN, Eduardo. *Op. cit.*, p. 41) e, mais modernamente, a consagração pelo atual Código Civil Brasileiro da teoria do enriquecimento sem causa (COSTA, Judith Martins; PARGENDLER, Mariana Souza. *Op. cit.*, p. 18).

¹³⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Punitive...*, p. 50.

¹³⁹ A pena privada romana foi tida pelos irmãos Mazeud como um indício de barbárie oriunda de civilizações mais remotas: "(...) este benefício acalma a antiga necessidade de vingança que está adormecida no fundo do coração de cada vítima. O homem que sofreu, não está no coração de cada vítima. O homem que sofreu, não está satisfeito com o mero fato que seu sofrimento desapareça; o instinto o leva a desejar que o autor do erro sofra, por sua vez, o mesmo mal. A ideia é bárbara, ela remete à toda maldade que há na natureza humana." (tradução nossa). No original: "(...) *ce bénéfice vient apaise l'antique besoin de vengeance qui sommeille au fond du coeur de chaque victime. L'homme qui a souffert, n'est pas au fond du coeur de chaque victime. L'homme qui a souffert, n'est pas satisfait par cela seul que disparaît sa souffrance; l'instinct le pousse à désirer que l'auteur de la faute souffre à son tour le même mal. L'idée est barbare; elle tient à tout ce qu'il y a de mauvais dans la nature humaine*" (Apud Costa, Judith Martins; PARGENDLER, Mariana Souza. *Op. cit.*, p. 18).

¹⁴⁰ STARCK, Boris apud ULIAN, Eduardo. *Op. cit.*, p. 1.

¹⁴¹ A *faute* no âmbito desta investigação deve ser entendida como sendo um determinado ato ilícito com culpabilidade relevante.

¹⁴² MORAES, Maria Celina Bodin de. *Idem, ibidem*.

¹⁴³ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Idem, ibidem*.

contra-argumento de que seria imoral pagar a dor com dinheiro (dinheiro da dor), afirmando-se que referida indenização, na verdade, tratava-se de mera punição ao ofensor.

No entanto, como afirma Eduardo Ulian¹⁴⁴, a partir de então a responsabilidade civil passou a receber crescente atenção de juristas continentais, principalmente franceses¹⁴⁵ e italianos¹⁴⁶, com a publicação de vários trabalhos intelectuais, monografias, artigos e até mesmo de fragmentos inseridos em obras gerais de responsabilidade civil.

Não foi, portanto, a responsabilidade civil punitiva enterrada pela História na *Civil Law*, sendo fato que o referido instituto ressurgiu pendularmente vaticinando tal qual Fênix¹⁴⁷.

Atualmente, a responsabilidade civil punitiva vem ganhando cada vez mais força no ordenamento jurídico nacional¹⁴⁸, conforme se pode concluir de sua admissão, ainda que velada, na indenização por danos morais por boa parte da jurisprudência, bem como do apoio de uma significativa parte da doutrina nacional, conforme se verá posteriormente na presente investigação¹⁴⁹.

Concluímos, portanto, que a responsabilidade civil tradicional passa por uma verdadeira “crise”. Atribuir-se a função punitiva à responsabilidade civil representa uma verdadeira mudança de paradigma. No entanto, consideramos que referida transição é absolutamente pertinente tendo em vista a ineficácia do atual paradigma reparatório, que não tem respondido satisfatoriamente às novas demandas da responsabilidade civil¹⁵⁰.

¹⁴⁴ ULIAN, Eduardo. *Op. cit.*, p. 1.

¹⁴⁵ Pode-se destacar na doutrina francesa, por exemplo, a notável obra de Suzanne Carval intitulado “*La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*”, publicado em 1995, bem como a obra em conjunto de, Geneviève Viney e Patrice Jourdain, denominada “*Traité de Droit Civil – Les Effects de la Responsabilité*”, publicada em 1989.

¹⁴⁶ Na Itália, destaca-se a obra de Paolo Gallo, denominada “*Pene Private e Responsabilità Civile*”, publicada em 1996.

¹⁴⁷ STARCK, Boris *apud* COSTA, Judith Martins; PARGENDLER, Mariana Souza. *Op. cit.*, p.18

¹⁴⁸ Maria Celina Bodin de Moraes critica a importação do sistema americano de institutos jurídicos. Com base em Pierre Bourdieu, afirma que certas características do modelo econômico neoliberal, em tese universais, na verdade, originam-se “do fato de que está incrustado em uma sociedade particular, enraizado em um sistema de crenças e valores e com uma determinada visão do mundo, isto é, um senso comum econômico ligado às estruturas cognitivas de uma ordem social específica, a ordem dos Estados Unidos da América(...) Segue-se (...) que o modelo da política econômica aplicado em toda parte universaliza o caso particular da economia americana, à qual dá assim uma enorme vantagem competitiva, prática e, também, simbólica, uma vez que a justifica a existir como existe; em segundo lugar, que não se pode criticar esse modelo sem criticar os Estados Unidos, que são sua forma paradigmática” (*Punitive....*, p. 45).

¹⁴⁹ Vide Capítulo IV, Seções II e III, respectivamente.

¹⁵⁰ Assim também entende André Gustavo Corrêa de Andrade: “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 a indenização, em certos casos, principalmente naqueles em que é atingido algum direito da personalidade, deve desempenhar um papel mais amplo do que o até então concebido pela doutrina

Seção III. Natureza Jurídica da Pena Privada

A pena privada é espécie do gênero sanção civil. Como muito bem notou Eduardo Ulian¹⁵¹, com base em Charles Albert Morand, o termo “sanção” não serve somente “*para caracterizar uma pena a ser infringida àquele que transgride um comando, mas aplica-se a todos os tipos de conseqüências jurídicas*”.

A sanção seria, portanto, a reação da ordem jurídica contra a ilegalidade. Para José de Oliveira Ascensão¹⁵², a sanção pode-se distinguir em cinco funções: compulsória, reconstitutiva, compensatória, preventiva e punitiva.

Estas funções se assemelham às funções da responsabilidade civil e tal semelhança não é mera coincidência uma vez que a sanção civil, na verdade, nada mais é do que o instrumento utilizado pela responsabilidade civil para a obtenção de seus fins.

A sanção civil punitiva (ou preventiva) é particularmente interessante porque o valor fixado não mais visa reparar o dano individual, mas sim sancionar o ofensor demonstrando a resposta do ordenamento jurídico a ato ilícito repudiável.

Paolo Gallo¹⁵³ subdivide a sanção civil punitiva em três classes: (i) a negocial; (ii) a legislativa e; (iii) a judiciária. A negocial é a que se dá no âmbito da autonomia privada por meio das cláusulas penais, por exemplo. A legislativa é aquela fixada em disposições legais específicas, como as multas previstas em lei pelo descumprimento do regulamento condominial¹⁵⁴. A judiciária, por sua vez, é a que se dá por meio de sentença judicial, sem prévia previsão legal.

tradicional. O “paradigma reparatório”, calcado na teoria de que a função da responsabilidade civil, é, exclusivamente, a de reparar o dano, tem-se mostrado ineficaz em diversas situações conflituosas, nas quais ou a reparação do dano é impossível, ou não constitui resposta satisfatória. Há sinais evidentes do que se pode reconhecer como uma verdadeira ‘crise’ de paradigma, que tende a uma superação do tradicional modelo reparatório” (*Op. cit.*, p. 222).

¹⁵¹ *Responsabilidade Civil Punitiva*. 2003. Dissertação (Doutorado) – Universidade de São Paulo, p. 6.

¹⁵² *O Direito. Introdução e Teoria Geral: uma Perspectiva Luso-Brasileira*, p. 56.

¹⁵³ *Pene Private e Responsabilitá Civile*, p. 33.

¹⁵⁴ Os juros de mora; a cláusula penal (Art. 416 do Código Civil); as arras (Arts. 418 e 420 do Código Civil); o pagamento em dobro (Art. 940 do Código Civil) e a restituição em dobro (Art. 42 do Código de Defesa do Consumidor) também podem ser considerados como exemplos de pena privada legislativa (ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano Moral e Indenização Punitiva - Os Punitive Damages na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro*, 2. ed., p. 233).

Esta dissertação se ocupará deste último tipo. Tal sanção é fixada pelo juiz (*Civil Law*) ou pelo júri (*Common Law*) e, em regra, independe do valor do dano individual a que o ofensor deu causa (embora possa ser usada como parâmetro para a fixação do montante punitivo). Sendo assim, nada mais é a sanção civil judiciária punitiva do que uma nova roupagem da pena privada romana, em que se confere ao juiz (ou a órgão decisório) determinada liberdade para fixar o valor a ser pago pelo ofensor à vítima.

Cumpra aqui destacar que a pena privada poderá ser não-pecuniária ou pecuniária.

Eduardo Ulian¹⁵⁵ traz como exemplos de pena privada não-pecuniária a destituição do poder familiar do pai que incorra nas condutas do artigo 1638 do Código Civil¹⁵⁶, ou, ainda a pena de sonegados prevista no artigo 1992¹⁵⁷ do mesmo diploma legal.

A pena privada pecuniária, por sua vez, é uma pena fixada em dinheiro. Evidentemente que um valor poderá ser fixado a título de pena privada negocial, bem como de pena privada legislativa. No entanto, interessa-nos aqui discutir a pena privada judiciária (sem prévia autorização legal). Referida pena é atualmente fixada pelo magistrado em casos envolvendo danos morais e pode se dar de duas formas: implícita ou explícita¹⁵⁸.

A pena privada pecuniária judiciária implícita (doravante denominada “indenização punitiva”¹⁵⁹) é aquela em que o montante punitivo é imiscuído no montante fixado a título indenizatório nos danos morais, a exemplo do que vem ocorrendo no Brasil.

Por outro lado, a pena privada pecuniária judiciária explícita (doravante denominada “*punitive damages*”¹⁶⁰) é a que se dá quando o valor punitivo é fixado em apartado do valor indenizatório, com o propósito, portanto, de punir explicitamente o

¹⁵⁵ *Op. cit.*, p. 7-8.

¹⁵⁶ Código Civil, Art. 1.638: “Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: I - castigar imoderadamente o filho; II - deixar o filho em abandono; III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente”.

¹⁵⁷ Código Civil, Art.1.992: “O herdeiro que sonegar bens da herança, não os descrevendo no inventário quando estejam em seu poder, ou, com o seu conhecimento, no de outrem, ou que os omitir na colação, a que os deva levar, ou que deixar de restituí-los, perderá o direito que sobre eles lhe cabia”.

¹⁵⁸ ULIAN, Eduardo. *Op. cit.*, p. 9.

¹⁵⁹ A presente dissertação, conforme já destacado em sua introdução, se utiliza do termo “indenização punitiva” especificamente para designar a situação na qual o valor fixado a título de dano moral pelo juiz, concomitantemente, vise indenizar e punir. Já o termo *punitive damages* será aqui utilizado com o sentido específico de valor punitivo fixado pelo juiz em separado do valor indenizatório.

¹⁶⁰ Vide nota anterior.

ofensor por sua conduta reprovável¹⁶¹, demonstrando o repúdio social a tal ato ilícito. Esta é a praxe nos países de *Common Law*, particularmente nos Estados Unidos.

¹⁶¹ Neste sentido é o magistério de André Gustavo Corrêa de Andrade que, com base em Schlueter, L. e Redden, K. R. afirma: “O propósito geral dos *punitive* ou *exemplary damages* é o de punir o ofensor, estabelecendo uma sanção que lhe sirva de exemplo para que não repita o ato lesivo, além de dissuadir comportamentos semelhantes por parte de terceiros. O *Restatement (Second) of torts*, § 908 (1) (1979), realça essa finalidade primordial do instituto: ‘*Punitive damages* são a indenização, diversa do *compensatory* ou *nominal damages*, estabelecidas contra alguém para puni-lo por sua conta ultrajante e para dissuadi-lo e a outros de praticar conduta semelhante no futuro’. Entende-se que, na realização desses propósitos, os *punitive damages* atuam em prol do interesse público e social” (*Op. cit.*, p. 187).

CAPÍTULO IV – OS *PUNITIVE DAMAGES* E A INDENIZAÇÃO PUNITIVA¹⁶² NO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL

A admissão da indenização punitiva e dos *punitive damages* no ordenamento jurídico nacional ainda é controversa. Historicamente, a tradição jurídica brasileira majoritariamente ignorou a função punitiva da responsabilidade civil. Atualmente, no entanto, o debate e o interesse na questão vêm crescendo.

Seção I. O Âmbito Legislativo

No âmbito legislativo, destaca Sérgio Severo¹⁶³ que já se verificava a tese do caráter punitivo dos danos morais há muito tempo. No Código Civil de 1916, por exemplo, o artigo 1538¹⁶⁴, que trata da ofensa corporal, estabelecia como critério para a fixação do valor indenizatório a importância da multa no grau médio da pena criminal correspondente. Continua o autor em tela exemplificando com a antiga Lei de Imprensa¹⁶⁵, que em seu artigo 53, II, estabeleceu como critérios para a fixação da reparação por dano moral a intensidade do dolo ou o grau de culpa do responsável. O artigo 84 do Código Brasileiro de Telecomunicações¹⁶⁶, bem como o § 2º do artigo 243 do Código Eleitoral¹⁶⁷, estabeleceram como parâmetros para a fixação do dano moral a análise da situação econômica do ofensor, a intensidade do ânimo de ofender e a gravidade e a repercussão da ofensa.

¹⁶² Cumpre aqui fazer uma ressalva. A presente dissertação optou por diferenciar os termos “indenização punitiva” e “*punitive damages*”. A doutrina e a jurisprudência brasileiras, em regra, não faz tal distinção. Portanto, recomendamos ao leitor deste trabalho uma especial atenção, principalmente quando citarmos *ipsis literis* os entendimentos de doutrina e jurisprudência a respeito da questão.

¹⁶³ SEVERO, Sérgio. *Os Danos Extrapatrimoniais*, p. 191.

¹⁶⁴ Código Civil de 1916, Art. 1.538: “No caso de ferimento ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até o fim da convalescença, além de lhe pagar a importância da multa no grau médio da pena criminal correspondente. (Redação dada pelo Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, de 15.1.1919) §1º Esta soma será duplicada, se do ferimento resultar aleijão ou deformidade. § 2º Se o ofendido, aleijado ou deformado, for mulher solteira ou viúva, ainda capaz de casar, a indenização consistirá em dotá-la, segundo as posses do ofensor, as circunstâncias do ofendido e a gravidade do defeito”.

¹⁶⁵ Lei 5250/67, Art. 53: “No arbitramento da indenização em reparação do dano moral, o juiz terá em conta, notadamente: (...) II - A intensidade do dolo ou o grau da culpa do responsável, sua situação econômica e sua condenação anterior em ação criminal ou cível fundada em abuso no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação”.

¹⁶⁶ Lei 4117/62, Art. 84: “Na estimação do dano moral, o Juiz terá em conta, notadamente, a posição social ou política do ofendido, a situação econômica do ofensor, a intensidade do ânimo de ofender, a gravidade e repercussão da ofensa”.

¹⁶⁷ Lei 4737/65, Art. 243, §2º: “No que couber aplicar-se-ão na reparação do dano moral, referido no parágrafo anterior, os artigos 81-88 da Lei nº 4117, de 27/08/1962”. *Vide nota anterior*.

Seção II. O Âmbito Doutrinário

Em regra¹⁶⁸, posiciona-se Maria Celina Bodin de Moraes¹⁶⁹ como contrária à aceitação das penas privadas judiciárias pecuniárias no ordenamento jurídico brasileiro por dois motivos, sendo um de cunho sociológico e outro de cunho jurídico.

No que tange ao argumento de cunho sociológico, observa referida autora, ao trazer a observação de Tzevtan Todorov feita na obra “*O Homem Desenraizado*”, que a aceitação de tais penas no ordenamento jurídico nacional poderia originar na sociedade o fenômeno denominado “*vitimização social*”:

Aqui podemos sempre procurar a responsabilidade dos outros por aquilo que não vai bem na vida. Se meu filho cai na rua, a culpa é da cidade, que não fez calçadas planas o suficiente, se corto o dedo na grama, a culpa é do fabricante da grama. Se não sou feliz hoje, a culpa é dos meus pais no passado, de minha sociedade no presente: eles não fizeram o necessário para o meu desenvolvimento. A única hesitação que posso ter é saber se para a reparação me volto para um advogado ou para um psicoterapeuta, mas nos dois casos sou uma vítima e minha responsabilidade não é levada em conta.

Nesse sentido, são interessantes os apontamentos de Rui Stoco¹⁷⁰ a respeito dos reflexos da exacerbação das punições no sistema norte-americano. Segundo referido autor, a ânsia punitiva norte-americana levou a absurdos como, por exemplo: (i) o fato de famílias se recusarem a receber em seus lares colegas de seus filhos sem que os mesmos portem documentos que isentem os responsáveis pela casa de qualquer acidente que eventualmente ocorra; (ii) a recusa de escolas de entregarem qualquer remédio a seus alunos (ainda que uma aspirina!); (iii) o fato de se evitar relações, ainda que meramente amigáveis, com o sexo oposto no ambiente de trabalho ou escolar, temendo possíveis acusações de assédio sexual; (iv) a situação na qual uma empresa fabricante de aparelhos micro-ondas foi processada por não colocar em seu manual de informações uma

¹⁶⁸ Ver-se-á nesta dissertação que referida autora excepciona o seu entendimento, recomendando, por exemplo, a aplicação da responsabilidade civil punitiva no âmbito das relações de consumo. *Vide* Capítulo V, Seção II.

¹⁶⁹ *Danos à Pessoa Humana. Uma leitura civil-constitucional dos Danos Morais*, p. 3.

¹⁷⁰ *Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência*, 7. ed., rev., atual. e ampl., p. 1728-1729.

observação a respeito da impossibilidade de se colocar animais para “secar” no apontado utensílio¹⁷¹.

Já o argumento de cunho jurídico é a pedra angular dos que negam a possibilidade de que a indenização punitiva e os *punitive damages* sejam aceitos no Brasil. Em suma, consiste o argumento na tese de que a aplicação de referidas sanções ofenderia ao princípio da legalidade. Assim entende Maria Celina Bodin de Moraes, *in verbis*¹⁷²:

Tal caráter aflitivo, aplicado indiscriminadamente a toda e qualquer reparação de danos morais, coloca em perigo princípios fundamentais de sistemas jurídicos que têm na lei sua fonte normativa, na medida em que se passa a aceitar a idéia extravagante à nossa tradição, de que a reparação já não se constitui como o fim último da responsabilidade civil, mas a ela se atribuem também, como intrínsecas, as funções de punição e dissuasão, de castigo e prevenção.

Para Humberto Theodoro Júnior¹⁷³, com base nos ensinamentos de Néelson Hungria, a lei penal se apartou da lei civil formando um sistema fechado, que não poderá ser suprido pelo arbítrio judicial, não podendo o juiz usurpar o papel do legislador nesta questão. Cumpre explicitar seu magistério:

Não há penas a flutuar fora das leis escritas. Não há crime, não há pena, sem prévia cominação legal – proclama, também, o art. 1º do Código Penal. A lei penal se apartou da lei civil e formou “um sistema fechado: ainda que se apresente omissa ou lacunosa, não pode ser suprida pelo arbítrio judicial, ou pela analogia, ou pelos ‘princípios gerais de direito’, ou pelo costume” (...) “Pouco importa que alguém haja cometido um fato anti-social, excitante da reprobção pública, francamente lesivo ao *minimum* de moral prática que o direito penal tem por função assegurar, com suas reforçadas sanções, no interesse da ordem, da paz, da disciplina social: se esse fato escapou à previsão do legislador, isto é, senão corresponde, precisamente, a *parte objecti* e a *parte subjecti*, a uma das figuras delituosas, anteriormente recortadas *in abstracto* pela lei, o agente não deve contas à justiça repressiva,

¹⁷¹ Tal caso, conforme abordará posteriormente a presente dissertação, trata-se, na verdade de uma “lenda urbana” que não consta em nenhum registro jurisprudencial (ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano Moral e Indenização Punitiva - Os Punitive Damages na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro*, 2. ed., p. 41).

¹⁷² Danos..., p. 229.

¹⁷³ *Dano moral*, 6. ed., atual. e ampl., p. 69-70. Referido autor, embora contrário à pena privada fixada pelo Judiciário sem prévia lei que a autorize, parece admitir a pena privada inserida nos danos morais, desde que a função punitiva seja absolutamente secundária: “Daí que o caráter repressivo da indenização por dano moral deve ser levado em conta pelo juiz *cum grano salis*. A ele se deve recorrer apenas a título de critério secundário ou subsidiário, e nunca como dado principal ou determinante do cálculo do arbitramento, sob pena de desvirtuar-se a responsabilidade civil e de impregná-la de um cunho repressivo exorbitante e incompatível com a natureza privada e reparativa apenas da lesão individual” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op. cit.*, p. 41).

por isso mesmo que não ultrapassou a esfera da licitude jurídico-penal” (...). Se nem a lei incompleta pode atribuir a outros órgãos a cominação de pena, muito menos pode o Judiciário, por iniciativa própria, considerar determinada conduta, nunca tipificada pelo legislador, como merecedora de punição, segundo critério puramente judicial.

Maria Celina Bodin de Moraes¹⁷⁴ nota ainda que por diversas vezes o legislador nacional rejeitou projetos de lei que contemplavam penas privadas judiciárias pecuniárias. Cumpre aqui destacar duas: a do artigo 16 do Código de Defesa do Consumidor¹⁷⁵ e a do § 2º do artigo 944 do Código Civil.

Para referida autora a negativa do legislador ao artigo 16 do Código de Defesa do Consumidor é particularmente relevante pois é justamente nas relações de consumo que os *punitive damages* encontram sua maior expressão no Direito Norte-Americano. Sendo assim, a opção brasileira para Maria Celina Bodin de Moraes¹⁷⁶ foi absolutamente clara ao dizer não aos *punitive damages* no ordenamento jurídico nacional.

A outra negativa se deu no Projeto de Lei n.º 6960 apresentado pelo Deputado Ricardo Fiúza em 12 de junho de 2002¹⁷⁷. Referido projeto sugeriu um novo parágrafo ao artigo 944, prevendo que “a reparação do dano moral se desse de modo a constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante”.

Tal sugestão legislativa foi rejeitada pela Comissão de Constituição e Justiça na Câmara¹⁷⁸, sob o argumento de que a indenização do dano moral não poderia ser tratada como pena, conforme voto do Relator Deputado Vicente Arruda¹⁷⁹:

¹⁷⁴ *Punitive Damages* em sistemas civilistas: Problemas e Perspectivas. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v.18, p. 46-47.

¹⁷⁵ O vetado artigo 16 tinha a seguinte redação: “Se comprovada a alta periculosidade do produto ou serviço que provocou o dano, ou grave imprudência, negligência ou imperícia do fornecedor será devida multa civil de até um milhão de vezes o Bônus do Tesouro Nacional – BTN, ou índice equivalente que venha a substituí-lo, na ação proposta por qualquer dos legitimados à defesa do consumidor em juízo, a critério do juiz, bem como a situação econômica do responsável”.

¹⁷⁶ *Punitive...*, p. 46-47.

¹⁷⁷ Cumpre informar que apesar do parecer favorável da Câmara dos Deputados para prosseguimento do presente projeto de lei, ele foi arquivado em 31.01.2007, dado o fim da legislatura do Deputado Ricardo Fiúza (Disponível em <http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=56549> Acesso em 20.09.2010). No entanto, tal projeto foi reapresentado na mesma data pelo Deputado Léo Alcântara, agora sob n.º 276/2007 (Disponível em <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=343231> Acesso em 20.09.2010), possuindo como Relator o Deputado Régis de Oliveira e mantendo as mesmas propostas de alteração referente ao artigo 944 do Código Civil.

¹⁷⁸ Conforme já notado em nota de rodapé anterior, o presente projeto foi reapresentado, inclusive no que tange às propostas de modificações pertinentes ao artigo 944 do Código Civil. Sendo assim, evidentemente, tal proposta será reanalisada.

A doutrina define o dano moral de várias formas. Todas as definições, entretanto, são coincidentes no que diz respeito a ser referente ao dano de bens não-patrimoniais ou não-econômicos do lesado. Em nenhum lugar a indenização por dano moral é relacionada à pena. É justamente esse caráter de pena que ora se pretende dar quando o PL diz: “adequado desestímulo ao lesante”. Além do mais se confere ao juiz um arbítrio perigoso porque não delimita a fronteira entre o dano efetivo e o adequado desestímulo ao cometimento de futuros atos ilícitos. Cria também um duplo critério de avaliação da indenização. O critério para cálculo do valor da indenização do dano, tanto para o material quanto para o moral, deve ser o da sua extensão. Pela rejeição.

Para Maria Celina Bodin de Moraes¹⁸⁰ tal negativa foi extremamente salutar:

Esta solução, no âmbito de projeto de lei feito às carreiras, de uma genérica autorização ao juiz para acréscimo de 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 em 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.

A autora em tela continua seu raciocínio afirmando ainda que não basta a mera previsão legal genérica para a autorização do pena privada, devendo a lei, portanto, definir a *fattispecie* das situações merecedoras da aplicação da pena pecuniária¹⁸¹, *in verbis*:

Esta é, na realidade, a solução que se apresenta mais condizente para com o instituto da pena privada - ou da indenização punitiva – nos países civilistas: normatizar a *fattispecie*, consideradas, do ponto de vista do legislador democrático, como merecedoras de aplicação da pena pecuniária ou multa civil. A questão é, evidentemente, de ordem filosófica e sociológica e, sucessivamente, de política legislativa, hipóteses em relação às quais serão sempre insuficientes as soluções (necessariamente) casuísticas da jurisprudência.

¹⁷⁹ CÂMARA DOS DEPUTADOS. COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E REDAÇÃO. *Projeto de Lei n.º 6960, de 2002*. Relator Deputado Vicente Arruda. Inteiro Teor do Relatório disponível em <<http://www.camara.gov.br/sileg/MontarIntegra.asp?CodTeor=196514>> Acesso em 19.12.2010.

¹⁸⁰ *Punitive...*, p. 49.

¹⁸¹ BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Punitive...*, p. 55.

Haveria, portanto, para os que assim entendem, a necessidade de uma lei que conferisse legitimidade ao acréscimo de montante punitivo nas indenizações em sede de responsabilidade civil.

Por outro lado são vários os que se posicionam favoravelmente à responsabilidade civil punitiva. A maioria dos autores, como se verá a seguir, não se posiciona explicitamente a respeito dos *punitive damages*, o que, evidentemente não significa sua reprovação. Trata-se de um tema novo no ordenamento jurídico nacional que ainda não foi devidamente analisado.

Aguiar Dias destacava os pontos de contato entre a indenização e a pena nos danos morais. Afirma o referido autor que a indenização punitiva satisfaz tanto a consciência de Justiça como a personalidade do lesado. Além disso, pune o lesante¹⁸². Vale a pena destacar o seu entendimento¹⁸³, *in verbis*:

(...) Mas se a reparação se tem de fazer em dinheiro, avultam os pontos de contato entre a indenização e a pena, porque também esta pode empregar-se na satisfação do empregado, proporcionando-lhe o *solatium*, apaziguamento, e conseguindo alteração do sentimento e vontade. Essa função oferece satisfação à consciência de justiça e à personalidade do lesado, e a indenização pode desempenhar um papel múltiplo, de pena, de satisfação e de equivalência. Assim, o pagamento de uma soma a título de satisfação ocupa um lugar intermediário entre a indenização e a pena. Com a primeira compartilha o fim essencial de representar uma prestação imposta a favor e em consideração do lesado; com esta tem de comum o implicar em mal para o indenizante.

Para Caio Mário da Silva Pereira¹⁸⁴ a compensação do dano moral deverá dar-se em convergência com duas forças: o caráter compensatório e o caráter punitivo¹⁸⁵. O caráter

¹⁸² No mesmo sentido é o entendimento de Tereza Ancona Lopez: “O instituto da indenização por danos punitivos no Brasil apenas se assemelha àquele consagrado na *Common Law*. Aqui não são necessários os requisitos dolosos e fraudulentos por parte do réu, apesar de ser também baseado na conduta do culpado. De outro lado, essa quantia maior que valerá como “desestímulo”, nem sempre é arbitrada pelo juiz, tudo vai depender do grau de culpa do agente causador do dano, pois é pena privada (...) Em suma, em nossa opinião, a indenização do dano moral, especialmente no Brasil, tem duas funções: a de pena privada ou expiação, em relação ao culpado e a de satisfação, relativa a vítima. Pensamos, como bem observa Fisher, que, na verdade, a soma em dinheiro paga a título de compensação ou satisfação ocupa um lugar intermediário entre a indenização e a pena. “Como a primeira compartilha o fim essencial de representar uma prestação imposta a favor e em consideração ao lesado; com esta tem de comum implicar um mal para o lesante (...)” (*Princípio da Precaução e Evolução da Responsabilidade Civil*, p. 81-82).

¹⁸³ DIAS, Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*, v. 2., 10. ed., p. 736-737.

¹⁸⁴ *Responsabilidade Civil*, 8. ed., p. 55 e 60.

¹⁸⁵ Neste sentido também se posiciona Maria Helena Diniz: “Não se pode negar a função: a) penal, constituindo uma sanção imposta ao ofensor, visando a diminuição do seu patrimônio pela indenização paga ao ofendido, visto que o bem jurídico da pessoa – integridade física, moral e intelectual – não poderá ser

compensatório destina-se à tutela da vítima, que, por ter sido lesionada merece ser compensada em contrapartida ao mal sofrido. Já o caráter punitivo tem por objetivo fazer com que o autor do dano se sinta castigado pela ofensa que praticou. Desta feita, para o doutrinador em tela, o magistrado, ao fixar o montante indenizatório, deverá levar em consideração a situação pessoal do ofendido e as posses econômicas do lesante. Sendo assim, na opinião do autor em voga, a indenização, por um lado, servirá para compensar à vítima e, por outro, punir o lesante, evitando-se, contudo, o enriquecimento sem causa do lesado.

Carlos Alberto Bittar¹⁸⁶ destacou que a indenização a título de danos morais pode desempenhar a importantíssima função de demonstrar à sociedade que o Estado não tolerará determinados comportamentos e responderá com rigor. O Estado não pode furtar-se de oferecer resposta a um determinado ato repudiado pela sociedade. Sendo assim, para o referido autor a indenização a título de dano moral é o instrumento hábil para que o Estado possa demonstrar a sua resposta punindo o ofensor. Para que tal resposta seja eficaz, a indenização a título de danos morais deverá ser fixada em razão das potencialidades do patrimônio do lesante e de modo que este sinta no “bolso” as consequências do ato ilícito. O citado autor assim pronuncia:

(...) em consonância com essa diretriz, a indenização por danos morais deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo advindo. Consubstancia-se, portanto, em importância compatível com o vulto dos interesses em conflito, refletindo-se de modo expressivo, no patrimônio do lesante, a fim de que sinta, efetivamente, a resposta da ordem jurídica aos efeitos do resultado lesivo produzido. Deve, pois, ser quantia economicamente significativa, em razão das potencialidades do patrimônio do lesante.

Silvio de Salvo Venosa¹⁸⁷ destaca a mutabilidade do direito da responsabilidade civil e o papel preventivo que a indenização punitiva pode proporcionar por meio de uma

violado impunemente, subtraindo-se do ofensor as consequências de seu ato por não serem reparáveis; b) satisfatória ou compensatória, pois como dano moral constitui um menoscabo a interesses jurídicos extrapatrimoniais, provocando sentimentos que não têm preço, a reparação pecuniária visa proporcionar ao prejudicado uma satisfação que atenua a ofensa causada” (*Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*, v. 7, p. 94).

¹⁸⁶ *Reparação Civil por Danos Morais*, 3. ed. rev., atual. e ampl., p. 220-222.

¹⁸⁷ Referido autor diferencia ainda o aspecto dissuasório do aspecto pedagógico: “Não se identifica, em princípio, esse aspecto dissuasório com o aspecto didático ou pedagógico. A condenação por dano imaterial pode incutir no sentimento social o caráter de ilicitude em determinada conduta, mormente quando esse aspecto não é muito conhecido no meio social. Para que essa finalidade pudesse ser atingida plenamente, há

punição que eduque não só o lesante, mas também a sociedade, prevenindo maiores danos futuros, nos seguintes termos:

Há função de pena privada, mais ou menos acentuada, na indenização por dano moral, como reconhece o direito comparado tradicional. Não se trata, portanto, de mero ressarcimento de danos, como ocorre na esfera dos danos materiais. Esse aspecto punitivo da verba indenizatória é acentuado em muitas normas de índole civil e administrativa. Aliás, tal função de reprimenda é acentuada nos países de *common law*. Há um duplo sentido na indenização por dano moral: ressarcimento e prevenção. Acrescente-se ainda o cunho educativo, didático ou pedagógico que essas indenizações apresentam para a sociedade. Quem, por exemplo, foi condenado por vultosa quantia porque indevidamente remeteu título a protesto; ou porque ofendeu a honra e a imagem de outrem pensará muito em fazê-lo novamente. (...) Trata-se de mais uma mutação que a responsabilidade civil vem sofrendo ultimamente. O direito da responsabilidade civil é essencialmente mutante.

Guilherme Ferreira da Cruz¹⁸⁸ nota ainda que, particularmente nas relações que envolvam massas, como, por exemplo, as relações de consumo, a punição não só deve existir como deve ser severa para que o fornecedor possa ser educado de forma a tomar as medidas necessárias para que o dano não volte a ocorrer com outras dezenas ou centenas de consumidores. Sendo assim, não basta que a indenização se resuma ao dano, ela deve ser hábil para provocar uma mudança comportamental de modo a se evitar que o dano seja reiterado.

Por conseguinte, de forma genérica, os defensores da possibilidade da aceitação da indenização punitiva no Brasil afirmam que a indenização por dano moral possui um caráter dúplice pelo fato da interconexão de aspectos civis e penais que lhe é inerente. Tal interconexão permite que se possa punir o ofensor e não somente compensar a vítima.

Entendem, ademais, que a possibilidade de punir provocando “dor no bolso”, bem como o corolário efeito dissuasório que a punição efetivamente traz, são respostas que, além de legitimadas pelo ordenamento jurídico nacional, são mais eficazes para se fazer valer o ideal de Justiça presente na sociedade.

Ademais, recentemente, a IV Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho de Justiça Federal, em seu enunciado 379 prescreveu que o “*art. 944, caput, do Código Civil*

necessidade de que, de *lege ferenda*, permita-se ao julgador determinar a publicação da sentença em veículos que atinjam determinados segmentos mais ou menos amplos da sociedade, como consectário da condenação. Nem sempre a imprensa noticia decisões importantes e, quando o faz, peca com frequência por não informar corretamente” (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*, v. 4, 9. ed., p. 301).

¹⁸⁸ *Princípios constitucionais das relações de consumo e dano moral*, p. 141.

*não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil*¹⁸⁹. Nesse sentido, conclui Silmara Juny de Abreu Chinellato que a aceitação da pena privada já pode ser reconhecida como uma das tendências da responsabilidade civil¹⁹⁰.

Seção III. O Âmbito Jurisprudencial

A jurisprudência brasileira há algum tempo já se utiliza da indenização punitiva para resolver questões em aberto da responsabilidade civil.

Nesse sentido, tomamos por exemplo um caso no qual o ofendido seja muito rico e o ofensor muito pobre. Nesta situação, ou a indenização será extremamente alta e o ofensor não terá condições financeiras de pagá-la, ou, então, o valor indenizatório será fixado em patamares tão baixos, que não representará satisfação alguma para a vítima.

Para José Carlos Moreira Alves¹⁹¹, ministro do Supremo Tribunal Federal aposentado, em havendo a situação acima, a resposta correta a ser dada pelo ordenamento deve ser a última, uma vez que a reparação dos danos morais também tem um caráter de pena: é uma justa punição que se reverte a favor da vítima.

Sendo assim, a sentença que fixar um determinado valor a título de danos morais, ainda que insatisfatória à vítima de excelentes condições financeiras cumprirá o seu papel social ao condenar o lesante, representando uma pena a ato reprovável que de outra forma não receberia a resposta adequada.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça adotou a tese do caráter punitivo dos danos morais em seus acórdãos buscando desestimular o ofensor. Como nota Maria Celina Bodin de Moraes¹⁹² ainda em abril de 1997 o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, no Recurso Especial 85.205, afirmava: “*na fixação do dano moral, deve o juiz*

¹⁸⁹ IV Jornada de Direito Civil, v. 1, p. 47.

¹⁹⁰ Conforme palestra proferida em 27 de setembro de 2010, denominada “Responsabilidade por Direitos da Personalidade”, no “Curso de Direito Civil” realizado pelo Departamento Jurídico XI de Agosto da Universidade de São Paulo.

¹⁹¹ Conforme conferência proferida em seminário sobre “Responsabilidade Civil” promovido pela Escola da Magistratura do Rio de Janeiro (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*, 8. ed. rev. e ampl., p. 94-95).

¹⁹² Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, REsp. 85.205, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 28.04.97, DJ. 26.05.07 e na Revista do Superior Tribunal de Justiça (RSTJ) 97/280 (*Punitive...*, p. 53).

orientar-se pelos critérios recomendados pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades do caso”.

No entanto, já a partir de 1998, houve mudança de entendimento e as ementas dos acórdãos passaram a fazer referência à fixação “*proporcional ao grau de culpa*”, ao “*porte econômico das partes*” e à necessidade de “*desestimular o ofensor a repetir o ato*”.

Hoje, são inúmeras as decisões do Superior Tribunal de Justiça¹⁹³ e dos Tribunais de Justiça¹⁹⁴ que levam em consideração aspectos que não são exatamente correlacionados ao dano, mas sim ao ofensor.

Desta feita, a utilização de critérios para a fixação do *quantum* da indenização a título de danos morais como (i) a capacidade econômica do lesante; (ii) seu grau de culpa; (iii) a gravidade do ilícito; (iv) a reiteração do ilícito ou ainda; (v) o enriquecimento obtido pelo ofensor, levam, inexoravelmente, à conclusão da atual admissão da indenização punitiva uma vez que referidos parâmetros não servem para se averiguar qual a extensão do dano a ser indenizado, mas sim para punir o ofensor, sendo fixado um valor único a título de indenização por dano moral.

O Supremo Tribunal Federal recentemente também pareceu aderir à indenização punitiva. Em caso versando sobre responsabilidade médica em hospital público, enfatizou o referido tribunal a necessária correlação entre o aspecto punitivo da obrigação de indenizar e a natureza compensatória da reparação patrimonial¹⁹⁵.

Eduardo Ulian¹⁹⁶ nota, ademais, que não há notícia de acórdão do referido tribunal que tenha considerado inconstitucional decisão fixando o montante de indenização a título de danos morais com base em critérios nitidamente punitivos. Ademais, também não há

¹⁹³ Superior Tribunal de Justiça, REsp 246.258 (j. 18.04.2000 e DJ. 07.08.2000) e REsp 265.133 (j. 19.09.2000 e DJ. 3.10.2000), 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. O mesmo posicionamento é o de Nancy Andrighi: Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, AgRg no Ag 425317/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 24.06.2002, DJ. 02.09.2002 (BODIN DE MORAES, Maria Celina de. *Punitive...*, p. 53).

¹⁹⁴ Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, 8ª Câmara Cível, Ap. 9825/98, Rel. Des. A. Vieira Macabu (BODIN DE MORAES, Maria Celina de. *Punitive...*, p. 53).

¹⁹⁵ O caso em voga foi assim ementado: “Responsabilidade civil objetiva do poder público. Elementos estruturais. Pressupostos legitimadores da incidência do art. 37, § 6º, da Constituição da República. Teoria do risco administrativo. Fato danoso para o ofendido, resultante de atuação de servidor público no desempenho de atividade médica. Procedimento executado em hospital público. Dano moral. Ressarcibilidade. Dupla função da indenização civil por dano moral (Reparação-Sanção): (a) caráter punitivo ou inibitório (“*exemplary or punitive damages*”) e (b) natureza compensatória ou reparatória. Doutrina. Jurisprudência. Agravo improvido. [AI 455846/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, j. 11.10.2004. Cfr. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Informativo do Supremo Tribunal Federal n.º 364* (04 a 08 de outubro de 2004). Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo364.htm>> Acesso em 16.12.2010].

¹⁹⁶ *Responsabilidade Civil Punitiva*. 2003. Dissertação (Doutorado) – Universidade de São Paulo, p. 57.

julgado que considere inconstitucional a condenação civil da perda do pátrio poder ou mesmo a imposição de multa por litigância de má-fé, casos evidentes, segundo o referido autor, de permissão da pena privada pelo ordenamento jurídico no Brasil.

Seção IV. A Aceitação Específica dos *Punitive Damages*

É mister analisar como o ordenamento jurídico pátrio tem recebido especificamente os *punitive damages* em sua forma mais técnica, tal qual defendida pelo presente trabalho. Para Héctor Valverde Santana¹⁹⁷, favorável à responsabilidade civil punitiva, não há base legal para a fixação dos *punitive damages*. Todavia, na opinião do apontado autor, tal óbice não se aplicaria à indenização punitiva, *in verbis*:

O sistema jurídico brasileiro diverge, no que tange à função punitiva da indenização, do sistema da *common law*. Não há em nosso sistema jurídico uma quantia específica, determinada ou autônoma, para atender à função punitiva. Conforme acima referido, hoje não há base legal para a imposição da pena civil no subsistema jurídico de defesa do consumidor. Entretanto, não há motivo para negar que ao valor da indenização corresponda qualquer finalidade punitiva. Porém, para se alcançar o valor global da reparação dos danos morais, o juiz deverá necessariamente considerar também a finalidade punitiva da sanção, não se esquecendo de que, nesse particular, a reação do direito deve estar voltada para a censura do autor do atentatório aos direitos da personalidade de outrem. Não se exige na esfera civil que a punição do infrator siga os princípios e regras específicas do direito penal, a exemplo do princípio da legalidade estrita, a preexistência de tipos penais fechados, dentre outros. A punição na órbita civil decorre necessariamente da lei, imperativo de segurança jurídica, mas que, diante da multiplicidade de casos concretos possíveis e as particularidades do direito privado, são abertas as descrições normativas de condutas e as respectivas sanções.

Ousamos discordar do respeitável raciocínio exarado acima. Caso se conclua que o princípio da legalidade não possa ser oposto à fixação da indenização punitiva, não há o porquê de se afirmar que tal princípio seja oponível aos *punitive damages*.

Ora, caso se entenda pela possibilidade jurídica de fixação de valores punitivos inseridos no dano moral, não há problema algum em se explicitar o *quantum* punitivo calculado. Uma vez que se reconheça a possibilidade de utilização da responsabilidade

¹⁹⁷ *Dano Moral no Direito do Consumidor*, p. 196-197.

civil punitiva, não há razão para camuflar os valores punitivos disfarçando-os no montante fixado a título de danos morais.

Lembramos ainda que todas as sentenças estão sujeitas ao princípio da motivação, previsto no art. 93, IX da Constituição Federal¹⁹⁸. Sendo assim, concordamos com o ensinamento de André Gustavo Corrêa de Andrade, que entende ser a fixação em separado dos valores punitivos, não apenas uma questão de conveniência, mas de necessidade¹⁹⁹.

Referido autor²⁰⁰ lembra ademais que a fixação de *punitive damages* possibilitaria excluir da indenização securitária o montante punitivo, uma vez que o artigo 781 do Código Civil²⁰¹ limita a referida indenização no valor do interesse do segurado. Os *punitive damages*, portanto, por não objetivar reparar ou compensar o dano, não estariam sujeitos à cobertura securitária, salvo se cláusula expressa prevísse tal cobertura.

Eduardo Ulian²⁰² identifica ainda outras quatro consequências graves decorrentes da fixação da indenização punitiva no ordenamento jurídico pátrio: (i) a falta de eficácia; (ii) a abertura de disparidades; (iii) o favorecimento a arbitrariedades e (iv) a utilização indevida do esquema teórico da reparação de danos morais com propósitos para os quais não foi originalmente concebido.

Entendemos que a falta de eficácia apontada por referido autor se dá pelo fato de que ao se imiscuir de forma velada valores punitivos e compensatórios, a indenização esbarrará no limite em que se der o enriquecimento sem causa da vítima. Sendo assim,

¹⁹⁸ Constituição Federal, Art. 93: “Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...) IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

¹⁹⁹ Sobre a questão, cumpre explicitar seu pensamento: “Por razões não apenas de conveniência, mas de necessidade, a operação realizada para a fixação do *quantum* correspondente à indenização punitiva deve ser feita separadamente da realizada para a apuração do valor referente à indenização compensatória do mesmo dano. Essa separação é importante para garantir verdadeira transparência e efetivo controle sobre a adequação dos critérios utilizados e sobre a justeza da valoração efetuada pelo julgador. Possibilita-se a verificação do peso atribuído à compensação do dano e o conferido à reprovabilidade da conduta, permitindo, entre outras coisas, o exame da proporcionalidade da parcela punitiva em relação à parcela compensatória e até em relação à indenização do dano material eventualmente existente” (ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Op. cit.*, p. 299).

²⁰⁰ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Op. cit.*, p. 299.

²⁰¹ Código Civil, Art. 781: “A indenização não pode ultrapassar o valor do interesse segurado no momento do sinistro, e, em hipótese alguma, o limite máximo da garantia fixado na apólice, salvo em caso de mora do segurador”.

²⁰² Cumpre aqui destacar que as três primeiras consequências citadas por Eduardo Ulian originalmente foram notadas por Suzane Carval (ULIAN, Eduardo. *Responsabilidade Civil Punitiva*. 2003. Dissertação (Doutorado) – Universidade de São Paulo, p. 15).

difficilmente alguma indenização fixada a título de dano moral conseguirá atingir um montante ideal de modo a não enriquecer a vítima sem causa e, ao mesmo tempo, provocar impacto suficiente no patrimônio do ofensor para que este cesse o ato lesivo ou não volte a reiterá-lo.

No que se refere à abertura para disparidades, destacamos que o dano moral poderá ensejar fundamentações diferentes conforme se leve em consideração a função punitiva. Portanto, a segurança jurídica acaba sendo prejudicada, pois não se poderá de forma prévia saber se o ordenamento pune ou não por meio dos danos morais.

A possibilidade de arbitrariedades é consequência do disposto acima. Ao não se admitir explicitamente a possibilidade de fixação dos *punitive damages* em separado, podem os juízes fixar valores extremamente altos a título compensatório, ou então, por outro lado, montantes indenizatórios ineficientes para realmente se fazer valer a punição ao lesante, caso esta seja a intenção do magistrado.

Lançar mão do instituto da indenização por danos morais visando objetivos diferentes daqueles para os quais ele foi originalmente concebido é algo muito perceptível, não só nos dias de hoje, mas em toda a história do referido instituto jurídico, particularmente no Brasil.

Em 30 de outubro de 1997, ocorreu em São Paulo o IX Encontro dos Tribunais de Alçada do Brasil, sendo o dano moral um dos principais temas debatidos ali. Os participantes chegaram a duas conclusões a respeito do tema²⁰³:

Conclusão 10 – À indenização por danos morais deve dar-se caráter exclusivamente compensatório.

Conclusão 11 - Na fixação do dano moral, deverá o juiz, atendo-se ao nexo de causalidade inscrito no artigo 1060 do CC(16), levar em conta critérios de proporcionalidade e razoabilidade na apuração do *quantum*, atendidas as condições do ofensor, do ofendido e do bem jurídico lesado.

Referido encontro, portanto, apesar de concluir pelo caráter exclusivamente compensatório da indenização por danos morais, também reconheceu como critério para

²⁰³ PACHECO, Paulo Henrique Cremonese. A Introdução da Doutrina norte-americana do *Punitive Damage* no Sistema Jurídico Brasileiro para avaliação das indenizações por Danos Morais – O Dano Moral enquanto elemento difusor de Cidadania. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, ano 4, n. 8, p. 294.

fixação do valor da indenização as “condições do ofensor”. Tal critério, evidentemente, não se correlaciona com a compensação do ofendido, mas sim com o caráter punitivo da sanção a ser aplicada ao ofensor.

Por conseguinte, imperioso concluir com Paulo Henrique Cremonese Pacheco²⁰⁴ que as conclusões X e XI se contradizem. Tal contradição denota o problema de se imiscuir as funções compensatória e punitiva em um mesmo instituto.

O dano moral foi originalmente pensado e criado para tutelar a dor psicológica de um indivíduo, admitindo-se posteriormente a tutela da honra objetiva, o que levou à formação de sua sistemática clássica. No entanto, tal sistemática é incompleta²⁰⁵ diante das novas necessidades da responsabilidade civil.

Eduardo Ulian²⁰⁶ traz dois exemplos ilustrativos da problemática: (i) a reparação de dano moral prevista na Lei 8429/97 decorrente de ato de improbidade administrativa em que não tenha sido causado prejuízo econômico ao erário público e (ii) a reparação por dano ecológico puro como no caso da extinção de uma espécie. Sendo assim, questiona o referido autor: existe nestes exemplos alguém, um grupo ou alguma instituição que de fato sofra dor moral ou mesmo tenha sua honra objetiva abalada pelos atos ilícitos apontados?

A resposta, em nosso parecer, é evidentemente negativa. Os dois casos tratam, na verdade, de danos sociais passíveis de serem cumulados com os *punitive damages*.

Destarte, concluimos que a fixação de *punitive damages* é mais técnica que a indenização punitiva, pois não só permite ao magistrado a aplicação de uma clara e efetiva punição em âmbito civil, como também proporciona ao lesante a possibilidade de recorrer especificamente do *quantum* punitivo fixado.

²⁰⁴ *Op. cit.*, p. 295.

²⁰⁵ SEVERO, Sérgio. *Op. cit.*, p. 169.

²⁰⁶ ULIAN, Eduardo. *Op. cit.*, p. 16-18.

CAPÍTULO V – DA APLICABILIDADE DOS *PUNITIVE DAMAGES* ÀS RELAÇÕES DE CONSUMO

Discutida a aplicabilidade dos *punitive damages* e da indenização punitiva no ordenamento jurídico nacional, passamos agora ao cerne específico deste trabalho: os *punitive damages* nas relações de consumo.

Seção I. Da Necessária Flexibilização do Princípio da Legalidade no Âmbito Civil

Entendemos, com base no magistério de Eduardo Ulian²⁰⁷, que o princípio *nulla poena sine praevia lege* não pode ser oposto à responsabilidade civil punitiva com o mesmo rigor aplicado à responsabilidade penal.

Os defensores da tese contrária, ou seja, daquela que afirma que a fixação de um valor punitivo em âmbito civil ofende o princípio da legalidade, partem da premissa de que a sanção penal e a sanção civil possuem a mesma natureza e concluem que a responsabilidade civil punitiva só poderá ser viabilizada caso esteja sujeita às mesmas garantias e ditames procedimentais instituídos para o processo criminal, não podendo o juiz fixar valor punitivo caso não esteja expressamente autorizado por lei. Tal raciocínio, em nosso parecer, encontra-se equivocado. De fato, tanto a pena privada como as sanções penais são, evidentemente, punitivas. No entanto, não há como desconsiderar que a sanção civil atinge o réu com uma gravidade absolutamente menor do que a sanção penal²⁰⁸.

É fato notório que a sanção penal imprime à vítima um caráter infamante que marcará indelevelmente a sua reputação em seu meio social. Referido caráter, no entanto, não está presente com a mesma carga na responsabilidade civil punitiva²⁰⁹.

Maurício Antônio Ribeiro Lopes²¹⁰ destaca que somente o Direito Penal poderá sancionar o condenado às penas privativas de liberdade, ou até mesmo à pena de morte nos ordenamentos jurídicos que as permitem. Sendo assim, somente a sanção penal poderá atingir direitos de extrema relevância para o ser humano, tais quais os que concernem à

²⁰⁷ *Responsabilidade Civil Punitiva*. 2003. Dissertação (Doutorado) – Universidade de São Paulo, p. 55-63.

²⁰⁸ ULIAN, Eduardo. *Op. cit.*, p. 55.

²⁰⁹ STARCK, Boris *apud* ULIAN, Eduardo. *Op. cit.*, p. 55.

²¹⁰ LOPES, M. A. Ribeiro. Alternativas para o Direito Penal e o Princípio da Intervenção Mínima. *Revista dos Tribunais*, ano 87, v. 757, p. 411.

liberdade e à vida. Em tais circunstâncias, as garantias constitucionais devem ser exigidas em seu grau máximo.

Para Eduardo Ulian, é, portanto, pelo “*grau de violência, que se autoriza o Estado a intervir na esfera mais cara do indivíduo e que se diferenciam entre si a sanção criminal da sanção punitiva*”²¹¹.

Desta forma, concordamos com o autor em tela e entendemos ser imperiosa a conclusão de que a sanção civil punitiva e a sanção penal deverão ser submetidas a regimes diferentes para sua aplicação. Sendo assim, o princípio *nulla poena sine praevia lege* não pode ser usado como justificativa para impedir que o juiz fixe um valor punitivo conforme determinem a equidade, a razoabilidade, a finalidade e as particularidades do caso concreto. Não estamos aqui a defender que o magistrado, quando bem entender, possa fixar qualquer valor punitivo que lhe venha à mente. Entendemos que tal punição deverá ser excepcional e com base em critérios²¹².

No âmbito do processo vale o mesmo raciocínio. Conforme já destacado anteriormente a responsabilidade civil punitiva não estigmatiza de forma extremamente grave o condenado, assim como não o encarcera. Por conseguinte, não há o porquê de se exigir do processo civil as mesmas salvaguardas e garantias presentes no processo penal.

Segundo o magistério de Cândido Rangel Dinamarco²¹³ o processo civil se difere do processo penal justamente pelo fato de lidarem com valores diferentes. Referido autor destaca ser constante no processo penal o binômio liberdade-repressão, com grave indisponibilidade do *jus puniendi*, do *status libertatis*, da ação, da defesa e de outras várias relevantes situações jurídicas.

Sendo assim, em havendo diferentes tipos de sanções, com diferentes níveis de gravidade, não há o porquê de se exigir para a sanção de gravidade mínima as mesmas garantias necessárias para a sanção de gravidade máxima. Em nossa opinião, não há sentindo algum em se demandar para casos cujas sanções impostas não coloquem em risco direitos primordiais do indivíduo, as mesmas garantias que são impostas às situações em que tais direitos estejam em jogo.

²¹¹ *Op. cit.*, p. 55.

²¹² Dadas as finalidades desta dissertação, trataremos aqui apenas dos critérios que entendemos aplicáveis aos *punitive damages* nas relações de consumo. *Vide* seção III deste capítulo.

²¹³ *A Instrumentalidade do Processo*, 14. ed., p. 74-75.

A fixação de *punitive damages* não terá por fim marcar indelevelmente o sancionado²¹⁴, mas simplesmente puni-lo por promover ato ilícito que, apesar de não previsto como tipo criminal, é reprovável socialmente. Visa, portanto, demonstrar que o Direito não tolerará o ilícito.

Ada Pellegrini Grinover afirma haver um gradiente de efetividade e plenitude do contraditório no processo, aumentando conforme a gravidade da natureza da relação jurídica de direito material que lhe for subjacente. Sendo assim, entende a autora em voga que a escala de efetividade parte do processo civil dispositivo e atinge o seu grau máximo no processo criminal²¹⁵. Entendemos, portanto, que tal gradiente também pode ser aplicável ao princípio *nulla poena sine praevia lege*, podendo o juiz fixar, em casos excepcionais, uma pena no âmbito civil.

A posição aqui esposada de forma alguma afasta a aplicação de diretrizes constitucionais e processuais garantistas, ela apenas afirma que as garantias do réu no processo civil punitivo não atuarão com o mesmo rigor com o qual atuam no processo penal.

Por conseguinte, concluímos ser perfeitamente possível se afastar o princípio *nulla poena sine praevia lege* em casos excepcionais que justifiquem a fixação de um valor punitivo, garantindo, por outro lado, o devido processo legal previsto no artigo 5º, LIV, da Constituição Federal²¹⁶.

²¹⁴ Lembramos, ademais, que no âmbito das relações de consumo as punições serão destinadas, em regra, a grandes conglomerados econômicos. Tratam-se, portanto, de pessoas jurídicas e não de pessoas físicas, bem como de punição econômica e não de restrição à liberdade do indivíduo. Entendemos que a honra objetiva da pessoa jurídica é extremamente importante para o desenvolvimento de sua atividade. Todavia, por outro lado, nos posicionamos no sentido de que o referido bem jurídico não pode ser equiparado à dignidade humana do consumidor, não sendo aplicáveis, portanto, à honra objetiva todas as garantias constitucionais aplicáveis à dignidade da pessoa humana.

²¹⁵ Destacamos aqui seu magistério: “Ocorre que o direito material, para cuja atuação o processo existe, penetra e permeia necessariamente o direito processual, o qual constitui seu instrumento de realização. E a carga de disponibilidade do processo modifica-se consoante a natureza da relação jurídica de direito material que lhe é subjacente. Assim também é com relação à disponibilidade da reação, no contraditório. Partindo do processo civil plenamente dispositivo, em que talvez se possa dizer que o contraditório, em seu segundo momento, se satisfaz com a mera possibilidade de reação; passando pelo processo civil indisponível, onde a falta de participação há de ser suprida de alguma maneira, e onde se lança mão de institutos como a intervenção necessária do MP e do curador do revel citado por editais, ou por hora certa; transitando pelo processo trabalhista, onde a inferioridade econômica do trabalhador, numa estrutura capitalista cria novos hábitos assistenciais no juiz, chega-se finalmente ao processo penal, com seu máximo publicista e seu mínimo de disponibilidade: aqui, não se podendo aceitar a aquiescência na limitação da liberdade, é igualmente impossível aplicar a pena, pela omissão na defesa”. (GRINOVER, Ada Pellegrini. Defesa, Contraditório, Igualdade e *par conditio* na ótica do Processo de Estrutura Cooperatária. In: _____. *Novas tendências do Direito Processual – De acordo com a Constituição Federal de 1988*, p. 12).

²¹⁶ Constituição Federal, Art. 5º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à

O fato de se afirmar que há possibilidade de aplicação dos *punitive damages* sem que esteja tal instituto jurídico expressamente previsto em lei não quer dizer que a previsão legal não seja bem vinda. Referida previsão traria mais densidade democrática à questão e os magistrados se sentiriam mais seguros para aplicá-lo, contribuindo para uma absorção mais célere da responsabilidade civil punitiva no ordenamento jurídico nacional.

Seção II. A Dimensão Coletiva e a Proteção dos Consumidores por meio dos *Punitive Damages*

Embora a discussão a respeito do cabimento da responsabilidade civil punitiva em seu âmbito geral seja apaixonante, faremos aqui um corte epistemológico e restringiremos nossa análise às relações de consumo. Estas últimas em regra, hoje são entendidas como sendo relações de massa e, neste âmbito, concentraremos nosso estudo²¹⁷.

Maria Celina Bodin de Moraes²¹⁸, como já explicitado nesta obra, posiciona-se contrariamente à aceitação das penas privadas pecuniárias judiciais no ordenamento jurídico nacional. No entanto, a citada autora excepciona o seu entendimento afirmando ser favorável às referidas penas em determinadas situações específicas, reconhecendo que uma figura semelhante a da indenização punitiva seria bem-vinda em casos envolvendo relações de consumo. Destacamos o seu posicionamento, *in verbis*:

(...) 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, a consciência social, tratando-se, por exemplo, de conduta particularmente ultrajante, ou insultuosa, em relação à consciência coletiva ou, ainda, quando se der o caso, não incomum, de prática danosa reiterada. Requer-se a manifestação do legislador tanto para delinear as extremas do instituto quanto para estabelecer as garantias processuais respectivas, necessárias sempre que se trate de juízo de punição. É de se aceitar, ainda, um caráter punitivo na reparação do dano moral para situações potencialmente causadoras de lesões a um grande número de pessoas, como ocorre nos direitos difusos, tanto na relação de consumo quanto no Direito Ambiental. Aqui, a *ratio* será a função preventivo-precautória, que o caráter punitivo inegavelmente detém, em relação às dimensões do universo a ser protegido.

liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

²¹⁷ Desta feita, não tem por objetivo esta investigação versar sobre relações de consumo que são marcadas pela “individualidade”, como aquelas que, em regra, envolvem profissionais liberais.

²¹⁸ *Danos à Pessoa Humana. Uma leitura civil-constitucional dos Danos Morais*, p. 263.

As relações de consumo, portanto, são relações marcadas por uma *ratio* particular. Referida *ratio* advém de sua “dimensão coletiva” e justifica uma proteção especial, cujos efeitos no âmbito da responsabilidade civil discutiremos a seguir.

O advento da Revolução Industrial do século XIX suplantou o sistema de trocas do mercado²¹⁹ e provocou mudanças sociais extremamente relevantes. A fabricação em larga escala de produtos e as crescentes necessidades uniformes de uma sociedade cada vez mais concentrada em grandes centros urbanos²²⁰ fizeram com que as relações contratuais, particularmente as relações de consumo, se expandissem em número e em tipos, adquirindo importância fulcral para a vida na sociedade hodierna.

Tal sociedade passou pela Revolução Industrial, duas Guerras Mundiais, pela Guerra Fria e chegou à atual era da multipolaridade, do cosmopolitismo, da informatização, da globalização e da pós-modernidade²²¹, sendo fato que o Direito está sempre atrás nesta “corrida maluca”²²².

²¹⁹ COMPARATO, Fábio Konder. A Proteção do Consumidor: importante capítulo do direito econômico. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico, e Financeiro*, n.º 15/16, 1974, p. 91.

²²⁰ Cumpre aqui destacar o magistério de João Batista de Almeida: “É fato inegável que as relações de consumo evoluíram enormemente nos últimos tempos. Das operações de simples troca de mercadorias e das incipientes operações mercantis chegou-se progressivamente às sofisticadas operações de compra e venda, arrendamento, *leasing*, importação etc., envolvendo grandes volumes e milhões de dólares. De há muito as relações de consumo deixaram de ser pessoais e diretas, transformando-se, principalmente nos grandes centros urbanos, em operações impessoais e indiretas, em que não se dá importância ao fato de não se ver ou conhecer o fornecedor. Surgiram os grandes estabelecimentos comerciais e industriais, os hipermercados e, mais recentemente, os ‘shopping centers’. Com a mecanização da agricultura a população rural migrou para a periferia das grandes cidades, causando o inchaço populacional, a conturbação e a deterioração dos serviços públicos essenciais. Os bens de consumo passaram a ser produzidos em série, para um número cada vez maior de consumidores. Os serviços se ampliaram em grande medida. O comércio experimentou extraordinário desenvolvimento, intensificando a utilização da publicidade como meio de divulgação dos produtos e atração de novos consumidores e usuários. A produção em massa e o consumo em massa, geraram a sociedade de massa, sofisticada, complexa” (*A Proteção Jurídica do Consumidor*, 2. ed., p. 2).

²²¹ No magistério de Eduardo Carlos Bianca Bittar a pós-modernidade pode ser compreendida como “o estado reflexivo da sociedade ante as suas próprias mazelas, capaz de gerar um revisionismo completo de seu *modus actuandi et faciendi*, especialmente considerada a condição de superação do modelo moderno de organização da vida e da sociedade. Nem só de superação se entende viver a pós-modernidade, pois o revisionismo crítico importa em praticar a escavação dos erros do passado para a preparação de novas condições de vida. A pós-modernidade é menos um estado de coisas, exatamente porque ela é uma condição processante de um amadurecimento social, político, econômico e cultural que haverá de alagar-se por muitas décadas até a sua consolidação. Ela não encerra a modernidade, pois, em verdade, inaugura suas mesclas com os restos da modernidade. Do modo como se pode compreendê-la, deixa de ser vista somente como um conjunto de condições ambientais para ser vista como certa percepção que parte das consciências acerca da ausência de limites e de segurança, num contexto de transformações, capaz de gerar uma procura (ainda que não exaurida) acerca de outros referenciais possíveis para a estruturação da vida (cognitiva, psicológica, afetiva, relacional etc.) e do projeto social (justiça, economia, burocracia, emprego, produção, trabalho etc.) [Comentários no original] (*O Direito na Pós-Modernidade*, 2. ed. rev. atual. e ampl., p. 115-116).

²²² Nesse sentido: “Nunca, em nenhuma das ‘idades’ da sociedade, a transformação dos fatos sociais se deu tão rápida e intensamente como na era da globalização. O Direito, a mais importante ciência social, vem tentando acompanhar essa ‘corrida maluca’, sempre alguns passos atrás, para continuar a missão que lhe foi

No entanto, no âmbito das relações jurídicas de consumo, para que houvesse a viabilidade de aquisição de bens de consumo por todos, houve a necessidade prática de enrijecimento e padronização dos contratos, originando o que hoje se denomina contrato de adesão. Tais contratos ditam cada vez mais as regras e tomam cada vez mais espaço no universo jurídico da sociedade em geral.

As relações jurídicas, por conseguinte, não são mais pensadas individualmente, mas coletivamente. O dano, por sua vez, cada vez mais transcende o indivíduo e atinge a massa. A pessoa física perde espaço para o grupo, categoria, classe ou pessoa jurídica que a representa. O individual é suplantado pela social²²³, tem-se, portanto, o fenômeno da coletivização²²⁴.

A coletivização, base fática da qual resultou a evolução do conceito de dano moral conforme já notado por esta investigação, também é facilmente constatada nas relações de consumo.

Nesse sentido, é mister lembrar que em referidas relações o fornecedor é favorecido por uma série de motivos.

Primeiramente, tem-se a questão da dificuldade de se adjudicar a responsabilidade subjetiva àquele que de fato foi o responsável pela lesão ao consumidor, uma vez que a culpa se dissipa em meio à imensa teia corporativa que formam as megacorporações. Poder-se-ia alegar em contrapartida que com a possibilidade de inversão do ônus da prova e com a responsabilidade objetiva nas lides consumeristas o problema exposto seria minimizado. No entanto, quantos são os consumidores neste país que sabem o que significam os citados institutos jurídicos? E mais, quantos de fato, após tomarem conhecimento do que eles significam, se sentirão incentivados a acionarem o distante e

dada pela sociedade, ou seja, organizá-la de forma segura e justa” (LOPEZ, Tereza Ancona. *Princípio da Prevenção e Evolução da Responsabilidade Civil*, p. 15).

²²³ Em 1984, José Carlos Barbosa Moreira já atentava para o fenômeno: “Passageiros do mesmo barco, os habitantes deste irrequieto planeta vão progressivamente tomando consciência clara da alternativa essencial com que se defrontam: salvar-se juntos ou juntos naufragar. A história individual terá sempre, naturalmente, o seu lugar nos registros cósmicos; acima dela, porém, e em grande parte a condicioná-la, vai se inscrevendo em cores mais berrantes, a história coletiva. Os olhos da humanidade, começam a voltar-se antes para o que diz respeito a todos, ou a muitos, do que para o que concerne a poucos, ou a um só” (*Temas de Direito Processual: terceira série*, p. 183).

²²⁴ A coletivização também é denominada massificação: “(...) no começo do século XX, instaura-se definitivamente um modelo de produção, que terá seu auge nos dias atuais. Tal modelo é o da massificação: fabricação de produtos e oferta de serviços em série, de forma padronizada e uniforme, no intuito de diminuição do custo da produção, atingimento de maiores parcelas da população com o aumento da oferta etc. Esse sistema de produção pressupõe a homogeneização dos produtos e serviços e estandardização das relações jurídicas que são necessárias para a transação desses bens” (RIZZATO NUNES, Luis Antonio. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. Direito Material (arts. 1º a 54), p. 70).

antipático Poder Judiciário para buscarem a reparação de danos cujos motivos, principalmente os técnicos, não sabem muito bem explicar?

Entendemos também, como bem reconhece José Augusto Garcia²²⁵, ser notável a dificuldade que o consumidor tem de acesso à justiça por ser “litigante eventual”. O consumidor frente ao seu fornecedor, em geral, “litigante habitual”, muito mais acostumado a litígios judiciais e para quem o processo é muito mais barato, está sempre em desvantagem. Nota-se, neste aspecto, mais uma vez, a desigualdade fática entre os litigantes. De tal desigualdade, portanto, decorre a necessidade de proteção, pelo sistema jurídico, do consumidor hipossuficiente.

Finalmente, destacamos o fato de que a porcentagem de consumidores lesionados que se utiliza do Poder Judiciário para ser ressarcida das lesões que sofreu é da ordem de 2 a 3%²²⁶. Isto sem levar em consideração ainda os danos imperceptíveis. Tais danos, principalmente em relações de massa, podem gerar grandes lucros ilícitos. Referida situação pode estimular o fornecedor a dolosamente lesionar consumidores com base em um imoral cálculo no qual se avalia o lucro mantendo-se condutas permanentemente lesivas. Nesse sentido, cumpre destacar o posicionamento de Cláudia Lima Marques²²⁷:

O Brasil tem se caracterizado por indenizações pífias que não possuem efeito pedagógico nenhum, quanto mais punitivo, tanto que as ações envolvendo reiterados danos morais aos consumidores abarrotam o Judiciário, reclamações exatamente iguais e contra o mesmo tipo de prática comercial, que não muda apesar da constante condenação justamente porquê é mais ‘lucrativo’ causar danos a todos e ‘ressarcir pifamente’ aos poucos consumidores que entram com ação e ganham! E ‘se danear’ a milhares, pode ser até que ‘receba’ um juizado especial cível dedicado só a tratar de seus ‘danos’ e conflitos daí resultantes com os consumidores.

Em 07 de julho de 2004 foi publicado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro um relatório denominado “*Perfil das maiores demandas judiciais do TJERJ*”, realizado sob a coordenação do Desembargador Jessé Torres do Tribunal de Justiça em voga. Referido relatório foi solicitado pelo então presidente do Supremo Tribunal Federal Min. Nelson Jobim e teve por objetivo “*identificar elementos para a formulação de ações que*

²²⁵ O Princípio da Dimensão Coletiva das Relações de Consumo: Reflexos no “Processo do Consumidor” especialmente quanto aos Danos Morais e às Conciliações. *Revista do Direito do Consumidor*, n. 28, p. 93.

²²⁶ RÊGO, Lúcia. *A Tutela Administrativa do Consumidor – Regulamentação Estadual*, p. 119.

²²⁷ Cláudia Lima Marques na apresentação da obra *Dano Moral no Direito do Consumidor*, de autoria de Héctor Valverde Santana (p. 20).

desestimulem a má prestação de serviços por parte das empresas mais acionadas em Juízo e, em consequência, reduzir o ônus do Estado na solução dos conflitos decorrentes”²²⁸.

Os analistas chegaram a conclusões reveladoras. Analisaremos aqui os resultados pertinentes ao âmbito dos Juizados Especiais Cíveis em razão da grande concentração de demandas envolvendo relações de consumo que ali são julgadas.

Em primeiro lugar cumpre destacar que apenas 16 (dezesesseis) empresas²²⁹ respondem por 88% do total de casos envolvendo responsabilidade civil. Tais empresas foram condenadas em 68% dos casos e foram obrigadas a reparar uma indenização (danos morais e patrimoniais) média por processo calculada em R\$ 10.207,55 (dez mil duzentos e sete reais e cinquenta e cinco centavos). O prazo médio para o término das referidas ações foi de 923 (novecentos e vinte e três) dias. Com os dados da pesquisa, que durou 28 meses (01/01/2002 a 30/04/2004), os analistas chegaram à conclusão que cada uma das 16 empresas envolvidas arcou, em média, com o montante global indenizatório (média das indenizações vezes o número total de processos) de R\$ 309.774.261,59 (trezentos e nove milhões...) ²³⁰, o que resulta em valor aproximado de R\$ 130.000.000,00 (centro e trinta milhões) por ano.

Referidos valores, por constituírem dados médios absolutos podem passar a impressão que as empresas estão sendo severamente punidas. Tal informação não condiz com a verdade. Há que se considerar que estamos tratando de algumas das maiores empresas do país, inclusive de instituições financeiras o que, sem dúvida, relativiza bastante o valor acima representado quando comparado ao patrimônio das referidas empresas.

O relatório em tela concluiu que as principais causas de pedir no âmbito aqui analisado foram as seguintes²³¹: (i) no segmento das concessionárias de serviço público em geral: os danos decorrentes de interrupção na prestação do serviço por falta de pagamento, porém sem o prévio aviso exigido na legislação de regência (Lei nº 8.987/95, art. 6º, § 3º), a interrupção na prestação de serviço por suposta violação de equipamento medidor sem

²²⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Perfil das Maiores Demandas Judiciais do TJERJ*. Disponível em <www.stf.jus.br/noticias/imprensa/relatorio.doc> Acesso em 25.10.2010, p. 3.

²²⁹ São elas: Telemar; Embratel; Telefônica Celular; Cerj; Light; Cedae; C&A Modas; Casa Bahia; Banco do Brasil; Banco Bradesco; Fininvest; Banco Itaú; Banco Banerj; Banco ABN Amro Bank; Cartão Unibanco; Credicard.

²³⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Perfil das Maiores Demandas Judiciais do TJERJ*. Disponível em <www.stf.jus.br/noticias/imprensa/relatorio.doc> Acesso em 25.10.2010, p. 22-23.

²³¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Idem*, p. 22-24.

comprovação idônea, a cobrança de valores indevidos [seja em razão de lançamento por estimativa a despeito de haver equipamento medidor, seja em razão de serviço não prestado (especialmente de água e esgoto)], a clonagem de linhas (particularidade dos serviços de telefonia); (ii) no segmento das instituições financeiras em geral: os danos decorrentes da remessa do nome do consumidor a cadastros de inadimplentes (como SPC e SERASA, quando indevido porque já pago o débito, mas não registrado pelo credor), a compra por terceiro de bens em nome do consumidor após obter financiamento ou abrir conta fazendo uso de seus documentos adulterados (não conferidos, portanto, adequadamente pela instituição financeira), a emissão de cheques sem fundos por terceiros mediante grosseira falsificação de assinatura ou a apresentação de títulos frios a protesto (sem a conferência de causa ou autenticidade pelo apresentante) e; (iii) no segmento dos fornecedores de bens e serviços em geral: os danos decorrentes da remessa do nome do consumidor a cadastros de maus pagadores em razão de recusa a satisfazer despesas pertinentes a serviços oferecidos sem a sua solicitação ou anuência, ou a mora excessiva na entrega da prestação sem escusa técnica justificável (já tendo sido pago o preço).

Os pesquisadores em tela sugerem ainda que “*a receita financeira decorrente da economia de não promover os investimentos necessários seria vantajosa, considerando o tempo de litígio custeado pelo Estado e a condenação final*”, restando evidente, ademais, que o “*dano não ocorreria sem que houvesse serviço defeituoso por parte do fornecedor*”, o que “*sublinha a importância, com o fim de prevenir o dano, de investir-se na melhoria da gestão dos serviços prestados, sobretudo no que respeita a tecnologia da informação e a treinamento de pessoal*”²³².

As causas de pedir identificadas acima se reproduzem aos milhares e abarrotam nossos tribunais. Tal reprodução cancerígena é prova contundente que as pífias indenizações impostas pelo Judiciário a título de dano moral não vêm sendo efetivas para barrar os abusos do fornecedor nas relações de consumo.

As grandes empresas, evidentemente, têm ciência do *quantum* gasto a título de indenizações, bem como das causas de pedir que as originam. Não são amadoras. Diante disso, tendo em vista a não mudança de postura diante da condenação em milhares de ações envolvendo práticas abusivas há muito tempo conhecidas, é imperiosa a conclusão

²³² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Perfil das Maiores Demandas Judiciais do TJERJ*. Disponível em <www.stf.jus.br/noticias/imprensa/relatorio.doc> Acesso em 25.10.2010, p. 24.

de que tais empresas estão tomando decisões com base no pragmatismo cru²³³ de uma equação de custo-benefício econômica, cujo resultado é o de que sai mais barato enfrentar o Poder Judiciário do que proteger o consumidor. A sanção judicial, portanto, nestes casos, vem se constituindo em um mero preço²³⁴ a ser pago pelas grandes empresas, na qual o consumidor é o principal prejudicado.

E o que fazer para proteger o consumidor diante de tamanha desproporção de forças entre ele e o fornecedor quando os remédios legais existentes não conseguem responder com eficácia às demandas que lhe são impostas na sociedade de consumo?²³⁵

A proteção do consumidor, ao contrário do que se possa imaginar, já era prevista, ainda que de maneira indireta e superficial, nos ordenamentos jurídicos estruturados da Antiguidade²³⁶.

Há quem afirme já existir no Código de Hamurabi a existência de regras que visariam proteger o consumidor. Nesse sentido, a Lei 233 do referido Código já estabelecia que caso um arquiteto construísse casas com paredes defeituosas, seria de sua

²³³ Nesse sentido concordamos com Jorge Mosset Iturraspe: “Os danos nos encontram em todas as esquinas. O imperativo romano ‘não causarás dano’, vem sendo substituído por um enunciado pós-moderno: ‘Causarás dano se te convém’, basta que o seu benefício seja maior que o custo de prejudicar o outro. A vida e a honra não são barreiras que comovem aos lesantes. Tudo é colocado ou enfrentado em uma equação de ‘custo-benefício’. É talvez outra consequência do fim das ‘ideologias’, que parece ser também o fim da humanidade e o apogeu do mais cru pragmatismo” (tradução livre). No original: “*Los daños nos achan a la vuelta de todas las esquinas. El imperativo romano, el ‘no dañarás’, ha dejado paso a una consigna de la posmodernidad: ‘dañarás si te conviene’, si logras un beneficio mayor al costo que significa perjudicar a otro. Ni la vida ni el honor son barreras que conmuevan a los dañadores. Todo está colocado o enfrentado a la ecuación ‘costos-beneficios’. Es tal vez otra consecuencia del ‘fin de las ideologías’, que parece ser también el fin de la humanidad y el apogeo del más crudo pragmatismo*” [Apud Cláudia Lima Marques na apresentação da obra *Dano Moral no Direito do Consumidor*, de autoria de Héctor Valverde Santana (p. 19)].

²³⁴ Nesse sentido é o posicionamento de José de Oliveira Ascensão: “A ordem jurídica não se cifra num catálogo de condutas que se apresentam à disposição dos destinatários, de tal modo que estes, pesando suas consequências (confrontando a dor de serem punidos se roubarem com a dor de se privarem das coisas alheias, por exemplo), escolham indiferentemente o que mais vantajoso se lhes apresente. Implica antes uma pretensão de aplicação incondicional. Ao próprio fenômeno jurídico, dado o objetivo de que partimos, pertence a característica de a prossecução dos fins visados pela regra não ser confiada ao alvedrio dos sujeitos, ao contrário do que sucede com a norma técnica. Só assim se pode compreender que uma típica sanção jurídica, a pena, tenha como seu sentido intrínseco e fundamento a reprovação pela violação cometida” (*O Direito. Introdução e teoria geral: uma Perspectiva Luso-Brasileira*, p. 56).

²³⁵ A sociedade de consumo atual é marcada pela ineficácia dos mecanismos tradicionais da responsabilidade civil. Cumpre aqui destacar o magistério de Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamim a respeito do tratamento a ser dispensado pelo ordenamento jurídico à saúde do consumidor em referida sociedade: “Já se tornou lugar comum a afirmação de que vivemos em uma sociedade de consumo (*konsumgesellschaft* dos alemães), caracterizada pelos fenômenos de produção em massa e de consumo em massa. Essa massificação da vida moderna tem reflexos importantes no tipo e no modo de proteção à saúde do consumidor que se pretende implantar. Se a produção de bens de consumo ocorre de maneira massificada, é natural que os riscos e danos provocados pelo processo de consumo tenham igual dimensão. E riscos e danos em massa exigem soluções em massa. Logo, os tipos de instrumentos de prevenção, reparação e repressão aos riscos e danos de consumo não podem ser iguais àqueles utilizados em uma sociedade pré industrial” (Responsabilidade Civil e Acidentes de Consumo no Código de Defesa do Consumidor. *Revista do Advogado*, n. 33, p. 18).

²³⁶ CRUZ, Guilherme Ferreira da. *Princípios Constitucionais das Relações de Consumo e Dano Moral*, p. 33.

responsabilidade as despesas necessárias para a reconstrução ou o saneamento do defeito. A sanção prevista para os casos de lesão aos consumidores era extremamente grave. Como exemplo, tem-se a prescrição de aplicação da pena de talião para os casos de desabamento com vítima. Nestes casos, se a vítima fosse um chefe de família, ao arquiteto seria aplicada a pena de morte; ou então, em sendo a vítima filho de um chefe de família, a pena de morte seria imposta, igualmente, ao filho do arquiteto responsável²³⁷.

A preocupação latente com o consumidor também ocupava os juristas da Grécia Antiga conforme se pode depreender da obra *Constituição de Atenas*, de Aristóteles²³⁸.

No Império Romano, na época de Diocleciano, a proteção do consumidor poderia ser notada, principalmente em regiões conquistadas, nas práticas de abastecimento de produtos e na decretação de congelamento de preços ordenado pelo Imperador em voga, com o intuito de evitar a preocupante inflação que se dava nos territórios ocupados em razão do *deficit* do tesouro imperial na manutenção das tropas naquelas regiões²³⁹.

Conforme os ensinamentos de Rolemberg²⁴⁰, Cícero sempre procurou assegurar, ao consumidor que adquirisse bens duráveis, a garantia de que as deficiências ocultas nas operações de compra e venda seriam sanadas. No mais, defendia o apontado jurista que nos casos em que o saneamento das referidas deficiências não fosse possível, haveria a resilição contratual (cláusula *ex empto*), a exemplo do que no ordenamento jurídico nacional se reconhece como “vícios redibitórios”.

Na Europa Medieval, notadamente na França e Espanha, houve a previsão de penas vexatórias para os adulteradores de substâncias alimentícias, com destaque para o queijo e o vinho, conforme se pode verificar no fato de ter o rei Luís XI, em 1481, baixado na França um édito que atribuía a pena de banho escaldante àquele que vendesse manteiga com pedra em seu interior para aumentar o peso e àquele que somasse água ao leite para inchar o seu volume²⁴¹.

²³⁷ ROLEMBERG, T. M. *apud* FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de Direitos do Consumidor*, 8. ed. rev., amp., sist. e atualiz. de acordo com o Código Civil de 2002 e leis subsequentes, p. 02.

²³⁸ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Op. cit.*, p. 03.

²³⁹ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Idem, ibidem*.

²⁴⁰ ROLEMBERG, T. M. *apud* FILOMENO, José Geraldo Brito. *Op. cit.*, p. 03.

²⁴¹ Conforme nos lembra José Geraldo Brito Filomeno, no âmbito literário destaca-se a obra *Dom Quixote de la Mancha*, de Miguel Cervantes Saavedra. Na narrativa, que se dá no início do século XVI, Sancho Pança, como governador da imaginária Ilha Baratária, determina a obrigatoriedade de ser anunciada a procedência e o nome do vinho que fosse adulterado com acréscimo de água ou falsificação do nome, recebendo o culpado a pena de beber o vinho falsificado até a sua própria asfixia (FILOMENO, José Geraldo Brito. *Op. cit.*, p. 03.).

No Brasil, documentos da época colonial guardados no arquivo histórico de Salvador, conforme o relato do jornalista Biaggio Talento, dão nos conta de que as autoridades brasileiras coloniais do século XVII já puniam infratores que violassem normas de proteção ao consumidor. Desta forma, na cidade de Salvador, com base em uma norma editada em 1625, todos os vendeiros eram obrigados a fixarem os “*escritos da almoçataria na porta para que o povo as lesse*”. Nesses casos se impunha uma multa, relevante à época, de seis mil réis. Desse valor eram também as multas destinadas àqueles que vendessem mercadorias, como o peixe e o pastel, acima das tabelas fixadas. Havia ainda outros valores de multas destinados àqueles que vendessem gêneros alimentícios acima do preço. Cumpre aqui destacar ainda que, em 1652, em razão de lei que limitou em 12 o número de tabernas nesta mesma cidade, o que gerou forte inflação no mercado de vinhos, aquele que vendesse vinhos acima da tabela estipulada seria “*preso na enxovia (a pior cela da cidade) e dela levado para ser açoitado nas ruas*”, além de ficar “*inábil para vender e desterrado dessa capitania para todo o sempre*”²⁴².

Já no Brasil Império, Antônio Carlos Efig²⁴³, com base nos ensinamentos de Tupinambá M. C. Nascimento, afirma que já se poderia observar uma proteção limitada do consumidor no livro V das Ordenações Filipinas, mesmo após o “abrasileiramento” de tal legislação que se deu em razão da Independência brasileira. Referido autor cita duas normas que impressionam pelo rigor e pela desproporção da pena. A primeira estava prevista no Título LVII e prescrevia que “*se alguma pessoa falsificar alguma mercadoria, ‘assi como cêra’, ou outra qualquer, se a falsidade, que nella fizer, valer hum marco de prata, morra por isso*”. Outra norma, prevista no Título LVIII prescrevia que “*toda pessoa que medir ou pesar com medidas, com pesos falsos, se a falsidade que nisso fizer, valer hum marco de prata, morra por isso*”.

No Brasil República, há de se destacar as disposições protetivas do consumidor, ainda que tímidas em razão da época e seu contexto liberal, do Código Civil de 1916. Guilherme Ferreira da Cruz²⁴⁴ destaca o Código Penal, que em 1940 também já traçava normas de proteção ao consumidor, com especial destaque para o artigo 175²⁴⁵, que

²⁴² FILOMENO, José Geraldo Brito. *Op. cit.*, p. 03-04.

²⁴³ *Contratos e procedimentos bancários à luz do Código de Defesa do Consumidor*, p. 22.

²⁴⁴ *Op. cit.*, p. 36.

²⁴⁵ Código Penal, Art. 175: “Enganar, no exercício de atividade comercial, o adquirente ou consumidor: I - vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada; II - entregando uma mercadoria por outra: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa. § 1º - Alterar em obra que lhe é encomendada a qualidade ou o peso de metal ou substituir, no mesmo caso, pedra verdadeira por falsa ou por

reconhece a vulnerabilidade do consumidor como bem jurídico a ser tutelado. Referido autor lembra, ademais, que outras leis esparsas protegeram indiretamente o consumidor no decorrer do século XX²⁴⁶.

A consagração da “proteção do consumidor” como valor a ser buscado pela ordem jurídica nacional só se deu com a promulgação da Constituição Federal em 1988, que além das disposições que serão aqui analisadas, ordenou a elaboração do Código de Defesa do Consumidor, que veio a ser promulgado em 1990.

São várias as regras presentes na Constituição Federal Brasileira pertinentes às normas de Direito do Consumidor²⁴⁷. No entanto, apenas duas são de interesse para a discussão deste tópico: (i) a prevista no art. 5º, XXXII²⁴⁸ e (ii) a que consta no artigo 170, V²⁴⁹. Sendo assim, passamos à análise das referidas disposições.

outra de menor valor; vender pedra falsa por verdadeira; vender, como precioso, metal de outra qualidade: Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa. § 2º - É aplicável o disposto no art. 155, § 2º”.

²⁴⁶ Guilherme Ferreira da Cruz muito bem descreve a evolução legislativa do período: “Como tema inespecífico, no entanto, constata-se a exigência de legislação que indiretamente protegia o consumidor, embora não fosse esse o objetivo principal do legislador. A primeira manifestação de que se tem notícia, nesta área, é o Dec. 22.626 de 07.04.1933, editado com o intuito de reprimir a usura. De lá para cá, passando pela Constituição Federal de 1934, surgem as primeiras normas constitucionais de proteção à economia popular (arts. 115 e 117). O Dec.-lei 869, de 18.11.1938, e depois o Dec.-lei 9.840, de 11.09.1946, cuidaram dos crimes contra a economia popular, sobrevivendo em 1951, a chamada lei de Repressão ao Abuso do Poder Econômico (4.137), que reflexamente beneficia o consumidor, além de haver criado o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), na estrutura do Ministério da Justiça, ainda existente, subordinado, porém, à Secretaria Nacional do Direito Econômico (SNDE). Em 1984 foi editada a Lei 7.244, que autorizou os Estados a instituir Juizados Especiais de Pequenas Causas (revogado pela Lei 9.099, de 26.09.1995). Com a Lei 7.492, de 16.06.1986, passaram a ser punidos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, denominados crimes do colarinho branco. Não obstante esparsa, a legislação nacional aos poucos foi evoluindo na defesa dos direitos dos consumidores. A Lei 1.903/78 cria o Procon de São Paulo, primeiro órgão de defesa do consumidor, na esfera federal, em 1.985, o Decreto 91.469, alterado pelo 94.508, deu gênese ao Conselho Nacional de Defesa do Direito do Consumidor, extinto e substituído pelo Departamento Nacional de Proteção e Defesa do Consumidor, subordinado à SNDE na estrutura do Ministério da Justiça. Em 1.985, por sua vez, restou clara a firme intenção do legislador de estabelecer um compromisso sério com a atualidade de seu tempo e, nesse contexto promulgou a Lei 7.347, que introduziu no sistema processual brasileiro a ação civil pública de responsabilidade (...) Mas não resta dúvida que a proteção do consumidor somente adquiriu aspecto relevante com a promulgação da Carta Magna de 1988, assumindo neste momento estado de garantia constitucional e princípio norteador da atividade econômica” (*Op. cit.*, p. 55).

²⁴⁷ Nesse sentido: (i) o artigo 48 do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias, que ordenou a criação do Código de Defesa do Consumidor; (ii) o artigo 5º, XXXII que prevê que “o Estado promoverá na forma da lei, a defesa do consumidor”; (iii) o artigo 170, V, que reconhece ser a defesa do consumidor um dos princípios da ordem econômica; (iv) o artigo 24, VIII, que estabeleceu competência concorrente entre União, Estados e Distrito Federal para editar leis concernentes à responsabilidade por dano ao consumidor; (vi) outras previsões específicas: artigo 150, §5º/ artigo 175, Parágrafo único/ artigo 220, §4º/ artigo 221 (COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor na Constituição Brasileira de 1988. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico, e Financeiro*, n. 80, p. 68).

²⁴⁸ Constituição Federal, Art. 5º, XXXII: “O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.”

²⁴⁹ Constituição Federal, 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”.

Como muito bem aponta Fábio Konder Comparato²⁵⁰, a primeira discussão a se colocar no presente tema é a de se saber se esta previsão constitui-se ou não um direito subjetivo fundamental. Nesse sentido, segundo seu magistério, o artigo 5º, XXXII, da Constituição Federal não poderá ser considerado como direito subjetivo fundamental. Para o autor em tela, assim se dá não porque a prescrição normativa não se utilize da expressão “direito”, mas sim porque não há possibilidade de que o consumidor tenha, efetivamente, “*uma pretensão (Auspruch), exercitável por meio de ação judicial ou procedimento administrativo*”.

Na opinião do jurista em voga, caso na norma em referência houvesse um direito subjetivo fundamental, qualquer consumidor poderia exigir do Estado uma pretensão objetivando uma prestação determinada. A proteção do consumidor prevista no artigo não se configura, portanto, uma prestação determinada individualizada, coercível pelo indivíduo por meio de uma ação individual²⁵¹. Não cabe, pelos mesmos motivos explicitados acima, também aqui se falar em mandado de injunção²⁵².

Em nosso parecer, a impossibilidade de que a proteção do consumidor seja obtida como uma “prestação determinada individualizada” simplesmente significa que ele não poderia pedir ao Poder Judiciário a sua proteção individual conforme bem entendesse. Tal proteção deveria advir de lei, cumprindo-nos aqui lembrar que com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor a proteção deixou de ser esparsa e passou a ser sistêmica. Sendo assim, deve o Poder Judiciário agir de forma a prestigiar a escolha do sistema, protegendo o consumidor de modo a promover uma política pública.

Ademais, conforme o magistério de Fábio Konder Comparato²⁵³ “*a declaração contida no art. 5º, XXXII da Constituição de 1988 deve ser interpretada de forma vinculada ao princípio constante do artigo 170, V, ou seja, como um elemento diretor da ordem constitucional objetiva*”. Neste último, reconhece-se a defesa do consumidor como um princípio geral da atividade econômica. Referido princípio é indubitavelmente um princípio programa e assim sendo, terá por objeto, tal qual o sistema protetivo do Código de Defesa do Consumidor, a promoção de uma ampla política pública (*public policy*).

²⁵⁰ A proteção do consumidor na Constituição Brasileira de 1988..., p. 69.

²⁵¹ COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor na Constituição Brasileira de 1988..., p. 70.

²⁵² COMPARATO, Fábio Konder. *Idem, ibidem*.

²⁵³ A proteção do consumidor na Constituição Brasileira de 1988..., p. 70.

É, portanto, na visão do autor em tela²⁵⁴, essencial que a “*proteção do consumidor*” seja considerada um princípio constitucional, devendo tal princípio, por conseguinte, ser entendido como “*uma norma superior que determina a interpretação e a própria criação de outras normas, no sistema da Constituição*” e, em assim sendo, não só deve fixar limites à atuação do legislador ou do aplicador da lei (eficácia negativa), mas também deverá impor ao Poder Público o desenvolvimento de uma política ou programa de ação (eficácia positiva).

Referida política pública deverá se dar por meio de normas-objetivo²⁵⁵, as quais poderão ser efetivadas tanto por leis quanto por regulamentos da Administração Pública. No entanto, é evidente que tal atividade normativa não poderá ser considerada exaurida mediante a mera edição de normas. Não há como se considerar concluída, portanto, a política pública de defesa do Consumidor com a mera publicação do Código de Defesa do Consumidor de 1990²⁵⁶.

Concordamos com o proposto pelo autor em tela. A política pública de defesa dos direitos do consumidor não pode ser restrita à mera edição de normas. Desta feita, possuem os Poderes Públicos determinada liberdade para fazer com que a proteção do consumidor seja efetivada.

Tais alternativas e maneiras devem se diferenciar de modo a oferecer a mais ampla proteção do consumidor. Como bem nota Fábio Konder Comparato²⁵⁷, “*o objeto dessa proteção não é o consumidor como figura geral e abstrata, e sim diferentes consumidores, considerados em situações concretas e determinadas, e inspirando diferentes graus de proteção*”.

Sendo assim, reconhecendo os diferentes graus de proteção e buscando a mais ampla possível defesa do consumidor nos termos acima considerados, concluímos que a responsabilidade por lesões a direitos dos consumidores, bem como a efetiva punição dos responsáveis por elas, pode se dar tanto no âmbito administrativo como no âmbito judiciário. E, cumpre aqui destacar, neste último âmbito, tanto na esfera penal quanto na esfera civil²⁵⁸.

²⁵⁴ COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor na Constituição Brasileira de 1988..., p. 70.

²⁵⁵ Vide Capítulo II, Seção II.

²⁵⁶ COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor na Constituição Brasileira de 1988..., p. 70.

²⁵⁷ A proteção do consumidor na Constituição Brasileira de 1988..., p. 70.

²⁵⁸ A complementaridade aqui proposta será melhor analisada na Seção V deste capítulo.

Nesse caso, propomos que os *punitive damages*, por meio do Poder Judiciário, possam ser um instrumento de promoção da política pública de proteção do consumidor²⁵⁹.

Há de se ressaltar aqui que a própria consolidação do instituto dos danos morais no ordenamento jurídico nacional resultou de uma política pública promovida pelo Poder Judiciário. Evidentemente que tal política pública se deu de forma implícita, sendo fato que muito antes das previsões legais os tribunais já os reconheciam. A lei, portanto, veio posteriormente e, de forma absolutamente salutar, sedimentou o entendimento.

Sendo assim, em nosso sentir, o instituto dos *punitive damages* pode seguir o mesmo caminho traçado pelo danos morais. Sua marcha já está em curso. É o que parece acontecer quando, de uma forma tecnicamente imprópria, se procura atribuir uma função punitiva à indenização a título de dano moral. Trata-se, na verdade, de uma forma encontrada pelo Poder Judiciário de seguir os aclamos sociais de punição do lesante e de proteção das vítimas, promovendo uma tentativa de implementar a política pública de proteção do consumidor aqui exarada.

Ressaltamos ainda que, em uma relação de consumo, os magistrados não poderão limitar-se à análise pura, individual e simplista das partes individuais e do objeto litigioso, devendo, antes, lembrarem-se de que os componentes de tal relação estão insertos em uma dimensão muito mais ampla: a dimensão coletiva.

Isto quer dizer que será indispensável para um correto entendimento a respeito da amplitude jurídica da relação de consumo a análise de sua teleologia dentro do sistema social em que ela se encontra, ou seja, não pode o juiz restringir-se a análise dos microefeitos queridos pelas partes em referidas relações.

Deve o magistrado, portanto, também levar em consideração o macroefeito coletivo que a ausência de resposta efetiva do ordenamento jurídico produzirá na sociedade.

Por conseguinte, o juiz, ao avaliar um determinado dano pleiteado por um consumidor individual não poderá restringir sua análise ao dano daquele consumidor específico. Ao magistrado, como agente de um Estado Social, cuja principal meta é a

²⁵⁹ Thomas Koenig e Michael Rustad reconhecem que diversos são os casos de produtos nocivos a consumidores ou trabalhadores [dispositivos contraceptivos intrauterinos, implantes de silicone, asbesto (amianto), tabaco etc] em que foram aplicados *punitive damages* nos Estados Unidos e que graças a tais decisões os produtos na atualidade são cada vez mais testados nos laboratórios e não na casa dos consumidores ou em seus locais de trabalho (Apud ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano Moral e Indenização Punitiva - Os Punitive Damages na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro*, 2. ed., p. 190).

aplicação do Direito para a prevenção da massa²⁶⁰, lhe é também incumbida a tarefa de averiguar os efeitos que a impunidade produzirá na sociedade em razão da dimensão coletiva das relações de consumo.

A dimensão coletiva é a razão de ser de várias normas no Código Consumerista²⁶¹. Já na definição do conceito de consumidor referida dimensão pode ser identificada pela extensão do conceito à coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que tenham intervindo nas relações de consumo, bem como na equiparação a consumidores de todas as vítimas de um determinado evento lesivo.

No âmbito das práticas comerciais e da proteção contratual, o Código de Defesa do Consumidor estabelece que serão considerados como se consumidores fossem todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas. Ainda nesta área, é interessante notar a força da coletividade em questões como as da regulamentação da publicidade, das ofertas *stricto sensu*, dos contratos de adesão e das invalidades, na qual impera a cominação da nulidade de pleno direito.

Na esfera da responsabilidade civil, a dimensão coletiva influenciou a assunção da teoria do risco da atividade, bem como da responsabilidade objetiva²⁶² pelo Código de Defesa do Consumidor. Foi a razão, ainda, do enfoque preventivo da responsabilidade civil adotada pelo Código em tela.

Ademais, como corolário lógico do fenômeno da coletivização e da necessidade de uma reinterpretação com base na dimensão coletiva das relações, o Código de Defesa do Consumidor trouxe várias inovações de âmbito coletivo, como por exemplo (i) a sistematização dos direitos ou interesses coletivos, em seu artigo 81, parágrafo único²⁶³, o

²⁶⁰ RÊGO, Lúcia. *Op. cit.*, p. 145.

²⁶¹ GARCIA, José Augusto. *Op. cit.*, p. 93-95.

²⁶² Como efeito da responsabilidade objetiva tem-se hoje a coletivização dos danos, conforme se pode denotar do interessante trabalho da professora Silmara Juny Chinellato em conjunto com o professor Antonio Carlos Morato: “Lembra que a responsabilidade civil pelo fato do produto defeituoso independe de culpa e, além de impor um dever de vigilância, tem a função principal de permitir a indenização das vítimas. A responsabilidade conduz à coletivização dos riscos, uma das tendências da responsabilidade civil contemporânea, pois ‘o risco incorrido por cada produtor e por ele incorporado em seus preços, e se repercute sobre a massa de compradores’” (Responsabilidade Civil e o Risco do Desenvolvimento nas Relações de Consumo. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério (Coords.). *Responsabilidade Civil – Estudos em homenagem ao Professor Rui Geraldo de Camargo Viana*, p. 41)

²⁶³ Código de Defesa do Consumidor, Art. 81: “A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre

que possibilitou a tutela diferenciada de cada tipo de direito transindividual lesionado; (ii) a previsão da realização de convenções coletivas de consumo e; (iii) a esfera penal coletiva consumerista nos crimes contra a relação de consumo.

Desta feita, é inegável a influência do fenômeno fático da coletivização, bem como do princípio da dimensão coletiva no Código de Defesa do Consumidor.

No entanto, em que pese o diploma legal em tela, de fato, ter representado grande avanço na proteção do consumidor, ele não tem impedido que fornecedores se beneficiem do fenômeno da coletivização lesionando consumidores.

Frente à tão clara desproporção de forças, cumpre preencher as lacunas do sistema de responsabilidade civil nas relações de consumo, reinterpretando-o de uma forma mais social. Nesse sentido, entendemos que os *punitive damages* poderão contribuir para um sistema de responsabilidade civil mais abrangente, preenchendo algumas lacunas que a responsabilidade civil tradicional não consegue preencher.

A questão aqui pode ser trabalhada em duas vertentes: a substancial e a processual. Tais vertentes, apesar de distintas, deverão servir a uma mesma finalidade, qual seja, a de provocar no âmbito social o sentimento de máxima satisfação possível, não só ressarcindo o consumidor lesado mas também evitando que o fornecedor continue a lesionar²⁶⁴.

No que concerne à vertente substancial, destacamos que os *punitive damages* podem se tornar um importante instrumento jurídico para conferir maior eficácia à responsabilidade civil no âmbito das relações de consumo.

Nesse sentido destacamos o pensamento de José Augusto Garcia²⁶⁵, cujo entendimento, embora tratando de indenização punitiva e de função preventiva-pedagógica, permanece absolutamente válido:

si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”.

²⁶⁴ Embora entendamos que o enfoque dos *punitive damages* deva ser punitivo, fazemos coro às considerações de Guilherme Ferreira da Cruz: “Seja no *common law*, seja no *civil law*, o direito do consumidor começou com um corpo legal de caráter eminentemente repressivo (penal e administrativo). Gradativamente, no entanto, o legislador foi compreendendo que o direito do consumidor teria de ser fundamentalmente preventivo, em face de certas características do mercado: a velocidade das suas transformações, o surgimento diário de novas e mais complexas modalidades de negócios e tecnologias; a vulnerabilidade do consumidor, seja para evitar, *per se*, o dano, seja para evitar buscar sua reparação; a natureza e a dimensão dos acidentes de consumo, muitas vezes de difícil (quando não impossível) reparação. O direito do consumidor preventivo funcionaria, a um só tempo, como forma de impedir a fragmentação da própria relação de consumo – com prejuízos diretos e reflexos ao consumidor – além de inviabilizar o enfraquecimento do mercado em decorrência dos eventuais conflitos gerados” (*Op. cit.*, p. 51).

²⁶⁵ *Op. cit.*, p. 97.

Como combater tantas iniquidades, em tão larga escala? As ações coletivas, por mais evoluído que seja o sistema, não podem – e nunca poderão – preencher o imenso perímetro de contenciosidade que cercam as relações de consumo. Por conseguinte, é imperioso que também no âmbito da tutela nominalmente individual se dê efetividade plena ao princípio da dimensão coletiva, a ele se atribuindo efeitos concretos, palpáveis. Ativando-se a função preventiva-pedagógica dos provimentos judiciais, alcança-se um desses efeitos concretos. Como a reparação dos danos morais, ao contrário dos ressarcimentos por prejuízos materiais, não tem balizas fixas, presta-se sobremodo a essa transcendência maior reclamada para o “processo do consumidor”. Se não tivessem sido objeto de veto presidencial os dispositivos do CDC que previam a multa civil (arts. 16²⁶⁶, 45²⁶⁷ e 52, §3º²⁶⁸), não se exigiria tanto da indenização por danos morais. Sem a multa civil, porém, o já comentado macroprocesso, para a concretização dos seus amplos escopos, muito vai depender da concepção que triunfar, no foro, a respeito do peso da indenização por danos morais.

O motivo apresentado pelo veto presidencial para os três artigos destacados no excerto acima é o mesmo: “*O art. 12 e outras normas já dispõem de modo cabal sobre a reparação do dano sofrido pelo consumidor. Os dispositivos ora vetados criam a figura da ‘multa civil’, sempre de valor expressivo, sem que sejam definidas a sua destinação e finalidade*”²⁶⁹.

Zelmo Denari²⁷⁰ e Nelson Nery Júnior²⁷¹ discordam das razões dos vetos. O primeiro afirma que “*o propósito do legislador foi o de criar a figura da multa civil, verdadeira sanção judicial, cuja aplicação foi confiada ao prudente arbítrio do juiz, único responsável pela sua cominação nos estritos casos submetidos à apreciação do Poder Judiciário*”, levando-se em consideração a gravidade e a proporção do dano, bem como a condição econômica do responsável. Já o segundo lamenta tal decisão pois em seu

²⁶⁶ Código de Defesa do Consumidor, Art. 16 (Vetado): “Se comprovada a alta periculosidade do produto ou serviço que provocou o dano, ou grave imprudência, negligência ou imperícia do fornecedor, será devida multa civil de até um milhão de vezes o Bônus do Tesouro Nacional – BTN, ou índice equivalente que venha substituí-lo, na ação proposta por qualquer dos legitimados à defesa do consumidor em juízo, a critério do juiz, de acordo com a gravidade e proporção do dano bem como a situação econômica do responsável”.

²⁶⁷ Código de Defesa do Consumidor, Art. 45 (Vetado): “As infrações ao disposto neste Capítulo, além de perdas e danos, indenização por danos morais, perda dos juros e outras sanções cabíveis, ficam sujeitas à multa de natureza civil, proporcional à gravidade da infração e à condição econômica do infrator, cominada pelo juiz na ação proposta por qualquer dos legitimados à defesa do consumidor em juízo”.

²⁶⁸ Código de Defesa do Consumidor, Art. 52, §3º (Vetado): “O fornecedor ficará sujeito a multa civil e perda dos juros, além de outras sanções cabíveis, se descumprir o disposto neste artigo.”

²⁶⁹ PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *Mensagem n.º 664, de 11 de setembro de 1990*. Conforme mensagem disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/Mensagem_Veto/anterior_98/vep664-L8078-90.htm#art16> Acesso em 22.09.2010.

²⁷⁰ Da Qualidade de Produtos e Serviços, da Prevenção e da Reparação de Danos. In: Grinover, Ada Pellegrini *et al.* *Código do Consumidor: comentado pelos Autores do Anteprojeto*, 9. ed., rev., atualiz. e ampl., p. 208.

²⁷¹ Da Proteção Contratual. In: Grinover, Ada Pellegrini *et al.* *Código do Consumidor: comentado pelos Autores do Anteprojeto*, 9. ed., rev., atual. e ampl., p. 627-628.

entendimento “*perdeu-se a oportunidade de estabelecer-se uma verdadeira norma sancionatória, que atuaria como elemento moralizador das relações de consumo. Seria a multa civil destinada ao prejudicado, como um ‘plus’, ao lado da indenização*”²⁷².

Os *punitive damages*, portanto, caso não houvessem sido vetados os artigos em tela, poderiam já ser um instrumento extremamente eficaz para o respeito ao direito do consumidor. Lamentamos, desta forma, os vetos aos artigos *supra* citados, bem como o veto ao parágrafo único do artigo 944 do Código Civil. Entendemos que os problemas envolvendo “valor expressivo”, “destinação” e “finalidade” são questões que podem perfeitamente serem resolvidas pelo magistrado no caso em concreto, não havendo necessidade de lei específica.

Outra questão que aqui deve ser levantada é a de que o princípio da proteção do consumidor pode prevalecer, em situações especiais, sobre o princípio da legalidade²⁷³. Em nosso entender, o princípio da legalidade não poderá ser oposto à proteção do consumidor por meio da aplicação dos *punitive damages* quando não houver outra alternativa para cessar a prática danosa do fornecedor. Trata-se inclusive, em última instância, de proteção à dignidade da pessoa humana.

Já no que concerne à vertente processual destacamos que as relações de consumo deverão ser analisadas pelo magistrado sob a ótica da dimensão coletiva, de modo a flexibilizar regras processuais com o intuito de promover a mais ampla proteção do consumidor.

Sendo assim, conforme a presente investigação analisará mais adiante, ao consumidor individual, por exemplo, deverá ser reconhecida a legitimidade para pleitear

²⁷² Nesse sentido é também o posicionamento de Ada Pellegrini Grinover e de Antonio Herman de Vasconcelos e Benjamin: “Mas o que vale salientar é que o balanço geral dos vetos aponta a existência de alguns verdadeiramente lamentáveis: por exemplo, aqueles que suprimiram todas as multas civis, criadas para compensar a suavidade das sanções penais e universalmente reconhecidas como instrumento idôneo de punição no campo das relações de consumo” (*Código do Consumidor: comentado pelos Autores do Anteprojeto*, 9. ed., rev., atual. e ampl., p. 5).

²⁷³ Os princípios, diferentemente das regras, estão sujeitos ao sopesamento de sua importância. Referido sopesamento gera, evidentemente, grandes controvérsias. Neste sentido é o magistério de Ronald Dworkin: “Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou da importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade do contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia. Não obstante essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é” (*Levando os Direitos à S Sério*, 2. ed., p; 42-43).

não apenas o seu interesse, mas também *punitive damages*, atuando como defensor da sociedade e sendo incentivado para tanto ao receber parte do valor fixado sob tal título²⁷⁴.

O “processo do consumidor” deverá ser pautado pelo que hoje é conhecido como “macroprocesso”, que Sérgio Bermudes²⁷⁵ define como sendo o processo que, ao ser contemplado do ponto de vista do interesse social, pela abrangência de seus resultados, “*se projeta muito além do interesse das pessoas diretamente envolvidas porque é instrumento de pacificação social; porque devolve a paz ao grupo, servindo também de método pedagógico, pois através dele o Estado vai ensinando os jurisdicionados a cumprir o direito (...)*”.

O magistrado, portanto, deverá, ao julgar uma lide de consumo, levar em conta a finalidade, a instrumentalidade e a razão de ser daquele processo. O denominado “processo do consumidor”, muito mais abrangente do que as partes singulares que o promovem, possui fortes implicações sociais e políticas. Além disso, possui uma teleologia especial. Deve o juiz, por conseguinte, levar em consideração o princípio da dimensão coletiva que caracteriza o “processo do consumidor” e aplicar as regras processuais convenientes às particularidades de uma relação de consumo, afastando a cega adjudicação de regras próprias do processo individual que não coadunarem com a finalidade social de proteção do consumidor.

Diante do exposto, nada impede que se faça um paralelo entre o “processo coletivo” e o “processo do consumidor”. Em sua gênese, as considerações a respeito de uma interpretação mais flexível das regras do processo tradicional para se viabilizar a tutela coletiva de interesses foram muito criticadas. Hoje, no entanto, caso não se possa dizer que tal interpretação finalística é pacificamente aceita no sistema jurídico nacional, ao menos já se pode dizer que ela já não é veementemente contestada como algumas décadas atrás. Esperamos que o mesmo ocorra com relação ao necessário abrandamento de algumas regras processuais para que a responsabilidade civil seja mais efetiva no âmbito das relações de consumo, particularmente no que se refere à fixação de *punitive damages*.

²⁷⁴ Vide Capítulo V, Seção III, § 3.

²⁷⁵ BERMUDES, Sérgio. *Introdução ao Processo Civil*, 2. ed., p. 72.

Seção III. O Reconhecimento e a Dosimetria dos *Punitive Damages* nas Relações de Consumo

A aplicação dos *punitive damages*, tal qual a dos danos morais, não está assentada em balizas fixas. Isto, todavia, não quer dizer que os magistrados não possam se valer de critérios, até mesmo porquê, como já defendido nesta dissertação, a fixação do montante punitivo deverá ser motivada.

Para o reconhecimento e a dosimetria do valor dos *punitive damages* nas relações de consumo, sugerimos, exemplificadamente²⁷⁶, os seguintes critérios, que deverão ser analisados passo a passo: (i) a especial reprovabilidade do ato ilícito; (ii) as condições econômicas do ofensor e (iii) o razoável para se promover a eficácia coercitiva da ação.

§ 1. A Especial Reprovabilidade do Ato Ilícito

O primeiro passo é fundamental. De forma nenhuma haverá fixação de *punitive damages* sem que a reprovabilidade do ato seja especial. Não se trata de qualquer reprovabilidade, mas de reprovabilidade que supere o racionalmente aceitável. Sendo assim, entendemos que os *punitive damages* só podem ser fixados em casos que envolvam dolo e culpa grave, excluindo-se, portanto, a culpa leve²⁷⁷. Ao se constatar a reprovabilidade especial do ato ilícito, a análise deve prosseguir avaliando os seus diversos graus²⁷⁸. Desta feita, em nosso sentir, uma conduta, quando for cometida com dolo, deverá

²⁷⁶ Conforme se verá a seguir, consideramos que o Decreto 2181/97, que estabelece as normas gerais para as sanções administrativas no âmbito das relações de consumo, pode ser um importante parâmetro analógico para a dosimetria dos *punitive damages*. A dosimetria está prevista nos artigos 24-28 do decreto em voga. Cumpre aqui destacar o artigo 28, que prevê que as multas administrativas deverão ser fixadas com base na gravidade da prática infrativa, na extensão do dano causado aos consumidores, na vantagem auferida com o ato infrativo e na condição econômica do infrator.

²⁷⁷ Para André Gustavo Corrêa de Andrade, os *punitive damages* (tidos por referido autor como “indenização punitiva”) poderão ser fixados em casos excepcionais de culpa leve: “Ressalve-se a hipótese de, a despeito da culpa leve, o agente ter obtido um ganho com o ilícito praticado, quando, então, a indenização punitiva deverá ser imposta para impedir o agente de se beneficiar com o ato lesivo” (*Dano Moral e Indenização Punitiva - Os Punitive Damages na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro*, p. 270). Discordamos do posicionamento acima exarado, pois entendemos que nestes casos a devolução do lucro é meramente indenizatória e deverá ser restituída por meio da ação de enriquecimento sem causa.

²⁷⁸ Entende André Gustavo Corrêa de Andrade que punir de forma distinta atos que deram origem ao mesmo dano está de acordo com o princípio constitucional da isonomia: “A imposição de sanções diferenciadas para casos de distinta reprovabilidade nada mais representa que uma particular aplicação do princípio constitucional da isonomia, que impõe não apenas tratar desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades. A imposição de indenizações idênticas para danos iguais, mas causados por condutas tão

ser punida de forma mais severa do aquela cometida com culpa. Neste sentido, no âmbito das condutas dolosas, por exemplo, nos posicionamos no sentido de que a conduta premeditada deve ser punida de forma mais vigorosa do que a conduta que ocorreu sem premeditação, apesar de dolosa. Já no âmbito culposo, por conseguinte, um mesmo ato ilícito cometido com culpa consciente, deverá ser punido de uma forma mais contundente do que o ato cometido com culpa inconsciente²⁷⁹.

A reprovabilidade especial gradativa também é avaliada no âmbito do Decreto 2181/97. Referido decreto, como já afirmamos, poderá ser uma importante fonte analógica para a fixação dos *punitive damages*. Para Lucia Rêgo²⁸⁰, a gravidade da prática infrativa refere-se às circunstâncias exasperadoras, ou agravantes, elencadas pelo artigo 26 do decreto em tela²⁸¹.

Sendo assim, diante do até aqui exposto, entendemos como caso de reprovabilidade especial, por exemplo, a inadmissível reiteração dos atos ilícitos praticados por instituições bancárias, que lucram milhões com pequenos danos ao consumidor, bem como a situação recente que ocorreu com os modelos Volkswagen Fox, cujo banco traseiro decepou o dedo de pelo menos 8 (oito) pessoas no Brasil, sendo fato que os modelos exportados para a Europa possuíam uma solução técnica muito mais segura para o problema²⁸².

Para André Gustavo Corrêa de Andrade²⁸³ a gravidade do dano e a potencialidade lesiva do ato²⁸⁴ poderão ser utilizadas como elementos que compõem sua reprovabilidade. Não concordamos com o autor em voga, pois entendemos que se há dano, seja ele grave ou

distanciadas em termos de reprovabilidade, constitui afronta ao princípio constitucional da igualdade e ao senso comum de justiça” (*Op. cit.*, p. 243).

²⁷⁹ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Op. cit.*, p. 301.

²⁸⁰ RÊGO, Lúcia. *A Tutela Administrativa do Consumidor – Regulamentação Estadual*, p. 99-100.

²⁸¹ Art. 26, Decreto 2181/97: “Consideram-se circunstâncias agravantes: I - ser o infrator reincidente; II - ter o infrator, comprovadamente, cometido a prática infrativa para obter vantagens indevidas; III - trazer a prática infrativa consequências danosas à saúde ou à segurança do consumidor; IV - deixar o infrator, tendo conhecimento do ato lesivo, de tomar as providências para evitar ou mitigar suas consequências; V - ter o infrator agido com dolo; VI - ocasionar a prática infrativa dano coletivo ou ter caráter repetitivo; VII - ter a prática infrativa ocorrido em detrimento de menor de dezoito ou maior de sessenta anos ou de pessoas portadoras de deficiência física, mental ou sensorial, interdadas ou não; VIII - dissimular-se a natureza ilícita do ato ou atividade; IX - ser a conduta infrativa praticada aproveitando-se o infrator de grave crise econômica ou da condição cultural, social ou econômica da vítima, ou, ainda, por ocasião de calamidade”.

²⁸² Cfr. reportagem exibida pelo Jornal Nacional em 08 de fevereiro de 2008. É impressionante a rapidez com a qual o caso foi resolvido após chegar a grande mídia. Em junho de 2008, a Volkswagen iniciou o *recall* dos modelos Fox (Fox, Crossfox e Spacefox). O problema é que o defeito do produto já era conhecido há muito tempo, como comprova reportagem publicada por revista especializada em agosto de 2006 (DE SALVO, Maria Paolo. REVISTA QUATRO RODAS. *Perigo no banco - O assento traseiro do Fox põe em risco a mão de quem tenta rebatê-lo. Quatro donos já sentiram o problema na pele*. Conforme disponibilidade em <http://quatrorodas.abril.com.br/autoservico/autodefesa/conteudo_182940.shtml> Acesso em 16.12.2010).

²⁸³ *Op. cit.*, p. 302.

²⁸⁴ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Op. cit.*, p. 308.

não, a natureza da reparação é ressarcitória ou compensatória, não punitiva. É evidente que, muito provavelmente, a gravidade do dano e a potencialidade de danos graves são reflexos do dolo ou da culpa grave do agente do ato lesivo, mas com eles não se confundem. Somente os últimos poderão ser usados como critério para a fixação dos *punitive damages*.

É importante salientar que a “gravidade do dano” é critério utilizado no âmbito das multas administrativas aplicáveis às relações de consumo, conforme previsão do artigo 28 do Decreto 2181/97²⁸⁵. Segundo Lucia Rêgo²⁸⁶, referido critério remete, indistintamente, ao artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor, classificando, portanto, o dano em difuso, coletivo e individual homogêneo. Discordamos da autora em tela, pois entendemos que a extensão do dano tratada pelo artigo 28 do decreto em voga é de natureza quantitativa e não qualitativa. Sendo assim, entendemos que o critério da “gravidade do dano” previsto no artigo em tela não poderá, em razão do disposto acima, ser tomado analogicamente para a fixação de *punitive damages*.

Justamente por não tratar-se de composição de danos, mas de punição, é que concluímos pela aplicação dos *punitive damages* em casos envolvendo responsabilidade objetiva. Desta feita, em uma relação de consumo, o fornecedor que agir com especial reprovabilidade não estaria sujeito somente à reparação dos danos que causou, mas também aos *punitive damages*, que deverão ser fixados como um *plus*²⁸⁷.

Outro critério que poderia ser apontado como balizador dos *punitive damages*, principalmente nas relações de consumo, é a existência de lucro ilícito. Cumpre aqui salientar que o artigo 28 do Decreto 2181/97 prevê que a “vantagem econômica” auferida com o ato infrativo poderá ser utilizada, embora limitada pelo valor máximo estipulado no

²⁸⁵ Art. 28, Decreto 2181/97: “Observado o disposto no art. 24 deste Decreto pela autoridade competente, a pena de multa será fixada considerando-se a gravidade da prática infrativa, a extensão do dano causado aos consumidores, a vantagem auferida com o ato infrativo e a condição econômica do infrator, respeitados os parâmetros estabelecidos no parágrafo único do art. 57 da Lei nº 8.078, de 1990”.

²⁸⁶ *Op. cit.*, p. 99-100.

²⁸⁷ Entendemos que, em uma relação de consumo, o ônus da prova de culpa grave ou dolo poderá ser invertido, incumbindo-se dele o fornecedor, tal qual ocorre na reparação de danos, nos moldes previstos no artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor, que assim prescreve: “São direitos básicos do consumidor (...) VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

artigo 57, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor²⁸⁸, como critério para a fixação do *quantum* das multas administrativas.

Em nosso sentir, o lucro não pode ser tomado como critério, pois entendemos que um produto defeituoso poderia dar prejuízo ao fornecedor e mesmo assim provocar danos sociais. Neste caso, afirmamos ser necessária a aplicação dos *punitive damages* mesmo com o prejuízo do fornecedor, pois a reprovabilidade está no dolo ou na culpa grave e não no lucro em si. No entanto, cumpre aqui salientar que, na existência de lucro, os *punitive damages* deverão, no mínimo, superar o patamar de conveniência lucrativa para a produção do produto defeituoso ou execução do serviço lesivo.

§ 2. As Condições Econômicas do Ofensor

Passemos então ao segundo passo. A condição econômica do ofensor será fundamental para que a punição possa causar os efeitos desejados. Para tanto, conforme nos lembra Lúcia Rêgo²⁸⁹, embora tratando da questão no âmbito das multas administrativas, os magistrados poderão se utilizar da quebra do sigilo bancário e postal, bem como dos meios tecnológicos à disposição²⁹⁰.

Evidentemente, a função punitiva da responsabilidade civil só será efetiva caso provoque “dor no bolso” do ofensor. No entanto, concordamos com a opinião de André Gustavo Corrêa de Andrade²⁹¹ no sentido de que “*não se trata pura e simplesmente de fazer pagar a quem tenha mais para pagar, mas de fixar valor que tenha efetivamente o*

²⁸⁸ Código de Defesa do Consumidor, Art. 57: “A pena de multa, graduada de acordo com a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica do fornecedor, será aplicada mediante procedimento administrativo, revertendo para o Fundo de que trata a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, os valores cabíveis à União, ou para os Fundos estaduais ou municipais de proteção ao consumidor nos demais casos. Parágrafo único. A multa será em montante não inferior a duzentas e não superior a três milhões de vezes o valor da Unidade Fiscal de Referência (Ufir), ou índice equivalente que venha a substituí-lo”.

²⁸⁹ *A Tutela Administrativa do Consumidor – Regulamentação Estadual*, p. 99-100.

²⁹⁰ A tecnologia pode auxiliar o juiz. A situação financeira da empresa poderá ser verificada pelo Programa INFOJUD (Sistema de Informações do Judiciário). Referido programa consiste em um sistema de consulta de dados desenvolvido pela Receita Federal, que, em razão de uma parceria entre o referido órgão federal e o Conselho Nacional de Justiça, foi disponibilizado aos magistrados. Por meio do sistema em tela, os juízes podem ter acesso aos dados cadastrais de pessoas físicas e jurídicas, bem como a declarações de Imposto de Renda, de Imposto Territorial Rural (ITR) e de Operações Imobiliárias (DOI). Conforme publicado pelo site da Agência CNJ de notícias: *Infojud já atendeu mais de 519 mil demandas da justiça*. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=11337:infojud-ja-atendeu-mais-de-519-mil-demandas-da-justica&catid=1:notas&Itemid=675> Acesso em 02.11.2010.

²⁹¹ *Dano Moral e Indenização Punitiva - Os Punitive Damages na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro*, 2. ed., p. 302.

poder de desestimular a prática de condutas lesivas e antissociais”. Na esfera das relações de consumo, este fator é particularmente relevante pois punições irrisórias não produzirão efeito algum às empresas de grande porte e punições exageradas poderão levar pequenas à ruína. Os *punitive damages*, portanto, deverão ser adequados à capacidade econômica do ofensor²⁹².

Concordamos ainda com André Gustavo Corrêa de Andrade²⁹³ no sentido de que nada impede que o montante punitivo fixado tenha como parâmetro, mas não como critério e ainda menos como limite, o montante de danos materiais. Também fazemos coro ao referido autor quando afirma que uma eventual tarifação dos *punitive damages* poderia enfraquecer a tutela do princípio da dignidade humana e dos direitos da personalidade, principalmente quando houver ganho com o ilícito²⁹⁴. Repetimos, mais uma vez, que a previsão legal do instituto seria muito bem-vinda. No entanto, entendemos que tal legislação não poderá “engessar” a responsabilidade civil punitiva, sob pena de impedir, por exemplo, que os *punitive damages* possam atingir eficazmente conglomerados econômicos poderosos, reequilibrando assim a equação custo-benefício do ilícito e provocando a mudança do comportamento reprovável em prol da sociedade.

Humberto Theodoro Júnior²⁹⁵ discorda do fato de que indenizações substanciais possam trazer consequências benéficas à sociedade. Destacamos seu entendimento na íntegra para melhor compreensão:

²⁹² Dado o nosso posicionamento a respeito do caráter eminentemente punitivo dos *punitive damages*, entendemos que a condição econômica do lesado não deve, de forma alguma, ser levada em consideração. Conforme se verá posteriormente, defenderemos que uma parte de tal valor seja destinado à vítima, como forma de recompensar o seu esforço por trazer ao Poder Judiciário problemas que, ao final, se revelam de âmbito social. A recompensa a título de *punitive damages* é pelo esforço, que se relaciona com as particularidades do caso concreto e não com eventual dano moral sofrido pela vítima. Para André Gustavo Corrêa de Andrade caso se levasse em consideração a situação econômica do lesado haveria uma diminuição da “eficácia punitiva/preventiva da sanção em relação às vítimas de menor poder econômico, que, em comparação com as de maior poder econômico, ficam mais sujeitas a ataques de seus interesses não patrimoniais”, bem como uma ofensa ao princípio constitucional da igualdade (*Dano Moral e Indenização Punitiva - Os Punitive Damages na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro*, 2. ed., p. 303).

²⁹³ *Op. cit.*, p. 312.

²⁹⁴ Como exemplo do sistema de reparação tarifado que procuramos evitar, citamos o referente ao pagamento das multas em razão dos crimes de injúria e calúnia. Com base em uma interpretação combinada dos artigos 49 e 60, §1º do Código Penal, chegamos a conclusão que o valor máximo a ser pago em razão da multa chega a apenas 5.400 salários mínimos. Este valor pode parecer uma grande quantia para uma pessoa física, mas pode ser ínfimo para um grande conglomerado econômico ou mesmo para uma pessoa de abastado poder aquisitivo.

²⁹⁵ *Dano moral*, 6. ed., atual. e ampl., p. 79-80.

A desorganização da economia nacional, guiada pela excessiva e desestimulante carga tributária e pelos exorbitantes encargos sociais, que impedem a competitividade no mercado internacional e que reduzem a força aquisitiva interna, não pode ser agravada por uma postura paternalista e irracional da jurisprudência e dos Tribunais. Basta o caos administrativo e o terror fiscal. No entanto, a atividade econômica vem, de fato, encontrando da parte do Judiciário, nos últimos tempos, novos e pesados desalentos. A pretexto de defender o consumidor, a legislação tutelar das relações de consumo tem servido, muitas vezes, para desestabilizar os contratos quando o fito do Código de Defesa do Consumidor não foi o de tutelá-lo à custa da ruína do fornecedor. Ao contrário, o que se visou foi, declaradamente, a meta da harmonia e do equilíbrio entre fornecedores e consumidores”.(...) O “custo Brasil”, destarte, se agrava por obra de tal postura jurisprudencial. É uma ilusão pensar que se podem extrair do meio produtivo reparações mirabolantes sem que isto deixe de influir sobre a economia nacional. O mundo econômico é formado por vasos comunicantes. Tudo o que se exige dos meios de produção, transformam-se *incontinenti* em custos dos bens produzidos. Quem irá responder por esses custos majorados é a sociedade consumidora como um todo. Se o empresário onerado não conseguir repassar os custos para os preços finais, seu negócio se arruinará, e mais uma vez quem suportará a consequência mais grave será a sociedade, porque do desestímulo a produção lucrativa decorrem, imediatamente, o fechamento de empresas, a redução de empregos e a escassez de produtos indispensáveis.

Discordamos do respeitável posicionamento do autor em voga. O Código de Defesa do Consumidor foi um avanço no sentido de harmonizar os interesses de consumidores e fornecedores. Os grandes beneficiários de uma economia de massa sem controle, como já exarado nesta dissertação, são os conglomerados econômicos. O que o Código do Consumidor fez foi somente restaurar o equilíbrio de forças. Evidentemente que exageros na fixação dos *punitive damages* poderão ocorrer. No entanto, tais exageros serão excepcionais e não se constituirão a regra. Na imensa maioria das vezes, os exageros estarão em decisões não definitivas²⁹⁶, passíveis de recurso. Cumpre aqui destacar, tal qual já vem ocorrendo com o dano moral, que eventual quantia exagerada poderá ser revista pelo Superior Tribunal de Justiça²⁹⁷, ou mesmo pelo Supremo Tribunal Federal, por meio de Recurso Extraordinário²⁹⁸.

²⁹⁶ Nesse sentido também é o posicionamento de André Gustavo Corrêa de Andrade: “Por outro lado, não há evidências que justifiquem uma previsão econômica catastrófica das consequências da indenização punitiva. Previsões dessa natureza frequentemente vêm baseadas em decisões isoladas, em sua maioria não definitivas, que configuraram uma eventual aplicação deturpada do emprego do instituto. O emprego adequado da indenização punitiva afasta os riscos econômicos e sociais, produzindo, ao contrário, o efeito positivo de prevenir danos a consumidores e usuários de produtos e serviços, que, no final das contas, são aqueles em proveito de quem as atividades econômicas devem desenvolver-se” (*Op. cit.*, p. 280).

²⁹⁷ São inúmeros os julgados do Superior Tribunal de Justiça que atestam tal possibilidade: (i) AgRg no Ag 1192721/SP, 4ª T., Rel. Ministro Raul Araújo, j. 07.12.2010, d. j. 16.12.2010; (ii) AgRg no Ag 1220528/PE, 1ª T., Rel. Min. Arnaldo Esteves de Lima, d.j. 16.12.2010; (iii) 993090/RS, 6ª T., Rel. Min. Thereza de Assis Moura, j. 18.11.2010, d. j. 29.11.2010.

²⁹⁸ Embora trate de indenização punitiva e não tenha por objeto uma relação de consumo, destacamos aqui que atualmente tramita no Supremo Tribunal Federal o Recurso Extraordinário n.º 631272, contestando uma

Entendemos, tal qual André Gustavo Corrêa de Andrade²⁹⁹, que o ordenamento jurídico brasileiro está ainda menos suscetível aos *punitive damages* desarrazoados que o sistema da *Common Law*, particularmente o norte-americano. Neste último sistema, o julgamento é, em regra, feito pelo júri, que, composto por leigos, é suscetível a decisões apaixonadas e atécnicas. No Brasil, a decisão será tomada por juiz togado, que deverá fixar os *punitive damages* de forma técnica e motivada, evitando assim decisões destemperadas.

Ao se condenar empresas ao pagamento de altos montantes punitivos, de fato, corre-se o risco de que os valores de tais condenações sejam repassados ao consumidor. Evidentemente que, tal repasse, além de injusto³⁰⁰, será mitigado pelas leis de mercado. As empresas zelosas, que não arcariam com os custos dos *punitive damages*, obteriam vantagens concorrenciais e poderiam praticar um menor preço final de seus produtos e serviços, quando comparadas às lesantes. Estas, por outro lado, para continuarem competindo, seriam obrigadas a corrigir os problemas de seus produtos e serviços sob pena de perderem mercado.

decisão do Tribunal de Justiça do Paraná, que condenou um pequeno jornal de Londrina a uma indenização a título de danos morais no valor de R\$ 600.000,00 (seiscentos mil). Tal condenação adveio do fato de ter o referido jornal noticiado, com base em procedimentos judiciais ainda em andamento, possíveis irregularidades na administração do autor (prefeito de Sertãoópolis/PR). Alega o jornal que caso tal valor seja executado, será inviável economicamente a manutenção da atividade (MIGALHAS. *Editora paranaense alega que danos morais de R\$ 600 mil podem inviabilizar jornal de pequena circulação*. Disp: <[http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,M1120789,71043Editora+paranaense+alega+que+danos+morais+de+R\\$+600+mil+podem](http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,M1120789,71043Editora+paranaense+alega+que+danos+morais+de+R$+600+mil+podem)> Acesso em 10.11.2010, publicada em 08.11.2010).

²⁹⁹ *Op. cit.*, p. 273.

³⁰⁰ Cláudia Lima Marques, embora tratando de indenização punitiva, também abarca o nosso posicionamento até aqui exarado: “Esta massificação dos danos é causada pela visão individualista e judicial liberal destacada por Stelle que, no Brasil, resulta em uma forte impunidade da prática geral violadora dos direitos do consumidor. E ainda pior, esta falta de solidariedade (e de efetividade) na sanção – uma sanção reduzida e para poucos casos – (que aqui estou chamando de sanção ‘pífia’) do dano moral, acaba por criar lógica totalmente invertida, que os consumidores, que lutam judicialmente por seus direitos estariam ‘organizados’ em uma chamada ‘indústria do dano moral’ e de que aqueles que ficam passivos, estes sim, seriam os consumidores corretos ou ideais, pois ‘aceitam’ ou suportam o dano moral sem recorrer ou usar as estruturas do acesso à Justiça. Esta visão não pode continuar a prevalecer, de alguma forma dogmática do Direito do Consumidor deve reconstruir-se para dar mais efetividade ao ressarcimento dos danos morais, individuais e coletivos no Brasil (...) Uma indenização pelo dano real, patrimonial ou extrapatrimonial (art. 6º, VI do CDC c/c art. 944 do CC/2002) seria a meu ver a única maneira pedagógica e correta de forçar a mudança de conduta no mercado e aqui não há necessidade de criar novas leis. Se há alguma lacuna, o diálogo das fontes é suficiente para integrá-la (...) Mas também não há necessidade de continuarmos a abafar o direito moral do consumidor, como se reclamar de seus direitos de personalidade fosse uma ofensa aos fornecedores de produtos e serviços e não um direito fundamental de acesso à justiça! Indenizar o dano moral, além de imperativo de Justiça de reparar (função compensatória), tem efetivamente uma função satisfatória, uma função social de exemplaridade. Conclua-se (...) que os danos morais causados ao consumidor têm em comum a necessidade de exercer esta função pedagógica (prevenção de casos semelhantes), satisfatória e exemplar, evitando a impunidade de condutas abusivas, de forma a assegurar confiança no Direito e sancionando as práticas comerciais de tal forma que não haja mais lucro em ‘danear’ o mais fraco. Transferir para a vítima do dano de consumo, os riscos de toda uma sociedade de consumo, isto é, riscos profissionais do fornecedor de produtos e serviços, que visa lucro, seria profundamente injusto, quebrando as bases da solidariedade e da economia de escala em que vivemos”(Cláudia Lima Marques na apresentação da obra *Dano Moral no Direito do Consumidor*, de autoria de Héctor Valverde Santana (p. 20).

O risco Brasil, por sua vez, é alto por outros fatores, como a corrupção, o desemprego, a alta taxa tributária etc. Pretender abaixá-lo é um desejo nobre. No entanto, o rebaixamento do referido índice não pode se dar às custas da exploração do consumidor e por intermédio da conivência com atos ilícitos lucrativos. Pelo contrário, tal postura, ao final, provocará o efeito inverso, aumentando ainda mais o risco que se pretendia diminuir.

No final das contas, portanto, concluímos que vale a pena pagar o preço de se exercer uma punição substancial nos moldes dos *punitive damages* nas relações de consumo, quando a situação excepcional assim exigir.

§ 3. O Razoável para a Eficácia Coercitiva da Ação

Já o terceiro passo da fixação dos *punitive damages* é o contrapeso dos dois primeiros. Ele consiste no sopesamento entre a necessidade de punição do lesante e a sua saúde financeira. Desta forma, deve o magistrado levar em consideração todos os aspectos pertinentes ao caso, inclusive o cômputo global de ações envolvendo o ilícito, calculando os *punitive damages* em valores razoáveis para se promover a eficácia coercitiva da ação diante de tal conjuntura. Neste sentido, destacamos o posicionamento de André Gustavo Corrêa de Andrade³⁰¹:

O julgador, porém, deve fugir à tentação de buscar fixar, em uma única demanda, valor tão elevado que, sozinho, pudesse constituir fator de coerção ou desestímulo. Se assim o fizesse, estaria a colocar em risco a saúde econômica da empresa, à medida que esta se encontra exposta a outras demandas relacionadas com o mesmo padrão negligente de conduta. Por outro lado, o valor não deve ser tão reduzido que, mesmo multiplicado pelo número de demandas fundadas no mesmo padrão de negligência, não teria nenhuma eficácia coercitiva. Cabe ao julgador a delicada tarefa de determinar um valor que, sistematicamente fixado em demandas que tenham como causas fatos relacionados com o mesmo padrão de negligência, possa atuar como elemento de pressão para que a empresa fornecedora mude os seus serviços.

Concordamos com o autor em tela. A tarefa é delicada e exigirá do magistrado sensibilidade. É importante salientar que os *punitive damages*, no âmbito das relações de consumo, deverão ser instrumento que provoque uma mudança de comportamento no

³⁰¹ *Dano Moral e Indenização Punitiva - Os Punitive Damages na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro*, 2. ed., p. 283-284.

lesante, de forma que este forneça um produto ou um serviço de qualidade aceitável. Consideramos que, ao final, com a melhoria dos produtos e serviços, o resultado será benéfico inclusive para a própria empresa punida.

Desta forma, entendemos que as decisões do Poder Judiciário não seriam tomadas como preço, ou, ao menos, que não se valeria a pena pagá-lo. Confere-se, por conseguinte, eficácia jurídico-social às decisões judiciais, que contribuirão para o incremento da qualidade de vida de toda a sociedade.

Para tanto, também entendemos como sendo necessário que se confira efetividade ao princípio da dimensão coletiva no âmbito da tutela nominalmente individual. Tal efetividade se dará permitindo que o consumidor possa, individualmente, pleitear *punitive damages*, admitindo-se sua legitimidade. O consumidor atuaria, portanto, tal qual um promotor público privado, nos moldes do *private attorney general* da *Common Law*³⁰².

Assim afirmamos porque ao se admitir a legitimidade do consumidor individual para demandar *punitive damages*, incentivando-o para tanto, a resposta do Judiciário seria mais imediata, provocando, desta forma, uma correção mais célere de práticas abusivas ou mesmo de falhas na prestação de serviços.

Como incentivo para que o consumidor possa mover o Judiciário, sugerimos que uma parte do valor fixado a título de *punitive damages*, a critério do magistrado, seja destinada ao consumidor que moveu a ação.

Conforme exaustivamente já trabalhado nesta dissertação, nos posicionamos no sentido de que a indenização punitiva não se confunde com os *punitive damages*. Concluímos, ademais, que a melhor técnica consiste na separação entre o montante compensatório e punitivo. Desta forma, ao se deparar com uma lide envolvendo uma relação de consumo, por exemplo, sugerimos que o juiz fixe o *quantum* distintamente em três valores: o material, o compensatório e o punitivo.

O primeiro deles deverá consistir nos danos materiais. Referida indenização será medida conforme a extensão do dano, nos moldes clássicos previstos pelo artigo 944 do Código Civil³⁰³.

³⁰² AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na Responsabilidade Civil: o Dano Social. *Revista Trimestral de Direito Civil*, ano 5, v. 19, p. 217.

³⁰³ Código Civil, Art. 944: “A indenização mede-se pela extensão do dano”.

Posteriormente sugerimos que o magistrado fixe o montante de natureza compensatória a título de danos morais. Em nosso sentir, caso haja a fixação de indenização a título de danos sociais, tal valor deverá ser indicado expressamente.

Finalmente deverá o juiz, motivadamente, fixar os *punitive damages* com base nos critérios já apontados pela presente dissertação. No entanto, sugerimos que uma parte seja destinada a vítima, como forma de incentivá-la a demandar, não só para que ela mesma não arque com dano a que não deu causa, mas também para que ela atue como defensora da sociedade. Nesse sentido, embora tratando de danos sociais, é o entendimento de Antonio Junqueira de Azevedo³⁰⁴, *in verbis*:

Todavia, ainda que não sejamos grandes admiradores da cultura norte-americana, pensamos que a indenização por dano social deva ser entregue à própria vítima, que foi parte do processo, eis que para a obtenção da indenização, foi ela que de fato trabalhou. O operário faz jus ao seu salário. Os danos sociais, em tese, poderiam ir para um fundo como ressarcimento à sociedade, mas aí deveria ser por ação dos órgãos da sociedade, como o Ministério Público. As condições concretas que vivemos não são, porém, favoráveis à criação de mais deveres para o Estado. É irrealismo; o Ministério Público já tem trabalho suficiente. Aqui, no caso, estamos, pois, entendendo que o particular, na sua ação individual de responsabilidade civil, age também como defensor da sociedade. Existe um *munus* público que alguns autores americanos, a respeito da mesma situação nos “*punitive damages*”, denominam “*private attorney general*”. O autor, vítima, que move a ação, age também como um “promotor público privado” e, por isso, merece a recompensa. Embora esse ponto não seja facilmente aceito no quadro da mentalidade jurídica brasileira, parece-nos que é preciso recompensar, e estimular, aquele que, embora por interesse próprio, age em benefício da sociedade. Trata-se de incentivo para um aperfeiçoamento geral.

Discordamos respeitosamente do posicionamento acima exarado no que tange especificamente ao papel do Ministério Público. Em nossa opinião, o Ministério Público, bem como os PROCONs e as associações de defesa do consumidor, por exemplo, poderiam exercer um papel importantíssimo pleiteando *punitive damages*. Em nosso sentir, aqui estariam legitimados todos aqueles entes já anteriormente legitimados para o exercício da defesa coletiva do consumidor, conforme previsão do artigo 82 do diploma legal consumerista³⁰⁵.

³⁰⁴ *Op. cit.*, p. 217.

³⁰⁵ Art. 82, Código de Defesa do Consumidor: “Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: I - o Ministério Público, II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código; IV - as associações

A legitimidade dos referidos órgãos deverá, portanto, ser concorrente com a legitimidade dos consumidores individuais, pois entendemos que, ao se permitir e incentivar que o consumidor prejudicado atue como defensor da sociedade, tal qual um promotor público privado, haverá a identificação e a resolução dos problemas pelas próprias empresas de uma forma muito mais célere e menos burocrática, evitando que os tribunais fossem “entupidos” por ações judiciais versando sobre a mesma causa de pedir.

Muito provavelmente, exemplifica-se, caso uma pequena parte da massa de consumidores prejudicada pelas empresas de telecomunicações no Brasil movesse o Poder Judiciário obtendo a fixação de *punitive damages* em referidas ações, não chegaríamos a situações extremas como a intervenção administrativa em uma grande empresa prestadora de serviço de conexão à internet e de telefonia fixa do país, que somente após os “caladões” foram punidas pela ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações)³⁰⁶. Igualmente, apontamos aqui o caos em que se encontram os Serviços de Atendimento aos Consumidores (SACs)³⁰⁷ que, mesmo com a entrada em vigor de lei prevendo relevantes

legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear”.

³⁰⁶ Conforme noticiado por Elvira Lobato na Folha.com: “O ouvidor da Anatel (Agência Nacional de Telecomunicações), Nilberto Diniz Miranda, diz que a agência demorou para punir a Telefônica pelas interrupções nos serviços de banda larga e, mais recentemente, pelo caladão na telefonia fixa. ‘Falhas do porte das ocorridas na Telefônica devem ser tratadas de forma sumária. Se a Anatel for seguir à risca os prazos regimentais, a punição pode demorar até quatro anos.’ Para o ouvidor, a punição decidida pela Anatel deveria ter acontecido imediatamente após o primeiro apagão do Speedy, em julho de 2008. Miranda lembra que o Pado (Processo para Averiguação de Descumprimento de Obrigação) que apura esse primeiro incidente ainda não foi concluído. Para ele, essa lentidão afeta a imagem da Anatel. ‘Se a Anatel tivesse agido imediatamente ao primeiro problema do Speedy, em vez de esperar que acontecessem cinco falhas, o consumidor estaria melhor protegido. A demora é um incentivo à negligência.’”(Para ouvidor da Anatel, agência demorou a agir contra Telefônica, Caderno Tec, 26.06.2009. Conforme matéria disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/informatica/ult124u585005.shtml>> Acesso em 16.12.2010)

³⁰⁷ Conforme noticiado pela Folha de São Paulo em 01 de junho de 2010: “As empresas estão vendendo como nunca e, em troca, oferecendo ao consumidor atendimento pior no telefone e na internet. É o que revela pesquisa feita pela consultoria Gfk e pela revista “Consumidor Moderno”. Segundo o estudo, a qualidade do suporte aos clientes por estes canais caiu em relação ao serviço prestado no ano passado. No telefone, o índice de atendimentos considerados satisfatórios, diminuiu de 94% para 91%. O tempo de espera para atendimento humano subiu 60%, de 1,5 minuto, em 2009, para 2,4 minutos neste ano – das ligações 25% caem na espera. Pioraram a agilidade e a eficiência das respostas entre 2009 e 2010 (de 95% para 92%) e os casos em que o nome do cliente é mencionado (de 80% para 54%). Alguns itens, porém, apresentaram melhora, mas não suficiente para evitar a queda no índice geral de qualidade de atendimento. O tempo de conversa entre cliente e atendente caiu de 1,8 minuto para 1,7 minuto. Ligações que o atendente demonstrava interesse em ajudar aumentaram de 93% para 95% dos casos. Resolução de problema na primeira ligação aumentou de 88% para 93% dos casos entre 2009 e 2010. Quem procura os sites das empresas na internet sofre mais. Respostas satisfatórias caíram de 61% para 48% entre 2009 e 2010. Apenas 31% das respostas voltaram até oito horas úteis, prazo considerado razoável, ante 45% no ano passado. E-mails ignorados cresceram de 31% para 41%. A pesquisa foi feita em abril (...) com as melhores empresas do Ramo – Na opinião de Roberto Meir (responsável pela publicação e presidente da Associação Brasileira das Relações Empresa Cliente) – (...) a lei dos SAC tem efeito restrito na pesquisa porque vale apenas para alguns setores – como bancos, telefônicas e concessionárias de energia” (*Atenção a Consumidor piora em 2010*. Caderno Mercado, Folha B5).

multas administrativas, continuam a lesionar consumidores. Lembramos ainda, a recente intervenção administrativa sofrida por uma importante companhia aérea nacional que foi obrigada pela Agência Nacional de Aviação Civil a suspender a venda de passagens por cinco dias úteis³⁰⁸.

Cumpra aqui salientar que são muitos os que se posicionam no sentido de que o lesado não poderia receber valor maior do que o dano sofrido uma vez que o artigo 944 do Código Civil³⁰⁹ aparentemente limita o montante da indenização. Sendo assim, qualquer valor recebido que não correspondesse a um dano sofrido pela vítima resultaria em um enriquecimento sem causa.

Em nosso sentir, a análise do referido artigo não é pertinente aos *punitive damages* uma vez que o instituto em tela visa punir o lesante e não indenizar o lesado. No entanto, tendo em vista o fato de não haver previsão legal expressa para a fixação de tais valores, é plausível a dúvida a respeito do possível enriquecimento sem causa da vítima. Procuraremos responder a tal questão.

É relevante o posicionamento de Antônio Jeová Santos³¹⁰ que, embora tratando de indenização punitiva, posicionou-se no sentido de que a proibição de se majorar a indenização de modo a se obter um resultado prático equivalente gera a repugnante situação em que a prevenção dos prejuízos se torna um mero enunciado lírico. Desta feita, entende o referido autor que não conferir a possibilidade eficaz do Poder Judiciário impedir que alguém continue praticando uma determinada ofensa é, na prática, o mesmo que conceder liberdade para lesantes de grande poderio econômico agirem à margem da Justiça como bem entenderem.

³⁰⁸ Conforme noticiado por Flávia Foreque pela Folha.com: “Após atraso de quase 30% dos voos operados pela TAM no domingo (28), a Anac (Agência Nacional de Aviação Civil) suspendeu nesta segunda-feira a venda de bilhetes da companhia para voos domésticos com decolagem prevista até a próxima sexta-feira (3). O órgão também suspendeu, por uma semana, pedidos de acréscimos de voos na malha aérea da companhia. Somente nesta segunda, até as 12h, 46 voos da TAM já tinham sido cancelados (12,6% do total). ‘A Anac identificou que a TAM está apresentando atrasos e cancelamentos acima da média do setor. A expectativa é que a situação esteja normalizada até quarta-feira, do contrário, novas medidas serão adotadas’, afirma nota divulgada pela imprensa do órgão (...)” (Caderno Cotidiano. *Após cancelamentos, Anac suspende venda de bilhetes da TAM até 3 de dezembro*. Conforme matéria publicada em 29.11.2010. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/837818-apos-cancelamentos-anac-suspende-venda-de-bilhetes-da-tam-ate-3-de-dezembro.shtml>> Acesso em 16.12.2010).

³⁰⁹ Código Civil, Art. 944: “A indenização mede-se pela extensão do dano”.

³¹⁰ *O Dano Moral Indenizável*, 4. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com o novo Código Civil, p. 159.

Sob este ponto de vista é interessante a opinião de Matilde Zavala de Gonzales e Rodolfo Martin Zavala³¹¹. Referidos autores afirmam que, de fato, a regra é a de que a vítima não poderia lucrar pelo fato lesivo. Todavia, se no caso concreto o juiz se deparar com uma situação na qual tenha que decidir entre a “culpa lucrativa” do ofensor (enriquecimento ilícito) e os “danos lucrativos” da vítima (enriquecimento sem causa), o magistrado deveria decidir em prol da vítima, permitindo que esta acabe por receber uma indenização maior do que o dano que de fato sofreu. Isto porque para os autores em tela, seria muito mais “irritante” o lucro ilícito do ofensor do que o enriquecimento “sem causa” da vítima, pois o primeiro permanece em uma situação em que nada o impede de reiterar a atividade nociva.

Paulo Henrique Cremonese Pacheco³¹² sustenta, ainda, que eventual enriquecimento da vítima decorrente de indenização por dano moral, na verdade, não se configuraria um enriquecimento a ser punido pelo Direito, pela simples razão de ser o próprio ofensor o culpado pelo ato ilícito, *in verbis*:

E nem se diga com críticas, da eventual e alegadamente imoral compensação financeira da vítima, ou como preferem alguns, o enriquecimento da vítima. Ora, se o eventual enriquecimento ocorrer, nada mais será do que mero desdobramento da punição do ofensor, algo, portanto, perfeitamente justo (...) Assim, põe-se verdadeira pá de cal no argumento daqueles que entendem ser imoral ganhar algum ou muito dinheiro a partir de um evento típico de dano moral.

No mesmo sentido, entende Maria Celina Bodin de Moraes³¹³, para quem “a sentença de um juiz, arbitrando o dano moral, é razão jurídica mais do que suficiente para impedir que se fale, tecnicamente, em enriquecimento injustificado”.

Discordamos do afirmado pelos autores acima. Em nosso sentir, eventual sentença que permita ao lesado acesso a valores astronômicos por meio do Poder Judiciário poderia gerar enriquecimento sem causa que, embora preferível ao enriquecimento ilícito do ofensor, não pode ser considerado como um efeito desejado pelo Direito. Não pode o ordenamento incentivar que pessoas demandem objetivando a sorte de enriquecer-se às

³¹¹ Apud SANTOS, Antônio Jeová. *O Dano Moral Indenizável*, 4. ed., rev., ampl. e atual. de acordo com o novo Código Civil, p. 159.

³¹² *Op. cit.*, p. 293-301.

³¹³ BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à Pessoa Humana. Uma leitura civil-constitucional dos Danos Morais*, p. 302.

custas do lesante. Não é objetivo dos *punitive damages* enriquecer o consumidor, mas punir o ofensor, de modo que a sociedade se beneficie.

Isto não quer dizer que os *punitive damages* não possam ser destinados às vítimas. Elas devem, sim, ser estimuladas a demandar caso sejam lesionadas e não devem arcar passivamente com o dano. O acesso ao Poder Judiciário não lhes pode ser negado, conforme prevê a Constituição Federal em seu artigo 5º, XXXV³¹⁴. No entanto, o referido acesso é hoje extremamente difícil, custoso e demorado. Demandar hoje no Brasil, infelizmente, é privilégio de poucos heróis. Tal panorama é ainda piorado nas relações de consumo. A imensa maioria das lesões envolvendo tais relações consiste em danos de pequeno valor pecuniário que o consumidor acaba “engolindo a seco”, por entender que mover o Poder Judiciário não lhes será recompensador. Aqui também faz o consumidor um cálculo custo-benefício, cuja conclusão, também não lhe é favorável. Prefere, portanto, permanecer inerte a ter a “dor de cabeça” de pleitear seus direitos.

O mesmo acontece em situações mais complexas, como, por exemplo, nos casos de danos sociais em relações de consumo que demandem do consumidor um maior esforço instrutório para comprovar a verossimilhança que lhe permita inverter o ônus da prova ou mesmo para provar a negligência efetiva de determinado fornecedor para com os cuidados necessários na produção de determinado produto. Nestas situações, igualmente, as dificuldades são tantas que o consumidor, no máximo, pleiteia os danos individuais que cabalmente pode provar, uma vez que a busca por provas mais complexas lhes serão extremamente custosas e árduas.

Sendo assim, entendemos que os *punitive damages* poderiam reequilibrar a equação acima, de modo que não valha mais a pena, para o consumidor, arcar com o dano. O *plus*, portanto, o estimularia a agir como defensor social promovendo o desestímulo ao ilícito.

No entanto, para evitar o enriquecimento sem causa, entendemos que o melhor caminho seria a subdivisão do montante fixado a título de *punitive damages* pelo magistrado. Uma parte, portanto, se destinaria à vítima e a parte excedente a um fundo público ou a uma instituição de caridade.

³¹⁴ Constituição Federal, Art. 5º, XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Embora tratando da função punitiva inserida nos danos morais, é preciso o raciocínio de Diogo L. Machado de Melo³¹⁵ ao afirmar que o artigo 186 do Código Civil³¹⁶ é uma cláusula geral, que confere ao juiz o “*mandato (ou competência) para que diante dos casos concretos, crie, complete ou desenvolva normas jurídicas*”.

Desta feita, não há óbice algum para que o juiz determine que uma parte do montante fixado a título de *punitive damages* seja destinada a uma entidade de assistência social ou a um fundo³¹⁷, em analogia ao previsto na Lei 7.347/85³¹⁸ e em consonância com os princípios de solidariedade social e de justiça retributiva.

Referido doutrinador³¹⁹ sustenta ainda que o ordenamento jurídico nacional já oferece fundamento legal para tal possibilidade. Com base nos apontamentos de Renata Chade Cattini Maluf, afirma que o parágrafo único do artigo 883 do Código Civil³²⁰ tem sua razão de ser justamente na reprovabilidade dos atos ilícitos, imorais ou proibidos por lei.

Desse modo, para Diogo L. Machado de Melo³²¹ se é inadmissível a torpeza do agente que deu alguma coisa para obter fim ilícito, tampouco seria admissível a torpeza do enriquecimento do ofensor que deliberadamente (ou com culpa grave, em nosso sentir) tenha prejudicado o lesado, conforme já destacado anteriormente.

O fulcro do artigo 883 do Código Civil não está na destinação, mas sim no impedir que o ofensor obtenha dividendos dos ilícitos que praticou. Nada impede, portanto, que por meio de uma interpretação analógica e finalística tais valores sejam destinados a um fundo público, tal qual ocorre na Lei 7347/85, de modo a beneficiar toda a sociedade.

³¹⁵ A Função Punitiva da Reparação dos Danos Morais (e a destinação de parte da indenização para entidades de fins sociais - Artigo 883, Parágrafo Único do Código Civil). In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coords.). *Questões Controvertidas do novo Código Civil*, v. 5, p. 118-120.

³¹⁶ Art. 186, Código Civil: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

³¹⁷ Nos Estados Unidos são vários os Estados que destinam parte do montante punitivo a um fundo especial. Como exemplos, podemos citar a legislação da Flórida [Fla. Stat. 768.73 (2) (a) (b) (Sup.) (1992)] que destaca 35% dos *punitive damages* para o *General Revenue Fund* ou, em alguns casos, para o *Public Medical Assistance Trust Fund*; Em Iowa, a lei [Iowa Code Ann 668^a. 1 (2) (b) (1987)] prevê que, em alguns casos, 75% dos *punitive damages* serão destinados, após o pagamento de custas e honorários, para o *Civil Reparations Trust Fund*; No Missouri a legislação [Mo. Rev. Stat. 537.675 (1994)], destina 50% dos *punitive damages*, após o pagamento das despesas processuais e dos honorários, para o *Tort Victims' Compensation Fund*. (LAGROW, J. Z. *apud* ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Op. cit.*, p. 198, nt. 146).

³¹⁸ Lei da Ação Civil Pública.

³¹⁹ MELO, Diogo L. Machado de. *Op. cit.*, p. 120.

³²⁰ Código Civil, Art. 883. “Não terá direito à repetição aquele que deu alguma coisa para obter fim ilícito, imoral, ou proibido por lei. Parágrafo único. No caso deste artigo, o que se deu reverterá em favor de estabelecimento local de beneficência, a critério do juiz.”

³²¹ *Op. cit.*, p. 120.

Desta feita, nada mais justo que o enriquecimento ilícito do lesante com ele não permaneça, mas que seja destinado a um fundo ou instituição beneficente de modo a promover o bem da coletividade.

Ademais, já nos posicionamos nesta dissertação no sentido de que o enriquecimento sem causa da vítima também não deve ser tolerado pelo ordenamento. Desta feita, caso o valor fixado a título de *punitive damages* exceda o *plus* necessário para se estimular o lesado a buscar os seus direitos, deve o excedente, igualmente, ser destinado a um fundo público ou a uma instituição de caridade.

No âmbito das relações de consumo, as multas já são destinadas a um Fundo Público, conforme previsão do artigo 57 do Código do Consumidor³²² e regulamentação prevista nos artigos 29-32 do Decreto 2181/97. Tais multas, segundo o artigo 30³²³ do decreto em tela, deverão ser revertidas para o financiamento de projetos relacionados com os objetivos da Política Nacional das Relações de Consumo, tais como a defesa dos direitos básicos do consumidor e a modernização administrativa dos órgãos públicos de sua defesa. Nesse sentido, gostaríamos ainda de salientar que, conforme o entendimento de Lúcia Rêgo³²⁴, as multas (e, por analogia, em nossa opinião, os *punitive damages*) poderão ser destinadas também às associações legitimadas pelo artigo 82, IV do Código de Defesa do Consumidor, bastando, para tanto, que seus projetos sejam aprovados pelo Conselho Gestor do fundo competente.

Diante disso, em nosso sentir, no âmbito das relações de consumo, entendemos que seria mais apropriado destinar os valores excedentes de *punitive damages* aos fundos públicos. Deste modo, aproveitaríamos a já existente regulamentação e poderíamos financiar importantes projetos que visem à defesa do consumidor, contribuindo para a melhoria do sistema.

³²² Artigo 57, Código de Defesa do Consumidor: “Art. 57. A pena de multa, graduada de acordo com a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica do fornecedor, será aplicada mediante procedimento administrativo, revertendo para o Fundo de que trata a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, os valores cabíveis à União, ou para os Fundos estaduais ou municipais de proteção ao consumidor nos demais casos. Parágrafo único. A multa será em montante não inferior a duzentas e não superior a três milhões de vezes o valor da Unidade Fiscal de Referência (Ufir), ou índice equivalente que venha a substituí-lo”.

³²³ Artigo 30 do Decreto 2181/97: “As multas arrecadadas serão destinadas ao financiamento de projetos relacionados com os objetivos da Política Nacional de Relações de Consumo, com a defesa dos direitos básicos do consumidor e com a modernização administrativa dos órgãos públicos de defesa do consumidor, após aprovação pelo Conselho Gestor, em cada unidade federativa”.

³²⁴ A Tutela Administrativa do Consumidor – Regulamentação Estadual, p.114.

Seção IV. O Papel do Magistrado na Aplicação dos *Punitive Damages*

Conforme vimos na sessão anterior, a forma de fixação aqui proposta para os *punitive damages* constitui-se um sistema aberto. Tal sistema, evidentemente, exigirá muito mais do magistrado. A jurisprudência, que sempre se caracterizou por ser a manjedoura da responsabilidade civil³²⁵, não pode curvar-se ao comodismo do positivismo jurídico exacerbado, mas antes deve valer-se de um positivismo jurídico crítico, tal qual se pode notar no processo de incorporação do dano moral ao ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido é o magistério de José Osório de Azevedo Júnior³²⁶:

A Jurisprudência é engraçada; às vezes, ela vai além da doutrina, outras vezes ela fica para trás. Numa outra matéria que eu tenho estudado bastante, que é o Compromisso de Compra e Venda, por exemplo, a Jurisprudência construiu praticamente tudo, em grande parte à revelia dos doutos. Aqui neste campo do dano moral deu-se o contrário: a Doutrina recomendava mas o juiz não concedia. O primeiro, creio, é fruto de um positivismo jurídico exacerbado. Foram gerações de juízes formados numa linha muito positivista, só de enxergar o texto expresso da lei. Como disse Mário Moacir Porto, é o ‘juiz São Tomé’, que só acredita naquilo que vê escrito e expresso. Para superar o positivismo jurídico tradicional não é preciso apelar para o direito natural. Um positivismo crítico que se valha dos princípios que estão dissimulados pela ordem jurídica teria, por certo, sido mais fértil.

Outro exemplo do exposto acima é o da aceitação do instituto da “desconsideração da personalidade jurídica” pelo ordenamento jurídico nacional. Foi somente a partir dos anos 70 do século XX que a jurisprudência, influenciada por Rubens Requião, passou a considerar plausível a desconsideração da personalidade jurídica no ordenamento pátrio. Até então, resistiu-se alegando a ausência de lei autorizativa. No entanto, tal resistência sucumbiu à força jurisprudencial sendo o referido instituto reconhecido expressamente pelo Código de Defesa do Consumidor em 1990 e pelo Novo Código Civil em 2002.

Podemos citar ainda, como exemplo, a queda do voluntarismo ou da autonomia da vontade em prol da autonomia privada, ou seja, a priorização do interesse coletivo por meio da intervenção judicial na economia do contrato. Nesse sentido, cumpre destacar os apontamentos de Caio Mário da Silva Pereira³²⁷:

³²⁵ MATOS, Eneas de Oliveira. *Dano Moral e Dano Estético*, p. 22.

³²⁶ O Dano Moral e sua avaliação. *Revista do Advogado*, n. 49, p. 8-9.

³²⁷ *Instituições de Direito Civil: Contratos – Declaração Unilateral de Vontade – Responsabilidade Civil*, v. III, p. 27-28.

(...) medrou no direito moderno a convicção de que o Estado tem de intervir na vida do contrato, seja mediante a aplicação de leis de ordem pública, que estabelecem restrições ao princípio da autonomia da vontade em benefício do interesse coletivo, seja com a adoção de uma intervenção judicial na economia do contrato, instituindo a contenção dos seus efeitos, alterando-os ou mesmo libertando o consumidor lesado, por tal arte que logre evitar que por via dele se consume atentado contra a justiça.

Sendo assim, concordamos com o magistério de José Celso de Mello Filho³²⁸, hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal:

O Estado Social é, nitidamente, um estado intervencionista, que procura, a partir da concretização das liberdades reais ou positivas, realizar a justiça social, prestigiando e reconhecendo, desse modo, os direitos econômicos e sociais reconhecidos em favor das pessoas. Sob a égide do Estado Social – e precisamente em função de suas novas finalidades – surgem as liberdades positivas ou concretas, as quais, projetadas no domínio jurídico, exteriorizam-se nos direitos econômicos e sociais, que constituem realidade importante que emerge do processo de transformação do próprio Estado. O estágio de evolução em que se encontra o Estado Contemporâneo é uma consequência direta do processo histórico de transformação. O Estado não pode ser visto como um aparelho destinado a cumprir os desígnios de uma classe dominante. A modernização do Estado reflete, na realidade, as novas tendências que exigem a sua constante atualização. Sem transformações substanciais, que privilegiem a justa solução das graves questões sociais, o Estado terá, certamente, falhado à sua alta missão constitucional.

Há muito, deixou o juiz de ser a mera “boca da lei”³²⁹ e passou a ter um papel marcado pela proatividade³³⁰ na busca da solução mais justa. Não pode o magistrado contentar-se em ser mero “tabelião da história”³³¹. Caso a justa solução não seja encontrada

³²⁸ *Constituição Federal Anotada*, p. 499.

³²⁹ Nesse sentido, apesar de tratar da pena privada pecuniária inserida nos danos morais, é o posicionamento de Paulo Henrique Cremonese Pacheco: “A avaliação dos danos morais é tema que permite ao juiz bailar sobre o ordenamento jurídico, longe de mármore mas próximo ao sentimento de fazer verdadeiramente justiça. E fazer justiça é, sobretudo, punir quem ofende outrem e o próprio sistema legal. Somente com a interpretação arejada do juiz, o verdadeiro intérprete da lei, a questão será devidamente abordada e com ela, aparados os eventuais exageros, o bem estar social” (A Introdução da Doutrina norte-americana do *punitive damage* no Sistema Jurídico Brasileiro para avaliação das indenizações por Danos Morais – O Dano Moral enquanto elemento difusor de Cidadania. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, ano 4, n. 8, p. 295).

³³⁰ O fato de defendermos um juiz proativo não significa que apoiamos um processo inquisitório. Aqui nos posicionamos no sentido de que o magistrado deve esforçar-se para aplicar a solução mais justa possível, indo além da mera norma positivada, não se contentando com o direito positivado, mas limitando-se, todavia, às suas atribuições.

³³¹ TEPEDINO, Gustavo. *O Código Civil, os chamados Microssistemas e a Constituição: premissas para uma Reforma Legislativa. Problemas de Direito Civil-Constitucional*, p. 16.

em uma análise superficial do caso, deve o juiz prosseguir em generalizações sucessivas até encontrar a solução colimada. Esta é a opinião de Carlos Maximiliano³³², *in verbis*:

Todo o conjunto harmônico de regras positivas é apenas o resumo, a síntese, o *abstractum* de um complexo de altos ditames, o índice materializado de um sistema orgânico, a concretização de uma doutrina, série de postulados que enfeixam princípios superiores. Constituem estes as diretivas ideais do hermeneuta, os pressupostos científicos da ordem jurídica. Se é deficiente o repositório de normas, se não oferece explícita ou implicitamente, e nem sequer por analogia, o meio de regular ou resolver um caso concreto, o estudioso, o magistrado, ou funcionário administrativo como que renova, em sentido inverso o trabalho do legislador, este procede de cima para baixo, do geral ao particular, sobe aquele gradativamente, por indução, da idéia de foco para outra mais elevada, prossegue em generalizações sucessivas, e cada vez mais amplas, até encontrar a solução colimada.

Muitas vezes, como afirma Guilherme Ferreira da Cruz, a busca pela solução mais justa poderá esbarrar no próprio Direito³³³. Nesse sentido, entendemos que a solução mais próxima do ideal de Justiça deve prevalecer. Aceitar que o fornecedor lucre, por meio de cálculos prévios, não tomando as medidas de segurança necessárias, mas pagando as indenizações é inaceitável.

O fato de não haver previsão legal no ordenamento não pode ser usado como justificativa para a não aplicação da responsabilidade civil nestas situações. Assim julgar é apegar-se a formalismos que o próprio Direito não pode aceitar, por ferir o ideal de Justiça.

Segundo José Carlos Barbosa Moreira³³⁴, a dificuldade para se atingir um ideal não pode ser usada como escusa para que o juiz seja dispensado do contínuo trabalho de se

³³² *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p. 356-357.

³³³ Em seu magistério: “Em alguns casos, a busca da realização da justiça pode esbarrar no direito (*summum jus, summa injuria*) [excesso de direito, excesso de injustiça]. Essa afirmação é uma das mais belas e profundas da jurisprudência romana, porque ela nos põe em evidência a noção fundamental de que o direito não é apenas um sistema lógico formal, mas, sobretudo, a apreciação estimativa, ou axiológica da conduta” (*Princípios Constitucionais das Relações de Consumo e Dano Moral*, p. 95).

³³⁴ Cumpre aqui destacar o ensinamento de referido autor: “Tudo o que eu acabo de dizer, leva-nos à imediata conclusão de que sobre os ombros dos juízes pesa um fardo realmente formidável, no sentido etimológico da palavra, isto é, capaz de causar temor. Todos nós poderíamos alegar que cumprir com tal requinte as exigências que nos são formuladas é, praticamente, impossível, dadas as circunstâncias tão difíceis, tão desfavoráveis, em certos casos eu diria até tão dramáticas, sob as quais desempenhamos as nossas funções judicantes. Sem dúvida que assim é; mas a impossibilidade de atingir um ideal, não nos dispensa de fazer esforços em sua direção. Podemos ter mil escusas legítimas para não alcançar o ideal, mas só estaremos autorizados a invocá-las, se realmente houvermos feito tudo que pudermos, se realmente nos houvermos disposto a todos os esforços que estejam a nosso alcance; é preciso que tenhamos sempre, a cada momento, essa imagem ideal diante de nós, para que ao menos saibamos em que direção devemos caminhar, ainda que conscientes da nossa impossibilidade de atingir a meta” (O Juiz e a Prova. *Revista de Processo*, n. 35, p. 184).

buscar a melhor solução possível. Entende o referido autor ser dever do magistrado fazer tudo o que puder para que o ideal seja atingido, ainda que se saiba que tal meta seja inatingível.

No âmbito das relações de consumo, Nelson Nery Junior³³⁵ afirma que o magistrado não poderá julgar com base em princípios calcados no liberalismo, mas sim de acordo com os “*modernos princípios de direito do consumo*”, fulcrados no equilíbrio das relações de consumo. Embora referido autor não o mencione, fazemos questão de aqui ressaltar o princípio da dimensão coletiva. Tal princípio é essencial para que o magistrado, em obediência à nova realidade social, confira às relações de consumo um tratamento moderno e diferenciado. Entendemos que, agindo assim, o magistrado se sincronizará à sociedade que lhe incumbe pacificar e contribuirá para um futuro melhor e mais justo³³⁶.

Concluimos, portanto, que a fixação dos *punitive damages* pelo magistrado nas relações de consumo está em perfeita conformidade com o papel do juiz até aqui exposto. O excesso de prudência do Poder Judiciário nesta questão poderá ser traduzido, tal qual notado por Paulo Henrique Cremonese Pacheco, como “*medo de refletir o direito e, a partir desta reflexão, aplicar as normas consoante o princípio, encartado na Lei de Introdução ao Código Civil, de que as normas deverão ser, sempre, aplicadas com vistas ao seu fim social*”³³⁷.

Sendo assim, conclui Sérgio Severo³³⁸ haver “*uma ampla discricionariedade a cargo do juiz, que ao aplicar a lei deve atender ‘aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum’*, na forma do artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil”.

Desta forma, em sendo a relação de consumo, em regra, norteadada pelo princípio da dimensão coletiva, não há óbice algum à aplicação dos *punitive damages* pelos magistrados, de modo a se alcançar o fim social das normas ou as exigências do bem comum, previstos expressamente no referido artigo.

³³⁵ Os Princípios Gerais e o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do consumidor*, n. 3, p. 47-48.

³³⁶ Nesse sentido também é o entendimento de Cristiano Chaves de Farias: “É que de nada valerá a criação de um novo sistema se o operador do direito continuar preso a paragens de um passado distante, perdido em idéias ultrapassadas e dissonantes da nova realidade social. O direito – e, por óbvio, o seu interprete – devem estar sincronizados com a sociedade que lhes incumbe pacificar, atentos aos novos valores e princípios que inspiram o seu tempo e com olhos voltados para o amanhã” (A Proteção do Consumidor na era da Globalização. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 11, n. 41, p. 86).

³³⁷ *Op. cit.*, p. 296.

³³⁸ *Os Danos Extrapatrimoniais*, p. 198.

Tal fim social está fundamentado na necessidade que a sociedade hodierna possui de julgamentos que se pautem pela equidade, produzindo efeitos úteis que transpassem a subsunção do fato à lei. O juiz, portanto, deve agir conforme as necessidades do seu tempo e deve ousar utilizar-se da permissão que lhe é dada pelo ordenamento para julgar com base na equidade³³⁹, de modo a promover Justiça. Neste sentido é o posicionamento de Renan Lotufo³⁴⁰:

No tocante à indenização, temos no Código o uso reiterado do termo equidade, art. 944, parágrafo único, e art. 953, parágrafo único. Tal emprego é raro no sistema brasileiro e revela que o papel do juiz tem expressão muito grande. Ele há que ser alguém do seu tempo e do seu meio, para que possa aferir não só critérios de igualdade, como de Justiça, quando, então, estará sendo equitativo. Agravam-se os problemas para o intérprete, mas ao mesmo tempo faz-se dele um partícipe na construção da boa lei, da lei que concretize os valores constitucionais, enfim, que preserve a dignidade humana e a solidariedade. O Código Civil de 2002 confia nos juízes como integradores das leis, não como meros locutores do texto escrito. É um desafio, mas é também, um voto de confiança. Como integrantes do povo, os juízes devem contribuir para que o anseio de Justiça seja cada vez mais concretizado.

Por conseguinte, os magistrados gozam de confiança popular para uma tarefa muito mais ousada que a mera aplicação da lei. Devem, portanto, buscar a finalidade última da norma que, no entender de Rubens Limongi França³⁴¹, constitui-se na Justiça e na equidade. Cumpre explicitar o seu magistério:

(...) a finalidade intrínseca da norma jurídica não é ser dura, mas justa; não é alcançar rija e contundentemente a disciplina férrea, senão o bem e a equidade (...) não podendo a lei deixar de ser impessoal, e exigindo a própria índole do Direito que as condições peculiares de cada caso não sejam ignoradas, claro se torna que é ao magistrado que incumbe, na aplicação da lei ao caso concreto, sem desvirtuar-lhes as feições, arredondar as suas

³³⁹ São interessantes as ponderações feitas por Miguel Reale ao comentar obra de Aristóteles: “Para o autor de *Ética a Nicômaco*, a equidade é uma forma de justiça, ou melhor, é a justiça mesma em um de seus momentos, no momento decisivo de sua aplicação no caso concreto. A equidade para Aristóteles é a justiça do caso concreto, enquanto adaptada, ‘ajustada’ à particularidade de cada fato concorrente. Enquanto que a justiça em si é medida abstrata, suscetível de aplicação a todas as hipóteses a que se refere, a equidade já é a justiça no seu dinâmico ajustamento ao caso (...) Essa noção de equidade, segundo a idéia aristotélica, implica uma compreensão melhor de igualdade. A justiça é, em última análise, uma expressão ética do princípio da igualdade. Se há a idéia de liberdade como uma das fundamentais do direito, existe também, contemplando-a, a de igualdade. Ser justo é julgar as coisas segundo o princípio da igualdade” (*Lições Preliminares de Direito*, 16 ed., p. 123).

³⁴⁰ A Responsabilidade Civil e o Papel do Juiz. In: Nery, Rosa Maria de Andrade e Donnini, Rogério (Coords.). *Responsabilidade Civil – Estudos em homenagem ao Professor Rui Geraldo Camargo Viana*, p. 462.

³⁴¹ *O Direito, a Lei e a Jurisprudência*, p. 200.

arestas, e, sem torcer-lhe a direção, adaptar a rigidez de seu mandamento às infractuosidades naturais de cada espécie”.

É importante que aqui se faça uma consideração no sentido de que não entendemos a equidade como mero fator de interpretação que sirva apenas para amenizar o valor indenizatório no caso em que o lesante agiu com pequena culpabilidade. Em nossa opinião, a equidade é a Justiça no caso concreto e, como tal, poderá ser utilizada tanto para abaixar o valor indenizatório, como para “aumentá-lo”³⁴² justificadamente. Entendemos, portanto, que a equidade pode justificar a fixação de *punitive damages* nas relações de consumo em casos de especial reprovabilidade, quando o caso em concreto assim justificar.

Muitos poderiam argumentar que a referida fixação com base na equidade afrontaria o artigo 127 do Código de Processo Civil³⁴³, que ordena aos juízes que só decidam com base em equidade nos casos previamente previstos por lei. Entendemos, no entanto, que no caso específico das relações de consumo tal permissão é dada pelo artigo 7º, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor que afirma que os direitos decorrentes do referido Código não excluem outros que derivem dos princípios gerais de direito, da analogia, costumes e equidade³⁴⁴.

Desta forma, não há razão alguma para que não se apliquem os *punitive damages* às relações de consumo, pois em determinados casos esta será a única alternativa viável para que o lesante não saia impune ou então para que não seja lucrativo lesionar em massa os consumidores.

A dificuldade da mentalidade jurídica brasileira em admitir que se possa fixar um valor a título de punição em uma relação de consumo com base em uma dimensão coletiva advém do “individualismo anárquico”. Referida cultura individualista é uma das barreiras a ser superada para a eficácia do Direito do Consumidor. Fábio Konder Comparato³⁴⁵ assim se expressou sobre a questão:

³⁴² Colocamos o termo entre aspas por entender que os *punitive damages*, tecnicamente, não constituem valores indenizatórios.

³⁴³ Código de Processo Civil, Art. 127: “O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei”.

³⁴⁴ Código de Defesa do Consumidor, Art. 7º, *caput*: “Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade”.

³⁴⁵ Fábio Konder Comparato identificava ainda outras duas barreiras a serem transpassadas pelo direito do Consumidor: a tradição de uma organização estatal autoritária e o marxismo (A proteção do consumidor: importante capítulo do Direito Econômico. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, ns. 15/16, p. 104).

Antes de mais nada, o velho traço de individualismo anárquico, que tão profundamente marcou a vida dos povos ibéricos, e que sem dúvida herdamos da colonização lusitana, tornando praticamente impossível o espírito associativo e a experiência de uma organização social vinda de baixo para cima, isto é, largamente fundada no consenso dos indivíduos, e não comandada artificialmente pelo Estado. A solidariedade que se manifesta espontaneamente em nossa gente é de cunho afetivo e emocional, nunca de conteúdo voluntarista ou racional, ou seja, ela medra no âmbito familiar e entre amigos, dificilmente nas relações de interesse.

Apesar das recentes conquistas no âmbito das relações de consumo no Brasil³⁴⁶, o fraco espírito associativo e a ausência de uma organização social vinda de baixo para cima resultaram em uma extrema dificuldade para se pensar coletivamente. O individualismo anárquico é ainda um ranço que permanece da velha ordem individual que imperou durante o predomínio do liberalismo econômico e da autonomia da vontade.

Sendo assim, em uma sociedade calcada no indivíduo, entender que o magistrado possa punir civilmente visando o bem público em uma lide “individual” sem previsão legal expressa para tanto, é uma tarefa realmente difícil. Nestas sociedades, estimular o consumidor a demandar pelos danos que sofreu fixando-se um *plus* à indenização assemelha-se a uma apologia ao “crime”, como se “crime” fosse postular pelos danos que sofreu em razão de ato ilícito do fornecedor. Inverte-se, portanto, a ordem lógica das coisas e o consumidor, neste âmbito, passa a ser o vilão da história.

A atual mentalidade jurídica brasileira conforma-se, portanto, com o enriquecimento ilícito do fornecedor que, utilizando a omissão legal a seu favor, lucra lesionando consumidores. Com base em estudos prévios, sabe já de antemão que pouquíssimos consumidores acionarão o Poder Judiciário para receberem, após longos anos de batalha judicial, no máximo, o prejuízo que sofreram. Desta feita, calcula-se e conclui-se que o “crime” compensa!

³⁴⁶ Como muito bem notado por Newton de Lucca, foram várias as conquistas do consumidor no sistema jurídico nacional desde os estudos feitos por Fábio Konder Comparato até o presente momento. Em primeiro lugar, tem-se o fim da ditadura. Posteriormente, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e do Código de Defesa do Consumidor em 1990, houve uma severa baixa no número de juristas “a serviço do terror e do arbítrio”, o que resultou em uma evolução doutrinária e jurisprudencial. Ademais, nota o autor em voga que a sociedade brasileira se conscientizou mais a respeito de seus direitos, graças à atuação de órgãos de defesa da pessoa humana, em geral, e do consumidor, em particular (OAB, Ministério Público, Procons, IDEC, BRASILCON, os órgãos de imprensa etc.). Referidas vitórias levam Newton de Lucca a afirmar estar esperançoso com o Brasil, por estar “*caminhando na direção do aperfeiçoamento do Direito do Consumidor*” (*Direito do Consumidor – Teoria Geral da Relação Jurídica de Consumo*, 2. ed., p. 490). Em nosso sentir, não há dúvidas de que os *punitive damages* contribuirão para que o Direito do Consumidor se aperfeiçoe ainda mais.

Seção V. A Conveniência da Responsabilidade Civil Punitiva diante da Existência da Responsabilidade Penal e Administrativa.

Conforme já visto nesta investigação³⁴⁷, os ordenamentos jurídicos oriundos da *Civil Law* acabaram optando por um paradigma que consistiu na separação entre as responsabilidades penal e civil.

No entanto, observamos em dias atuais que tal sistema estanque de separação de responsabilidades não tem sido hábil para solucionar vários problemas da contemporaneidade, particularmente nas relações de consumo³⁴⁸.

O incremento da utilização do seguro, a responsabilidade objetiva e a reparabilidade integral são fatores que, de fato, garantem o ressarcimento do lesado. Todavia, referidos fatores, somados ao desgaste do papel exercido pela culpa, não têm gerado os efeitos dissuasórios³⁴⁹ esperados. Em nosso sentir, tal situação se dá em razão do fato de que a responsabilidade civil é ainda vista sob uma ótica eminentemente individual, não social. Além disso, a punição e a dissuasão são vistas pela mentalidade jurídica brasileira como tarefas que deverão ser reservadas exclusivamente à responsabilidade penal³⁵⁰.

No entanto, conforme é cediço, o Direito Penal não pode ser entendido como um amplo e irrestrito instrumento de controle social por ser norteado pelo princípio da intervenção mínima ou da última *ratio*, cuja função é restringir o *jus puniendi* do Estado aos casos de lesão a bens jurídicos extremamente caros à pessoa humana.

³⁴⁷ Vide Capítulo III, Seção III.

³⁴⁸ É interessante notar que em 1974 Fábio Konder Comparato já condenava o entendimento estanque entre o que deveria ser considerado responsabilidade civil, penal ou administrativa, sendo necessário um entrelaçamento entre estes três campos de atuação da responsabilidade: “O desdobramento das novas formas jurídicas de proteção do consumidor (...) não poderia deixar de suscitar, como de fato suscitou, uma revisão geral dos conceitos e princípios tradicionais, em matéria de responsabilidade. Com efeito, percebeu-se, desde logo, que esta já não poderia atuar em compartimentos estanques, no campo privado, penal e administrativo, mas que deveria ao contrário, produzir um entrelaçamento desses diferentes e tradicionais campos de atuação das normas jurídicas”(Proteção do Consumidor: importante capítulo do Direito Econômico. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico, e Financeiro*, n.º s 15/16, p. 99).

³⁴⁹ ULIAN, Eduardo. *Responsabilidade Civil Punitiva*. 2003. Dissertação (Doutorado) – Universidade de São Paulo, p. 47.

³⁵⁰ ULIAN, Eduardo. *Op. cit.*, p. 47.

Por conseguinte, deve o Direito Penal ser usado somente para situações extremas. O Direito Penal é um “direito de picos”³⁵¹. Sendo assim, dada a gravidade dos bens jurídicos que visa proteger e das sanções que impõe, possui garantias extremamente rígidas para evitar abusos na constrição de liberdade das pessoas, estando, desta forma, sujeito à concepção mais estrita do princípio da legalidade e do princípio da reserva legal.

Nesse sentido, entendemos que a errônea utilização do Direito Penal para bens jurídicos de menor importância leva ao que hoje se denomina “inflação legislativa”.

O resultado dessa “inflação legislativa” é a mais absoluta ineficácia do Direito Penal como instrumento de controle social, uma vez que o Estado, para não impor uma sanção extremamente pesada ao agressor, em regra: (i) afasta a aplicação da sanção; (ii) decide não determinar verbas para a fiscalização de ofensas a determinados bens jurídicos, ou ainda; (iii) não dá prosseguimento às ações penais que em tese deveriam ser movidas em razão da ofensa do bem jurídico tutelado.

Tal situação é hoje vivida no Brasil. Como placebo à violência escancarada nos jornais e à rápida evolução tecnológica que permite o surgimento cada vez mais célere de comportamentos ilícitos ainda não previstos no Direito Penal, editam-se as mais variadas leis prevendo tipos e mais tipos penais como forma de aplacar os ânimos da população. A tentativa de acompanhamento legislativo penal desses delitos é inútil³⁵² e o efeito da inflação legislativa, por seu turno, é absolutamente paradoxal.

No Brasil, as “infrações penais” das relações de consumo, previstas no Título II do Código de Defesa do Consumidor, bem como os crimes contra referidas relações previstas no art. 7º da Lei 8137/90, são muito criticados em razão da ausência de efetividade punitiva. Sendo assim, a alternativa dos *punitive damages* não pode ser meramente descartada.

A ineficiência das punições propostas por referidas leis, somada à impossibilidade de acompanhamento pelas leis penais das condutas puníveis no mundo hodierno resulta em uma impunidade que gera custos, entrava a economia e baixa a qualidade de vida da

³⁵¹ LOPES, M. A. Ribeiro. Alternativas para o Direito Penal e o Princípio da Intervenção Mínima. *Revista dos Tribunais*, v. 757, p. 410.

³⁵² Nesse sentido é o magistério de Maurício Antônio Ribeiro: “Diante do caráter reativo do Direito Penal, o legislador estará sempre em irremediável atraso em relação ao delinquente que se utiliza do desenvolvimento científico, mormente tecnológico, para cometimento do delito. Inútil a preocupação do legislador em pretender coibir, através do Direito Penal, todas as condutas que seu juízo particular imputar reprováveis, e mesmo aquelas que o forem num determinado momento pela sociedade se não ultrapassarem a fase da transitoriedade” (*Op. cit.*, p. 407).

população. Não pode o ordenamento jurídico, portanto, consentir com tal impunidade, que, em última instância, é uma afronta ao princípio da dignidade humana. Nesse sentido é o magistério de André Gustavo Corrêa de Andrade³⁵³:

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 destes princípios. Com efeito, não é possível, em certos casos, conferir efetiva proteção à dignidade humana e aos direitos da personalidade senão 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. Não é possível contar apenas com a lei penal e com as penas públicas para prevenir as práticas de atentados aos direitos da personalidade. A lei tipicamente penal não tem como prever, em tipos delituosos fechados, todos os fatos que podem gerar danos injustos, razão pela qual muitas ofensas à dignidade humana e a direitos da personalidade constituem indiferentes penais e, por conseguinte, escapam do alcance da justiça criminal. Além disso, por razões diversas, nem sempre a sanção propriamente penal oriunda de uma sentença condenatória, se mostra suficiente como forma de prevenção de ilícitos. Nesse contexto, a indenização punitiva constitui instrumento indispensável para a prevenção de danos aos direitos personalíssimos.

Sendo assim, aponta Maurício Antonio Ribeiro Lopes³⁵⁴ a “descriminalização de condutas”³⁵⁵ como antídoto a tal inflação legislativa. Cumpre aqui destacar que a referida “descriminalização”, no entendimento do autor em tela, se efetiva por meio da invalidação de determinados tipos penais que possuam utilidade social esgotada ou diluída.

No caso de utilidade social esgotada, deve-se impor o simples banimento da norma anacrônica em relação ao sistema penal. Já nos casos de delitos com diluição da utilidade

³⁵³ *Dano Moral e Indenização Punitiva - Os Punitive Damages na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro*, 2. ed., p. 238-239.

³⁵⁴ *Op. cit.*, p. 407.

³⁵⁵ A descriminalização de condutas já é conhecida pelo Direito Alemão, conforme nos ensina Bernd-Rüdger Kern: “(...) Com efeito, descriminalização não quer dizer que toda e qualquer sanção deva ser direta e necessariamente eliminada. Pode subsistir uma necessidade de punição, o que de regra ocorre. Para atender a esta necessidade devem estar abertos outros caminhos. Para tanto servem, por exemplo, as jurisdições profissionais, e além disto o direito civil, em todo o caso delitual (*Deliktsrecht*). Os direitos civil e penal em nenhum outro ponto se aproximam tanto entre si como em matérias de atos ilícitos. De certo modo são tratadas aqui as consequências jurídicas civis e penais pertinentes ao mesmo fato. Com razão acentua-se o parentesco próximo entre a indenização do dano e a pena. Esta afinidade, até o ano de 1974, recaiu sobre os arts. 188 e 231 do Código Penal, que permitia ao juiz do crime, paralelamente, à pena, uma “Busze” com função de compensação. Coisa semelhante vige hoje para os tributos do art. 56b do Código Penal. Se o direito penal está parcialmente se retirando de uma área dos – impropriamente chamados – atos ilícitos, nada mais natural do que dedicar ao direito civil, no correspondente passo, os encargos liberalizantes. Semelhante destinação de tarefas favoreceria também a compensação direta agente/vítima”(A Função da Satisfação na Indenização do Dano Pessoal. Um Elemento Penal na Satisfação do Dano? *Revista de Direito do Consumidor*, n. 33, p. 25).

social, antes “punidos” na esfera penal, propõe o citado doutrinador que o Direito Administrativo possa tutelá-los, através de um fenômeno conhecido como “re-tipificação administrativa”, que é assim definido pelo autor em voga³⁵⁶:

(...) cabe a readaptação jurídica da norma, transferindo-a da esfera penal para outro grau de ilicitude inferior. Chamamos esse processo de re-tipificação administrativa da norma pela freqüente constatação de que é no Direito Administrativo (embora não necessariamente) que a conduta encontraria respaldo punitivo adequado, conforme a eleição constitucional dos valores fundamentais da tutela jurídico-penal.

Cumpra aqui ressaltar que a responsabilidade administrativa também está adstrita ao princípio da legalidade, porém não com a mesma rigidez garantista do Direito Penal, uma vez que as sanções administrativas não versarão sobre a liberdade da pessoa humana³⁵⁷.

Tal solução é também defendida por Miguel Reale Júnior³⁵⁸. Para o autor em voga, a escolha do meio sancionador deverá fundamentar-se conforme a conveniência política que atenda eficazmente aos fins preventivos e retributivos dos meios de Direito. Sugere referido autor que se crie uma terceira via com a adoção de alguns princípios do Direito Penal no campo do Direito Administrativo, o que acabaria por resultar no denominado “Direito Administrativo-Penal”.

No entanto, a transferência de punição de certas condutas ilícitas para o Direito Administrativo pode trazer alguns problemas. Destacamos aqui três deles³⁵⁹: (i) uma possível violação ao princípio da separação de poderes, uma vez que ao se atribuir ao Poder Executivo a competência para julgar alguns crimes haveria, por outro lado, um corolário enfraquecimento do Poder Judiciário; (ii) o Executivo, muitas vezes, é arbitrário ao punir administrativamente o ofensor conforme já se nota em alguns Estados e; (iii) a notória interferência que grandes empresas, por meio de atuação política, exercem sobre órgãos da Administração³⁶⁰. A doutrina norte-americana vê com desconfiança a atuação

³⁵⁶ LOPES, M. A. Ribeiro, *Op. cit.*, p. 408.

³⁵⁷ ULIAN, Eduardo. *Op. cit.*, p. 51.

³⁵⁸ Despenalização no Direito Penal Econômico: uma terceira via entre o Crime e a Infração Administrativa? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 28, p. 122-129.

³⁵⁹ Os dois primeiros já haviam sido notados por Maurício Antonio Ribeiro Lopes (*Op. cit.*, p. 409) e o último é fruto de nossas reflexões.

³⁶⁰ Gostaríamos aqui de excetuar os PROCONs, que, de forma louvável e independente, têm atuado relevantemente na defesa dos consumidores. Neste âmbito, destacamos o entendimento de Daniel Roberto

das agências reguladoras que fiscalizam a segurança do consumidor. A ineficácia, segundo apregoa referida doutrina, se dá por vários motivos que vão desde a ausência de isenção de seus agentes fiscalizadores ao alto custo necessário para se realizar determinada investigação dos produtos inspecionados³⁶¹.

Desta forma, a responsabilidade civil punitiva torna-se uma alternativa interessante, inclusive à “re-tipificação administrativa”. Sugere Eduardo Ulian³⁶² que ela possa atuar em áreas que antes eram exclusivas do Direito Penal, não a substituindo, mas aparelhando “o direito privado para uma missão que vem conquistando os espaços deixados pelo direito criminal, seja por razões principiológicas, seja por deficiências operacionais do aparelho persecutório estatal”.

Em nosso entender a responsabilidade civil punitiva poderá ser mais vantajosa do que as sanções administrativas em alguns casos envolvendo relações de consumo. Eduardo Ulian lembra que em importante decisão no caso *Grimshaw v. Ford Motor Co.*³⁶³, um tribunal americano reconheceu que a imposição dos *punitive damages* é o remédio que melhor garantirá a proteção dos consumidores.

Lembramos que a ineficácia poderá ser ainda maior para os lesantes de grande poderio econômico, uma vez que, muitas vezes, valerá a pena o pagamento das referidas multas. Como exemplo, recordamos, com José Geraldo Brito Filomeno³⁶⁴, a “questão do álcool adulterado”. Em 1986, em razão do congelamento de preços ordenado pelo denominado Plano Cruzado I, diversos engarrafadores de álcool para uso doméstico passaram a “batizá-lo” com água. O Instituto de Pesos e Medidas (IPEM) passou, diante disso, a fiscalizar, autuar e multar os infratores. Ocorre que tais lesantes, com base no

Fink: “A defesa do consumidor realizada por órgãos públicos específicos deve representar apenas o estágio inicial da consolidação dessa instituição. O Poder Público age como fomentador de iniciativas emergentes da própria sociedade, cultivando-as a ponto de torná-las maduras e capazes de se autogerirem. Realizada essa tarefa, o Estado deve deixar seu desenvolvimento à sociedade civil, que melhor do que ninguém saberá se proteger. Os órgãos públicos, sabe-se, estão sujeitos aos humores e compromissos do governante eleito, que não raro faz compromissos com seguimentos sem a devida consciência da importância das relações de consumo. Vê-se, então, a semente da instabilidade e da descontinuidade pronta para fertilizar. Basta alimentá-la. Apesar da vontade da lei, nesses casos a ação administrativa dos órgãos públicos deixa a desejar. Por amor à Justiça, cite-se a exceção do PROCON/SP que, apesar de sucessivas administrações, tem-se mostrado capaz de realizar de forma satisfatória a defesa do consumidor, principalmente no atendimento individual às suas reclamações”(Do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. In: Grinover, Ada Pellegrini *et al.* *Código do Consumidor: comentado pelos Autores do Anteprojeto*, 9. ed., rev., atual. e ampl., p. 979-980).

³⁶¹ ULIAN, Eduardo. *Op. cit.*, p. 52

³⁶² *Op. cit.*, p. 50.

³⁶³ Vide Capítulo VI, Seção I, § 2.2..

³⁶⁴ Das Infrações penais. In GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código do Consumidor: comentado pelos Autores do Anteprojeto*, 9. ed., rev., atual. e ampl., p. 673-674.

raciocínio de custo-benefício, preferiam pagar as multas e continuar vendendo o referido produto de forma fraudulenta. A mudança de comportamento de tais fornecedores só aconteceu após o ajuizamento de Ações Cíveis Públicas, quando as sentenças ordenaram aos infratores a adequação de normas técnicas de fabricação e engarrafamento, sob pena de multa (fixada pelo Poder Judiciário, portanto), por frasco doravante apreendido fora das especificações.

No entanto, tal qual já defendido nesta dissertação, entendemos que o problema seria resolvido de forma mais célere pelo Poder Judiciário caso os consumidores prejudicados pela adulteração do produto em voga acionassem os fornecedores propugnando o ressarcimento dos prejuízos materiais e morais que lhes foram causados, sendo-lhes reconhecido, todavia, o direito de pleitear um *plus* a título de *punitive damages*, de modo a provocar o temor (benigno, ressalte-se) de uma punição que inverta a lógica lucrativa da fraude.

A vantagem se daria de uma maneira geral porque, ao se permitir que a sociedade civil pleiteie *punitive damages*, ocorreria uma determinada outorga estatal do *enforcement*. Referida outorga poderia contrapor-se à usual indiferença das autoridades responsáveis no que tange aos resultados dos procedimentos instaurados no âmbito da responsabilidade administrativa³⁶⁵.

O Direito, portanto, deve se valer de todos os meios idôneos a sua disposição para se tornar cada vez mais eficaz. A dita ‘alternativa civilística’ punitiva é extremamente interessante neste momento em que tanto o Direito Penal como o Direito Administrativo não estão sendo capazes de responder satisfatoriamente aos novos problemas que lhes são opostos. Deve haver, por conseguinte, uma determinada complementaridade³⁶⁶, um *feedback*³⁶⁷ entre a responsabilidade penal, civil e administrativa³⁶⁸.

³⁶⁵ RUBIN *apud* ULIAN, Eduardo. *Op. cit.*, p. 53.

³⁶⁶ ULIAN, Eduardo. *Op. cit.*, p. 51

³⁶⁷ SEVERO, Sérgio. *Os Danos Extrapatrimoniais*, p. 186.

³⁶⁸ Cumpre salientar ainda que a complementaridade aqui defendida não se restringe apenas às áreas penal, cível e administrativa. Neste aspecto é interessantíssimo o trabalho realizado por Emerson César da Silva Gomes tratando da responsabilidade financeira no âmbito do Tribunal de Contas (Órgão do Poder Legislativo). Segundo o referido autor, a responsabilidade financeira se exerce não somente através da função reintegratória (ressarcitória), mas também por meio da função sancionatória (punitiva, dissuasória). Nesse sentido, destacamos o seu entendimento: “A responsabilidade financeira é uma espécie de responsabilidade jurídica existente nos países que adotam o modelo de Tribunais de Contas com função jurisdicional. No Brasil, existem duas modalidades de responsabilidade financeira: a reintegratória, que compreende o ressarcimento do dano causado ao erário (débito) e a sancionatória, que compreende a aplicação de uma multa, que pode ser cumulada ou não com a imputação de débito. É responsabilidade subjetiva que incide sobre um conjunto específico de sujeitos denominados de ‘agentes contábeis’. Está vinculada às funções de

Muitos poderão questionar o raciocínio aqui exarado, entendendo que tal complementaridade poderia dar ensejo a um *bis in idem* punitivo. Em tal *bis in idem* o lesante seria punido duas vezes pelo mesmo fato. Este parece ser o entendimento de Humberto Theodoro Junior³⁶⁹:

Quando a ação ilícita ultrapassa o campo do interesse privado da vítima, para repercutir no terreno do interesse coletivo e social, a lei penal cuida de tipificá-la e apená-la segundo os critérios da política criminal. Estender esse tipo de repressão ao juiz civil, sem ter autorização e parâmetro na lei positiva, redundaria em flagrante desrespeito à tipicidade e legalidade da imposição da pena, sem falar no risco, freqüente, de ser o ofensor punido duas vezes pelo mesmo fato, ou seja, pela sentença criminal e pela sentença civil de reparação do dano moral. Esse *bis in idem* retrata, também, um dos sérios motivos para que se afaste o juiz da inconveniente tese do caráter punitivo da indenização civil na espécie.

Discordamos do autor em voga e nos posicionamos favoravelmente ao entendimento de Celso Pacheco Fiorillo e Marcelo Abelha³⁷⁰. Referidos autores afirmam que não haveria *bis in idem* porque as sanções penais, civis e administrativas não só podem como devem ser aplicadas conjuntamente, uma vez que as sanções aplicadas por cada esfera de responsabilidade tutelam bens jurídicos distintos e são originárias de regimes jurídicos absolutamente diferentes. Sendo assim, entendem tais doutrinadores que seria possível a cumulatividade de sanções administrativas, penais e civis, como, por exemplo, no caso da suspensão de um fornecimento de serviço, que, em sendo uma sanção administrativa, não exclui a apreciação da responsabilidade penal ou civil.

Aliás, cumpre aqui destacar, que o nosso entendimento é amparado pelo Código de Defesa do Consumidor. Referido diploma legal estabelece ser um direito básico do consumidor o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção e

fiscalização da gestão pública e de julgamento das contas, o que reforça a sua finalidade preventiva e, não somente, reparadora ou punitiva. A responsabilidade financeira tem características, pressupostos e finalidades próprias que a diferenciam de outras espécies de responsabilidade, tais como, a responsabilidade civil, a penal, a disciplinar, a administrativa e a responsabilidade por ato de improbidade administrativa. Os Tribunais de Contas exercem uma jurisdição especial e limitada, relacionada às pretensões do Estado à Responsabilidade Financeira, o que em outros países é denominada jurisdição contábil ou financeira. Esta modalidade de jurisdição é compatível com as demais jurisdições, ainda que se sujeite a eventual controle pelo Poder Judiciário, restrito aos aspectos formais e de manifesta ilegalidade” [GOMES, Emerson Cesar da Silva. *Responsabilidade financeira: uma teoria sobre a Responsabilidade no âmbito dos Tribunais de Contas*. 2009. Dissertação – (Mestrado), Universidade de São Paulo, Resumo].

³⁶⁹ *Dano moral*, 6. ed., atual. e ampl., p. 77-78.

³⁷⁰ *Manual de Direito Ambiental e Legislação Aplicável*, 2. ed. rev. e ampl., São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 259-260.

reparação dos danos patrimoniais e morais (Art. 6º, VII³⁷¹), bem como que condutas puníveis administrativamente, encontram-se conforme o fato, igualmente sujeitas à responsabilidade penal, civil ou de outras normas específicas (Art. 56, *caput*³⁷²).

Por conseguinte, a responsabilidade civil punitiva, por não estar adstrita à rigidez típica da responsabilidade penal, ou ainda da responsabilidade administrativa, dá ao juiz cível uma maior liberdade para atuação em casos nos quais a responsabilidade penal, administrativa, ou ainda, a própria responsabilidade civil “pura” não ofereçam respostas satisfatórias. Complementa, portanto, o sistema de responsabilidades.

³⁷¹ Código de Defesa do Consumidor, Art. 6º: “São direitos básicos do consumidor: (...) VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados”.

³⁷² Código de Defesa do Consumidor, Art. 56, *caput*: “As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das defendidas em normas específicas”.

CAPÍTULO VI – OS *PUNITIVE DAMAGES* NO DIREITO INTERNACIONAL

Neste capítulo visaremos analisar os ordenamentos jurídicos internacionais de *Civil* e *Common Law* que mais influenciam o Direito Brasileiro no âmbito da responsabilidade civil punitiva.

Seção I. Os *Punitive Damages* na *Common Law*

O Direito Romano, embora de forma bem menos evidente que nos países da Europa Continental, também influenciou o Direito Inglês, servindo de base para alguns institutos jurídicos periféricos, dentre os quais se encontram justamente os *punitive damages*. As ações penais do período clássico do Direito Romano serviram de modelo para os legisladores da época de Eduardo I, que propugnaram pela possibilidade de se atribuir à pessoa lesionada, em razão de ato de terceiro, o dobro ou o triplo, dos danos que efetivamente houvesse sofrido³⁷³.

Em regra, a origem dos *punitive damages* na *Common Law* pode ser atribuída a vários motivos diferentes, que se complementam entre si: (i) a tradição de respeito das Cortes às decisões do júri mais especializado; (ii) a compensação por sofrimentos ou danos morais não vinculados a nenhuma perda pecuniária; (iii) a compensação por danos imateriais quando presentes circunstâncias agravantes que tornem o ato ilícito particularmente censurável; (iv) a dissuasão do ofensor (*deterrence of the wrongdoer*); (v) a correção de distorções da justiça penal e (vi) forma de arrefecimento do ímpeto de vingança³⁷⁴.

O estudo dos *punitive damages* na *Common Law* é absolutamente importante não só pelo fato de ter sido referido sistema legal o berço do instituto, mas também porque sua margem de influência hoje se expande pelo mundo em razão da “americanização” do Direito³⁷⁵.

³⁷³ ULIAN, Eduardo. *Responsabilidade Civil Punitiva*. 2003. Dissertação (Doutorado) – Universidade de São Paulo, p. 30.

³⁷⁴ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano Moral e Indenização Punitiva - Os Punitive Damages na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro*, 2. ed., p. 181-183.

³⁷⁵ COSTA, Judith Martins; PARGENDLER, Mariana Souza. *Op. cit.*, p.17.

§ 1. Inglaterra

Foram editados sessenta e cinco diplomas legais tratando dos *exemplary damages*³⁷⁶ desde sua primeira previsão legal realizada pelo Parlamento em 1753, cominando penas a serem pagas consistentes no dobro, no triplo ou no quádruplo da indenização³⁷⁷. Em 1763, referidas leis foram recepcionadas pelas regras da *Common Law* na Inglaterra.

Os primeiros dois casos em que se fixaram valores punitivos independentemente de valores ressarcitórios trataram de punições contra abusos de agentes do Estado (*Wilkes v. Wood*. e *Hucke v. Money*)³⁷⁸.

No caso *Wilkes v. Wood*.³⁷⁹, o nº 45 do Jornal semanal *The North Briton* publicou artigo anônimo com um conteúdo alegadamente ofensivo à reputação do rei George III e de todo o seu corpo ministerial. Ato contínuo, *Lord Halifax*, secretário de Estado do rei, determinou que se expedisse um mandado genérico (*general warrant*), autorizando a prisão dos suspeitos de envolvimento na publicação do artigo, sem a identificação nominal dos acusados. Ao todo foram presas 49 pessoas, dentre as quais o autor do artigo, *John Wilkes*, um destacado membro da oposição do Parlamento. *Wilkes* teve sua casa invadida e revirada, com arrombamento de gavetas, apreensão de livros e de papéis privados, sem a realização de inventário. Sendo assim, *Wilkes* ajuizou uma *action of trespass* contra *Mr. Wood*, subsecretário de Estado, que havia pessoalmente supervisionado a execução do mandado. Pediu, ademais, a fixação de *exemplary damages*, sob o argumento de que a mera fixação de uma indenização não seria suficiente para dissuadir práticas semelhantes. No julgamento, o júri estabeleceu a soma de £1000 (mil libras) a título de *exemplary damages*³⁸⁰.

A mesma questão deu origem ao caso *Huckle v. Money*. *Huckle*, um simples tipógrafo, também foi detido com base no mesmo mandado genérico. Ajuizou, portanto,

³⁷⁶ Conforme explanado na Introdução desta obra, aqui utilizamos o termo *exemplary damages* em razão de sua consagração no ordenamento jurídico inglês.

³⁷⁷ ULIAN, Eduardo. *Op. cit.*, p. 30.

³⁷⁸ *Wilkes v. Wood*, 98 Eng. Rep. 489 (CP 1763) e *Huckle v. Money*, 95 Eng. Rep. 768 (CP 1763) [ULIAN, Eduardo. *Op. cit.*, p. 31].

³⁷⁹ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Op. cit.*, p. 178.

³⁸⁰ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Idem, ibidem*.

uma *action of trespass, assault and imprisonment*. O júri, desta feita, estabeleceu *exemplary damages* no valor de £300 (trezentas libras). No entanto, *Money* apelou: (i) admitindo a culpa e postulando redução do valor fixado tendo em vista o fato de tratar-se a vítima de pessoa de baixa renda (o valor punitivo fixado representava quase trezentas vezes o salário semanal do tipógrafo); (ii) alegando o civilizado tratamento dispensado a *Huckle* e; (iii) enfatizando o breve período que o ofendido havia permanecido preso (cerca de seis horas). Tal argumentação foi rejeitada por *Lord Chief Justice Camden*, que considerou acertado o valor punitivo fixado pelo júri. Para ele, o valor de £20 (vinte libras), de fato, seria suficiente para compensar os danos pessoais sofridos pelo tipógrafo. No entanto, o alto valor fixado a título de *exemplary damages* se justificou, segundo o referido juiz, tendo em vista o fato de que entrar na casa de alguém com base em um mandado genérico, ou seja, sem a indicação nominal do acusado, para procurar evidências constitui, evidentemente, uma das mais ousadas ofensas à liberdade individual³⁸¹.

Até 1964, na Inglaterra, não se tinha ainda um posicionamento claro definindo se os *exemplary damages* constituíam uma compensação extra conferida à vítima, ou se, de fato, exerciam finalidades punitivas ou preventivas. Naquele ano a *House of Lords*, no caso *Rookes v. Barnard*, fixou o entendimento acerca da natureza punitiva dos *exemplary damages*, distinguindo-os dos *aggravated damages*³⁸². Concluiu-se que o elemento punitivo poderia se dar no âmbito civil, mas não em todas as situações. Restringiu-se, portanto, a aplicação dos *exemplary damages* a três casos: (i) quando houvesse conduta arbitrária ou excessiva de funcionários públicos; (ii) quando a conduta ilícita do réu tenha sido realizada com o objetivo de produzir lucro, calculando-o de modo a exceder o montante reparatório a ser pago à vítima-autor; (iii) quando os *exemplary damages* fossem expressamente previstos por lei³⁸³.

³⁸¹ Infelizmente, no Brasil, tem sido usual a quebra de sigilos bancários e fiscais por parte de agentes do Governo. Dentre as muitas situações que aqui se poderiam citar, destaca-se o caso do caseiro Francenildo dos Santos Costa, que supostamente teve seu sigilo bancário violado pela Caixa Econômica Federal, sob ordens do então Ministro da Fazenda, Antônio Palocci. Palocci, que foi visto pelo caseiro em companhia de lobistas e prostitutas numa casa em Brasília, pretendia obter provas para sugerir que o caseiro havia sido pago para fazer as denúncias. A ação ainda não transitou em julgado, mas o juiz federal, Itagiba Catta Preta Neto, da 4ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, em sentença datada de 15 de setembro de 2010, com evidente uso da pena privada, condenou a Caixa Econômica Federal ao pagamento de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil) a título de danos morais. Constitui-se a responsabilidade civil punitiva, portanto, uma interessante ferramenta para a defesa da liberdade da pessoa humana.

³⁸² Na verdade, os *aggravated damages* acabam sendo um misto entre punição e compensação uma vez que são fixados quando o ofensor, com o ato ilícito, contribui para agravar a opressão psicológica sobre o réu. Todavia o foco dos *aggravated damages* está na vítima e, portanto, têm natureza primordialmente compensatória.

³⁸³ ULIAN, Eduardo. *Op. cit.*, p. 35.

Tais critérios para utilização dos *exemplary damages* voltaram a ser analisados, em 1972, no caso *Cassel & Co. Ltd. v. Broome*³⁸⁴. No que concerne ao critério (i), optou-se por um conceito amplo de *servants of government* (funcionários públicos). Já no que toca ao critério (ii), concluiu-se que o cálculo não necessariamente precisaria ser efetivo, bastando a consciência do agente de que lucraria com o ato ilícito³⁸⁵.

No entanto, no mesmo ano, a *Court of Appeal* julgou o caso *AB v. South West Water Services*³⁸⁶ e restringiu ainda mais o âmbito de aplicação dos *exemplary damages*. Por este *leading case*, decidiu-se que os atos ilícitos, para darem ensejo aos *exemplary damages*, não apenas deveriam estar sujeitos a um dos critérios estabelecidos no caso *Rookes v. Barnard*. Deveriam, ademais, estarem embasados na mesma *cause of action* (conjunto de fatos que justificariam um determinado interesse) da *stare decisis* original. Ou seja, só seriam passíveis de *exemplary damages* aqueles casos com a mesma *cause of action* que justificaram a decisão no caso *Rookes v. Barnard*, que se deu em 1964.

Em 1997, um relatório da *Law Commission for England and Wales*, intitulado “*Report on aggravated, exemplary and restitutionary damages*”, recomendou que os critérios estabelecidos no precedente *Rookes v. Barnard*, bem como a vinculação a sua *cause of action*, fossem rejeitados em prol de um novo critério justificante para a imposição dos *exemplary damages*: a desconsideração para com os direitos da vítima no ato ilícito ou em ato subsequente a este. No entanto, a *House of Commons* negou tal sugestão, embora aceitando todas as outras que versavam sobre *aggravated* ou *restitutionary damages*. Desta feita, prevalecem ainda hoje no Direito Inglês as restrições previstas em 1964 do *leading case* em tela³⁸⁷. Não há, portanto, aplicação específica relevante dos *exemplary damages* nas relações de consumo.

§ 2. Estados Unidos

Foi nos Estados Unidos da América que o instituto dos *punitive damages* logrou encontrar maior êxito. A primeira decisão em referido país que contemplou os *punitive*

³⁸⁴ [1972] 1 All E.R. 801 H.L.

³⁸⁵ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Op. cit.*, p. 204.

³⁸⁶ [1993] 2 W.L.R. 507

³⁸⁷ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano Moral e Indenização Punitiva - Os Punitive Damages na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro*, 2 ed., p. 204-205.

damages se deu em 1784, com o curioso caso *Genay v. Norris*. Aqui, autor e réu haviam acordado em resolver uma disputa com um duelo de pistolas. No entanto, antes do duelo, o réu convidou o autor para beber e fazer um drinque de conciliação. Todavia, o réu, secretamente, colocou uma substância nociva na bebida do autor, o que lhe causou grande dor. Sendo assim, considerou a Corte que o autor fazia jus aos *punitive damages*. Posteriormente, em 1791, no caso *Coryell v. Colbough*, foram aplicados *punitive damages* em razão da quebra de promessa de casamento³⁸⁸.

Até o ano de 1830, o instituto dos *punitive damages* ainda não tinha encontrado uma base teórica sólida que consolidasse a aplicação da função dissuasória dos *punitive damages*. De fato, em muitos julgados, tal instituto ainda era frequentemente empregado com motivação compensatória. Foi só em 1851 que a Suprema Corte Americana reconheceu que o júri poderia impor ao réu, como princípio bem estabelecido da *Common Law*, os *exemplary, punitive ou vindictive damages*, com valores fixados tendo em vista o grau de ofensa³⁸⁹ de vários ilícitos intencionais com um espírito de *malice, fraud, oppression*, ou *insult*³⁹⁰.

Em 1935, a aplicação dos *punitive damages* se encontrava disseminada por todo o país e o instituto já era aceito em praticamente todos os Estados norte-americanos³⁹¹.

Tradicionalmente, nos Estados Unidos os precedentes somente autorizavam a condenação em *punitive damages* em casos de lesão à honra. No entanto, os tribunais e os parlamentos estaduais americanos expandiram a condenação pecuniária punitiva para muitos outros tipos de danos, desde que houvesse uma alta reprovabilidade no comportamento do réu³⁹².

Com o fenômeno da industrialização em referido país, grandes empresas passaram a ser punidas por condutas negligentes que expunham a população ao perigo. No século

³⁸⁸ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Idem*, p. 180.

³⁸⁹ *Day v. Woodworth*, 54 US (13 How) 363, 371 (1851) [ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Op. cit.*, p. 180].

³⁹⁰ ULIAN, Eduardo. *Responsabilidade Civil Punitiva*, p. 32.

³⁹¹ Hoje são quatro as exceções de Estados norte-americanos que não se baseiam na regra dos precedentes para a aplicação dos *punitive damages*: *Nebraska, Washington, Louisiana e New Hampshire*. Fora referidas exceções, todos os Estados e inclusive a jurisdição federal norte americana o admitem, sendo fato ainda que os dois últimos Estados elencados admitem os *punitive damages* desde que previstos em lei (KIERCHIER, John J.; WISEMAN, Christine M., *apud* ULIAN, Eduardo. *Op. cit.*, p. 32, nt. 110).

³⁹² Nos Estados Unidos, várias são as situações que podem identificar a reprovabilidade do ato que justifique a aplicação de *punitive damages*: *willfull* (doloso), *wanton* (lascivo), *reckless* (indiferença), *gross negligency* (culpa grave), *opression* (opressão), *fraud* (fraude), *malice* (intenção de prejudicar) etc.. (ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Op. cit.*, p. 189).

XIX eram as companhias ferroviárias o principal alvo dos *punitive damages*. Hoje, são os conglomerados industriais³⁹³.

Atualmente, a sistemática reparatória do Direito Americano, segundo Sérgio Severo³⁹⁴, pode ser dividida em três tipos de danos: (i) os danos nominais (*nominal* ou *substantial damages*) que representam uma “*resposta jurídica simbólica a um dano que não precisa necessariamente ser provado*”; (ii) os danos compensatórios (*compensatory damages*), que guardam relação com os danos efetivamente sofridos e que correspondem ao que no Brasil se entende como danos materiais e morais e; (iii) os *punitive* ou *exemplary damages*, entendidos como sendo uma “*resposta jurídica ao comportamento do ofensor e como mecanismo de defesa de interesses socialmente relevantes*”³⁹⁵.

Até muito recentemente nos Estados Unidos, os padrões de direito material e processual que integravam o regime jurídico dos *punitive damages* eram basicamente resultantes da *Common Law*. No entanto, atualmente, a aplicação dos *punitive damages* vem sendo influenciada relevantemente por outras duas fontes: (i) os limites constitucionais e; (ii) a atuação do denominado *Tort Reform Movement*³⁹⁶.

No que tange aos limites constitucionais, destacamos o caso *BMW of North America Inc. v. Gore* (1996), no qual houve o reconhecimento de inconstitucionalidade da fixação de *punitive damages* em patamares não razoáveis por afronta ao *Due Process Clause of the Fourteenth Amendment*, uma garantia constitucional contra indenizações irracionais ou arbitrárias.

Tal caso será melhor analisado a seguir³⁹⁷. A constitucionalidade dos *punitive damages* já foi questionada várias vezes. No entanto, cumpre aqui destacar que apesar da Suprema Corte ter estabelecido limites e critérios a serem obedecidos pelos demais tribunais, em nenhum momento referido tribunal reconheceu a inconstitucionalidade do

³⁹³ ULIAN, Eduardo. *Op. cit.*, p. 32.

³⁹⁴ SEVERO, Sérgio. *Os Danos Extrapatrimoniais*, p. 184.

³⁹⁵ André Gustavo Corrêa de Andrade acrescenta ainda outras espécies de *damages*: (i) os *general damages* (também chamado de *direct damages* ou *necessary damages*), que servem como referência a danos não redutíveis em pecúnia, como, por exemplo, a perda de um ente querido; (ii) os *special damages*, que fazem referência às perdas e danos comprovadas pelo lesado, o que aqui seria similar aos danos materiais e lucros cessantes; (iii) os *multiple damages*, *double damages* e *treble damages* (*triple damages*), que são formas exacerbadas de indenização estabelecidas em lei, correspondentes à soma de duas ou três vezes a indenização que a vítima havia sofrido, não se confundindo com os *punitive damages* porque estes não correspondem a uma soma fixa ou limitada. (iv) os *aggravated damages*, que são uma forma de compensação adicional que ocorre nos casos em que a conduta do agente tenha constituído especial fator de sofrimento e angústia mental da vítima (*Op. cit.*, p. 184-185).

³⁹⁶ ULIAN, Eduardo. *Op. cit.*, p. 33.

³⁹⁷ Vide Capítulo VI, Seção I, § 2.5.

instituto em si. Os problemas reconhecidos pela Suprema Corte americana versaram sobre os exageros relacionados ao *quantum* punitivo fixado. Portanto, ressalte-se, não houve qualquer julgamento da referida Corte que tenha entendido que os *punitive damages* são inadequados ao ordenamento jurídico norte-americano.

O *Tort Reform Movement*, por sua vez, é um movimento contrário à aplicação dos *punitive damages*. Tal movimento recentemente tem ganhado destaque nos Estados Unidos. A principal organização apoiadora do *Tort Reform Movement* é a *American Tort Reform Association* (ATRA)³⁹⁸, entidade formada basicamente por associações de classe e grandes corporações³⁹⁹.

Os defensores do *Tort Reform Movement* apregoam que a responsabilidade civil punitiva levou a uma crise no sistema de responsabilidade civil, dado que os *punitive damages* acabariam por elevar os custos de introdução de novos produtos, prejudicando os Estados Unidos no mercado internacional, elevando o preço dos seguros etc.

³⁹⁸ A ATRA recomenda 4 reformas: (i) que se estabeleça um “gatilho” de responsabilidade civil que reflita a origem intencional do ato ilícito, bem como a natureza de quase-crime do ato para fixação dos *punitive damages* – intenção real de se prejudicar alguém (*Establishing a liability “trigger” that reflects the intentional tort origins and quasi-criminal nature of punitive damages awards* - “actual malice”); (ii) que os *punitive damages* sejam provados de uma forma clara e convincente (*Requiring “clear and convincing evidence” to establish punitive damages liability*); (iii) que a punição seja proporcional à ofensa (*Requiring proportionality in punitive damages so that the punishment fits the offense*) e; (iv) uma legislação federal que verse sobre o problema especial da fixação dos múltiplos *punitive damages*. Tal legislação protegeria contra injustas retaliações, evitaria que o princípio do devido processo legal fosse violado, bem como ajudaria a preservar a possibilidade de futuros autores recuperarem as despesas básicas dispendidas e os danos relativos à sua dor e ao seu sofrimento (*Federal legislation to address the special problem of multiple punitive damages awards; this would protect against unfair overkill, guard against possible due process violations, and help preserve the ability of future claimants to recover basic out-of-pocket expenses and damages for their pain and suffering*) [ATRA. *ATRA Issues – Punitive Damages Reform – Introduction*. Disponível em <<http://www.atra.org/show/7343>> Acesso em 21.10.10].

³⁹⁹ São membros da ATRA as seguintes empresas: 3M, Advance Medical Technology Association, Altria Corporate Services, ASFE, American Association of Orthopaedic Surgeons, American College of Obstetricians & Gynecologists, American Council of Engineering Companies, American Furniture Association, American Institute of Architects, American Legislative Exchange Council, American Medical Association, American Petroleum Institute, American Trucking Associations, America's Blood Centers, Anheuser-Busch Companies, Associated Wire Rope Fabricators, Boeing, CNA Financial Corporation, Caterpillar, Coca-Cola Bottlers', Association DaimlerChrysler Corporation, Doctors' Company, Erickson Retirement Communities, General Aviation Manufacturers Association, Helicopter Association International, Johnson & Johnson, Juvenile Products Manufacturers, Koch Industries, Inc., Lovell Safety Management Co., Medical Mutual, National Association of Home Builders, National Association of Mutual Insurance Co., National Association of Shell Marketers, National Federation of Independent Business, National Fuel Gas Distribution Corporation, National Lumber & Building Material Dealers Association, New York Blood Center, PPM Services, Pennsylvania Medical Society, Pfizer, Pharmaceutical Research & Manufacturers of America, Physician Insurers Association of America, Rio Grande, Valley Chamber, Scandia Family Fun Center, SeamCraft, Inc., State Farm, Taussig, Corporation Universal Health Services, Wood Machinery Manufacturers of America, Wyeth (ATRA. *Sample list of ATRA Members*. Referida lista pode ser verificada em <<http://www.atra.org/about/members.php>> Acesso em 13.10.2010).

Além disso, afirmam que os *punitive damages* seriam uma “anomalia”, pois significam a aplicação de uma sanção penal na esfera civil, o que contrariaria a longa tradição do Direito Americano, baseado na separação do Direito Civil e do Direito Criminal. O primeiro se preocuparia em reparar ou compensar os danos sofridos pela vítima, enquanto o último teria por função punir o ofensor. Ademais, criticam o fato de que os valores fixados a título de *punitive damages* vão para a vítima, o que representa um ganho inesperado (*windfall*)⁴⁰⁰.

Outro argumento apresentado pelo movimento em voga é o de que os *punitive damages* atualmente nos Estados Unidos não alcançariam sua finalidade dissuasória porque os contratos de seguro cobririam grande parte dos referidos valores. Os favoráveis à responsabilidade civil punitiva, por sua vez, afirmam que, muitas vezes, as seguradoras não cobrem a integralidade dos *punitive damages*⁴⁰¹. Além disso, ainda que a cobertura seja total, caso o segurado se socorra do seguro para o pagamento dos *punitive damages*, muito provavelmente, haverá o aumento substancial do prêmio posterior.

Os *punitive damages*, ademais, na visão do *Tort Reform Movement*, teriam provocado uma hiperdissuasão em vários setores da economia mundial. A proposta do referido movimento é a de se promover uma reforma legislativa de modo a se editar leis que contenham os “excessos” dos tribunais. Tal movimento conseguiu algumas vitórias em determinados Estados, como (i) a publicação de atos normativos que impuseram tetos sobre o montante a ser quantificado como *punitive damages*; (ii) a destinação de parte do pagamento da pena a um fundo público ou ao erário estadual; (iii) a proibição da imposição de *punitive damages* sem que haja expressa previsão legal; (iv) algumas modificações procedimentais no processo civil respectivo⁴⁰².

O *Tort Reform Movement* vem sofrendo inúmeras críticas da doutrina norte-americana. Não são poucos os que afirmam ser o referido movimento uma frente reacionária apoiada por grandes grupos econômicos norte-americanos interessados em não arcar com as consequências de se colocar no mercado produtos defeituosos e perigosos, sendo, portanto, contrário aos interesses de segurança e do bem estar do público em geral. Referido movimento não passa, segundo seus críticos, de uma proposital propaganda

⁴⁰⁰ SCHULUETER, L. e REDDEN, K. R. *apud* ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Op. cit.*, p. 28.

⁴⁰¹ KIRCHER, J. e WISEMAN, C. M., *apud* ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Op. cit.*, p. 197-198.

⁴⁰² ULIAN, Eduardo. *Op. cit.*, p.33.

disseminada pelos meios de comunicação contando histórias distorcidas de indenizações milionárias⁴⁰³.

Em regra, os *punitive damages*, não são estabelecidos em valores aviltantes. Destacamos o estudo realizado em 1992 por Michael Rustad, que, ao analisar os *punitive damages* fixados no âmbito específico da responsabilidade pelo fato do produto (*product liability*), concluiu pela existência de uma racionalidade e de um controle institucional na fixação dos referido valores punitivos⁴⁰⁴, contrariando, portanto, o prognóstico de escalada desenfreada de aplicação do instituto⁴⁰⁵.

Em 2005, especialistas do *Justice Department's Office of Justice Programs' Bureau of Justice Statistics*, realizaram o primeiro estudo com representatividade nacional dos montantes indenizatórios e punitivos fixados em questões envolvendo contratos (*contracts*), atos ilícitos (*torts*) e direitos reais sobre propriedade imóvel (*real property*). Verificaram referidos pesquisadores que os *punitive damages* foram fixados em apenas 5% dos casos em que os autores foram vitoriosos nas ações. Além disso, averiguaram que a média do valor punitivo fixado nestes casos foram de US\$ 64,000.00 (sessenta e quatro mil)⁴⁰⁶. Concluíram ainda que, em apenas 26% dos casos nos quais foram fixados os *punitive damages*, o montante punitivo excedeu quatro vezes o valor fixado a título de *compensatory damages*⁴⁰⁷.

São muitas as críticas endereçadas ao sistema jurídico norte-americano de responsabilidade civil. No entanto, a maioria destas críticas deriva de notícias falsas ou incompletas criadas pela mídia para lucrarem com o sensacionalismo. A falta de fidelidade e de compromisso com a verdade é tanta que casos inteiramente “fabricados” vêm se transformando em verdadeiras “lendas urbanas”⁴⁰⁸. A título de exemplo, destacamos três

⁴⁰³ ULIAN, Eduardo. *Idem*, p. 33-34.

⁴⁰⁴ Tal controle institucional, como já ressaltado na presente dissertação, seria feito no Brasil especialmente pelo Superior Tribunal de Justiça.

⁴⁰⁵ RUSTAD, Michael. “Defense of punitive damages in products liability: Testing Tort Anecdotes with Empirical Data”. *Iowa Law Review*, v. 78, n. 1, p. 85-88.

⁴⁰⁶ Em 1996, ou seja, cerca de nove anos antes do estudo de abrangência nacional, a mesma instituição, auxiliada pelo *National Center for State Courts* (NCSC), realizou estudo denominado “*Tort Trial and Verdicts in Large Counties*” (Julgamentos por júri e decisões de juízes envolvendo atos ilícitos em grandes cidades), de abrangência mais restrita. Em tal estudo os pesquisadores calcularam uma média de US\$ 38,000 (trinta e oito mil) para o montante fixado a título de *punitive damages*.

⁴⁰⁷ *Department of Justice. Office of Justice Programs. “Civil Bench and Jury Trials in State Courts, 2005 (NCJ 223851)”*. Disponível em <http://www.ojp.usdoj.gov/newsroom/pressreleases/2008/bjs09006.htm> > Acesso em 22 de outubro de 2010.

⁴⁰⁸ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Op. cit.*, p. 212.

casos que não constam nos anais da jurisprudência americana e um caso no qual, geralmente, se conta apenas metade da história.

A primeira “lenda urbana” é a de que uma mulher teria acidentalmente matado o seu animal de estimação ao tentar secá-lo em seu forno micro-ondas. Ocorre que, após o ocorrido, a dona do animal teria processado a empresa fornecedora do eletrodoméstico em questão, por não ter alertado no manual de instruções que o micro-ondas não poderia ser usado para tal fim. Ao final, teria a dona do animal obtido êxito na ação, sendo, portanto, a empresa fornecedora condenada ao pagamento de uma indenização. Conforme já dito, tal caso não consta nos anais da jurisprudência norte-americana. No entanto, pelo menos desde 1983, a situação em tela vem sendo reproduzida pelos mais diversos meios de comunicação, inclusive por alguns de grande reputação, como o jornal *Le Monde*, que publicou matéria intitulada “*La société contentieuse*” (A sociedade contenciosa), em que denunciava a proliferação de processos de toda natureza, fato que causaria embaraços em diversos setores da economia⁴⁰⁹.

Outro conto não encontrado nos rols da jurisprudência americana é a história de um motorista, que em sua primeira viagem com o seu *motor home* (*trailer*), teria acionado o piloto automático e abandonado o volante para tomar um café na parte de trás do veículo. O *motor home* teria saído da pista e colidido. Ocorre que a vítima deste fantástico acidente teria acionado o fabricante do *motor home*, entendendo que a empresa foi negligente por não explicitar no manual de instruções o fato de que o motorista deve permanecer no volante após o acionamento do piloto automático. Mais irrealista ainda que a situação é o fato de que os tribunais norte-americanos, ao final, teriam dado vitória ao referido consumidor⁴¹⁰.

Podemos destacar ainda a lenda urbana na qual *Kathleen Robertson*, na cidade de Austin (Texas), em janeiro de 2000, teria obtido uma indenização no valor de US\$ 780,000.00 (setecentos e oitenta mil) por ter tropeçado em um menino que corria em meio a uma loja de móveis e utensílios, quebrando o seu tornozelo. Os proprietários da referida loja teriam declarado estarem perplexos com o resultado do julgamento, uma vez que, o menino que se comportava inapropriadamente na loja era o filho da própria autora da ação⁴¹¹.

⁴⁰⁹ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Idem.*, p. 213, nt. 194.

⁴¹⁰ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Idem.*, p. 213.

⁴¹¹ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Idem.*, p. 214.

Outro exemplo, agora se tratando de um caso real, mas que a mídia faz questão de explorá-lo de forma equivocada, seja distorcendo-o, seja narrando-o pela metade, é o famosíssimo caso conhecido como “*McDonald’s Coffee Case*”⁴¹². Para Maria Celina Bodin de Moraes⁴¹³ este caso é anedótico e faz “*a alegria os estudantes de responsabilidade civil*”. Analisaremos com maiores detalhes este caso a seguir.

O primeiro caso de aplicação dos *punitive damages* em razão de defeito de produto, *Fleet v. Hollenkemp*⁴¹⁴, data de 1852. A partir de então, a jurisprudência foi, vagarosamente (de início), mudando os contornos do instituto. Em tal situação, o autor ficara doente após ingerir substância prescrita por seu médico. Após as averiguações verificou-se que o farmacêutico responsável pela substância, inadvertidamente, misturou veneno à composição⁴¹⁵. A partir de então, os *punitive damages* foram usados em vários casos envolvendo relações de consumo e atualmente continuam em pleno vigor. Destacamos os principais casos que, em nosso sentir, compõem a jurisprudência norte-americana a respeito do tema.

§ 2.1. *MER 29*: Dois Casos Pioneiros⁴¹⁶

Os *punitive damages* adquiriram uma nova dimensão após os dois casos relatados a seguir. Tais episódios envolvem a comercialização do medicamento *MER 29* pela empresa *Richardson-Merrell, Inc.*. O referido remédio era indicado para a redução do colesterol, mas, infelizmente, produziu efeitos colaterais, dentre os quais o desenvolvimento de catarata nos olhos dos pacientes. O medicamento foi ministrado a aproximadamente 400.000 (quatrocentas mil) pessoas, rendeu à empresa um lucro de US\$ 7,000,000.00 (sete milhões) e ocasionou 490 (quatrocentos e noventa) casos de cataratas relatados.

De tais eventos resultaram dois *leading cases*: *Roginsky v. Richardson-Merrell, Inc.* e *Toole v. Richardson-Merrell, Inc.*.

⁴¹² Vide Capítulo VI, Seção I, § 2.5.

⁴¹³ *Punitive Damages* em Sistemas Civilistas: Problemas e Perspectivas. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v.18, p. 58-59.

⁴¹⁴ 52 ky, 219, 13 B. Mon 219, 1852 WL 1716.

⁴¹⁵ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano Moral e Indenização Punitiva - Os Punitive Damages na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro*, 2. ed., p. 180.

⁴¹⁶ 251 Cal. App. 2d 689, 60 Cal. Rptr. 398 (1967).

No primeiro caso, a empresa foi condenada em primeira instância ao pagamento de US\$ 17,500.00 (dezessete mil e quinhentos) a título de *compensatory damages* e de US\$ 100,000.00 (cem mil) a título de *punitive damages*. No entanto, a sentença foi revista em segunda instância pela Corte de Apelações, que reformou a condenação em *punitive damages* sob os argumentos de que: (i) não haveria provas suficientes que comprovassem que o comportamento da empresa mereceria a fixação de um valor de caráter punitivo e; (ii) a imposição de valores punitivos em todas as ações propostas poderiam ultrapassar o necessário para a dissuasão da empresa fabricante, além de colocar em risco sua saúde econômica.

No segundo caso, julgado apenas dois meses depois, o fabricante do medicamento foi condenado pelo júri ao pagamento de US\$ 175,000.00 (setenta e setenta e cinco mil) na forma de *compensatory damages* e US\$ 500,000.00 (quinhentos mil) adicionais como *punitive damages*, sendo tal valor posteriormente reduzido pelo juiz à US\$ 250,000.00 (duzentos e cinquenta mil). Aqui, considerou-se que houve malícia por parte da empresa, que de antemão sabia que a medicação não era segura, pois as cobaias animais, nas quais o medicamento fora testado, desenvolveram catarata. Ademais, a empresa também havia distorcido os documentos entregues à FDA (*Food and Drug Administration*), bem como havia deixado de advertir a população sobre os riscos da utilização do medicamento. Tal decisão foi mantida pela Corte de Apelações, que afastou as razões do *case Roginsky*, reafirmando a imprudência da empresa em voga. Este caso é tido como um *leading case* da fixação de *punitive damages* em situações já contempladas com a responsabilidade objetiva (*strict liability*) pelo fato do produto (*product liability*).

§ 2.2. *Ford Corporation v. Grimshaw*

Em 28 de maio de 1972, a Sra. *Lili Gray* dirigia em uma estrada o seu *Ford Pinto*, acompanhada de *Richard Grimshaw*, então um garoto de 13 anos. Ocorre que, após uma troca de faixa, seu automóvel teve uma pane. O carro que vinha logo atrás desviou, mas o veículo seguinte, um *Galaxy*, colidiu com a traseira do *Ford Pinto* que, com o impacto, teve todo o seu interior tomado por chamas.

O laudo dos peritos concluiu que o tanque de combustível havia se rompido com o impacto, sendo toda a gasolina jogada para o interior do carro no momento da colisão,

incendiando-se instantaneamente e ocasionando seríssimas queimaduras aos ocupantes do veículo.

O jovem *Grimshaw* perdeu várias partes dos dedos de sua mão esquerda e alguns pedaços de sua orelha esquerda. Remanesceu com marcas de queimaduras permanentes no rosto e no corpo. Já a Sra. *Gray* não teve a mesma “sorte” e acabou falecendo, alguns dias depois, após uma parada cardíaca decorrente de complicações provocadas pelas queimaduras que sofreu.

Sendo assim, *Grimshaw* e os herdeiros da Sra. *Gray* processaram a *Ford Motor Company*.

Em Agosto de 1977, os problemas de design do *Ford Pinto* foram trazidos ao público em um artigo na revista *Mother Jones*⁴¹⁷. Segundo a revista, mais de 500 (quinhentas) mortes já haviam sido atribuídas ao referido modelo *Ford* por um mesmo problema: o vazamento de combustível em caso de colisão traseira⁴¹⁸. Em tal artigo, o autor acusava a *Ford* de não ter corrigido o problema de vazamento de combustível envolvendo o *Ford Pinto* por razões de análise econômica baseadas em estudos de custo-benefício. Tal artigo rendeu ao seu autor o prêmio *Pulitzer*⁴¹⁹.

A reportagem em tela divulgou o conteúdo de um memorando interno da *Ford*, realizado em 1973⁴²⁰, com a citada análise de custo-benefício⁴²¹. O custo para a correção do problema era de, somente, US\$ 11.00 (onze) por veículo. Sendo assim, em um âmbito global, tendo por base a estimativa anual de venda do *Ford Pinto* (*cars and light trucks*) de 12.500.000 (doze milhões e quinhentos mil) veículos⁴²² por ano, o custo total para a

⁴¹⁷ Conforme informado por LEGGETT, Christopher. *Wake Forest University. The Ford Pinto Case: The valuation of life as it applies to the negligence-efficiency argument*. Disponível em <<http://www.wfu.edu/~palmitar/Law&Valuation/Papers/1999/Leggett-pinto.html>> Acesso em 12.10.2010.

⁴¹⁸ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Dano Moral e Indenização Punitiva - Os Punitive Damages na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro, 2. ed., p. 193.

⁴¹⁹ Conforme informado por LEGGETT, Christopher. *Wake Forest University. The Ford Pinto Case: The valuation of life as it applies to the negligence-efficiency argument*. Disponível em <<http://www.wfu.edu/~palmitar/Law&Valuation/Papers/1999/Leggett-pinto.html>> Acesso em 12.10.2010.

⁴²⁰ Referido memorando, mesmo sendo de data posterior ao acidente aqui relatado, influenciou decisivamente a decisão dos jurados que julgaram o presente caso.

⁴²¹ O memorando está disponível em <http://www.autosafety.org/uploads/phpq3mJ7F_FordMemo.pdf> Acesso em 12.10.2010. Tal memorando apresenta, em forma de planilha, o seguinte cálculo (fls. 6): “Benefits - Savings: 180 burn deaths, 180 serious burn injuries, 2100 burned vehicles. Unit Cost: \$200,000 per death, \$67,000 per injury, \$700 per vehicle. Total Benefit: 180 x (\$200,000) + 180 x (\$67,000) + 2100 x (\$700) = \$49.5 Million; Costs - Sales: 11 million cars, 1.5 million light trucks. Unit Cost: \$11 per car, \$11 per truck Total Cost: 11,000,000 x (\$11) + 1,500,000 x (\$11) = \$137 Million”.

reparação do problema seria de US\$ 137,500,000.00 (cento e trinta e sete milhões e quinhentos mil).

Por outro lado, com base nos dados advindos da *National Highway Traffic Safety Administration* (NHTSA), a *Ford* estimou que, anualmente, morreriam 180 pessoas, outras 180 pessoas ficariam seriamente feridas e 2100 carros seriam incendiados em razão do problema. Para cada pessoa morta calculou-se em cerca de US\$ 200,000.00 (duzentos mil) o valor médio da indenização. Tal valor era de US\$ 67,000.00 (sessenta e sete mil) em caso de indenizações por lesões corporais e de US\$ 700.00 (setecentos) pela perda do veículo. Sendo assim, o pagamento anual com indenizações seria de $180 \times (\$ 200,000) + 180 \times (\$ 67,000) + 2100 \times (\$ 700)$, o que resulta no valor de US\$ 49,500,000.00 (quarenta e nove milhões e quinhentos mil).

A conclusão da diretoria da *Ford*, feita com base nos dados apresentados acima, foi a de que não valeria a pena corrigir o problema de segurança por ser a opção mais custosa. A *Ford* preferiu, portanto, pagar às indenizações, economizando milhões em seus cofres, ainda que isso resultasse na morte de 180 (cento e oitenta) pessoas e em lesões corporais graves de outras 180 (cento e oitenta), por ano.

Os jurados, em fevereiro de 1978, consideraram que a *Ford* estava ciente dos problemas envolvendo o *Ford Pinto*, particularmente no que tange ao específico problema de vazamento de combustível em caso de colisão traseira, em razão dos *crash tests* realizados anteriormente. Ademais, levaram em consideração o fato de que modificações de baixo custo na linha de produção poderiam resolver o problema. Concluíram, portanto, que “a conduta da *Ford* foi altamente reprovável”⁴²³.

Desta feita, o júri condenou a *Ford* ao pagamento de US\$ 2,516,000.00 (dois milhões quinhentos e dezesseis mil) a título de *compensatory damages*, e a US\$ 125,000,000.00 (cento e vinte e cinco milhões) a título de *punitive damages* para *Grimshaw*. Ademais, condenou a *Ford* ainda ao pagamento de US\$559,680.00 (quinhentos e cinquenta e nove mil seiscentos e oitenta) aos herdeiros da Sra. *Gray* a título de *compensatory damages*. O juiz, por considerar excessivo o valor da fixação dos *punitive damages*, reduziu o valor para US\$ 3,500,000.00 (três milhões e quinhentos mil).

⁴²³ COSTA, Judith Martins; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e Abusos da Função Punitiva. *Revista CEJ*, n. 28, p.19-20.

A *Ford* apelou pleiteando a eliminação dos *punitive damages*. A apelação foi considerada improcedente pela Corte de Apelações da Califórnia, em 1981. Com base nos dados até então apresentados, consideraram os membros da respectiva Corte que a *Ford* poderia ter tomado as providências necessárias para prevenir o acidente em questão, bem como de outros, envolvendo o *Ford Pinto* no mesmo período⁴²⁴.

Em 09 de junho de 1978, quatro meses após o veredicto do júri, a NHTSA compeliu a *Ford* a fazer o *recall* de um milhão e meio de automóveis fabricados entre 1971 e 1976⁴²⁵.

Em 10 de agosto de 1978, apenas seis meses após o julgamento pelo júri, e três meses após o anúncio do *recall*, outro fato marcou negativamente a história do *Ford Pinto*. Três jovens garotas pararam para reabastecer o carro em que estavam, um *Ford Pinto Sedan* 1973. Depois de reabastecer, a motorista não encaixou muito bem a tampa do tanque de combustível que, subsequentemente, caiu assim que as garotas entraram na *U.S. Highway* 33. As garotas pararam para recuperar a tampa na faixa direita da rodovia porque não havia acostamento. Logo depois, uma van, modificada com um rígido suporte para o para-choque da frente, viajando a aproximadamente 90 Km/h (55 milhas), atingiu o *Ford Pinto* parado. As duas passageiras morreram queimadas dentro do carro e a motorista, que conseguiu sair, morreu alguns dias depois no hospital⁴²⁶. A família só recebeu a notificação para o *recall* no começo do ano seguinte⁴²⁷.

A novidade deste caso, além, evidentemente, do clamor da mídia norte-americana em razão da morte de três garotas carbonizadas logo após a sequencia de fatos envolvendo o *Ford Pinto*, está na questão de que o promotor público do caso em voga, Michael A. Cosentino⁴²⁸, promoveu ação penal contra a *Ford* pelas três mortes. Foi a primeira vez que uma empresa foi colocada sob a ótica da responsabilidade penal⁴²⁹. Ao final, o júri

⁴²⁴ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano Moral e Indenização Punitiva - Os Punitive Damages na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro*, 2. ed., p. 193.

⁴²⁵ Conforme matéria publicada no site *The Engineering*, intitulada *Ford Pinto*, publicada em 28.08.20006. <http://www.engineering.com/Library/ArticlesPage/tabid/85/articleType/ArticleView/articleId/166/FordPinto.aspx> > Acesso em 13.10.2010.

⁴²⁶ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Op. cit.*, p. 193.

⁴²⁷ HISTORY.COM. *This day in History: Aug 10, 1978: Fatal Ford Pinto crash in Indiana*. Disponível em <<http://www.history.com/this-day-in-history/fatal-ford-pinto-crash-in-indiana>> Acesso em 13.10. 2010

⁴²⁸ THE INDIANA LAWIER.COM. *Prosecutor in Ford Pinto case dies*. Publicada em 15.06.2010. Conforme matéria jornalística disponível em <<http://www.theindianalawyer.com/prosecutor-in-ford-pinto-case-dies/PARAMS/article/24106>> Acesso em 13.10.2010.

⁴²⁹ HISTORY.COM. *This day in History: Aug 10, 1978: Fatal Ford Pinto crash in Indiana*. Disponível em <<http://www.history.com/this-day-in-history/fatal-ford-pinto-crash-in-indiana>> Acesso em 13.10. 2010.

considerou a *Ford* inocente por falta de provas, mas a *Ford* demoraria anos para recuperar os danos em sua imagem⁴³⁰.

§ 2.3. *Sturm, Ruger & Co. v. Day*⁴³¹

O julgamento deste caso reforçou os fundamentos da aplicabilidade dos *punitive damages* para as situações que versam sobre responsabilidade civil decorrente de defeitos do produto. Nesta ocasião, uma arma produzida pela empresa em tela disparou, ao cair no chão por desatenção de seu proprietário enquanto a recarregava, mesmo com o martelo travado⁴³². Tal falha se deu em decorrência de um erro de projeto cuja correção custaria apenas U\$ 1.93 (um dólar e noventa e três *cents*) por arma fabricada. O júri, neste caso, levou em consideração o lucro obtido indevidamente e calculou os *punitive damages* multiplicando referido valor pelo número de armas vendidas (1.500.000). Sendo assim, condenou a empresa ao pagamento de U\$ 2,895,000.00 (dois milhões oitocentos e noventa e cinco mil). Tal valor foi posteriormente reduzido pela Corte do Alaska para U\$ 250,000.00 (duzentos e cinquenta mil)⁴³³.

Descobriu-se que a decisão de se colocar o produto defeituoso no mercado foi tomada, tal qual no caso *Grimshaw v. Ford*, por ser mais lucrativo pagar as indenizações compensatórias às vítimas do que corrigir os defeitos dos produtos⁴³⁴. Neste caso houve também o reconhecimento expresso de que os *punitive damages* eram compatíveis com a responsabilidade objetiva. Cumpre aqui mencionar que a responsabilidade foi agravada neste caso em razão da decisão do fabricante de colocar o produto no mercado mesmo com a ciência prévia do defeito do produto.

⁴³⁰ Conforme informado por LEGGETT, Christopher. *Wake Forest University. The Ford Pinto Case: The valuation of life as it applies to the negligence-efficiency argument*. Disponível em <<http://www.wfu.edu/~palmitar/Law&Valuation/Papers/1999/Leggett-pinto.html>> Acesso em 12.10.2010.

⁴³⁰ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Op. cit.*, p. 193.

⁴³¹ 594 P. 2d 38 (Alaska, 1979).

⁴³² KELLY, Bernard P. Strict Product Liability in Alaska: A Retreat from Enterprise Liability. *UCLA – Alaska Law Review*, v. 9:25, p. 28.

⁴³³ KELLY, Bernard P. *Idem*, p. 41.

⁴³⁴ KELLY, Bernard P. *Idem, ibidem*.

§ 2.4. *Liebeck v. McDonald's Restaurants P.T.S*⁴³⁵

Stella Liebeck, de 79 anos, em fevereiro de 1992, comprou café em um restaurante da rede *McDonald's* pelo sistema *drive trough*. Seu neto, e não ela, como apontam alguns relatos, dirigia o carro. Após receberem o café, seu neto estacionou o carro. Para acrescentar creme e açúcar, a Sr.^a *Liebeck*, colocou o copo com café em meio às suas pernas e tentou abrir a tampa de plástico. No entanto, o café acabou por derramar-se em seu colo, ocasionando-lhe queimaduras de segundo e terceiro graus, comprometendo a parte interna das coxas, o períneo, as nádegas e a região genital⁴³⁶.

A Sr.^a *Liebeck* permaneceu por oito dias hospitalizada e teve de se submeter ao debridamento da área atingida e a vários enxertos de pele⁴³⁷. Durante a internação, bem como durante a recuperação em casa, contou com a ajuda de sua filha, que teve de afastar-se do trabalho. Posteriormente, ainda passou por um tratamento de 2 (dois) anos para a sua reabilitação. Neste período, perdeu quase 20% do seu peso⁴³⁸. Constatou-se que a Sr.^a *Liebeck* sofrera queimaduras de terceiro grau em 6% do corpo. Ao final restaram-lhe cicatrizes permanentes em cerca de 16% do corpo⁴³⁹.

Após tal tratamento, a Sr.^a *Liebeck* escreveu à *McDonald's* solicitando a diminuição da temperatura do café, ajustada em 180°F (82°C). Requisitou também a devolução das despesas médicas, no montante de aproximadamente US\$ 20.000.00 (vinte mil), além dos salários não percebidos pela filha durante o período em que esta a auxiliou. Houve recusa da *McDonald's*. Ela então acionou a empresa pedindo US\$ 100.000.00 (cem mil) como indenização compensatória e o triplo de valor como *punitive damages*⁴⁴⁰.

Enquanto outros estabelecimentos similares serviam café a uma temperatura média que variava entre 135°-140°F (57°-60°C), o café servido pelo *McDonald's* variava entre 180-190°F (82-88°C).

Um perito analisou o caso e informou que o café a 180°F causa queimaduras de segundo grau apenas 3,5 segundos após atingir a pele, sendo fato que com uma pequena

⁴³⁵ D-202-CV-9302419, 1995 WL 360309 (*New Mexico*, 1994).

⁴³⁶ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano Moral e Indenização Punitiva - Os Punitive Damages na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro*, 2. ed., p. 215.

⁴³⁷ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Idem, ibidem*.

⁴³⁸ BODIN DE MORAES, Maria Celina de. *Punitive Damages em Sistemas Civilistas: Problemas e Perspectivas. Revista Trimestral de Direito Civil*, v.18, p. 58-59.

⁴³⁹ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Op. cit.*, p. 215.

⁴⁴⁰ BODIN DE MORAES, Maria Celina de. *Op. cit.*, p. 58-59.

diminuição para 160°F (71°C), somente após 8 segundos ocorreriam queimaduras daquela gravidade. Além disso, um supervisor de controle de qualidade da *McDonald's* informou que a empresa, nos últimos 10 anos, já havia recebido 700 (setecentas) cartas de clientes reclamando por terem sofrido queimaduras com o café, bem como explicitou o fato de que qualquer bebida servida a 140°F (60°C) não pode ser imediatamente consumida sob o risco de se queimar a boca e a garganta do consumidor⁴⁴¹. Ademais, em uma infeliz afirmação, um consultor de segurança contratado pela *McDonald's* afirmou que 700 pessoas em universo de 16.800.000.000 (1/24.000.000, uma para cada vinte e quatro milhões) era praticamente igual a zero⁴⁴².

Após algumas horas de deliberações, o júri deu razão à Sr.^a *Liebeck*, condenando a *McDonald's* ao pagamento de US\$ 200,000.00 (duzentos mil) em caráter de indenização compensatória. Referido valor foi reduzido em 20% (US\$ 160,000.00 – cento e sessenta mil) em razão de a vítima ter em parte dado causa ao acidente. Fixou, ademais, o montante de US\$ 2,700,000.00 (dois milhões e setecentos mil)⁴⁴³ a título de *punitive damages*. Tal quantia correspondia na época à venda de café na rede mundial da *McDonald's* em um período de dois dias.

Posteriormente, o juiz reduziu os *punitive damages* ao *quantum* punitivo de US\$ 480,000.00 (quatrocentos e oitenta mil), calculando o valor como o triplo dos *compensatory damages* fixados. O valor final pago pela *McDonald's* permanece em segredo em razão de acordo judicial celebrado pela empresa com a Sr.^a *Liebeck*⁴⁴⁴.

Para Maria Celina Bodin de Moraes, o caso se resume a uma senhora idosa que buscou e conseguiu a reparação em uma situação na qual se caracteriza uma hipótese evidente de um caso de culpa exclusiva da vítima. Na opinião de referida autora o grande problema é justamente o da absoluta imprevisibilidade da fixação dos danos pelo júri que, muitas vezes mal informados sobre questões importantes, acabam fixando indenizações que em muito exacerbam as próprias expectativas das partes, penalizando de forma muito mais severa, em regra, réus abastados e impopulares. Afinal de contas, questiona a autora em voga: no que a *McDonald's* foi tão seriamente negligente a ponto de ser condenado a um valor punitivo de tal monta?⁴⁴⁵

⁴⁴¹ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Op. cit.*, p. 215.

⁴⁴² BODIN DE MORAES, Maria Celina de. *Op. cit.*, p. 58-59.

⁴⁴³ BODIN DE MORAES, Maria Celina de. *Idem, ibidem*.

⁴⁴⁴ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Op. cit.*, p. 216-217.

⁴⁴⁵ BODIN DE MORAES, Maria Celina de. *Op. cit.*, p. 58-59.

A referida doutrinadora tem parcialmente razão na questão. De fato, a decisão do júri consubstanciou-se em um exagero, o que rendeu a equivocada exploração do caso pela mídia. No entanto, há de ser feita a ressalva de que, ao final, o juiz reduziu drasticamente o montante punitivo, sendo fato que o valor pago em razão do acordo fixado entre as partes foi ainda menor. A decisão final, portanto, foi correta⁴⁴⁶.

Nesse sentido, como observou André Gustavo Corrêa de Andrade o valor punitivo foi eficaz para punir a empresa ré, que apresentou indiferença mesmo após as 700 reclamações, bem como para dissuadi-la de continuar a pôr em risco a integridade física de seus clientes, pois, após o referido caso, a *McDonald's* baixou a temperatura do café a um nível mais apropriado para o consumo, o que certamente contribuiu para evitar que diversas pessoas sofressem queimaduras semelhantes às de *Stella Liebeck*⁴⁴⁷.

O instituto dos *punitive damages*, portanto, não pode ser invalidado em razões de exageros isolados e do tratamento caricato dado pela mídia. Trata-se de exceção, e não de regra, a fixação de montantes punitivos exagerados a título de *punitive damages*.

§ 2.5. *BMW of North America, Inc. v. Gore*

A Suprema Corte americana, em várias ocasiões, foi acionada para decidir se os *punitive damages* constituiriam violação da *Due Process Clause*⁴⁴⁸. No entanto, o tema ganhou nova dimensão após o caso *BMW of North America, Inc. v. Gore*⁴⁴⁹. No ano de 1990, *Ira Gore Jr.*, comprou uma *BMW Sports Sedan* nova em uma revendedora autorizada, pagando US\$ 40,750.88 (quarenta mil setecentos e cinquenta dólares e oitenta e oito cents). Depois de usar o veículo por cerca de nove meses, *Gore* levou o carro para um polimento e descobriu que o seu carro havia sido repintado. Ao reclamar à *BMW*, lhe

⁴⁴⁶ CASTRO, Guilherme Couto de. *A Responsabilidade Civil Objetiva no Direito Brasileiro*. 2. ed., p. 84.

⁴⁴⁷ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Op. cit.*, p. 217.

⁴⁴⁸ O primeiro caso foi o *Aetna Life Insurance Co. v. Lavoie*, 475 U.S. 813 (1986). Posteriormente, ainda: *Bankers Life & Casualty Co. v. Crenshaw*, 486 U.S. 71 (1988); *Browning-Ferris Industries of Vermont, Inc. v. Kelco Disposal, Inc.*, 492 U.S. 257 (1989); *Pacific Mutual Life Insurance Co. v. Haslip et al.*, 499 U.S. 1, 7-8 (1991); *TXO Production Corp. v. Alliance Resources Corp.*, 509 U.S. 443 (1993); *Honda Motor Co., Ltd. v. Oberg*, 512 U.S. 415 (ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano Moral e Indenização Punitiva - Os Punitive Damages na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro*, 2. ed., p. 201, nt. 156)

⁴⁴⁹ 517 U.S. 559, 116 S. Ct. (1996).

informaram que a repintura ocorreu em razão de chuva ácida durante o transporte do carro da Alemanha para os Estados Unidos⁴⁵⁰.

Sendo assim, convencido de que a *BMW* lhe havia escondido informação relevante, propôs *Gore* ação alegando que o carro por ele adquirido valeria 10% menos que o carro novo (cerca de US\$ 4,000.00 – quatro mil), em razão da repintura. A este motivo somou-se o pedido de *punitive damages* de US\$ 4,000,000.00 (quatro milhões) tendo em vista o prejuízo que os cerca de mil compradores sofreram por adquirir automóveis repintados e vendidos como novos, nas mesmas condições de *Gore*⁴⁵¹.

Alegou a *BMW*, durante o julgamento, que desde 1983 tinha por conduta referente aos veículos danificados no decorrer da fabricação ou do transporte, a análise do custo-benefício para o reparo do veículo. Se o custo do reparo representasse 3% do valor do veículo, a *BMW* venderia o veículo como usado. Caso contrário, a empresa consideraria o dano insignificante e venderia o carro como novo, não informando o consumidor. No presente caso, o custo do reparo representou 1,5% do valor do veículo. Sendo assim, alegou a empresa estar de boa-fé por seguir clara política de mercado⁴⁵².

Contudo, a empresa foi condenada pelo júri de Birmingham, o qual entendeu que a política de não informação dos danos constituía omissão fraudulenta. Sendo assim, a condenação se deu tanto no âmbito compensatório quanto no âmbito punitivo. No primeiro, a indenização foi fixada em US\$ 4,000.00 (quatro mil). Já no último, os *punitive damages* foram fixados em US\$ 4,000,000.00 (quatro milhões).

Recorreu, então, a *BMW* à Corte Suprema do Alabama alegando que a política adotada pela empresa obedecia à legislação de mais de 25 Estados, sendo a legislação do Estado Alabama mais rigorosa que as dos demais. A Corte em tela entendeu por bem diminuir o *quantum* punitivo para US\$ 2,000,000.00 (dois milhões), pois o júri de Birmingham havia levado em consideração a venda dos *BMW*s danificados em todo o país e não somente a venda ocorrida nos Estados com legislação similar a do Alabama⁴⁵³.

Ainda inconformada, recorreu a *BMW* à Suprema Corte norte-americana, que aceitou analisar o caso para esclarecer os padrões que identificariam os exageros nos

⁴⁵⁰ BODIN DE MORAES, Maria Celina de. *Punitive Damages* em sistemas civilistas: Problemas e Perspectivas. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v.18, p. 60.

⁴⁵¹ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano Moral e Indenização Punitiva - Os Punitive Damages na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro*, 2 ed., p. 200.

⁴⁵² BODIN DE MORAES, Maria Celina de. *Op. cit.*, p. 60.

⁴⁵³ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Op. cit.*, p. 201.

valores fixados a título de *punitive damages*. Entendeu a Suprema Corte Americana, por maioria de votos, que o valor punitivo fixado em US\$ 2,000,000.00 (dois milhões) era “*grossly excessive*” (muito exagerada) e feria o *Due Process Clause of the Fourteenth Amendment*⁴⁵⁴, ou seja, que tal valor violaria a garantia fundamental contra indenizações irracionais ou arbitrárias⁴⁵⁵.

Desta feita, decidiu referido tribunal que a conduta da empresa ré, neste caso, não era especialmente repreensível, pois não demonstrou má-fé, nem indiferença ou falta de consideração pela saúde de seus consumidores. O dano sofrido pelo autor foi meramente econômico e a repintura realizada no veículo antes da venda não afetou sua performance, segurança ou aparência. Ademais, o valor punitivo correspondia a 500 vezes o valor do dano material, bem como havia sido substancialmente maior que a multa aplicada pelo Estado do Alabama ou qualquer outro Estado para casos similares, o que evidenciava a sua desproporcionalidade. Desta feita, ordenou a Suprema Corte americana a devolução do processo à Suprema Corte do Alabama para novo julgamento, com observância de novos critérios e o montante punitivo final foi reduzido para US\$ 50,000.00 (cinquenta mil)⁴⁵⁶.

Os critérios fixados pela Suprema Corte Americana foram os seguintes: (i) o grau de repreensibilidade da conduta do ofensor; (ii) a relação entre o valor da indenização compensatória e o valor dos *punitive damages*; e (iii) a diferença entre o valor dos *punitive damages* fixado e o das penalidades civis ou criminais autorizadas ou impostas para casos similares⁴⁵⁷. Não foi, portanto, o instituto dos *punitive damages* questionado de forma

⁴⁵⁴ São interessantes as *Anotations* feitas à 14ª Emenda: “Para prevenir a destruição da vida humana, o Estado deve permitir o acesso aos *punitive damages* em ações contra empregadores por mortes causadas por negligência dos seus empregados, bem como por fraudes perpetradas por eles. É também constitucional a tradicional forma aproximada de se calcular os *punitive damages* na *Common Law*, garantindo ao júri larga, mas não ilimitada discricionariedade para considerar a gravidade da ofensa e a necessidade de prevenir ofensas similares. A Corte tem indicado, entretanto, que o montante de *punitive damages* é limitado ao razoavelmente necessário para alcançar o interesse do Estado em prevenir referida conduta. Tais limites podem ser discernidos em uma corte examinando o grau reprovabilidade do ato, a *ratio* entre o valor punitivo e o potencial ou real dano sofrido pelo autor, e as sanções previstas em lei para desvios de conduta similares” (tradução livre). No original: “*To deter careless destruction of human life, a state by law may allow punitive damages to be assessed in actions against employers for deaths caused by the negligence of their employees, and may also allow punitive damages for fraud perpetrated by employees. Also constitutional is the traditional common law approach for measuring punitive damages, granting the jury wide but not unlimited discretion to consider the gravity of the offense and the need to deter similar offenses. The Court has indicated, however, that the amount of punitive damages is limited to those reasonably necessary to vindicate a state’s interest in deterring unlawful conduct. These limits may be discerned by a court by examining the degree of reprehensibility of the act, the ratio between the punitive award and the plaintiff’s actual or potential harm, and the legislative sanctions provided for comparable misconduct.*” (Apud BODIN DE MORAES, Maria Celina de. *Op. cit.*, p. 61, nt. 46).

⁴⁵⁵ BODIN DE MORAES, Maria Celina de. *Op. cit.*, p. 61.

⁴⁵⁶ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Op. cit.*, p. 201.

⁴⁵⁷ BODIN DE MORAES, Maria Celina de. *Op. cit.*, p. 62.

definitiva por referido tribunal. O que se buscou com este julgado foi somente a sua regulamentação, com o estabelecimento de critérios gerais justamente para que os *punitive damages* possam ser aplicados, sem exageros.

Tais critérios foram reafirmados em caso posterior: *State Farm v. Campbell*⁴⁵⁸. Neste caso, uma empresa seguradora (*State Farm Automobile Insurance Co.*) agiu com má-fé prejudicando seu segurado (*Curtis Campbell*). Sendo assim, o júri, condenou a empresa ao pagamento de US\$ 2,600,000.00 (dois milhões e seiscentos mil dólares) em *compensatory damages* e em US\$ 145,000,000.00 (cento e quarenta e cinco milhões) a título de *punitive damages*. O juiz reduziu os valores para US\$ 1,000,000.00 (um milhão) e US\$ 25,000,000.00 (vinte e cinco milhões), respectivamente.

As duas partes apelaram e a Suprema Corte de Utah restabeleceu os *punitive damages* no montante de US\$ 145,000,000.00 (cento e quarenta e cinco milhões). A empresa seguradora, então, recorreu à Suprema Corte Americana, que, avaliando pormenorizadamente o caso, entendeu que o valor fixado a título de *punitive damages* era desproporcional, excessivo e violava o princípio da *Due Process Clause*⁴⁵⁹.

Desse modo, ordenou a Suprema Corte Americana a volta dos autos à Corte local para que esta procedesse a reavaliação. Embora a Suprema Corte Americana não tenha estabelecido um valor preciso, sugeriu que qualquer valor punitivo que ultrapasse nove vezes o valor compensatório, muito provavelmente, violará a *Due Process Clause*. Para situações ordinárias, afirmou o referido tribunal que a proporção de 4 para 1 a favor dos *punitive damages* poderia representar a distância máxima entre os dois institutos. Ademais, nos casos em que os *compensatory damages* já constituam valores substanciais, aconselhou o referido tribunal que o mais apropriado, possivelmente, seria a equivalência entre os valores indenizatórios⁴⁶⁰.

⁴⁵⁸ 000 U.S. 01-1289 (2003).

⁴⁵⁹ Neste caso, o valor punitivo fixado superava em mais de 100 vezes o valor fixado como *compensatory damages*.

⁴⁶⁰ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Op. cit.*, p. 203.

Seção II. Os *Punitive Damages* na *Civil Law*

No âmbito da *Civil Law*, em regra, a responsabilidade civil punitiva é aceita com notável resistência. Alguns ordenamentos, conforme se verá a seguir, chegam inclusive a prever critérios, em lei, especificamente punitivos para a formação do *quantum* a ser restituído a título de danos morais. Outros, como o alemão, parecem permitir a aplicação específica dos *punitive damages*. Nota-se, portanto, que a discussão a respeito do tema vem crescendo, principalmente em sede doutrinária. Todavia, a aplicação dos *punitive damages*, no âmbito específico das relações de consumo, ainda é tímida.

§ 1. Alemanha

Hans Albrecht Fischer já afirmava, na década de 30 do século XX, que o juiz alemão, ao fixar o montante indenizatório a título de dano moral com base no § 847 do BGB (Código Civil Alemão), deveria necessariamente levar em consideração o grau de culpa do autor do dano e a sua situação patrimonial, uma vez que o referido Parágrafo fazia expressa menção à equidade⁴⁶¹. Em 2001, todavia, o Parágrafo em tela foi revogado. No entanto, dado o acréscimo ao texto legal do § 253, que da mesma forma prevê

⁴⁶¹ FISCHER, Hans Albrecht. *A Reparação de Danos no Direito Civil*, p. 275. Nesse sentido, em um contexto mais atual, destaca-se o magistério de Bernd-Rüdger Kern: “O grau de culpa deve ser considerado não apenas (...) com vista à reação que provoca no lesado. Com efeito, a circunstância de o dano provir de culpa grave ou até mesmo de um comportamento doloso do ofensor, certamente pode deixar a vítima cheia de amargura, ao passo que quando o dano é causado por um leve descuido o lesado tende antes a aceitar o fato como fatalidade do destino. Mas, abstraindo inteiramente a reação da vítima, isto pode estar em conformidade com a equidade e a idéia de satisfação se, no caso concreto, a intencionalidade ou a culpa grave foi levada em consideração para estabelecer a indenização do art. 847 em desfavor do autor do dano, ou então, ao contrário, em seu favor quando a culpa é leve [*sic!* (Comentário do autor)]. Seria incompreensível que o juiz do fato não tivesse atribuição para estimar o efeito da dor causada por um criminoso em valor mais elevado que as mesmas consequências exteriores de um comportamento faltoso no trânsito, possível de acontecer a qualquer um. Com isto, na compensação dos danos imateriais o BGB conscientemente desconsidera o princípio básico vigente no direito alemão em matéria de danos patrimoniais e expressado no “tudo ou nada”, de acordo com o qual o mais ínfimo grau de culpa tem por resultado a mesma prestação indenizatória do dolo. Mas também outros aspectos podem ter relevância: as circunstâncias do fato, as relações econômicas entre o ofensor e o ofendido, as circunstâncias paralelas à evolução e - muito discutido - a pena criminal imposta. Não é possível estabelecer uma ordem de prioridade nestas situações. Nem são sempre todas consideradas. Conforme o caso, devem ser postas de lado. Com isto em mente, devem ser avaliadas e somadas as funções de compensação e de satisfação, mas nunca como se fossem parcelas independentes. Ao contrário, trata-se de duas maneiras de atuar da mesma pretensão, não necessariamente em seus pormenores, e que se completam reciprocamente dentro de uma delimitação. Num exame conjunto, elas fluem sob a óptica da equidade” (A Função da Satisfação na Indenização do Dano Pessoal. Um Elemento Penal na Satisfação do Dano? *Revista de Direito do Consumidor*, v. 33, p. 11-12).

“indenizações equitativas”⁴⁶², entendemos que não houve alteração substancial no posicionamento adotado pelo ordenamento jurídico alemão, que explicitamos a seguir.

Erwin Deutsch⁴⁶³ referenda, já trinta anos mais tarde, o acima proposto por Hans Fischer, pois, ao relacionar os pressupostos da responsabilidade civil com as funções desempenhadas por ela, posiciona-se no sentido de que a responsabilidade pelo risco visa a reparação do dano, enquanto que a responsabilidade que se dá em razão da culpa tem por objetivo não apenas a reparação, mas também a prevenção.

Sendo assim, é de longa data que o Direito Germânico tem reconhecido a dupla função da indenização do dano imaterial (*immaterieller schaden*) ou não patrimonial (*nicht vermögensschaden*).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Alemão (BGH), com base no § 847 do BGB, ao tratar de casos específicos de danos imateriais, assegurava uma indenização em dinheiro que pretendia, por um lado, compensar à vítima pelo dano imaterial que lhe foi causado e, por outro, fazer com que o autor do dano leve em conta que deve ao ofendido uma “satisfação” pela lesão que ocasionou.

No caso *Ginsing-Wurzel* o BGH se recusou a indenizar os danos imateriais na proteção dos direitos da personalidade. Entendeu o referido tribunal que não haveria sanção no ordenamento jurídico civil que permitisse a indenização de tais danos. No entanto, por outro lado, entendeu o BGH que o lesante deveria ao lesado uma satisfação pela injustiça, fixada em dinheiro que representasse uma sensível perda material para o

⁴⁶² O § 847 do BGB assim dispunha: “(1) No caso de lesão do corpo ou da saúde, assim como no caso de privação de liberdade, pode o lesado, também em razão do dano não patrimonial, exigir uma equitativa satisfação em dinheiro. (2) Idêntica pretensão assiste à mulher vítima de crime ou contravenção contra os bons costumes, ou que foi levada por astúcia, ameaça ou abuso de relação de dependência, a consentir em coabitação extramatrimonial”. Do texto original: “(1) [1] *Im Falle der Verletzung des Körpers oder der Gesundheit sowie im Falle der Freiheitsentziehung kann der Verletzte auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld verlangen; (2) Ein gleicher Anspruch steht einer Frauensperson zu, gegen die ein Verbrechen oder Vergehen wider die Sittlichkeit begangen oder die durch Hinterlist, durch Drohung oder unter Mißbrauch eines Abhängigkeitsverhältnisses zur Gestattung der außerehelichen Beiwohnung bestimmt wird*”. Em 2001 o artigo em voga foi revogado. No entanto, em contrapartida, houve o acréscimo de um segundo item no § 253 do diploma legal em tela com a seguinte redação: “Em caso de violação da integridade corporal, saúde, liberdade ou autodeterminação sexual, também pode ser obtida, como compensação por danos não patrimoniais, uma equitativa indenização em dinheiro”. No original: “(2) *Ist wegen einer Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung Schadensersatz zu leisten, kann auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld gefordert werden*” (ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Op. cit.*, p. 156, nt. 77, inclusive as traduções dos textos legais).

⁴⁶³ DEUTSCH, Erwin *apud* LOURENÇO, Paula Meira. *A Função Punitiva da Responsabilidade Civil*, p. 120-121.

primeiro. Nesta decisão, segundo Bernd-Rüdger Kern⁴⁶⁴, o BGH admitiu, como finalidades da função de satisfação, de forma expressa, a sanção (punição) e, de forma implícita, a prevenção. O magistério do autor em tela⁴⁶⁵ identifica três sentidos para a “satisfação”, no âmbito da indenização do dano imaterial: (i) de sentimento, por meio do apaziguamento do senso de justiça ferido da vítima; (ii) de imposição ao ofensor de um sensível sacrifício patrimonial e, (iii) de atuação preventiva no futuro.

Conclui, portanto, o doutrinador em voga⁴⁶⁶, que a ideia de satisfação tem sido interpretada como sinônimo de pena privada, uma vez que atua diretamente sobre o ofensor e, preventivamente, sobre o público, consistindo, em muitos casos, como o único valor fixado a título de “dinheiro da dor”⁴⁶⁷.

Em 1995, outros dois casos envolvendo publicações jornalísticas referentes à Princesa Carolina de Mônaco salientaram as funções punitiva e preventiva da responsabilidade civil no ordenamento jurídico alemão, despertando o interesse acadêmico no assunto.

No primeiro caso, um jornal publicou a seguinte notícia em primeira página: “Carolina - ela luta corajosamente contra o câncer de mama”. Tal manchete tinha a clara intenção de enganar o consumidor, de forma a dar-se a impressão de que a própria princesa padecia do apontado câncer, quando, na verdade, conforme se verificava no interior do jornal, tratava-se somente de apoio da princesa em tela a uma associação de combate à referida doença.

O outro caso envolveu o filho da referida princesa, que teve fotos publicadas sem autorização desta, mesmo após a obtenção de uma injunção judicial proibindo a divulgação

⁴⁶⁴ *Op. cit.*, p. 14.

⁴⁶⁵ KERN, Bernd-Rüdger. *Op. cit.*, p. 10.

⁴⁶⁶ KERN, Bernd-Rüdger. *Idem*, p. 28.

⁴⁶⁷ Nesse sentido: “A função de satisfação permite aos tribunais estimar diferentemente o dinheiro da dor em função do grau de culpa e atribuir a uma mesma ofensa dinheiro da dor em montante diverso. A função de satisfação ganha especial importância e, até mesmo significado constitutivo da concessão do dinheiro da dor, em hipóteses com danos muito pequenos ou muito grandes, sempre que se trata de prejuízos que por sua natureza não comportam compensação. Tem de ser acrescida a culpa não insignificante. Praticamente indubitosa nesta correlação é a influência que exerce a função de satisfação sobre o dinheiro da dor nos casos de ofensa ao direito de personalidade. Isto, contudo, também ocorre quando as ofensas são tão intensas que aniquilam na vítima toda a capacidade mental e também suas percepções sensoriais. Diante de tais situações, a função da compensação recua totalmente, por não mais ser possível uma qualquer espécie de compensação. Nestes casos, se preciso for, a prestação do dinheiro da dor pode basear-se tão-somente na função de satisfação. O mesmo vale, correspondentemente, para danos diminutos, o que, em todo caso, não é reconhecido por parte da jurisprudência, por não ser compensável. Um dinheiro da dor apoiado, única e preponderantemente, na função de satisfação pode, pois, dado o caso, ser concedido” (KERN, Bernd-Rüdger. *Op. cit.*, p. 27-28).

de fotos da criança. No primeiro caso, evocaram os juízes o papel preventivo da responsabilidade civil e no segundo o fato de que, em não havendo sanção específica, não resta outra alternativa ao ordenamento senão o de fixar uma “indenização”⁴⁶⁸. Em comentário referente às citadas decisões, Mathias Prinz destaca que o caráter preventivo da responsabilidade civil confere eficácia à tutela dos direitos da personalidade, devendo a intenção lucrativa e o perigo de repetição da conduta serem utilizados como critérios para o cálculo do montante atribuído ao lesado⁴⁶⁹.

Bernd-Rüdger Kern⁴⁷⁰, conforme já destacado pela presente dissertação, entende que a “indenização” em voga, se trata, na verdade, de uma “satisfação” com caráter punitivo. Entende o citado autor que o valor da apontada “satisfação” deve ser fixado pelo magistrado em separado do montante calculado a título compensatório em razão dos distintos fundamentos dogmáticos que justificam a indenização e a punição. Dessa forma, evitar-se-iam “*falhas supérfluas de fundamentação*”. Diante do exposto, concluímos que o citado autor defende a aplicação de *punitive damages* no ordenamento jurídico alemão.

§ 2. Argentina

Para Jorge Bustamante Alsina⁴⁷¹, o caráter compensatório dos danos morais é o que melhor se amolda à legislação argentina, uma vez que a “culpa” não responde

⁴⁶⁸ LOURENÇO, Paula Meira. *Op. cit.*, p. 123-124.

⁴⁶⁹ PRINZ, Mathias *apud* LOURENÇO, Paula Meira. *Op. cit.*, p. 120-121.

⁴⁷⁰ Destacamos aqui seu magistério: “Isto pressupõe a renúncia ao dogma da inseparabilidade dos elementos constitutivos do dinheiro da dor, o que na prática judicial não raras vezes acontece sem que sejam tiradas as necessárias consequências. O dinheiro da dor deveria ser identificado separadamente em suas funções de compensação e de satisfação. Isto facilitaria a discussão racional dos fatores de cálculo a serem respectivamente considerados. O dinheiro da dor, como indenização “em si”, o que hoje é recusado, seria então – também com o auxílio completo de tabelas – calculado e separadamente indicado. Nos casos em que é agregada a função de satisfação, ou até mesmo quando, excepcionalmente, só ela é constitutiva do reconhecimento do direito da dor, seria de primeiramente estabelecer em que extensão isso ocorre. A seguir, seriam então avaliados os respectivos aspectos pertinentes. (...) A pesquisa revela o entendimento da jurisprudência de que satisfação é pena privada. É discutível o motivo pelo qual ela nem sempre expressa isto claramente, embora a formulação esteja tão próxima quanto possível da pena, sem, no entanto, empregar a palavra mesma. ‘Pois, que compensação de dano e satisfação ideal (...) assentam em distintos pensamentos jurídicos elementares, é coisa afinal bem que deveria ser (outra vez) abertamente confessada.’ Se esse fundamento dogmático da satisfação for externado publicamente, poderia ser ganho um espaço que permitiria pôr em evidência, claramente, o princípio da pena privada, bem como, ao mesmo tempo, delimitá-la em sua aplicação. Evitar-se-iam assim, falhas supérfluas de fundamentação” (*Op. cit.*, p. 29-31).

⁴⁷¹ Destacamos seu magistério: “Assim diz o art. 522: ‘Nos casos de indenização por responsabilidade contratual, o juiz poderá condenar o responsável à reparação do dano moral que houver causado, de acordo com a índole do fato gerador da responsabilidade e das circunstâncias do caso’. Já o artigo 1078, por sua vez dispõe: ‘A obrigação de ressarcir o dano causado pelos atos ilícitos compreende, além da indenização por

satisfatoriamente aos novos problemas trazidos pelo “maquinismo”⁴⁷². Além disso, aponta o autor que ultimamente os critérios doutrinários têm alargado a reparação do dano moral, conferindo maior amplitude à compensação.

Referida amplitude, segundo Jorge Mosset Iturraspe⁴⁷³, é essencial para que ocorra a volta ao *status quo ante* com veracidade. Tal retorno apenas pode acontecer quando as

perdas e danos, a reparação do dano moral causado à vítima. A ação de indenização por danos morais só competirá àquele que de fato sofreu os referidos danos. Se do fato resultar a morte da vítima, somente terão ação os herdeiros legais’. É evidente que o sistema de responsabilidade civil em matéria de reparação por dano moral se há alargado, conforme os critérios doutrinários que conferem maior amplitude ao ressarcimento” (tradução livre). No original: “*Ahora dice el art. 522: ‘En los casos de indemnización por responsabilidad contractual, el juez podrá condenar al responsable a la reparación del agravio moral que hubiera causado, de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso’.* El art. 1078, a su vez dispone: “*La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima. La acción por indemnización del daño moral sólo competirá al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos’.* Es evidente que el sistema de la responsabilidad en materia de reparación del agravio moral se ha ensanchado, conforme a los criterios doctrinarios che dan mayor amplitud al risarcimiento” (ALSINA, Jorge Bustamante. *Op. cit.*, p. 209-210.)

⁴⁷² Nesse sentido: “No final do século XIX surgiu um novo conceito de responsabilidade. As circunstâncias históricas impunham desde este momento a necessidade de mudança para não deixar sem proteção às numerosas vítimas que o fenômeno do ‘maquinismo’ [mecanismo] fazia. A repercussão social da dramática situação daqueles que não haviam o meio para provar a culpa dos referidos mecanismos inanimados, contribui para formar a ideia de que era mais justo indenizar uma vítima do que castigar um culpado” (tradução livre). No original: “*A fines del Siglo XIX hizo irrupción un nuevo concepto de la responsabilidad. Las circunstancias históricas imponían desde ese momento la necesidad de un cambio para no dejar sin protección a las numerosas víctimas que el nuevo fenómeno del maquinismo cobraba por entonces. La repercusión social de la dramática situación de aquellos que no hallaban el medio de probar una culpa detrás de esos mecanismos inanimados, contribuyó a formar la idea de que era más justo indemnizar a una víctima que castigar a un culpable’*” (ALSINA, Jorge Bustamante. *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, 3. ed., p. 272).

⁴⁷³ Cumpre explicitar seu ensinamento: “Convém aqui acrescentar que o montante ou a quantia fixada em decisões judiciais tem mudado. Tais condenações em dinheiro têm, na maioria das vezes e felizmente, deixado de ser uma mera condenação simbólica com peso puramente social e moral, para converterem-se em uma fonte econômica ou em ingressos pecuniários relentes. Os juízes têm advertido que a volta ao *status quo ante*, com realismo e veracidade, quando a condenação tem importância em sua quantia, quando o benefício econômico é apreciável e apto para ‘apagar’ o dano (...) é uma mudança de enfoque da lente com a qual se observa o fenômeno pelo sujeito de direito: a consideração a partir ótica da situação da vítima vem substituindo a visão com foco no ofensor. Se a responsabilidade que teve seu processo construtivo no século XIX pode ser classificada como a pertinente à ‘culpa’, a do século XX pode ser classificada como a pertinente ao ‘dano’ (...) E o mesmo ocorre com relação à sanção resultante de uma lesão, ela não vê o ofensor, mas sim a vítima, não visa punir, mas reparar, seja o dano material ou moral, a responsabilidade a sanção é reparadora” (tradução livre). No original: “*Convendría agregar que el monto o cuantía de las condenas ha variado; que la estimación dineraria ha dejado de ser, en la mayoría de las hipótesis y por fortuna, una condena simbólica, fuente económica o de ingresos pecuniarios de importancia. Los jueces han advertido que la vuelta al estado anterior, al de menoscabo o detrimento, sólo se logra, con realismo y veracidad, cuando la condena tiene importancia en su cuantía, cuando el beneficio económico es apreciable y apto para “borrar” el daño (...) es el cambio “de óptica”; de enfoque de la lente con la cual se observa el fenómeno por el hombre de derecho: la consideración desde la situación de la víctima ha venido a reemplazar la tradicional estimación desde el lado del victimario. Si la responsabilidad que culmina su proceso constructivo en el siglo XIX puede calificarse como “la de la culpa”, ésta, la del siglo XX es la “del daño” (...) Y lo mismo ocurre con la sanción, consiguiente al perjuicio; ella no mira al victimario sino a la víctima; no apunta a castigar sino a reparar; sea el daño material o moral, sino reparadora’*” (ITURRASPE,

quantias fixadas são suficientes para relevantemente “apagar” os efeitos nocivos do dano (menoscabo, deterioração), cumprindo desta forma o objetivo da responsabilidade civil argentina que seria o de reparar a vítima e não o de punir o ofensor. Sendo assim, posiciona-se o referido autor como não sendo benéfica a fixação de responsabilidade civil punitiva nos moldes norte-americanos.

Desta forma também entendem Gabriel Stiglitz e Carlos Echevesti⁴⁷⁴. Para os citados autores, caso se admitisse a pena privada, que denominam “multa particular”, haveria sérias consequências para o ordenamento jurídico argentino. Afirmam os autores em tela que a responsabilidade civil fundada na culpa resultaria na inexistência de razões jurídicas para a reparação de danos que não tenham como fundamento a culpabilidade do autor do ato ilícito. Desta feita, restariam sem reparação o dano moral, o dano derivado de fato alheio e os danos aos quais atualmente se atribui a responsabilidade objetiva. Ademais, cumpre aqui destacar que os apontados autores entendem que a referida admissão levaria a consequências absurdas, como o enriquecimento sem causa da primeira vítima prejudicada que pleiteasse a “multa particular”, uma vez que o réu não poderia ser sancionado mais de uma vez pelo mesmo fato em razão do princípio do “*non bis in idem*”.

Destacam Matilde Zavala de Gonzáles e Rodolfo Martins Gonzáles Zavala⁴⁷⁵ que embora falte autorização normativa para a imposição de expressivas punições no Direito Argentino, algumas decisões têm fixado valores extremamente altos para indenizações a título de dano moral, disfarçando o aspecto punitivo do montante.

Ramón Daniel Pizarro⁴⁷⁶, por sua vez, afirma que as concepções ressarcitória e punitiva da responsabilidade civil são inconciliáveis entre si, não só no plano dos

Jorge Mosset. *Introducción a la Responsabilidad Civil. Las Tres Concepciones*. In: BUERES, J. Alberto (dir.). *Responsabilidad por Daños – Homenaje a Jorge Bustamante Alsina*, v. I, p. 46-47).

⁴⁷⁴ *El Daño Moral*. In: ITURRASPE, Jorge Mosset (dir.) e CARLUCCI, Aida Kemelmajer de. (coord). *Responsabilidad Civil – Teoría General. Pressupuestos*, p. 244-246.

⁴⁷⁵ ZAVALA DE GONZÁLES, Matilde; ZAVALA, Rodolfo Martín Gonzáles. *Indemnización punitiva*. In: *Responsabilidad civil por daños en el tercer milenio*, p. 193.

⁴⁷⁶ Cumpre destacar o magistério de Ramón Daniel Pizarro: “Convém também recordar que esta concepção (tal como apresentada, de *lege data*, parece inaceitável) sustenta que a indenização do dano moral possui caráter misto ou funcional, pois se conjugam nas teses mista ou funcional do dano moral. Nossa objeção à tese mista, radica na impossibilidade de se conciliar no mesmo plano principal, ressarcitório, duas concepções antagônicas entre si. Insistimos na tese de que a pena e o ressarcimento apresentam diferenças abismais no momento em que respondem a numerosas questões, não apenas nos planos dos princípios, mas também no plano de sua aplicação prática. Sem embargo, nada impede que a indenização do dano moral seja ponderada com critério ressarcitório, de modo que por meio dela se alcance o ressarcimento do dano de forma plena e que, ademais, se possa em casos de graves condutas – por meio de reforma legislativa – se condenar ao pagamento de um *plus*: uma pena privada destinada à vítima, acima do valor devido à título de ressarcimento (tradução livre). No original: “*Conviene recordar que esta concepción (que tal como está presentada, de 'lege data', parece inaceptable) sostiene que la indemnización del daño moral tiene carácter*

princípios, mas também no plano da aplicação prática. Entretanto, apresenta-se o autor em tela como favorável a uma eventual reforma legislativa que autorizasse o magistrado a fixar um valor punitivo com o caráter de *plus* (*punitive damages*) à indenização ressarcitória.

Héctor Pedro Iribarne⁴⁷⁷, cumpre aqui destacar, também é absolutamente favorável à introdução de aspectos punitivos na quantificação por dano moral, pois para se quantificar com justiça as indenizações deve o juiz, necessariamente, levar em consideração a gravidade, o proveito, a intenção e as vantagens obtidas por meio da conduta injuriosa.

§ 3. França

O Código de Napoleão de 1804 trata da responsabilidade civil por delitos e quase delitos nos artigos 1382.º a 1386.º, havendo expressa previsão⁴⁷⁸ no sentido de que a responsabilidade civil servirá para reparar o dano. No entanto, permite o referido Código a função punitiva da responsabilidade civil na fixação do montante indenizatório com base no dolo ou na culpa⁴⁷⁹; na repartição da indenização em função da culpa de cada coautor⁴⁸⁰, na mora do devedor⁴⁸¹ e na cláusula penal⁴⁸².

mixto o funcional, pues se conjugan en la tesis mixta o funcional del daño moral. Nuestra objeción a la tesis mixta radica en la imposibilidad de conciliar en el mismo plano principal, resarcitorio, dos concepciones antagónicas entre sí. Insistimos en que la tesis de la pena y del resarcimiento presentan diferencias abismales a la hora de dar respuesta a numerosas cuestiones, no sólo en el plano de los principios sino también en su aplicación práctica. Sin embargo, nada impide que la indemnización del daño moral sea ponderada con criterio resarcitorio, de modo que a través de ella se alcance el resarcimiento del daño en forma plena y que, además, pueda en casos de graves inconductas – reforma legislativa de por medio – condenarse al pago de un plus: una pena privada destinada a la víctima, por encima del valor del resarcimiento”(PIZARRO, Ramón Daniel. *Daño Moral – Prevención. Reparación. Punición. El Daño Moral en las diversas ramas del Derecho*. Buenos Aires: Hamurabi, 2000, p. 400).

⁴⁷⁷ Apud ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano Moral e Indenização Punitiva - Os Punitive Damages na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro*, 2. ed., p. 158.

⁴⁷⁸ O artigo 1382.º estabelece a regra geral da reparabilidade na responsabilidade civil francesa determinando ao culpado que repare o dano.

⁴⁷⁹ O artigo 1150.º do Código Civil Francês estabelece que o lesante que atuar com culpa responderá somente pelos danos previsíveis enquanto que aquele que agir com dolo responderá também pelos danos imprevisíveis.

⁴⁸⁰ O artigo 1383.º prevê que cada ofensor deverá indenizar o ofendido na medida de sua *faute*. No entanto, em sendo a obrigação solidária, poderá ser que apenas um pague a indenização, cabendo a este o direito de regresso contra os demais, na medida da culpabilidade destes.

⁴⁸¹ A alínea 1, do artigo 1153.º prevê que no caso de mora no cumprimento de uma obrigação pecuniária, deverão ser pagos juros calculados à taxa legal. É fato que tais valores em nada se relacionam com o dano, sendo, portanto, uma pena privada.

No início do século XX, apesar da já notável tendência de objetivação da responsabilidade civil e da socialização do dano, inicia-se, na doutrina francesa a defesa da ideia de pena privada.

Louis Hugueney, em 1904, em sua obra “*L’idée de peine privée en droit contemporain*” demonstrava que a moralização da ordem econômica implicava o recurso à pena privada, uma vez que o desenvolvimento das atividades econômicas tornava cada vez mais difícil o cálculo do dano. Posteriormente, em 1938, destaca-se a obra de Marton, denominada “*Les Fondements de la Responsabilité Civile*”, na qual o referido autor defende ser a responsabilidade civil eminentemente preventiva. Sendo assim, ainda que a indenização tenha por escopo imediato a reparação do dano, em última instância ela também representa uma ameaça do mal (punição) ao lesante, que teria por objetivo desencorajar a produção futura de danos⁴⁸³, seja pelo ofensor (prevenção especial), seja por terceiros (prevenção geral).

No entanto, foi somente a partir de 1947, com a tese de doutoramento de Boris Starck, intitulada “*Éssai sur la théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*”, que a pena privada ganhou relevância no ordenamento jurídico francês. Referido autor criticou o princípio da reparação integral e invariável (equivalência quantitativa entre a indenização e o dano) do Código Civil Napoleônico, afirmando que embora o princípio em tela revelasse explicitamente a função de garantia, não espelharia, por outro lado, a realidade jurídica. Tal apontamento se justifica segundo o autor, por existirem situações nas quais a fixação do montante indenizatório não depende exclusivamente da extensão do dano, mas de fatores como a gravidade da *faute*, a existência de seguro por parte do lesante ou ainda, a situação econômica das partes. Desta feita, admitia o autor em voga a aplicação da pena privada na responsabilidade civil.

Boris Starck⁴⁸⁴ propôs, ademais, que o montante indenizatório deveria expressar duas funções: (i) a de garantia, por meio da indenização de garantia ou objetiva (*indemnité*

⁴⁸² A definição de cláusula penal no Código Civil francês é dada pelo artigo 1126.º, enquanto que o regime legal é dado pelo artigo 1152.º. A função civil da cláusula penal é defendida na doutrina francesa por Geneviève Viney, Denis Mazeud e Suzanne Carval, que salientam a função compulsória da cláusula penal, uma vez que o inadimplente será compelido a pagar o valor previamente fixado à parte fiel, bem como o seu caráter penal, tendo em vista o fato de que não necessidade de provar os danos sofridos pelo credor, podendo o referido valor ser superior aos referidos danos. (LOURENÇO, Paula Meira. *A Função Punitiva da Responsabilidade Civil*. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 71)

⁴⁸³ *Apud* LOURENÇO, Paula Meira. *Op. cit.*, p. 141.

⁴⁸⁴ *Apud* LOURENÇO, Paula Meira. *Op. cit.*, p. 142-143.

de garantie) e; (ii) a punitiva, por meio da fixação de um montante da pena privada (*montant de la peine*).

A indenização de garantia ou objetiva seria calculada em função do princípio da reparação integral, assegurando o limite mínimo a ser atribuído ao lesado. Referido valor seria objetivo, pois corresponderia ao valor dos danos emergentes, como, por exemplo, o valor comercial da coisa, os valores recebidos por pessoa com profissão e em situação social análoga à vítima. No âmbito contratual, limita-se aos danos provados e previsíveis (excluem-se, portanto, os danos não patrimoniais, os lucros cessantes e os danos imprevisíveis). Tal montante poderia, ainda, ser objeto de seguro, podendo as partes limitá-lo ou suprimi-lo.

Já a função de pena privada se consolidaria na fixação de montantes que excedessem a acima explanada função de garantia, consubstanciando, portanto, o valor máximo a ser atribuído ao lesado. A função de pena privada, por sua vez, deverá também ser analisada sob dois aspectos: o da “indenização subjetiva” e o da “indenização objetiva”⁴⁸⁵.

A pena privada correspondente à indenização subjetiva seria aquela que teria por limite máximo o próprio dano. Inclui, portanto, referida indenização, os lucros cessantes, os danos imprevisíveis e os danos não patrimoniais, não tomados em conta na função de garantia.

Já a pena privada relacionada à indenização objetiva seria aquela que ultrapassaria os limites do dano. Referido montante deveria ser fixado em um múltiplo (dobro, triplo) nas situações em que o lesante tivesse por objetivo obter lucro igual ou superior à indenização a ser paga ao lesado. Embora Boris Starck⁴⁸⁶ sustentasse já haver previsão legal da pena privada em sede de responsabilidade contratual e de legislação avulsa, entendia o citado autor, em uma perspectiva *iure condendo*, que o ordenamento jurídico francês deveria consagrar o princípio geral de restituição ao lesado do lucro conseguido pelo ofensor. Tal autor chega a sugerir que em casos nos quais os lesantes agissem com culpa leve, a restituição seria limitada aos lucros obtidos, enquanto que, nos casos em que se configurasse culpa grave, a indenização deveria ser fixada no dobro dos lucros obtidos.

⁴⁸⁵ *Apud* LOURENÇO, Paula Meira. *Idem*, p. 145.

⁴⁸⁶ LOURENÇO, Paula Meira. *Op. cit.*, p. 145.

Posteriormente, destacou-se ainda o trabalho de Marie-Ève Roujou de Boubée, “*Essai sur la notion de réparation*” de 1974, que defende poder a pena privada ser fixada em valor inferior ao dano, bastando que um determinado montante punitivo seja fixado com o intuito de punir o ofensor e em função de sua culpa grave⁴⁸⁷.

Em 1975, Suzanne Galland-Carval defendeu com grande competência⁴⁸⁸, na obra “*La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*”, a fixação de montantes punitivos para a defesa da pessoa humana e para a moralização da ordem econômica. Referido posicionamento constitui hoje a mais recente síntese da corrente doutrinária francesa favorável à responsabilidade civil punitiva⁴⁸⁹.

Os tribunais franceses não têm resolvido pacificamente a questão. Destacamos que a função punitiva recentemente vem sendo aceita em ações envolvendo danos morais, uma vez que referidos danos não são vistos como suscetíveis de avaliação pecuniária ou de reparação pelos franceses. Sendo assim, como alternativa, a jurisprudência do país em tela tem fixado valores compensatórios-punitivos a serem destinados à vítima. Referidos valores são determinados conforme a gravidade da *faute* e a capacidade econômica do ofensor. Visam, portanto, punir o lesante⁴⁹⁰. Ademais, cumpre destacar que a função punitiva da responsabilidade civil ainda pode ser encontrada em algumas questões que condenam o agente ao pagamento simbólico de apenas um franco (*le franc symbolique*), bem como na denúncia pública da conduta do agente, promovida por meio da publicação de sentenças judiciais condenatórias ao lesante⁴⁹¹. No entanto, permanece o posicionamento da Corte de Cassação Francesa contrário à teoria da *fonction pénale*⁴⁹².

⁴⁸⁷ *Apud* LOURENÇO, Paula Meira. *Op. cit.*, p. 144-145.

⁴⁸⁸ CHINELLATO, Silmara Juny. Tendências da Responsabilidade Civil no Direito Contemporâneo: Reflexos no Código Civil de 2002. In: Delgado, Mário Luiz; Alves, Jones Figueiredo (Coords.), *Questões controversas: Responsabilidade civil*, v. 5, p. 586

⁴⁸⁹ *Apud* LOURENÇO, Paula Meira. *Idem, ibidem*.

⁴⁹⁰ Suzanne Galland-Carval exemplifica comparando dois casos de diferentes magnitudes. O primeiro caso se trata de um estupro agravado pela ameaça com emprego de arma, no qual foi fixado uma indenização no valor de 250,000 (duzentos e cinquenta mil) Francos Franceses. Já o segundo trata de uma situação de difamação, injúria e invasão de privacidade que advieram de uma publicação jornalística, no qual condenou-se o famoso empresário Bernard Tapie ao montante de 400,000 (quatrocentos mil) Francos Franceses. Sendo assim, conclui-se que o maior valor, fixado para um caso bem menos grave, aponta para uma relevância de um caráter punitivo na questão (*Apud* ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano Moral e Indenização Punitiva - Os Punitive Damages na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro*, 2. ed., p. 159.)

⁴⁹¹ LOURENÇO, Paula Meira. *Op. cit.*, p. 146-148.

⁴⁹² A Corte de Cassação detém a seguinte posição oficial: “Ela tem o cuidado de relembrar frequentemente que a responsabilidade civil não tem função penal e que a gravidade da culpa não pode justificar uma condenação superior ao valor do dano, por trazer à vítima um enriquecimento, assim como a ausência ou a leveza de culpabilidade não pode ser considerada para diminuir a indenização” (tradução nossa). No original: “*Elle prend soin en effet de rappeler fréquemment que la responsabilité civile n’a pas de fonction pénale et*

§ 4. Itália

No âmbito dos danos patrimoniais, o Código Civil italiano (CIt) prevê, com base no artigos 1223⁴⁹³ e 1225⁴⁹⁴, que o devedor que atuar com mera culpa responderá apenas pelos danos previsíveis, enquanto que o devedor que atua com dolo responde por todos os danos, mesmo aqueles considerados imprevisíveis. Referido diploma legal prevê, ademais, em seu artigo 1227⁴⁹⁵, a redução do montante indenizatório em caso de culpa do credor⁴⁹⁶. No mais, cumpre aqui destacar, que a cláusula penal estabelecida entre as partes consiste, com base nos ensinamentos de Paolo Gallo já exarados na presente dissertação, em verdadeira pena privada negocial⁴⁹⁷.

No âmbito dos danos morais⁴⁹⁸, o artigo 2059 do CIt⁴⁹⁹ estabelece que tais danos somente podem ser compensados nos casos determinados por lei. Nesse sentido, segundo

que la gravite de la faute ne peut donc justifier ne condamnation supérieure à la valeur du dommage, ce qui procurerait à la victime un enrichissement, pas plus d'ailleurs que l'absence de culpabilité ou la légèreté de la faute ne peut être prise en compte pour minorer l'indemnisation" (VINEY, Geneviève; JORDAIN, Patrice *apud* LOPEZ, Tereza Ancona. *Princípio da Precaução e Evolução da Responsabilidade Civil*, p. 83).

⁴⁹³ Código Civil italiano: Art. 1223: Ressarcimento do dano. O ressarcimento do dano por inadimplemento ou por mora deve compreender tanto os danos efetivos como os lucros cessantes, enquanto lhes sejam consequência imediata e direta (tradução livre). No original, Art. 1223: Risarcimento del danno. *Il risarcimento del danno per l'inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta*.

⁴⁹⁴ Código Civil italiano, Art. 1225: "Previsibilidade do dano. Se o inadimplemento ou a mora não advém de dolo do devedor, o ressarcimento é limitado ao dano previsível no momento em que a obrigação foi assumida (tradução livre). No original, Art. 1225: "Prevedibilità del danno. *Se l'inadempimento o il ritardo non dipende da dolo del debitore, il risarcimento è limitato al danno che poteva prevedersi nel tempo in cui è sorta l'obbligazione*".

⁴⁹⁵ Código Civil italiano: Participação do credor no fato culposo. Se o fato culposo do credor contribuiu para a efetivação do dano, o ressarcimento será diminuído conforme a gravidade da culpa e a importância das consequências que delas derivaram. O ressarcimento não é devido pelos danos que o credor poderia ter evitado usando a diligência ordinária (tradução livre). No original, Art. 1227: Concorso del fatto colposo del creditore. *Se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate. Il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza*.

⁴⁹⁶ LOURENÇO, Paula Meira. A função punitiva da responsabilidade civil, p.126-127.

⁴⁹⁷ *Pene Private e Responsabilità Civile*, p. 147.

⁴⁹⁸ O ordenamento jurídico italiano diferencia o tratamento punitivo no âmbito dos danos morais. Assim, por exemplo, no caso do *danno alla salute* ou *danno biologico* (dano não patrimonial à integridade física ou psíquica), a indenização será meramente compensatória. Já no caso do *danno morale* propriamente dito, o grau de culpa do agente apresentará considerável relevância na fixação do montante indenizatório (BUSNELLI, F. D.; COMANDÉ, G. *apud* ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano Moral e Indenização Punitiva - Os Punitive Damages na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro*, 2. ed., p. 160).

⁴⁹⁹ Código Civil italiano, Art. 2059: Dano não patrimonial. O dano não patrimonial deve ser ressarcido somente nos casos determinados em lei (tradução livre). No original, Art. 2059: "Danni non patrimoniali. *Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge*".

Paula Lourenço, o artigo 185⁵⁰⁰ do Código Penal italiano autoriza a compensação do danos morais. Sendo assim, entende referida autora que a indenização pelos danos em tela na Itália só poderá ser reconhecida em caso de um ilícito civil que também constitua um crime⁵⁰¹.

A jurisprudência, neste âmbito, a exemplo do que aconteceu com a jurisprudência alemã, estendeu a aplicação do artigo 2059 do CIt, admitindo a função punitiva da responsabilidade civil de modo a tutelar os danos não patrimoniais. A determinação do *quantum*, portanto, não mais remete ao dano sofrido pelo lesado, que se presume existente *in re ipsa*, mas leva em consideração o grau de culpa, a situação econômica e o lucro obtido pelo ofensor.

No que tange à doutrina, cumpre aqui destacar que, no início do século XX, Gian Pietro Chironi já defendia que a responsabilidade civil reconhecia que ao ato ilícito poderia ser atribuída uma sanção. Tal sanção nascia diretamente do referido ato, em nada, portanto, se relacionando com o dano causado. Dos autores da metade daquele século, merecem destaque Rodolfo Sacco e Pietro Trimarchi⁵⁰². O primeiro por defender ser necessária a restituição ao lesado do enriquecimento obtido por meio de qualquer ato ilícito e o segundo, adepto da teoria do primeiro, por sugerir que caberia ao lesado a faculdade de escolha por uma das três hipóteses a seguir em casos de violação de direitos morais: (i) o recebimento dos lucros cessantes; (ii) o recebimento do valor que lhe seria pago caso autorizasse o uso do direito (*lizenzanalogie*) e; (iii) a restituição do lucro obtido pelo autor do ato ilícito.

Não poderíamos aqui olvidar o magistério de Paolo Gallo, que em 1996 publicou a obra doutrinária que mais influenciou o ordenamento jurídico italiano até o presente momento: “*Pene Private e Responsabilità Civile*”. Em tal obra, o citado autor⁵⁰³ sustenta a aplicação da pena privada em quatro casos: (i) casos de responsabilidade civil ‘sem dano’, isto é sem dano de natureza econômica imediatamente perceptível, como ocorre no vasto

⁵⁰⁰ Código Penal italiano, Art. 185: Restituzione e risarcimento del danno. Cada crime obriga a restituição tal qual prevê a norma das leis civis. Cada crime, que tenha causado um dano patrimonial ou não patrimonial, obriga o culpado e as pessoas responsáveis por ele ao ressarcimento, conforme prevê a norma das leis civis (tradução livre). No original, Art. 185: “Restituzioni e risarcimento del danno. Ogni reato obbliga alle restituzioni a norma delle leggi civili. Ogni reato, che abbia cagionato un danno patrimoniale o non patrimoniale, obbliga al risarcimento il colpevole e le persone che, a norma delle leggi civili, debbono rispondere per il fatto di lui”.

⁵⁰¹ LOURENÇO, Paula Meira. *Op. cit.*, p. 128.

⁵⁰² *Apud* LOURENÇO, Paula Meira. *Op. cit.*, p.135-136.

⁵⁰³ *Op. cit.*, p. 175-186.

setor das lesões aos direitos de personalidade; (ii) situações em que o lucro obtido com o ato ilícito é superior ao dano; (iii) hipóteses em que a probabilidade de condenação a ressarcir os danos é inferior relativamente à probabilidade de causar danos; (iv) os chamados crimes de bagatela.

Segundo referido autor⁵⁰⁴, o ordenamento jurídico italiano assiste atualmente à despatrimonialização do Direito Privado (*depatrimonializzazione del diritto privato*), que se dá em prol da tutela da pessoa humana. Desta feita, não pode a responsabilidade civil visar somente ao ressarcimento dos danos, mas também deverá ela prevenir e punir atos lesivos que atentem contra os direitos de personalidade. O instrumento para tal punição seria a “compensação punitiva”, fixada pelo magistrado com base em critérios como a gravidade da culpa do lesante, sua condição econômica e o enriquecimento obtido com a conduta ilícita.

Ressalte-se que uma recente corrente doutrinária italiana tem criticado a jurisprudência de seu país por interpretar o art. 2059 do CIt de forma demasiadamente ampla. Tal jurisprudência, segundo os defensores da doutrina em tela, dos quais destacamos Adriano De Cupis⁵⁰⁵ e Francesco Donato Busnelli⁵⁰⁶, ao pretender garantir a tutela dos danos imateriais, acaba por atribuir funções que, além de não contarem com previsão legal no ordenamento jurídico italiano, seriam impertinentes à responsabilidade civil. Entendem, desta feita, que à responsabilidade civil caberá o exclusivo papel de reparar danos, enquanto que a pena privada, de forma autônoma, deverá punir as condutas cíveis reprováveis.

§ 5. Portugal

No âmbito dos direitos materiais são várias as situações nas quais a legislação portuguesa admite a pena privada, como, por exemplo, em casos de mora do devedor, de denúncia do contrato de locação, de atuação fraudulenta, de posse de má-fé etc.⁵⁰⁷.

⁵⁰⁴ *Pene Private e Responsabilità Civile*, p. 13.

⁵⁰⁵ LOURENÇO, Paula Meira. *Op. cit.*, p.131.

⁵⁰⁶ LOURENÇO, Paula Meira. *Idem*, p.137-138.

⁵⁰⁷ Para maiores informações, recomenda-se a leitura da excelente obra de Paula Lourenço denominada “A função punitiva da responsabilidade civil”, que serviu de base para nossas considerações neste Parágrafo.

Já no que tange aos danos morais, posiciona-se atualmente o ordenamento jurídico português no sentido de que o lesado pode receber indenização do lesante quando sofrer referidos danos, não havendo problema algum em se fixar tal compensação em dinheiro. O dano moral é, portanto, dano ‘*proprio sensu*’⁵⁰⁸. No entanto, em Portugal, gradualmente, tal concepção passou a considerar a gravidade da culpa do lesante como critério a ser levado em consideração na fixação do montante indenizatório⁵⁰⁹.

O Código Civil português reflete referida tendência. Os artigos 496.º, 3 (primeira parte)⁵¹⁰ e 494.º⁵¹¹, combinados, permitem a adoção de critérios punitivos na fixação do montante indenizatório de danos não patrimoniais. O artigo 496.º estabelece que a indenização será fixada equitativamente, levando-se em consideração as circunstâncias previstas no artigo 494.º, quais sejam, o grau de culpabilidade do agente e a situação econômica deste.

Para Paula Meira Lourenço⁵¹², o ordenamento jurídico português superou o “*dogma da função meramente reparatória do instituto*”, permitindo que o lesado receba valores que a mera reparação não lhe permitiria receber. A condenação, no entender de referida autora⁵¹³, deverá, simultaneamente, levar em conta não apenas o montante necessário para compensar o lesado, mas também para punir o ofensor, devendo a função punitiva da responsabilidade civil complementar a função compensatória.

Nesse sentido, João de Matos Antunes Varela⁵¹⁴, afirma que a indenização possui, em Portugal, caráter evidentemente misto. Por um lado, visa à restauração dos danos sofridos pela pessoa lesada e, por outro, objetiva, no âmbito civil e com os meios próprios do direito privado, a reprovação da conduta do agente, castigando o lesante. Para Paula

⁵⁰⁸ LOURENÇO, Paula Meira. *Op. cit.*, p. 280.

⁵⁰⁹ LOURENÇO, Paula Meira. *Idem*, p. 280-281.

⁵¹⁰ Código Civil Português, Art. 496.º, 3: “O montante de indemnização será fixado equitativamente pelo tribunal, tendo em atenção, em qualquer caso, as circunstâncias referidas no artigo 494.º; no caso de morte, podem ser atendidos não só os danos não patrimoniais sofridos pela vítima, como os sofridos pelas pessoas com direito à indemnização nos termos do número anterior”.

⁵¹¹ Código Civil Português, Art. 494.º: “Quando a responsabilidade se fundar na mera culpa, poderá a indenização ser fixada, equitativamente, em montante inferior ao que corresponderia aos danos causados, desde que o grau de culpabilidade do agente, a situação económica deste e do lesado e as demais circunstâncias do caso o justifiquem.”.

⁵¹² *Op. cit.*, p. 281.

⁵¹³ LOURENÇO, Paula Meira. *Op. cit.*, p. 286.

⁵¹⁴ *Apud* ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano Moral e Indenização Punitiva - Os Punitive Damages na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro*, 2. ed., p. 158.

Meira Lourenço⁵¹⁵, seria mais correto, portanto, denominar a indenização fixada nos termos acima de “compensação punitiva”.

Inocêncio Galvão Telles⁵¹⁶, ao comentar os critérios elencados no artigo 494.º, entendia que a liberdade conferida aos juízes para fixar os montantes indenizatórios poderia gerar efeitos perversos, restringindo o direito do lesado a ver-se devidamente reparado dos danos imateriais que sofreu. Para Paula Meira Lourenço⁵¹⁷, é exatamente isto que vem ocorrendo no ordenamento jurídico português. Em seu entender⁵¹⁸, os valores fixados a título de reparação de danos extrapatrimoniais pela jurisprudência portuguesa são tão ínfimos que demonstram “*uma enorme miopia em relação ao pretium doloris, mantendo as mesmas dificuldades de valoração que encontrámos no início do século XX*”.

António Menezes Cordeiro⁵¹⁹ faz coro ao posicionamento acima exarado, afirmando, com base em um inventário de decisões judiciais proferidas no período compreendido entre 1960 até o final do século XX, que a orientação jurisprudencial portuguesa, no que se refere aos danos extrapatrimoniais, constitui-se em uma verdadeira “página negra” de sua história. Conclui referido autor que as indenizações atualmente aplicadas deveriam ser, no mínimo, duplicadas ou triplicadas caso se quisesse atribuir ao lesado uma quantia justa.

Diante do exposto, Paula Meira Lourenço⁵²⁰ afirma que a aplicação de um “montante puramente punitivo”, em acréscimo ao dano sofrido, seria justificada quando houvesse culpa grave do lesante e a necessidade de proteção a bens jurídicos abrangidos pela tutela geral da pessoa humana.

Para a autora em tela, a fixação do referido montante punitivo seria possível com base no artigo 70.º, 2⁵²¹ do Código Civil português, que estabelece que qualquer pessoa

⁵¹⁵ *Op. cit.*, p. 287.

⁵¹⁶ *Apud* LOURENÇO, Paula Meira. *Op. cit.*, p. 293.

⁵¹⁷ Referida autora, ao analisar casos nos quais foram fixadas compensações punitivas pelo dano morte, concluiu que os valores fixados ainda são baixíssimos, mas que cresceram no decorrer das últimas décadas. No anos 80 do século XX, os valores oscilaram entre 750 € (setecentos e cinquenta) e 1250 € (mil duzentos e cinquenta). Já nos anos 90 do referido século, houve um gradual, mas relevante, aumento dos referidos montantes. No começo daquela década, fixava-se algo em torno de 5.000 € (cinco mil), no entanto, já no ano de 2000, chegou-se a fixar indenização no valor de 45.000 € (quarenta e cinco mil)[LOURENÇO, Paula Meira. *Op. cit.*, p. 293-297].

⁵¹⁸ LOURENÇO, Paula Meira. *Op. cit.*, p. 293.

⁵¹⁹ *Apud* LOURENÇO, Paula Meira. *Op. cit.*, p. 294.

⁵²⁰ *Op. cit.*, p. 398.

⁵²¹ Código Civil português, artigo 70.º, 2: “Independentemente da responsabilidade civil a que haja lugar, a pessoa ameaçada ou ofendida pode re.]querer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida”.

ofendida ou ameaçada poderá requerer a providência que julgar necessária para a não concretização da ameaça ou para a amenização da ofensa sofrida, desde que adequada às circunstâncias do caso. Conclui, desta feita, com base no magistério de Pedro Paes de Vasconcelos⁵²², que a responsabilidade civil punitiva pode ser um instrumento utilizado pelo juiz para corrigir eventuais distorções, tutelando bens jurídicos importantes, tal qual ocorre com os *punitive damages* anglo-saxônicos.

Ocorre que a previsão legal em tela traz a ressalva de que as medidas acima deverão ser requeridas “*independentemente da responsabilidade civil*”. Para Paula Meira Lourenço⁵²³, a responsabilidade civil nesta prescrição deve ser entendida em seu sentido clássico, ou seja, meramente reparatório. Sendo assim, não haveria nenhum problema para se requerer a aplicação da responsabilidade civil punitiva que, por ter foco no ofensor e não no dano, é absolutamente independente da responsabilidade civil clássica.

No âmbito das relações de consumo, a doutrina e a jurisprudência portuguesas, a exemplo do que ocorre no restante da Europa Continental, vêm despertando para as crescentes violações de direitos da personalidade, sendo cada vez mais frequente a defesa da fixação de montantes punitivos com o intuito de punir o ofensor e evitar a reiteração da conduta⁵²⁴.

A responsabilidade civil do produtor encontra-se prevista no Decreto-Lei n.º 383/89, que transpôs a diretiva comunitária relativa à matéria e prevê a responsabilidade aquiliana objetiva do produtor. Recentemente, referido decreto-lei foi alterado pelo Decreto-Lei n.º 131/2000, que retirou os limites máximos indenizatórios previstos no decreto-lei anterior. Cumpre aqui ainda destacar que o regime previsto em tais decretos-lei não substitui, mas, sim, complementa a responsabilidade civil do produtor prevista pelo Código Civil português⁵²⁵.

Sendo assim, sustenta Paula Meira Lourenço⁵²⁶ a fixação de montantes punitivos com base no lucro obtido pelo lesante (critério objetivo) e em seu grau de culpa (critério subjetivo), sempre que exista a violação por parte dos agentes de deveres (de segurança) no comerciar (*Verkehrssicherungspflicht*), também denominados deveres de prevenção ao

⁵²² *Apud* LOURENÇO, Paula Meira. *Op. cit.*, p. 398.

⁵²³ *Op. cit.*, p. 399.

⁵²⁴ LOURENÇO, Paula Meira *Op. cit.*, p. 400.

⁵²⁵ Artigo 913 e seguintes.

⁵²⁶ *Op. cit.*, p. 404-405.

perigo como, por exemplo, o dever de aviso (informação) e de escolha criteriosa de pessoas que lidem com vigilância⁵²⁷.

⁵²⁷ LOURENÇO, Paula Meira *Op. cit.*, p.404-405

CONCLUSÃO

As relações de consumo são hoje indispensáveis para a vida em sociedade organizada sob o modelo de civilização proposto pelo mundo ocidental. No ordenamento jurídico nacional, demonstramos que tais relações são intensamente influenciadas por uma dimensão coletiva.

Em nosso parecer, o Direito Brasileiro deve oferecer a melhor resposta possível à sociedade, buscando soluções apropriadas aos conflitos de massa. Sendo assim, não basta que apenas consideremos relações de consumo aquelas nas quais houve a efetiva realização de um contrato. Não podemos mais nos contentar com um conceito de consumidor que se resume a destinatário final, ou mesmo, com um de fornecedor que não abarque àqueles que se beneficiam, de forma conexa, das relações de consumo para a execução de suas atividades.

Esta é a razão pela qual os conceitos *lato sensu*, ou “por equiparação”, seja da própria relação de consumo, seja de seus protagonistas (consumidor, fornecedor) são de extrema utilidade para o ordenamento. Referidos conceitos permitem que o magistrado busque a melhor solução para o macroproblema. Sua análise não deve, portanto, resumir-se à mera avaliação do microproblema envolvendo a relação de consumo ou o consumidor *stricto sensu*, mas sim abranger toda a dimensão coletiva que permeia referidas relações.

A interferência da dimensão coletiva também pode ser notada na evolução da aceitabilidade dos danos morais no direito nacional. Tal evolução decorreu de uma mudança de concepção à respeito do referido instituto jurídico, tanto no que tange ao seu objeto como no que refere à sua finalidade.

No que tange ao objeto, por meio da tutela da honra objetiva, houve a possibilidade de considerar entes coletivos, inclusive a sociedade, como passíveis de sofrer danos morais. Referida possibilidade não era aceita até bem pouco tempo atrás, uma vez que o dano moral se confundia com dor moral psíquica e era, portanto, de caracterização restrita em pessoas físicas.

Já no que se refere à sua finalidade, os danos morais passaram a admitir também a função punitiva, que se somou a já consagrada função compensatória. Na função punitiva o

foco não é a vítima, mas o ofensor. Isto não quer dizer que a vítima ficará desamparada, uma vez que a função reparatória se encarregará de tutelá-la.

Sendo assim, entendemos que a responsabilidade civil deve ser bifocal. Por um lado deve focar a vítima no que tange à integral reparação dos danos que ela tenha sofrido. Por outro, deve focar o lesante, atendendo à necessidade de puni-lo demonstrando o repúdio social à prática do ato reprovável. A função punitiva, portanto, complementa o sistema de responsabilidade civil.

Referida função tem origem na pena privada romana, que consistia em uma sanção que os pretores aplicavam obrigando o ofensor a pagar à vítima valores que superavam o dano, geralmente fixados em um múltiplo deste.

A pena privada seguiu caminhos diferentes nos sistemas de *Civil* e *Common Law*. No primeiro, houve uma rígida separação entre responsabilidade penal e responsabilidade civil. Tal raciocínio impedia que o juiz pudesse fixar valores que extrapolassem os limites do dano em âmbito civil. A “pena”, portanto, deveria ser restrita ao Direito Penal e só aplicada quando houvesse previsão legal específica. Já no último sistema, a evolução da pena privada resultou no instituto dos *punitive damages*. Referido instituto permite que o Poder Judiciário possa, em regra independentemente de previsão legal, fixar uma sanção pecuniária civil que extrapole o dano para punir o ofensor em casos de especial reprovabilidade.

Diante do exposto, a mentalidade jurídica brasileira sempre foi, em regra, resistente à consideração de aspectos punitivos no âmbito da reparação civil.

No entanto, se notava, já em meados do século XX, particularmente nos diplomas legais que se relacionavam à imprensa, orientações para que os juízes fixassem a indenização a título de danos morais com base em critérios punitivos como a intensidade do dolo ou grau de culpa do lesante, sua situação econômica, seu histórico, a gravidade de sua conduta etc.. Como se pode perceber, referidos critérios em nada se relacionam com a vítima ou com o dano que ela tenha sofrido, mas sim com o ofensor e com a necessidade de sua punição.

No âmbito doutrinário, a fixação de valores punitivos é questionada com base no princípio da legalidade, não sendo possível, em tal visão, a fixação de pena privada sem prévia lei que a autorize. Todavia, hodiernamente, é crescente o número de doutrinadores que se posicionam favoravelmente a fixação de valores punitivos no Direito Civil. O

mesmo pode ser dito no âmbito jurisprudencial, pois o Superior Tribunal de Justiça, bem como importantes tribunais da Federação já reconhecem a função punitiva do dano moral.

Neste aspecto, diferenciamos a “indenização punitiva” dos “*punitive damages*”. Em nosso sentir a indenização punitiva é aquela em que o *quantum* punitivo é fixado de forma imiscuída aos danos morais, ou seja, há somente a fixação de um único valor que engloba a compensação e a punição. Já nos *punitive damages*, o *quantum* punitivo é fixado em apartado, de modo explícito e com base em critérios próprios.

Entendemos que a indenização punitiva pode trazer uma série de problemas. Demonstramos vários neste trabalho, mas aqui ressaltaremos apenas três.

Em primeiro lugar, o dano moral é dano causado à vítima. Em sendo dano imaterial, deve ser compensado levando-se em consideração todos os aspectos referentes ao lesado. Já os *punitive damages*, diferentemente do que a nomenclatura pode dar a entender, não visam reparar danos, mas sim punir o ato reprovável cometido pelo lesante. Ele é fixado por meio de sanção pecuniária que se constitui um *plus*, fixado em separado à indenização dada à vítima e com base em critérios absolutamente diferentes dos utilizados para o cálculo da indenização a título de dano moral.

Destacamos aqui também o problema da motivação das decisões. A indenização punitiva, por ser fixada em bloco único, impossibilita a identificação do montante efetivo fixado a título punitivo. Desta feita, o recurso referente à parcela especificamente punitiva constitui um labor extremamente árduo aos advogados. Sendo assim, os *punitive damages*, por serem fixados em separado, permitem às partes o conhecimento claro do *quantum* punitivo e facilitam a elaboração dos recursos devidos, evitando imprecisões.

Outra séria questão é a que se refere ao fato de que a indenização punitiva não pode atingir valores substanciais por ocasionar o enriquecimento sem causa da vítima. A indenização punitiva, portanto, torna ineficiente a punição do lesante em razão dos baixos valores aferidos.

Muitos poderiam alegar que o mesmo problema poderia ocorrer com os *punitive damages*. De fato, em nosso sentir, caso valores substanciais calculados com base no necessário para punir o ofensor fossem destinados ao lesado, inegável seria o enriquecimento sem causa.

Todavia, entendemos que o ordenamento jurídico nacional oferece soluções alternativas. Em nosso parecer, nada impede que a vítima receba uma parte do valor fixado a título de *punitive damages* como um valor de incentivo, de modo que ela se sinta estimulada a enfrentar o moroso e caro Poder Judiciário, ainda que o seu dano pessoal seja pequeno ou ainda que deva buscar, por conta própria, outras informações para uma melhor instrução da ação. Trata-se, na verdade, de um mecanismo para garantir o amplo acesso ao referido Poder, garantido pela Constituição Federal em seu artigo 5º, XXXV⁵²⁸.

O excedente, por sua vez, poderia ser destinado a um fundo público ou a uma instituição de caridade. Tal possibilidade advém de uma interpretação analógica do artigo 883 do Código Civil⁵²⁹ e da Lei 7347/85. Em nosso sentir, no âmbito das relações de consumo, os fundos públicos deverão ser preferencialmente escolhidos, em razão da já existente sistemática advinda das multas administrativas. Desta forma, os recursos advindos de punições em referidas relações seriam aplicados em políticas públicas de proteção ao consumidor, melhorando o sistema como um todo.

Entendemos que o consumidor individual deve ser legitimado para pleitear os *punitive damages*, pois, em assim se considerando, os problemas de produtos e serviços nas relações de consumo serão mais facilmente identificáveis pelo Poder Judiciário. Por conseguinte, a solução dos problemas pelas empresas será mais rápida e eficaz em razão de um benigno temor de sofrerem uma severa punição.

Ademais, em nosso parecer, a legitimidade para se pleitear *punitive damages* deve ser concorrente entre o consumidor individual e todos os legitimados para a defesa coletiva do consumidor, sobretudo o Ministério Público.

As relações de consumo são hoje extremamente influenciadas pelas evoluções tecnológicas que proporcionam o alcance de uma massa de consumidores cada vez maior. Tal alcance, na mesma medida que proporciona lucros em massa, também proporciona a lesão em massa. Infelizmente, o Direito Brasileiro, ainda visto sob uma forma rígida, não tem conseguido oferecer respostas eficientes a esta nova realidade do consumo.

⁵²⁸ Constituição Federal, Art. 5º, XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

⁵²⁹ Código Civil, Art. 883: “Não terá direito à repetição aquele que deu alguma coisa para obter fim ilícito, imoral, ou proibido por lei. Parágrafo único. No caso deste artigo, o que se deu reverterá em favor de estabelecimento local de beneficência, a critério do juiz”.

Concluimos que os *punitive damages* poderão constituir-se em uma importante ferramenta para o combate do abuso nas relações de consumo. Todavia, para tanto, é necessário que os magistrados se utilizem da dimensão coletiva, interpretando as regras processuais de modo a alcançar a solução que produza os melhores efeitos sociais.

Conforme é cediço, não há regra expressa permitindo a aplicação de *punitive damages* no ordenamento jurídico nacional. No entanto, tal obstáculo pode ser superado, uma vez que o princípio da legalidade não pode ser oposto à responsabilidade civil da mesma forma em que o é na responsabilidade penal, pois tutelam bens jurídicos com enfoques absolutamente diversos. Além disso, em regra, os efeitos da sentença criminal são muito mais graves para o réu do que a condenação civil.

Sendo assim, nada impede que o magistrado fixe *punitive damages* em casos nos quais o ordenamento jurídico não vem oferecendo respostas satisfatórias. Grandes fornecedores, absolutamente adaptados ao sistema jurídico em tela, calculam as sanções, sejam civis (danos materiais e morais), sejam administrativas e penais e as transformam em um “preço”, que muitas vezes vale a pena ser pago, obtendo um lucro muito maior com a manutenção da prática lesiva.

Propõe-se aqui, portanto, um sistema de complementaridade. Os *punitive damages* deverão ser aplicados nos problemas envolvendo relações de consumo em que se verifique que as responsabilidades civil, administrativa e penal não estejam fornecendo respostas satisfatórias.

Muitos criticam os *punitive damages* afirmando que não haveriam critérios objetivos para se chegar a um determinado *quantum*. Manifestações desta natureza ocorrem desde os primórdios das discussões a respeito da aceitação do dano moral. De fato a questão é aberta. Todavia, trata-se aqui de escolher a melhor solução. É melhor aceitarmos que fornecedores lucrem tomando o ordenamento jurídico como um preço a ser pago, ou permitir que o Direito possa punir o fornecedor, ainda que sem permissão legal expressa, de forma a demonstrar o seu repúdio ao ator reprovável e prevenir, consequentemente, a sua reiteração?

Entendemos que devemos optar pela última alternativa. A ausência de regra expressa permitindo a aplicação de *punitive damages* não significa a sua proibição. Aliás, em nosso sentir, a aplicação da responsabilidade civil punitiva nas relações de consumo

está em conformidade com o princípio constitucional da defesa do consumidor, previsto nos artigos 5º, XXXII⁵³⁰ e 170, V⁵³¹, da Constituição Federal.

Sugerimos, ademais, alguns critérios que poderiam ser utilizados pelos juízes como parâmetros para a determinação do *quantum* a título de *punitive damages*. São eles: (i) a especial reprovabilidade do ato ilícito; (ii) as condições econômicas do ofensor e, (iii) o razoável para a eficácia coercitiva da ação.

Os *punitive damages* somente poderão ser aplicados em casos que envolvam dolo ou culpa grave. Isto não quer dizer que todos os problemas causados por dolo ou culpa grave serão punidos, mas somente aqueles que ensejarem especial reprovabilidade, a ser identificada no caso em concreto. Sugerimos ainda que os valores sejam fixados de acordo com o grau de culpabilidade. Neste sentido, o ato doloso deve ser punido de forma mais severa que o culposo e assim por diante.

Os *punitive damages* devem, ademais, serem fixados de acordo com as condições econômicas do ofensor. Para tanto, os valores fixados devem provocar a “dor no bolso” do fornecedor lesante. Referida “dor” não objetiva simploriamente punir de forma especial o lesante de grande poderio econômico, mas sim fazer com que ele mude a postura lesiva em prol do interesse social. Trata-se, portanto, de conferir eficácia ao ordenamento jurídico.

O terceiro critério, na verdade, é fator de ponderação entre a necessidade de punição com a atual sistemática do Poder Judiciário. Sendo assim, não pode o magistrado fixar um valor que sozinho possa representar o desestímulo total necessário para a mudança de conduta do fornecedor lesante. Deve o magistrado fixar, portanto, um valor punitivo razoável que garanta a eficácia coercitiva da ação, levando-se em consideração todo o panorama envolvendo o caso em concreto, inclusive o cômputo geral de ações individuais e coletivas versando sobre o tema.

O sistema proposto é evidentemente aberto e exige, portanto, muito mais do magistrado. Nesse sentido, entendemos que o juiz não pode atuar como a mera “boca da lei”, mas deve atuar com positivismo crítico e equidade, buscando a solução mais justa para o caso em concreto. Os *punitive damages*, portanto, constituem-se uma importante ferramenta para que o fim social pertinente às normas de responsabilidade civil seja

⁵³⁰ Constituição Federal, Art. 5º, XXXII: “O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.”

⁵³¹ Constituição Federal, 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”.

atingido. Muitas vezes, a aplicação do referido instituto jurídico será a única alternativa para não deixar que atos ilícitos especialmente reprováveis gerem lucros ou benefícios a fornecedores inescrupulosos ou negligentes, que cientes das pífias indenizações a serem pagas no Poder Judiciário, não tomam as medidas necessárias para as correções dos vícios ou defeitos de seus produtos e serviços.

Sendo assim, em nosso parecer, os magistrados devem construir uma jurisprudência favorável aos *punitive damages*, respondendo de maneira mais eficaz a práticas que, embora claramente reprováveis, possam ser convenientes a fornecedores desidiosos, dada a atual sistemática de responsabilidade civil das relações de consumo.

No âmbito do Direito Internacional, permanecem os ordenamentos de *Civil Law*, em regra, ainda resistentes aos *punitive damages*. Todavia, nota-se, tanto na doutrina como na jurisprudência mais moderna uma maior abertura para o instituto.

No que tange aos ordenamentos de *Common Law*, cumpre aqui destacar a estagnação em que o instituto atualmente se encontra no Direito Inglês, embora se note alguma movimentação doutrinária no sentido de flexibilizar os requisitos para sua aceitação. Já no ordenamento jurídico norte-americano, os *punitive damages* sedimentaram-se e são largamente utilizados, evidentemente que com os necessários limites, em muitas áreas da responsabilidade civil. Todavia, é nas relações de consumo que o referido instituto encontra o seu papel de destaque, apesar dos esforços de movimentos patrocinados por grandes empresas em sentido contrário.

BIBLIOGRAFIA⁵³²

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (org.). *IV Jornada de Direito Civil*. v. 1, Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2007.

ALMEIDA, João Batista de. *A Proteção Jurídica do Consumidor*. 2 ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Os Direitos dos Consumidores*. Coimbra: Livraria Almedina, 1982.

ALSINA, Jorge Bustamante. *Teoria General de la Responsabilidad Civil*. 3. ed., Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1980.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 6. ed., v. 2, Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências*. 3. ed., São Paulo: Jurídica e Universitária, 1965.

ALPA, Guido. *Trattato di Diritto Civile - La responsabilità Civile*. v. iv, Milano: Giuffrè, 1999.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Proteção do Consumidor no Contrato de Compra e Venda*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

AMENDOLARA, Leslie. Dano moral e Direito do Consumidor no Âmbito Bancário. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v. 46, n. 253, pp. 149-53, nov. 1998.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano Moral e Indenização Punitiva - Os Punitive Damages na Experiência do Common Law e na Perspectiva do Direito Brasileiro*. 2. ed., São Paulo: Lumen Juris, 2009.

ANTUNES, Ana Filipa Morais *et al.* *Novas Tendências da Responsabilidade Civil*. Coimbra: Almedina, 2007.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito. Introdução e Teoria Geral: uma Perspectiva Luso-Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Cadastros de Restrição ao Crédito: Dano Moral. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 36, p. 45-53, out./dez. 2000.

_____. Por uma nova categoria de Dano na Responsabilidade Civil: o Dano Social. *Revista Trimestral de Direito Civil*, ano 5, v. 19, p. 211-218, jul./set. 2004.

AZEVEDO JÚNIOR, José Osório de. O Dano Moral e sua avaliação. *Revista do advogado*, São Paulo, n. 49, p. 8-9, dez. 1996.

⁵³² Optamos aqui, por razões de metodologia pessoal, apresentar em uma única lista todas as obras que de alguma forma influenciaram o nosso pensamento, ainda que não diretamente citadas nesta dissertação. Sendo assim, inclui esta Bibliografia as denominadas Referências Bibliográficas (obras meramente consultadas).

BARBOSA, Carlos Cezar. Crimes contra a Saúde Pública e contra as Relações de Consumo: Atacadista de Gêneros Alimentícios; Depósito e Venda ao Comércio Varejista de Produtos Deteriorados, Adulterados, Corrompidos e com prazo de validade vencido; Caracterização de Dano Moral Difuso. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 38, pp. 231-43. abr./jun. 2001.

_____; SANT'ANNA, Camila Chaves; RESINA, Valeria Galves, Medicamento "Androcu". Sistema Único de Saúde - SUS. Indenização por Danos Morais e Patrimoniais. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 31, pp. 181-9, jul./set. 1999.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O Juiz e a Prova. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 35, p. 178-184, 1984.

_____. *Temas de Direito Processual: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984.

BASSAN, Marcela Alcazas. *As funções da Indenização por Danos Morais e a Prevenção de Danos Futuros*. 2009. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo.

BASTOS, Celso Ribeiro. Publicidade Enganosa. Menção a nome de Empresa. Dano moral. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 4, n. 14, p. 255-67, jan./mar. 1996.

BAUAB, José D'Amico. A Ação Individual da Responsabilidade Civil e a Reparação de Danos Patrimoniais e Morais. In: BITTAR, Carlos Alberto (coord.). *Responsabilidade civil por danos a consumidores*, São Paulo: Saraiva, 1992, p. 73-86.

BENJAMIM, Antonio Herman de Vasconcellos e. Das Práticas Comerciais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código do Consumidor: comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 9. ed., rev., atualiz. e ampl., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 251-503.

_____. Responsabilidade Civil e acidentes de consumo no Código de Defesa do Consumidor. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 33, p. 16-34, dez. 1990.

BERMUDES, Sérgio. *Introdução ao Processo Civil*. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BESSA, Leonardo Roscoe. Dano Moral Coletivo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 59, p. 78-108, jul./set. 2006.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Edição histórica*. v. 1, Rio de Janeiro: Rio, 1976.

BITTAR, Carlos Alberto. Danos morais: critérios para fixação. *Repertório IOB de Jurisprudência*, São Paulo, n.º 15/93, p. 293-291, 1ª quinzena de agosto de 1993.

_____. Defesa do consumidor: reparação de danos morais em relações de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 22, p. 26-35, abr./jun. 1997.

_____. *Direitos da Personalidade*. 6. ed., São Paulo: Forense Universitária, 2003.

_____. *Reparação Civil por Danos Morais*. 3. ed. rev., atual. e ampl., atualizada por Eduardo Carlos Bianca Bittar, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *O Direito na pós-modernidade*. 2. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Dano Moral nas relações de consumo: uma abordagem jurisprudencial*. São Paulo: IOB, 2005.

_____. Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 12, p. 44-62, out./dez. 1994.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à Pessoa Humana. Uma leitura civil-constitucional dos Danos Morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Punitive Damages* em Sistemas Civilistas: Problemas e Perspectivas. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v.18, p. 45-78, abril/junho 2004.

BOLSON, Simone Hegele. O Princípio da dignidade da Pessoa Humana, Relações de Consumo e o Dano Moral ao Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 46, p. 265-91, abr./jun. 2003.

BUERES, J. Alberto. *El pensamiento de Jorge H. Bustamante Alsina en la Responsabilidad por Daños*. In: BUERES, J. Alberto (dir.). *Responsabilidad por Daños – Homenaje a Jorge Bustamante Alsina*, v. I, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 9-25.

CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. 2. ed. rev., atual. e ampl. do livro *Dano e Indenização*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

CALDERALE, Alfred. O Dano Moral e a Proteção do Consumidor no Direito Comparado. *Revista Doutrinária*, Rio de Janeiro, p. 39-50, 2000.

CASTRO, Guilherme Couto de. *A Responsabilidade Civil Objetiva no Direito Brasileiro*, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed. rev. e ampl., São Paulo: Atlas, 2008.

CELSO DE MELLO FILHO, José. *Constituição Federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 1986.

CHAVES, Antônio. Atualização em matéria de responsabilidade por danos morais. *Justitia*, São Paulo, ano 58, v. 173, p. 37-53, jan./mar. 1996.

CHINELLATO, Silmara Juny. Tendências da Responsabilidade Civil no Direito Contemporâneo: Reflexos no Código Civil de 2002. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coords.), *Questões controvertidas: Responsabilidade Civil*. v. 5, Método, São Paulo, 2006, p. 585-605.

_____. *Tutela Civil do Nascituro*, São Paulo: Saraiva, 2000.

_____; MORATO, Antonio Carlos. Responsabilidade Civil e o Risco do Desenvolvimento nas Relações de Consumo. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério (Coords.). *Responsabilidade Civil – Estudos em homenagem ao Professor Rui Geraldo de Camargo Viana*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 25-61.

COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico, e Financeiro*, São Paulo, n. 15/16, p. 89-105, 1974.

_____. A proteção do consumidor na Constituição Brasileira de 1988. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico, e Financeiro*, São Paulo, n. 80, p. 66-75, out./dez. 1990.

_____. O Empresário (Tradução de “*L’Impreditore*” de Tullio Ascarelli). *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 92, p. 270-291, 1997.

CORDEIRO, Rosvany Terezinha. O Dano moral, os seus fundamentos jurídicos e o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 89, p. 5-36, jan./mar. 1993.

CRUZ, Guilherme Ferreira da. *Princípios Constitucionais das Relações de Consumo e Dano Moral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DA SILVA, Américo Luis Martins. *O Dano Moral e a sua Reparação Civil*. 2. ed. rev., atualiz. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DE LUCCA, Newton. *Direito do Consumidor – Teoria Geral da Relação Jurídica de Consumo*. 2 ed., São Paulo: Quartier Latin, 2008.

DENARI, Zelmo. Da Qualidade de Produtos e Serviços, da Prevenção e da Reparação de Danos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código do Consumidor: comentado pelos Autores do Anteprojeto*, 9. ed., rev., atualiz. e ampl., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 171-250.

DERANI, Cristiane. Política Nacional das Relações de Consumo e o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 29, p. 29-39, jan./mar. 1999.

DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 10. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 14. ed. rev. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. 16. ed., v. 7, São Paulo: Saraiva, 2002.

DORETTO, Fernanda Orsi Baltrunas. *Dano Moral Coletivo*. 2008. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos à Sério*. 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2007.

EFING, Antônio Carlos. *Contratos e Procedimentos Bancários à Luz do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FARIAS, Cristiano Chaves de. A Proteção do Consumidor na era da Globalização. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 41, p. 81-95, jan./mar. 2002.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de Direito Ambiental e legislação aplicável*. 2 ed. rev. e ampl., São Paulo: Max Limonad, 1999.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Das Infrações penais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código do Consumidor: comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 9. ed. rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 655-786.

_____. Disposições Gerais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código do Consumidor: comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 9. ed., rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 21-65.

_____. *Manual do Direito do Consumidor*, 8. ed., rev., amp., sist. e atual. de acordo com o Código Civil de 2002 e leis subsequentes, São Paulo: Atlas, 2001.

FINK, Daniel Roberto. Do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. In: Grinover, Ada Pellegrini *et al.* *Código do Consumidor: comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 9. ed., rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 969-1011.

FISCHER, Hans Albrecht. *Reparação dos danos no Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1938.

FRANÇA, Rubens Limongi. *O Direito, a Lei e a Jurisprudência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

_____. Reparação do Dano Moral. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 77, v. 631, p. 29-37, mai. 1988

GALLO, Paolo. *Pene Private e Responsabilità Civile*. Milano: Giuffrè, 1996.

GARCIA, José Augusto. O Princípio da Dimensão Coletiva das Relações de Consumo: Reflexos no “Processo do Consumidor”, especialmente quanto aos Danos Morais e às Conciliações. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 28, p. 68-110, out./dez. 1998.

GEDIEL, José Antonio Peres. A Quantificação da Reparação por Dano Moral e a Pessoa Jurídica - Uma questão aberta na Doutrina e Jurisprudência brasileiras. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Paraná*, v. 10, n. 5, p. 56-70, dez. 1996.

GOMES, Emerson Cesar da Silva. *Responsabilidade Financeira: uma teoria sobre a Responsabilidade no âmbito dos Tribunais de Contas*. 2009. Dissertação – (Mestrado), Universidade de São Paulo, São Paulo.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Defesa, Contraditório, Igualdade e *par condictio* na ótica do Processo de Estrutura Cooperatória. In:_____. *Novas tendências do Direito Processual* –

De acordo com a Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 1-16.

_____; BENJAMIM, Antônio Herman de Vasconcelos. Introdução. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código do Consumidor: comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 9. ed., rev., atualiz. e ampl., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 1-13.

GUIMARÃES, Patrícia Carla Monteiro. Os Danos Punitivos e a Função Punitiva da Responsabilidade Civil. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*, v.15, n.1, p.159-206, 2001.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade Pressuposta. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coords). *Questões Controvertidas: Responsabilidade Civil*. v. 5, Método: São Paulo, 2006, p.198-221.

ITURRASPE, Jorge Mosset. *Introducción a la Responsabilidad Civil. Las Tres Concepciones*. In: BUERES, J. Alberto (dir.). *Responsabilidad por Daños – Homenaje a Jorge Bustamante Alsina*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 28-50.

KELLY, Bernard P. *Strict Product Liability in Alaska: A Retreat from Enterprise Liability*. *UCLA – Alaska Law Review*, v. 9:25, p. 25-45, 1979-1980.

KELSEN, Hans. *O problema da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KERN, Bernd-Rüdger. A função da satisfação na indenização do dano pessoal. Um elemento penal na satisfação do dano? *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 33, p. 9-32, jan./mar. 2000.

LACERDA, Galeno. Indenização do dano moral. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 85, v. 728, p. 94-101, jun. de 1996.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. As relações de Consumo e o Crédito ao consumidor. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 82, São Paulo, p. 13-23, abr./jun. de 1991.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Monografia Jurídica. 7 ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LISBOA, Roberto Senise. *Contratos Difusos e Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo*, 2. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Condições Gerais dos Contratos e Cláusulas Abusivas*, São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. *Responsabilidade Civil por Vício do Produto ou do Serviço*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

LOPES, M. A. Ribeiro. Alternativas para o Direito Penal e o Princípio da Intervenção Mínima. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 87, v. 757, p. 402-411.

LOPEZ, Teresa Ancona. *O Dano Estético - Responsabilidade Civil*. 3. ed. rev., ampl. e atual. com o Código Civil de 2002, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Princípio da Precaução e Evolução da Responsabilidade Civil*. São Paulo: Quartier Latim, 2010.

LOTUFO, Renan. A Responsabilidade Civil e o Papel do Juiz. In: NERY, Rosa Maria de Andrade e DONNINI, Rogério (Coords.). *Responsabilidade Civil – Estudos em homenagem ao Professor Rui Geraldo Camargo Viana*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2009, p. 448-462.

LOURENÇO, Paula Meira. *A Função Punitiva da Responsabilidade Civil*. Coimbra: Coimbra, 2006.

LUMIA, Giuseppe. *Elementos de Teoria e Ideologia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. Pagamento Indevido e Enriquecimento Sem Causa. *Revista de Direito da Faculdade da Universidade de São Paulo*, v. 93, p. 115-132, jan./dez. 1998.

MALUF, Renata Chade Cattini. *O Aspecto Punitivo da Reparação por Dano Moral*. 2004. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed., Revista dos Tribunais: São Paulo, 1999.

_____. *et al. Manual do Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 81.

MATOS, Eneas de Oliveira. *Dano Moral e Dano Estético*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 5. ed., São Paulo: Freitas Bastos, 1951.

MEIRA, Silvio A. B. *A lei das XII Tábuas – fontes do direito público e privado*. 3. ed., rev. e aum., Rio de Janeiro: Forense, 1972.

MELO, Diogo L. Machado de. A Função Punitiva da Reparação dos Danos Morais (e a destinação de parte da indenização para entidades de fins sociais - Artigo 883, Parágrafo Único do Código Civil). In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coords.). *Questões Controvertidas: Responsabilidade Civil*. v. 5, São Paulo: Método, 2006, p. 85-123.

MELO, Nehemias Domingos de. *Dano moral nas Relações de Consumo: Doutrina e Jurisprudência*. São Paulo, Saraiva, 2008.

MORATO, Antonio Carlos. *Pessoa Jurídica Consumidora*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MORSELLO, Marco Fabio. A Responsabilidade Civil e a Socialização dos Riscos. O sistema neozelandês e a experiência escandinava. *Revista Escola Paulista de Magistratura*, ano 7, n.2, jul./dez. de 2006, p. 13-17.

NERY JÚNIOR, Nelson. Da Proteção Contratual. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código do Consumidor: comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 9. ed., rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 504-638.

_____. Os Princípios Gerais e o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do consumidor*, São Paulo, n. 3, p. 44-77, set./dez. 1992.

PACHECO, Paulo Henrique Cremonese. A Introdução da Doutrina norte-americana do *Punitive Damage* no Sistema Jurídico Brasileiro para avaliação das Indenizações por Danos Morais – O Dano Moral enquanto elemento difusor de Cidadania. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, ano 4, n. 8, p. 293-301, jul./dez. 2001.

PAULA, Adriano Peracio de. Da Arbitragem nas Relações de Consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n.32, p. 55-73, out./dez. 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Contratos – Declaração Unilateral de Vontade – Responsabilidade Civil*, 11. ed., v. III, Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. *Responsabilidade Civil*. 8. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PIZARRO, Ramón Daniel. *Daño Moral. Prevención, Reparación, Punicción. El Daño Moral en las diversas ramas del Derecho*. Buenos Aires: Hamurabi, 2000.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado - Parte Geral*, Tomo I, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

RAMOS, André de Carvalho. A Ação Civil Pública e o Dano Moral Coletivo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 25, p. 80-98, jan./mar. 1998.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*, 16. ed., São Paulo: Saraiva, 1988.

REALE JÚNIOR, Miguel. Despenalização no Direito Penal Econômico: uma terceira via entre o Crime e a Infração Administrativa? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 7, n. 28, p. 116-129, out./dez. 1999.

RÊGO, Lúcia. *A Tutela Administrativa do Consumidor: Regulamentação Estadual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

REIS, Clayton. *Avaliação do Dano moral*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000.

RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. O Conceito Jurídico de Consumidor. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 18, p. 21-44, abr./jun. de 2004.

RIZZATO NUNES, Luis Antonio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. Direito Material (arts. 1º a 54)*. São Paulo: Saraiva, 2000.

RUSTAD, Michael. *In Defense of punitive damages in products liability: Testing Tort Anecdotes with Empirical Data*. *Iowa Law Review*, "Iowa City", v. 78, n. 1, p. 1-88, out. 1992.

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

SANTANA, Heron José. A Reparação do Dano Moral ao Consumidor. *Revista do Ministério Público do Estado da Bahia*, Salvador, v. 4, n. 6, pp. 186-200, jan./dez. 1995.

SANTOS, Antônio Jeová. *O Dano Moral Indenizável*. 4. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com o novo Código Civil, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SEVERO, Sérgio. *Os Danos Extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1999.

SCHMITT, Cristiano Heineck. Indenização por Dano Moral do Consumidor Idoso no âmbito dos Contratos de Planos e de Seguros Privados de Assistência à Saúde. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 13, n. 51, pp. 130-53, jul./set. 2004.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 24. ed., rev. e atual. por Nagib Slaib Filho e Gláucia Carvalho, Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, Wilson Melo da. *O Dano Moral e sua Reparação*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SIMÃO, José Fernando. *Vícios do Produto no Novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor: Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas, 2003.

SOUZA, Denise Nicoll Simões de. Dano Moral nas Relações de Consumo à luz do Direito Brasileiro e do Português. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 27, p. 141-67, 2004.

STIGLITZ, Gabriel. *Dano Moral Individual e Colectivo: Medio Ambiente, Consumidor y Danosidad Colectiva*. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 19, p. 68-76, jul./set. 1996.

_____; ECHEVESTI, Carlos. *El Daño Moral*. In: ITURRASPE, Jorge Mosset (dir.) e CARLUCCI, Aida Kemelmajer de. (coord.). *Responsabilidad Civil – Teoría General. Pressupuestos*. Buenos Aires: Hamurabi, p. 235-257.

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil: Doutrina e Jurisprudência*. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil, Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil*. 4. ed., v. 2, São Paulo: Método, 2009.

TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. Critérios de fixação da indenização por dano moral. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coords.). *Questões Controvertidas do novo Código Civil*. São Paulo, Método, 2003, p. 257-268.

_____. In: FIUZA, Ricardo (Coord.). *Novo Código Civil Comentado*. 5. ed. atual.. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 737-776.

TEPEDINO, Gustavo. *O Código Civil, os chamados Microsistemas e a Constituição: premissas para uma Reforma Legislativa: Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Dano moral*. 6. ed., atual. e ampl., São Paulo: Juarez de Oliveira, 2009.

TOMASETTI JÚNIOR, Alcides. As Relações de Consumo em Sentido Amplo na Dogmática das Obrigações dos Contratos. *Revista do Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 13, p. 12-17, jan./mar. 1995.

ULHÔA, Fábio Coelho. Arts. 28-45. In: DE OLIVEIRA, Juarez (Coord.) *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*. Saraiva: São Paulo, 1991, p. 139-180.

_____. *O Empresário e os Direitos do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1994.

ULIAN, Eduardo. *Responsabilidade Civil Punitiva*. 2003. Dissertação (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo.

VARELLA, Marcelo Pinto. Apontamentos sobre a Responsabilidade Civil e o Código de Defesa do Consumidor. *LEX: Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais*, São Paulo, v. 13, n. 138, p. 9-21, fev. 2001.

VENOSA, Silvío de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. 9. ed., v. 4, São Paulo: Atlas, 2009.

VENTURI, Elton. Indenização por Danos Sofridos em decorrência de Publicidade Enganosa ou Abusiva. *Jurisprudência Brasileira: cível e comércio*, Curitiba, n. 181, p. 47-66, 1998.

WADA, Ricardo Morishita. *As Práticas Abusivas e o Dano Moral Coletivo no Código de Defesa do Consumidor*. 2003. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo.

ZAVALA DE GONZÁLES, Matilde; ZAVALA, Rodolfo Martín Gonzáles. *Indemnización punitiva*. In: *Responsabilidad civil por daños en el tercer milenio*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

Fontes Eletrônicas online:

AGÊNCIA CNJ DE NOTÍCIAS. *Infojud já atendeu mais de 519 mil demandas da justiça*. Reportagem publicada em 16.06.2010. Conforme disponibilidade no seguinte endereço <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=11337:infojud-ja-atendeu-mais-de-519-mil-demandas-da-justica&catid=1:notas&Itemid=675> Acesso em 02.11.2010.

ATRA. *ATRA Issues – Punitive Damages Reform – Introduction*. Disponível em <<http://www.atra.org/show/7343>> Acesso em 21.10.10

ATRA. *Sample list of ATRA Members*. Referida lista pode ser verificada em <<http://www.atra.org/about/members.php>> Acesso em 13.10.2010.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projetos de Leis e outras disposições. PL 6960/2002*. Disponível em <http://www.camara.gov.br/internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=56549> Acesso em 20.09.2010

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projetos de Leis e outras disposições. PL 276/2007*. Disponível em <http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=343231> Acesso em 20.09.2010

CÂMARA DOS DEPUTADOS. COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E REDAÇÃO. *Projeto de Lei n.º 6960, de 2002*. Relator Deputado Vicente Arruda. Inteiro Teor do Relatório disponível em <<http://www.camara.gov.br/sileg/MontarIntegra.asp?CodTeor=196514>> Acesso em 19.12.2010.

DE SALVO, Maria Paolo. REVISTA QUATRO RODAS. *Perigo no banco - O assento traseiro do Fox põe em risco a mão de quem tenta rebatê-lo. Quatro donos já sentiram o problema na pele*. Matéria publicada em Agosto de 2006. Conforme disponibilidade em <http://quatorrodas.abril.com.br/autoservico/autodefesa/conteudo_182940.shtml> Acesso em 16.12.2010).

DEPARTMENT OF JUSTICE. OFFICE OF JUSTICE PROGRAMS. “*Civil Bench and Jury Trials in State Courts, 2005 (NCJ 223851)*”. Inteiro teor do relatório disponível em <<http://www.ojp.usdoj.gov/newsroom/pressreleases/2008/bjs09006.htm>> Acesso em 22.10.2010.

FOLHA.COM. Caderno Cotidiano. *26% dos voos têm atrasos em todo país; número chega a 45% no Rio*. Publicada em 06.12.2010. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/841461-26-dos-voos-tem-atrasos-em-todo-pais-numero-chega-a-45-no-rio.shtml>> Acesso em 16.12.2010.

FOREQUE, Flávia. FOLHA.COM. Caderno Cotidiano. *Após cancelamentos, Anac suspende venda de bilhetes da TAM até 3 de dezembro*. Publicada em 29.11.2010. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/837818-apos-cancelamentos-anac-suspende-venda-de-bilhetes-da-tam-ate-3-de-dezembro.shtml>>. Acesso em 16.12.2010.

HISTORY.COM. *This day in History: Aug 10, 1978: Fatal Ford Pinto crash in Indiana*. Disponível em <<http://www.history.com/this-day-in-history/fatal-ford-pinto-crash-in-indiana>> Acesso em 13.10. 2010

LEGGETT, Christopher. *Wake Forest University. The Ford Pinto Case: The valuation of life as it applies to the negligence-efficiency argument*. Disponível em <<http://www.wfu.edu/~palmitar/Law&Valuation/Papers/1999/Leggett-pinto.html>> Acesso em 12.10.2010.

LOBATO, Elvira. FOLHA.COM. *Para ouvidor da Anatel, agência demorou a agir contra Telefônica*, Caderno Tec. Publicada em 26.06.2009. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/informatica/ult124u585005.shtml>> Acesso em 16.12.2010.

MIGALHAS. *Editora paranaense alega que danos morais de R\$ 600 mil podem inviabilizar jornal de pequena circulação*. Publicada em 08.11.2010. Disponível em <[http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MII20789,71043Editora+paranaense+alega+que+danos+morais+de+R\\$+600+mil+podem](http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MII20789,71043Editora+paranaense+alega+que+danos+morais+de+R$+600+mil+podem)> Acesso em 10.11.2010.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *Mensagem n.º 664, de 11 de setembro de 1990*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/Mensagem_Veto/anterior_98/vep664-L8078-90.htm#art16> Acesso em 22.09.2010.

THE ENGINEERING, *Ford Pinto*. Matéria publicada em 28.08.2006. Cfr. teor disponível em <<http://www.engineering.com/Library/ArticlesPage/tabid/85/articleType/ArticleView/articleId/166/FordPinto.aspx>> Acesso em 13.10.2010.

THE INDIANA LAWYER.COM. *Prosecutor in Ford Pinto case dies*. Publicada em 15.06.2010. Conforme matéria disponível em <<http://www.theindianalawyer.com/prosecutor-in-ford-pinto-case-dies/PARAMS/article/24106>> Acesso em 13.10.2010.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Informativo n.º 364* (04 a 08 de outubro de 2004). Disp. em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo364.htm>> Acesso em 16.12.2010.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Perfil das Maiores Demandas Judiciais do TJERJ*. Disponível em <www.stf.jus.br/noticias/imprensa/relatorio.doc> Acesso em 25.10.2010.