

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

THE APPLICATION OF PUNITIVE DAMAGES TO BRAZILIANS' CONSUMERS LAW

Fernanda Chagas Moniz de Aragão Gonzaga¹

SUMÁRIO: Introdução; 1. *Punitive damages* na doutrina da *Common Law*; 1.1 Dos precedentes; 1.2 Do instituto da justiça pública (“*public justice*”); 2. Da insuficiência do paradigma reparatório; 3. Da necessidade de adoção dos *punitive damages*; 3.1 Da função preventiva (“*deterrence*”); 3.2 Da função punitiva; 3.3 Da proteção dos consumidores: uma visão sobre a dimensão coletiva; 4. Da viabilidade de aplicação dos *punitive damages* ao direito do consumidor brasileiro; 4.1 O Direito do Consumidor no Brasil; 4.2 Da teoria do desestímulo e da jurisprudência; 4.3 Críticas à adoção dos *punitive damages*; 4.3.1 Da prévia cominação legal: o princípio da legalidade; 4.3.2 Do excesso nas indenizações; 4.3.3 Do enriquecimento sem causa; 5. Dos pressupostos para aplicação dos *punitive damages* no ordenamento jurídico brasileiro; 5.1 Dos pressupostos de ordem objetiva; 5.1.1 Do ilícito extracontratual (*tort*); 5.1.2 Da necessária ocorrência de dano moral; 5.2 Dos pressupostos de ordem subjetiva; 5.2.1 Do dolo e da culpa grave; Conclusão; Referências.

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo analisar o instituto dos *punitive damages* no sistema da *Common Law*. Avaliar se é possível aplicar tal instituto ao direito do consumidor brasileiro, diante das suas características, controvérsias doutrinárias e repertório jurisprudencial. O método aplicado a este trabalho foi o estudo de casos colhidos da jurisprudência estrangeira, assim como a análise da doutrina nacional e internacional sobre o instituto. Como conclusão, após a seleção e análise dos temas controvertidos, a defesa das vantagens da aplicação dos *punitive damages* e o enfrentamento das críticas, no tocante a sua introdução no ordenamento jurídico pátrio, conclui-se pela possibilidade de sua aplicação dos *punitive damages* ao regime das relações de consumo.

Palavras-chave: *punitive damages*; *Common Law*; Direito do Consumidor.

ABSTRACT

This article aims to study the institute of punitive damages from the Common Law system and to analyze its functions. It aims to analyze its applicability to Brazilians' Consumers Law regarding the doctrinal controversies. The method applied to this work was the appraisal of cases and precedents, as well as a bibliographical research of doctrine that discuss punitive damages. As a result of the study and after the analysis of the controversial topics, the defense

¹ Aluna do curso de Direito do Instituto Brasiliense de Direito Público IDP/EDB.

of the benefits and coping the critics as to the possibility of introducing punitive damages to Brazilians' Consumers Law and relations, this paper concludes that it is possible.

Keywords: punitive damages; Common Law; Consumers Law.

INTRODUÇÃO

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) é o marco legal que regula as relações de consumo no Brasil. E é com seu sistema diferenciado que o CDC busca proteger o consumidor, trazendo o Código Civil como fonte subsidiária.

É notório que as relações de consumo são fatos próprios da vida em sociedade. Por isso, autores como Jean Baudrillard (1995), em sua obra *Sociedade de Consumo*, consideram que vivemos numa sociedade de consumo.

Nessa relação, é possível pressupor a existência de um elo mais fraco e vulnerável, qual seja o consumidor. Diante disso, se torna necessário instituir mecanismos jurídicos, de modo a equilibrar a relação entre este consumidor e o fornecedor. Em virtude disso, há vários mecanismos que visam assegurar este equilíbrio, esses que são abstratamente concebidos e instituídos por lei, como meios de fazer valer o princípio da isonomia, isto é, da igualdade nas relações de consumo.

Dentre os vários instrumentos, o regime da responsabilidade civil, considerado modernamente, é uma das principais formas de assegurar a igualdade. Não trata apenas de garantir a reparação individual ou coletiva dos danos aos consumidores, mas moldar e incentivar determinados comportamentos no mercado de consumo.

Além do regime da reparação de danos, o regime da responsabilidade civil é também uma forma de regulação das condutas dos agentes econômicos nesse mercado, assim entram em cena os *punitive damages*, instituto que surgiu na Inglaterra e se aperfeiçoou nos Estados Unidos.

Novidade no Brasil, os *punitive damages* aqui são conhecidos como reparação punitiva, que funciona no sentido não somente de reparar o dano causado individualmente ao consumidor, mas também como uma punição dirigida a inibir novos danos aos demais consumidores.

É importante ressaltar que o surgimento dos *punitive damages* em muito se relaciona com o fato da responsabilidade civil ser um dos mais adaptáveis institutos jurídicos do Direito Civil.

Logo, o fato de a evolução da responsabilidade civil estar ligada às mudanças funcionais da sociedade, a qual está sempre em constante mutação, passou-se a necessitar de uma indenização com caráter distinto do compensatório, que não mais estava a coibir práticas danosas e, por consequência, os numerosos conflitos nas relações de consumo.

Com efeito, foi dessa forma que nasceu o instituto da reparação punitiva, com a missão de desempenhar o papel inovador de desestimular condutas fraudulentas por parte do fornecedor, e assim assegurar a prevenção de danos no âmbito da sua aplicação. Trata-se da busca de um efeito dissuasório em relação ao fornecedor.

Para desenvolver o presente tema, no capítulo um será feito um histórico dos precedentes de aplicação dos *punitive damages*, a partir do qual servirá de base para se fazer um Direito Comparado. No capítulo dois será abordado o caráter de insuficiência do paradigma reparatório, o que irá justificar a razão de existir do capítulo três, esse que tratará da necessidade de adoção dos *punitive damages*, diante da sua função preventiva, punitiva e da proteção dos consumidores numa dimensão coletiva.

Enquanto que no capítulo quatro se fará uma análise da viabilidade de aplicação do instituto, através de um olhar sobre o Direito do Consumidor no Brasil. Ainda no capítulo quatro, serão abordadas as críticas doutrinárias quanto a adoção dos *punitive damages*. Vencidas as críticas, esse trabalho traz por último, no quinto capítulo, os pressupostos de ordem objetiva e subjetiva necessários para introduzir o instituto no Brasil.

Importante destacar que esse trabalho tem como problema de pesquisa a análise de em qual medida é possível a aplicação dos *punitive damages* ao regime das relações de consumo no Brasil. Enquanto hipótese prévia, se tem a possibilidade de aplicação dos *punitive damages* ao Direito do Consumidor brasileiro, de forma a assegurar e maximizar o princípio da igualdade nas relações de consumo, por meio do desestímulo gerado ao fornecedor em incorrer em práticas fraudulentas.

1. PUNITIVE DAMAGES NA DOCTRINA DO COMMON LAW

Muito embora os *punitive damages* tenham surgido na Inglaterra, foi no direito estadunidense que ele se desenvolveu e obteve destaque. Por lá, ficou também conhecido como *exemplary damages*, *punitory damages* ou *speculative damages*.

Lá e em outros “países da *Common Law* adota-se o caráter punitivo das indenizações para desestimular comportamentos antissociais por parte dos fornecedores. Dessa forma, conseguiu-se assegurar o respeito aos direitos da personalidade humana” (ROLLO, 2011, p.72).

Ademais, nunca é demais repisar que na *Common Law* a jurisprudência é a principal fonte de aplicação do Direito, onde os precedentes vinculam o julgamento das futuras ações.

Pode-se dizer, assim, que o Direito emerge da prestação jurisdicional, ou seja, há uma verdadeira criação do Direito pelo Estado Juiz, com base na doutrina do *stare decisis* (respeitar as coisas decididas), em que as decisões das Cortes superiores em hierarquia devem ser respeitadas e seguidas pelas instâncias inferiores, sobre conflitos faticamente análogos. Assim como temos no Brasil, de forma similar, o conceito de aplicação das súmulas vinculantes já se afigura como uma aproximação do direito pátrio ao sistema de vinculação jurisprudencial, do *Common Law*.

1.1 Dos precedentes

Cumprindo inicialmente anotar, que o primeiro precedente americano dos *punitive damages* é de 1784. No caso *Genay v. Norris*, as partes haviam decidido solucionar seu conflito em um duelo, porém Norris envenenou Genay em um suposto brinde de reconciliação, restando comprovada a sua má-fé. Sete anos mais tarde, veio o segundo precedente, o caso *Coryell v. Colbough*, relacionado a uma quebra de promessa de casamento (ANDRADE, 2009).

Inclusive, será visto mais adiante no trabalho, que essa quebra de promessa de casamento do caso *Coryell v. Colbough*, será interpretada como uma forma de *breach of contract* e não como *tort*, chamado de ilícito extracontratual no Brasil.

De volta aos precedentes, foi somente em 1851 que o instituto dos *punitive damages* tomou forma por meio de deliberação da Suprema Corte dos Estados Unidos, que os definiu

como um princípio da *Common Law* a ser aplicado pelo júri em casos de indenização por responsabilidade civil(ZANON, 2016).

Essa definição foi de demasiada importância no tocante ao respeito do instituto que temos no Brasil do princípio da legalidade, o qual exige uma cominação legal prévia de um instituto ou regra a ser aplicado, por exemplo. Através desse entendimento, permitiu-se que o instituto se desenvolvesse amplamente nas terras estadunidenses, servindo hoje de base para o Brasil.

No Reino Unido, isso ocorreu somente em 1964, por ocasião do julgamento do caso *Rookes v. Barnard*, no qual restou estabelecida a natureza punitiva dos *exemplary damages* (ANDRADE, 2009).

Um dos mais relevantes precedentes da jurisprudência americana é o caso do medicamento MER 29. Divulgado como o primeiro medicamento seguro para reduzir o colesterol, o MER/29 foi aprovado em abril de 1960 pelo FDA, *Food and Drug Administration*, instituição americana similar à ANVISA no Brasil.

Com rápida aceitação no mercado, estima-se que até dezembro de 1961 o medicamento tenha sido usado por 400.000 pessoas, sendo que apenas no segundo semestre de 1961, a companhia acrescentou a sua bula a perda de cabelo como efeito colateral do medicamento, e, pouco tempo mais tarde, em dezembro daquele mesmo ano, a empresa divulgou Carta de Aviso, informando que o MER/29 poderia desenvolver catarata no consumidor (RHEINGOLD, 1968, p. 120, tradução nossa)².

Porém, foi somente em 1967, no precedente *Toole v. Richard-MerrellInc*, que se conseguiu uma das primeiras aplicações expressivas - a título de *punitive damages* - nos Estados Unidos em razão ainda do caso da comercialização do MER 29, uma vez que se constatou a malícia da empresa fabricante, que, tendo feito testes prévios do medicamento em animais, já haviam constatado a possibilidade de desenvolvimento dos efeitos colaterais indicados (ZANON, 2016).

² No original: "Rapidly accepted, the drug had been used by roughly 400,000 persons by December 1961. In mid-1961 Merrell amended its labeling to warn of hair loss, and in December 1961 it mailed a so-called "Dear Doctor" warning letter, approved by the FDA, to all practicing physicians. This letter for the first time warned that cataracts, baldness, severe forms of dermatitis, and less common side effects might result from use of the drug."

Desde esta época, os *punitive damages* passaram a representar uma verdadeira forma de reparação punitiva, cujo valor se vê somado à indenização compensatória, e que necessita de aplicação em casos de comprovada má-fé, culpa grave ou dolo.

Outro exemplo emblemático foi o do julgamento de *Grimshaw v. Ford Motor Co.* (UILAN, 2006), no qual se imputou responsabilidade sobre defeito na manufatura do automóvel Ford Pinto, que levava ao rompimento do tanque de combustível por simples impacto na traseira do veículo, fato que gerou incidentes de incêndio, vitimando motoristas e passageiros.

Foi assim que *Richard Grimshaw* - daí porque o nome da ação ser *Grimshaw versus Ford* - demandou, com base no *compensatory e punitive damages*, a condenação da Ford, após sofrer severas queimaduras por conta da explosão do tanque de combustível do Ford Pinto.

De forma semelhante a como se deu no caso do MER 29, no curso do processo constatou-se que o defeito era de conhecimento dos engenheiros da Ford, mesmo antes da introdução no veículo no mercado de consumo, e que esse defeito foi intencionalmente ignorado por se ter aferido que as despesas para consertar o defeito superariam as de custear eventuais condenações.

Matéria jornalística publicada pouco depois do julgamento expôs que, em uma estimativa conservadora, o Ford Pinto, em razão do defeito na concepção de seu projeto, teria provocado à morte de cerca de 500 pessoas, talvez 900. Nessa matéria foi revelado que um memorando interno da Ford continha estudo que calculava, de um lado, o custo estimado das indenizações com acidentes envolvendo o Ford Pinto (US\$ 200.000,00, por vida perdida, multiplicados por prováveis 180 mortes por ano, além de US\$ 67.000,00 por estimadas 180 lesões não fatais, mais os danos com os veículos) e, de outro, o valor que teria de ser gasto para corrigir o problema do veículo (cerca de US\$ 11,00 por unidade, multiplicados por 12.5000.000 de unidades). A conclusão do estudo foi de que, do ponto de vista estatístico o pagamento das indenizações, ao custo total estimado de US\$ 49,5 milhões, seria economicamente mais vantajoso do que o aperfeiçoamento necessário em todos os veículos, ao custo total de US\$ 137,5 milhões, para prevenir cerca de 180 mortes por ano e um número equivalente de ferido (ANDRADE, 2006, p. 202).

No caso da Ford Pinto, a “ineficácia da função reparatória da responsabilidade civil impôs o recurso aos *punitive damages*, de forma a assegurar que os comportamentos dos agentes econômicos não comprometam o direito à vida e à integridade física da pessoa

humana, mas antes pautem-se pelo respeito por tais direitos, elevando-se assim o nível de segurança dos produtos” (LOURENÇO, 2006, p. 178).

Assim fica clara a magnitude alcançada pelos *punitive damages* em países como os Estados Unidos, que assimila tal instituto ao ramo do Direito conhecido por *Tort Law*, que nada mais é que o estudo da indenização a partir de um dano causado por um ilícito civil, chamado também de *civil wrong*.

Ao fim, os precedentes resultam na compensação do ofendido e na proteção do consumidor contra práticas comerciais fraudulentas, a partir de duas finalidades: a punição do ofensor e o desestímulo da ocorrência de práticas semelhantes. Por óbvio que o desestímulo possui efeito reflexo na sociedade consumerista, de modo a dissuadir, por semelhança, todos ou quase todos os outros possíveis ofensores.

1.2 Do instituto da justiça pública (“public justice”)

A função inaugural atribuída aos *punitive damages* é o da “justiça pública”. Importa dizer que, embora inserido no âmbito jurídico do Direito Privado, os *punitive damages* possuem importante atuação em assegurar os direitos subjetivos dos cidadãos.

Por vezes, os custos do ajuizamento da demanda fazem com que muitos consumidores, lesados em sua relação de consumo, não recorram o Poder Judiciário, a modo de serem indenizados pelos prejuízos sofridos, bem como, e conseqüentemente, buscarem o restabelecimento da ordem jurídica violada pelo ato juridicamente reprovável (UILAN, 2003).

Diz-se, portanto, que os *punitive damages* atuam de forma a estimular a busca de reparação, posto que acarretam, de modo geral, o pagamento de quantia expressiva, até superior ao prejuízo suportado pelo consumidor. Excedente esse dedicado à restauração da ordem jurídica, haja vista que, em muitos casos, a conduta de um único fornecedor pode resultar em prejuízos para diversas pessoas, denominado de danos coletivos ou difusos.

Nesse contexto, o instituto do *punitive damages* se revela como importante incentivo na busca de reparação judicial, como meio de não se ver superado o valor do lucro em detrimento dos valores sociais. Com efeito – conforme já descrito ao norte – são muitos os exemplos da apuração, por meio de cálculos, sobre qual situação será mais lucrativa, quais

sejam, ressarcir os poucos que buscam o Poder Judiciário, ou reparar o produto dos vícios sabidos, ou alterar a conduta na prestação dos serviços.

Além do que, “indenizar - isto é, a ficção jurídica pela qual, mediante a reposição ao estado anterior se torna indene, a parte lesada - é, sem nenhuma dúvida, ator indispensável para a afirmação da responsabilidade civil” (MARTINS-COSTA e PARGENDLER, 2005, p.17).

2. DA INSUFICIÊNCIA DO PARADIGMA REPARATÓRIO

A responsabilidade civil, de modo a se adequar à realidade socioeconômica da humanidade desde a Revolução Industrial, mitigou dois de seus três paradigmas clássicos (a saber, a responsabilidade individual e a responsabilidade fundada na culpa), persistindo apenas o paradigma ressarcitório, quase que intocado (SERPA, 2011).

É justamente esse paradigma ressarcitório que busca colocar a vítima na situação em que estaria, caso o dano não houvesse existido. Ideia essa que surgiu através do princípio da restituição, porém, percebeu-se, ao longo dos anos, que o ressarcimento era insuficiente para solucionar os conflitos de cunho civil, principalmente no tocante a conflitos em relações de consumo.

Isso porque foi possível “verificar que o instituto da responsabilidade civil caminhou para dar cada vez menos importância aos aspectos anímicos da conduta perpetrada pelo ofensor, relegando-se a culpa para segundo plano, enquanto se alocava, para assumir tal papel de primeira importância, a vítima e o prejuízo por ela suportado”. Com isso, a perspectiva de que a responsabilidade civil viesse a atuar como instrumento moralizador de condutas ilícitas foi abalado (SERPA, 2011, p. 153).

Além do descaso com que se trata a culpa do ofensor, tem-se também que a padronização dos tribunais brasileiros, em conceder indenizações irrisórias ou tabeladas, fortaleceram a conta de que, mais vale indenizar individualmente o consumidor demandante, que reparar toda a linha do produto viciado. Indenizações irrisórias que não servem, sequer, para compensar a vítima pela longa espera na tramitação processual.

O CNJ, na sua publicação Justiça em Números (2016, p. 148), considera como tempo médio de tramitação dos processos da Justiça Estadual, desde a sua distribuição até a sua

baixa, 3 anos e 2 meses. Nesse mesmo relatório, ao analisar o levantamento dos processos pendentes de solução em 31/12/2015, restou verificado que a pendência perdura em uma média de 6 anos e 10 meses.

É justamente essa demora em se alcançar um pronunciamento jurisdicional, somada ao pagamento e ao tempo despendidos na contratação de advogados, que acabam por desestimular a procura da população no Judiciário. Importante lembrar que, mesmo aqueles que se aventuram no Judiciário e exercem seu direito de acesso à justiça, acabam frustrados pelos valores irrisórios que lhes são concedidos a título de indenização.

É verdade que, apesar de o Brasil ter por base o sistema jurídico da *Civil Law*, que aqui também, assim como no *Common Law*, a jurisprudência e as orientações jurisprudenciais viram precedentes e passa a ser possível prever o *quantum* que será ofertado a título de indenizações em relações de consumo.

Tanto o são, que várias empresas, que comumente recebem reclamações, e contra as quais são ajuizadas demandas na esfera do Direito do Consumidor, já enviam seus advogados para as audiências de conciliação com um valor máximo a ser ofertado. Tudo a demonstrar que o paradigma ressarcitório não mais se afigura como tutela jurídica, suficientemente capaz de assegurar o equilíbrio e a pacificação social.

Ademais, necessário se ter cuidado com acordos celebrados em valores ínfimos. Com efeito, além de deixarem os consumidores insatisfeitos e descrentes na Justiça, estimulam a continuidade de comportamentos nocivos por parte dos fornecedores, prejudicando, sobremaneira, o mercado (ROLLO, 2011). Uma padronização que informa que “o crime valha a pena” para essas empresas e prestadores de serviços.

Para José Reinaldo de Lima Lopes (1992, p.94), “a responsabilidade civil do fabricante, mesmo quando definida em termos de responsabilidade objetiva, pode não surtir os efeitos imaginados de desestímulo se funcionar para a empresa calcular seus custos de produção e concluir que, mesmo assim, vale à pena correr determinados riscos”.

Se de um lado se sabe que uma das formas de mitigar o problema em questão é fazer doer no bolso dos fornecedores, de outro tem-se que o Judiciário, com as suas decisões em montantes irrisórios, não vem conseguindo fazer frente às inúmeras demandas existentes, nem sequer frear fornecedores que sistematicamente desrespeitam o consumidor.

De toda sorte, não se pretende aqui que a indenização enriqueça a vítima, mas que também não enriqueça o ofensor.

Com efeito, “indenizações em importâncias apequenadas são uma burla ao ofendido, ao mesmo tempo em que se transformam em fonte de enriquecimento para o ofensor, não pode o Direito concordar com essa modalidade de desequilíbrio” (SANTOS, 2003 p.276).

Há doutrinadores que acreditam também no caráter punitivo da responsabilidade civil, e que defendem que “também é objetivo da indenização do dano extrapatrimonial punir o ofensor. Essa punição só acontecerá se o valor fixado doer no bolso daquele que praticou o ato, pois, do contrário, será absorvida pelo risco da sua atividade”(ROLLO, 2011 p. 65).Portanto, necessário uma posição cautelosa em relação ao processo punitivo.

É verdade que ele deva ser aplicado adequadamente, de modo a tornar pedagógica a necessidade de respeito ao consumidor e à sociedade. Entretanto, para ser didático não basta apenas o valor da multa, é necessário descrever a conduta que se pretenda reprovável, e obter do ofensor o compromisso de não tornar a praticar o ato lesivo contra o consumidor. Deveras, os valores são importantes para sinalizar a gravidade e o incentivo para não perpetrar novas ofensas, pois esses são os instrumentos para se realizar um bem maior, conforme se defende neste texto. Sendo eles o incentivo à prevenção e à pacificação da sociedade. Não é apenas o punir pelo punir. Já passamos esse momento.

3. DA NECESSIDADE DE ADOÇÃO DOS *PUNITIVE DAMAGES*

“Não obstante todos os esforços no sentido de blindar os direitos do consumidor, garantindo sua prerrogativa de reparação e assegurando sua tutela, parte da doutrina entende que o vigente modelo de responsabilidade civil por danos causados ao consumidor, embora proporcione a reparação, não se mostra suficiente para garantir, com eficácia, algo contra a violação de seus direitos” (ZANON, 2016, p.235).

Ademais, importa pensar que, conforme elucida Ricardo Morishita Wada (2003), o artigo 29 do Código de Defesa do Consumidor amplia o conceito de consumidor, tanto no plano quantitativo como qualitativo, incluindo, nesse conceito, os consumidores potenciais ou abstratamente considerados. Sendo aqui deveras importante essa conceituação de consumidor, de modo a se compreender a extensão, ou seja, os reflexos dos *punitive damages*.

Com isso em mente e, com a certeza de que atualmente vigora a cultura da falta de investimento dos fornecedores, em adotarem mecanismos de prevenção e rigor nos controles de qualidade (ANDRADE, 2009), é que se torna necessário o debate acerca da necessidade de implementação dos *punitive damages*.

De modo a compreender melhor o cabimento da reparação punitiva, imperiosa a análise da sua função preventiva e punitiva,, e, posteriormente, compreender a possibilidade ou impossibilidade de sua implementação ao Direito do Consumidor brasileiro.

3.1 Da função preventiva (“*deterrence*”)

Antes de expor os motivos de cunho punitivo que ensejam a necessidade de adoção dos *punitive damages* ao Direito do Consumidor Brasileiro, faz-se necessário explicitar as razões de ordem desestimuladora, a chamada função preventiva.

É dizer que os *punitive damages* exercem uma função preventiva para o futuro, na medida em que - por meio de sua imposição – se busca evitar a reincidência dos comportamentos danosos, quer por parte do sancionado, quer por parte da sociedade em geral (D’Alessandro, 2007, p. 385).³

Com efeito, seu principal objetivo é desestimular a reiteração de ilícitos; em especial os reprováveis, praticados de forma intencional ou negligente. Entretanto, parte da doutrina questiona se a sanção compensatória já não se prestaria a exercer essa função preventiva de desestímulo.

De forma indireta, é bem verdade que os *compensatory damages* acabam por prevenir a reincidência, mas nem sempre o é de maneira eficaz, de modo a atender às exigências sociais, como se tem com os *punitive damages*. “Revestindo-se, assim, de uma função de exemplaridade social” (MARTINS-COSTA e PARGENDLER, 2005, p.17).

As ações que os *punitive damages* buscam prevenir são aquelas propositais ou grosseiramente negligentes (“*reckless*”), sempre eivadas de intencionalidade ou, ao menos,

³ No original: “*I danni punitivi hanno dunque una funzione espiatoria e deterrente pro futuro, in quanto attraverso la loro irrogazione si vuole evitare che in futuro si ripetano comportamenti dannosi simili a quella commesso, sia da parte del sanzionato (c.d. funzione specialpreventiva), sia da parte della generalità dei consociati (c.d. funzione generalpreventiva), il cui comportamento dovrebbe essere indirizzato dalla esemplarità della sanzione.*”

da consciência dos prejuízos que dela resultarão. Já os *compensatory damages* são, por vezes, suficientes na prevenção da reincidência na conduta, porém os *punitive damages* são necessários sempre que os custos para evitar os danos sejam maiores do que para recompor o patrimônio do ofendido.

Outrossim, os *punitive damages*, são um verdadeiro sinal de que a lei não deve permitir a proliferação de lucros ilícitos em práticas comerciais, funcionando como um instituto capaz de restaurar a paz social e o cumprimento das regras e harmonia entre consumidores e fornecedores. Visa, ainda, impulsionar o desenvolvimento da sociedade com equilíbrio e pelo combate aos abusos e excessos do mercado. É a paz e não a “dor” o que se pretende com o instituto.

Logo, fica de plano declarada a importante função preventiva que deve ser exercida pela responsabilidade civil, mesmo que seja a contrário *sensu* de parte da doutrina, através da majoração do *quantum* indenizatório.

Com vistas ao futuro, a função preventiva, exercida por meio da indenização, busca desestimular o desencadeamento de atos ilícitos potenciais, ainda que não tenham ocorrido. Função essa que deve ser exercida pela sinalização ao ofensor e à sociedade, de que esses atos são indesejáveis e serão severamente punidos.

Imperioso, ademais, ressaltar que a particularidade de cada punição levará em consideração as características pessoais do ofensor e o proveito por ele auferido. Segundo Bittar (1994, p. 229), “é necessário que a gente sinta as consequências da resposta do ordenamento jurídico, assim como se faz mister que a reparação seja dotada de expressão que sirva como exemplo à sociedade, de modo a garantir sua função inibidora de forma eficaz”.

Busca-se, portanto, mitigar comportamentos que lesionem terceiros, funcionando como uma verdadeira mensagem à sociedade de sua função dissuasória.

3.2 Da função punitiva

Ao contrário da função preventiva, a função punitiva mira um ato passado de natureza reprovável. Aqui acredita-se que a sanção precisa ser mais severa, de forma proporcional ao grau de reprovabilidade da conduta.

A imposição de uma sanção punitiva visa demonstrar que o ordenamento jurídico repudia a retenção de lucros a partir de uma atuação ilícita perante os consumidores. O próprio nome *punitive damages* já demonstra o caráter punitivo dessa forma de indenização, o qual, segundo parte da doutrina afirma, destina-se a elevar o poder de punir os fornecedores desrespeitosos com as leis que positivam os direitos dos consumidores. Destina-se ainda a “demonstrar, também ao consumidor, que, ainda que não tenha sido possível prevenir a ocorrência daquele dano, haverá alguma retribuição” (ANDRADE, 2009, p. 299).

Apesar de na doutrina serem verdadeiras exceções autores que admitam expressamente a função punitiva ao lado da função indenizatória da responsabilidade civil, Caio Mário da Silva Pereira (Responsabilidade Civil, 2001, p. 10) afirma que: “Na responsabilidade civil estará presente uma finalidade punitiva ao infrator aliada a uma necessidade que eu designo como pedagógica, a que nua é estranha a ideia de garantia para a vítima, e de solidariedade que a sociedade humana lhe deve prestar”.

Portanto, declarada a essencialidade da função punitiva da responsabilidade civil, ressalta-se o sentido moral dessa punição, de verdadeira reprovação social pela conduta realizada, que também é uma importante fonte de valores. Com a aplicação da punição, o fornecedor recebe uma reprovação da sociedade pela sua conduta.

Apesar da diferenciação entre função punitiva e preventiva, há quem entenda que a pena desempenhe um importante fator de prevenção. Nesse sentido o escólio de André Gustavo Corrêa de Andrade, *in verbis*:

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 (2009, p. 229).

Tão logo, a indenização punitiva cumpre um papel individual, reprovando o fornecedor que viola o interesse e o direito da sociedade, como também exemplifica a necessidade do respeito aos direitos do consumidor no mercado de consumo. Ao fim, ainda empresta seu exemplo para outros fornecedores que tenham a intenção de se aventurar de

forma ofensiva, sendo que somente assim o instituto alcança a sociedade em geral, ou seja, o consumidor, quem lesou e quem tem a intenção de lesar.

3.3 Da proteção dos consumidores: uma visão sobre a dimensão coletiva

Restringindo-se à análise do cabimento da reparação punitiva às relações de consumo, e tendo em vista que essas penas privadas, de natureza pecuniária, podem ser favoráveis à coletividade em situações específicas, posicionou-se Maria Celina Bodin de Moraes, *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 (2003,p. 263).

Oportuno aqui ressaltar que, em regra, Maria Celina Bodin de Moraes se posiciona de forma contrária à aceitação de penas como os *punitive damages*, justificando-se na teoria de Tzevyan Todorov, em “O Homem Desenraizado”, afirmando que elas geram uma vitimização social, ao fundamento de que “...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...”(MORAES, 2003, p.3).

Porém, quando a autora coloca em perspectiva a aplicação dos *punitive damages*, da responsabilidade civil punitiva, em relações de consumo, ela excepciona seu entendimento, conforme demonstrado acima.

4. DA VIABILIDADE DE APLICAÇÃO DOS *PUNITIVE DAMAGES* AO DIREITO DO CONSUMIDOR BRASILEIRO

Neste ponto, possível perceber que o presente artigo alcançou alguns resultados. Com espeque em Rollo (2011) concluímos que aquele que se socorre do Judiciário, em uma

demanda de consumo, contribui para o aperfeiçoamento do mercado e, por isso, merece o devido estímulo, haja vista que tantos outros nada fazem, cientes que o caminho a ser percorrido é deveras árduo e custoso.

Em segundo plano, restou estabelecido que a falta de punição dos maus fornecedores desestimula aqueles que agem de acordo com a lei e, bem por isso, justifica-se a majoração das indenizações.

Logo, transcorrer-se-á sobre a possibilidade de aplicação dos *punitive damages* ao direito do consumidor brasileiro, com vistas a mitigar os conflitos enfrentados pelos consumidores em todo o Brasil, como frutos que são da lacuna deixada pelo Judiciário, que acabam por incentivar comportamentos abusivos no mercado.

Ao se pensar em viabilidade da aplicação do instituto, é necessário ter-se em mente, por deferência ao regime democrático, a previsibilidade legal e a sua aderência ao regime constitucional. No caso, a proteção ao consumidor está prevista na Carta Magna, em seu art. 5º, inciso XXXII, o qual dispõe, *in verbis*, que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” (BRASIL, 1988).

Trata-se, na locução do Ministro Gilmar Mendes, de um direito de proteção, com efeitos verticais e horizontais, isto é, aplicáveis ao Estado e também, pela mediação da lei, aos particulares.

A lei, conforme previsto no art. 48 do ADCT, é o próprio Código de Defesa do Consumidor. Nele é possível notar que está veiculado, como direito básico, no art. 6º, inciso VI, a efetiva prevenção de danos dos consumidores, ainda que coletivos ou difusos, materiais ou morais.

Conforme preconizado por Canaris (Wilhelm), a proteção dos direitos fundamentais não se expressam apenas pela proibição do excesso (*Übermassverbote*), mas na proteção contra proibições insuficientes.

Com efeito, para atender ao preceito constitucional da proteção ao consumidor, necessário ser ela não só suficiente individualmente, mas adequada e dirigida à aplicação de instrumentos e institutos para efetiva proteção dos consumidores.

4.1. O Direito do Consumidor no Brasil

Não obstante estarmos tratando dos *punitive damages* sob uma perspectiva da *Common Law*, pois, afinal, foi nos países com esse sistema jurídico, que mais se desenvolveu, pensar na aplicabilidade do instituto ao Brasil é pensar que o sistema jurídico brasileiro, o *Civil Law*, tem como fonte primária da lei os seus códigos, não a jurisprudência.

Logo, sendo a Constituição (BRASIL, 1988) o texto maior do *Civil Law* no Brasil e, considerando a condição de vulnerabilidade que ela reconhece ao consumidor, não só em seu artigo 5º, XXXII como também em seu artigo 170, V, conclui-se que nossa Carta Magna se preocupou com a proteção do consumidor.

Dois anos depois da Constituição Federal ter entrado em vigor e, previsto em seu artigo 275, a imposição do Estado em criar um política de governo própria, que defina os direitos básicos dos consumidores, foi criado o CDC, Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078.

Com força cogente e constitucional de mandamento de ordem pública, tal norma elenca os princípios norteadores e protetores do consumidor, dentre os quais se encontram o dever de indenizar e a responsabilidade civil.

O referido diploma legal, em seu capítulo IV, “seções II e III, trata, respectivamente, da Responsabilidade pelo Fato do Produto e do Serviço e da Responsabilidade pelo Vício do Produto e do Serviço” (ZANON, 2016, p. 234).

Tanto o Código Civil (BRASIL, 2002), como o Código de Defesa do Consumidor positivaram o tema da responsabilidade civil. A diferença é que o primeiro o fez em contornos de regras gerais, enquanto o segundo prevê tratamento especial.

Logo, de modo a observar a aplicabilidade dos *punitive damages* ao Direito do Consumidor brasileiro, importante a introdução da abordagem do tema responsabilidade civil em nossos códigos.

Nesse contexto, é possível concluir que a responsabilidade civil é objetiva, face à teoria do risco da atividade que, segundo Fávio Ulhôa Coelho (2004, p. 346), é o que

determina que “quem tem o proveito de certa atividade deve arcar também com os danos por ela gerados (*ubi emolumentum, ibi onus*)”.

Tão logo, essa responsabilização reflete à consequência natural da predominância dos interesses sociais sobre os individuais. Responsabilidade essa que também é solidária, nos moldes do artigo 264 do Código Civil de 2002, comum a todos os ofensores envolvidos a responder pela totalidade dos danos.

4.2. Da teoria do desestímulo e da jurisprudência

Nesse diapasão, com base na teoria norte-americana, desenvolveu-se no Brasil a chamada teoria do desestímulo, cuja aplicação possui algumas controvérsias quanto à aplicada nos Estados Unidos.

Intensificando o debate quanto à introdução dos *punitive damages* ao direito do consumidor no Brasil, há parcela da doutrina que defende que a adoção da Teoria do Desestímulo não deve se dar de forma idêntica à adoção dos mesmos no sistema norte-americano. Isso porque, os ordenamentos são muito diversos, inclusive no que tange aos poderes dos magistrados, que no sistema de *Common Law* são mais amplos que os da *Civil Law*, não olvidando ainda as dessemelhanças econômicas entre os países. (GONÇALVES, 2011)

Além do mais, no direito estadunidense as indenizações têm como característica a aplicação de valores exorbitantes, diferentemente do Brasil. Inclusive, no que toca aos danos morais, as sentenças arbitradas nos Estados Unidos têm valor muito maior do que dano real. Entretanto, essas indenizações, muitas vezes milionárias, são contrapostas por juristas que entendem que, muitas vezes, o dano que ali ocorreu é da rotina de qualquer sociedade, daí a necessidade de a possibilidade de punir vir revestida da presença do dolo na conduta do agente.

Destarte, a teoria do desestímulo não possui um caráter compensatório, nem ressarcitório, possui ela somente uma função pedagógica. No tocante a como essa teoria tem sido aplicada pelo Poder Judiciário, tem-se alguns esclarecedores exemplos de como é feita a sua interpretação pelos magistrados.

Em notícia de 2009, do Superior Tribunal de Justiça, sobre a quantificação do dano moral, o então presidente da Terceira Turma, ministro Sidnei Beneti, ao discorrer sobre os critérios adotados pelo STJ para quantificação do dano moral, destacou a avaliação do comportamento do ofensor para determinar o valor da indenização e a importância do fator do desestímulo. Disse S.Exa.: “Quanto ao ofensor, considera-se a gravidade de sua conduta ofensiva, a desconsideração de sentimentos humanos no agir, suas forças econômicas e a necessidade de maior ou menor valor, para que o valor seja um desestímulo efetivo para a não reiteração” (ZANON, 2016, p. 237).

A ministra Nancy Andrichi, em julgamento no STJ, em dezembro de 2008, cujo pleito era o de danos morais e materiais contra fabricante de pneus, devido a acidente fatal provocado por defeito na fabricação constatado por laudos, reconheceu que, pelo alto grau de culpa da ré, e por critérios de razoabilidade da quantificação do *quantum* indenizatório, que o valor não seria aquele comumente aplicado pela Corte, mas um valor expressivo, de modo a atender a função social da condenação, no sentido de desestimular a reincidência de casos como dos autos ora em questão (Resp 1.036.485-SC, STJ, 2008).

4.3 Críticas à adoção dos *punitive damages*

Alguns doutrinadores entendem que a aplicação dos *punitive damages* encontra alguns óbices, para Salomão Resedá (2009), por exemplo, o óbice se encontra no tocante à censura contra ilícito ser restrita à responsabilidade penal, não cabendo, assim, aos preceitos da responsabilidade civil aplicar esse instituto com caráter pedagógico e sancionador.

Portanto, de modo a compreender esse instituto como um todo, e assim, chegar a uma conclusão quanto a viabilidade de sua aplicação ao direito do consumidor brasileiro, faz-se mister abordar controvérsias e críticas que esse instituto já enfrenta.

4.3.1 Da prévia cominação legal: o princípio da legalidade

Como bem havia de ser, a admissão da função punitiva que os *punitive damages* propõem, cria obstáculos que precisam ser enfrentados. O primeiro deles é o constitucionalmente previsto, princípio da legalidade, segundo o qual não há que se falar em punição sem que se tenha previsão legal.

A ausência de previsão expressa para sua aplicação - especialmente nas relações de consumo -, constitui em ofensa ao princípio da legalidade. Noutros termos, em se tratando de uma punição, não poderia ser aplicada sem uma expressa previsão no Código de Defesa do Consumidor.

“Embora seja possível argumentar em favor de uma aplicação mais branda do princípio da legalidade ao Direito Civil - em virtude da menor gravidade da pena imposta -, dispendendo-se à previsão de tipos rígidos como no Direito Penal, não se pode escapar da questão da sua conciliação com a responsabilidade civil punitiva”(PUSCHEL, 2007 ,p. 21).

Por falar em Direito Penal, adentra-se em uma das principais objeções trazidas por juristas, quanto à aplicação da reparação punitiva ao direito do consumidor brasileiro. Isso porque, não se estaria respeitando a separação entre direito privado e público, vez que é um instituto do direito civil com natureza pública penal.

Para Delgado (2004, p. 219) “a introdução deste instituto no Brasil ensejaria a criação de um sistema misto civil-penal, o que é inadmissível por se tratar de ramos distintos do Direito de particularidades que os tornam opostos”.

Nessa toada, Maria Celina Bodin de Moraes, *in verbis*:

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 ideia 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 (2003, p. 229).

Diferindo, Rodrigo Oliveira (2012) afirma que tal fusão do direito não é novidade, e traz a título de exemplos, os juros de mora, *astreintes* (artigo 84 do CDC) e a cláusula penal.

Para Resedá (2009) os defensores da indenização punitiva afirmam que o instituto se aproxima mais da seara penal do que outros institutos, mas que ele ainda assim é de ordem civil.

Importante ressaltar aqui também, o risco de dupla punição, civil e penal, que os *punitive damages* possam representar, assim como as diferenças entre as garantias ofertadas às ofensas em cada um desses juízos. “O que se nota, no entanto, é que na doutrina brasileira as opiniões são ainda pouco desenvolvidas no que se refere ao caráter punitivo da

responsabilidade civil. Encontra-se pouca fundamentação e reflexão sobre as consequências das posições assumidas sobre a conveniência de suprimir o caráter punitivo da responsabilidade civil...”(PUSCHEL, 2007, p. 23)

Vencida a controvérsia, no que tange ainda ao princípio da legalidade, importante chamar a atenção ao fato de que já foram tentadas inúmeras vezes suprir a falta de normativa legal quanto aos *punitive damages* no Brasil, todas essas restaram infrutíferas. Especial destaque à tentativa de introduzir no texto do artigo 944 do Código Civil, que a indenização iria ser formada também por um desestímulo ao lesante.

De considerar, ainda, que o artigo 56 do CDC, relaciona em seus incisos, as sanções administrativas às quais se sujeitam os infratores das normas de defesa do consumidor, e neste rol não há previsão de danos punitivos. Impondo ainda ressaltar, por oportuno, que o Legislativo inseriu tal previsão, que foi vetada pelo então presidente Fernando Collor de Mello.

Apesar de não se ter expressamente no texto constitucional a previsão definida da reparação punitiva, é possível defender o instituto e contestar o argumento da ofensa à legalidade através do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, artigo 1º, da Constituição, uma vez que o que aqui se busca é a garantia de se obter indenizações justas e preservar a dignidade das pessoas. Portanto, se percebe que não há entendimento pacífico na doutrina, mas opiniões controvertidas quanto ao tema.

4.3.2 Do excesso nas indenizações

Tendo em vista que o tema abordado por esse trabalho representa uma interseção entre o Direito e um estudo de comportamentos sociais, faz-se necessário pensar alguns passos à frente. Esse pensamento se volta à uma preocupação frequente de juristas e estudiosos do instituto, questionando-se se ele poderia gerar um excesso no arbitramento das indenizações em perspectiva ao dano.

Esse questionamento não é de todo imperativo ou imaginário, os Estados Unidos, por exemplo, berço do aperfeiçoamento dos *punitive damages*, constantemente entendem por sentenças milionárias.

Para Cass Sustein (2002, XIII), é possível prever, com um alto grau de confiança, que os “prêmios” são muito altos ou muito baixos, não porque os jurados são conscientes ou espertos, mas devido a certas características de identificação da cognição humana.

Essa teoria de Sustein sustenta a crítica, pois aqui os *punitive damages* seriam fruto de um comportamento não racional, mas emocional, o que pode, inclusive, ensejar um debate quanto à insegurança jurídica que este instrumento pode vir a causar.

Porém, atendo aos excessos, é verdade que, por vezes, as indenizações arbitradas nos Estados Unidos têm valor desproporcionalmente maior do que o valor do dano real. De modo a exemplificar, em julho de 1999, no caso *Anderson v. General Motors Corp.*, o júri da Califórnia concedeu um veredicto de *punitive damages* no valor de 4.8 bilhões de dólares.

No mesmo ano, no Estado americano do Alabama, em um caso, *Carlisle v. Whirlpool Financial National Bank*, cujos danos econômicos alegados somavam apenas 600 dólares, o júri concedeu um veredicto de *punitive damages* no valor de 580 milhões de dólares (SUSTEIN, 2002, p. 1 tradução nossa).⁴

Nas duas últimas décadas, com o amadurecimento do instituto, teve-se um aumento exponencial nos valores cobrados a título de *punitive damages*. Um dos mais extraordinários exemplos seja talvez o caso de Julho de 2000, em que o Estado da Florida recebeu 144.8 bilhões de dólares em uma ação contra fabricantes de cigarros (SUSTEIN, 2002, p. 1 tradução nossa).⁵

O emblemático caso da Ford, mencionado anteriormente neste artigo, ensejou, a título de *punitive damages*, em primeira instância o impressionante valor de 125 milhões de dólares, sendo posteriormente reduzidos para 3 milhões (GONÇALVES, 2005).

São justamente essas indenizações milionárias que levantam a crítica de que a introdução do instituto iria seguir iguais passos, o que já ocorre no Brasil em julgados de 1ª instância. Em alguns casos, a apreciação do STJ se faz obrigatória, tendo em vista os exageros

⁴ No original: “...and in May of the same year an Alabam jury, in a case in which the economic damages were alleged to equal no more than \$600, awarded a punitive damages verdict of \$580 million”.

⁵ No original: “Over the past two decades, our country has experienced a dramatic increase in the incidence and magnitude of punitive damages verdicts rendered by juries in civil litigation. Perhaps the most extraordinary example is the July 2000 award of \$144.8 billion in the Florida class action brought against cigarette manufacturers”.

cometidos pelos magistrados, o que leva o tribunal de função extraordinária a agir como mero revisor ordinário, pelo bem do equilíbrio jurisdicional (LEITE, 2010).

Para Delgado (2004), a consequência natural desse arbitramento excessivo cria um estado de instabilidade na sociedade norte-americana, pois se criou um medo cotidiano nas pessoas em serem processadas em razão de circunstâncias comezinhas.

De modo a esvaziar este argumento, há quem defenda que, por estar definido pelo sistema jurídico brasileiro, as causas de responsabilidade civil sejam julgadas por juízes togados, os quais são imparciais e possuem saber jurídico por si só, já se diferenciaria da forma americana, evitando assim os excessos indenizatórios, uma vez que não seriam cidadãos leigos como os que compõem os júris nos Estados Unidos, que julgam casos desta natureza.

Outrossim, em atenção ao princípio do duplo grau de jurisdição, a aplicação dos *punitive damages* no Brasil encontraria sempre garantida a revisão da decisão de primeiro grau, de forma que, se o *quantum* indenizatório fosse excessivo, o Tribunal o reformaria.

Portanto, não obstante o excesso nas indenizações ser um importante objeto de discussão e crítica quanto à aplicação nos *punitive damages* ao direito do consumidor brasileiro, há quem defenda que o sistema jurídico pátrio já se dispõe a resguardar que sejam arbitradas sentenças milionárias.

4.3.3 Do enriquecimento sem causa

Uma última crítica trazida pela doutrina é que a aplicação dos *punitive damages* encontra óbice regulador no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que este veda expressamente em seu Código Civil, artigo 884, o enriquecimento sem causa.

Parte-se aqui da premissa que o enriquecimento sem justa causa é um enriquecimento ilícito, que se dá quando uma pessoa, a expensas de outrem, percebe vantagem de cunho patrimonial, infundado em dispositivo de lei ou negócio jurídico anterior. Para Orlando Gomes (2008, p. 301), para a configuração do enriquecimento sem causa, “são necessários os seguintes elementos: a) o enriquecimento de alguém; b) o empobrecimento de outrem; c) o nexo de causalidade entre o enriquecimento e o empobrecimento; d) a falta de causa ou causa injusta”.

Para os críticos, a indenização que ultrapassa os valores dos danos reais, ou seja, a título de *punitive damages*, representaria um enriquecimento sem causa da vítima, assim como colocaria o ofensor diante da imposição de uma pena e não de uma indenização.

Nesse sentido, já decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo: “Satisfação na justa medida do abalo sofrido, sem enriquecimento sem causa” (AP. 142.932-1-3, rel. Dês. URBANO RUIZ, AC. 21-5. 1991, in RT 675/100).

De forma a contrapor esses argumentos é necessário pensar que o enriquecimento ilícito, a partir de uma indenização a título de reparação punitiva, passa pela análise da legalidade, o que quer dizer que, se a reparação punitiva é tida como uma sanção justa a ser imposta, o montante despendido a título de enriquecimento sem causa possui, na verdade, causa justificadora, devendo assim, desaparecer essa crítica.

Nessa toada, a quantia da reparação punitiva não vai representar vedação ao enriquecimento sem causa, desde que a sua incidência esteja prevista e autorizada por lei. Havendo lei que lhe dê causa, não há enriquecimento injusto (UILAN, 2003).

Portanto, há quem defenda que sempre haverá o enriquecimento sem causa do ofendido, se for ele o destinatário da quantia a título de reparação punitiva. Devendo por esse motivo, essa quantia ser destinada a um fundo público ou segundo Vaz (2009, p. 84), “a uma pessoa jurídica, oficial ou não, desde que passível de fiscalização pelo órgão cedente do valor”.

Contudo, é importante frisar que qualquer que seja a opção adotada, é necessária uma prévia e expressa disposição legal quanto à reparação punitiva, de modo que, prescindindo dessa cominação legal, a destinação da quantia a título de *punitive damages*, a quem quer que seja, sempre será enriquecimento sem causa.

“É possível, certamente, imaginar formas de superar esse problema com a adoção de medidas especiais, como a determinação de que a parte relativa à punição não deverá ser paga à vítima, mas ao Estado. No entanto, tais soluções dependeriam de alteração legislativa e, portanto, de se admitir abertamente o objetivo de punição e apresentá-lo ao debate público” (PUSCHEL, 2007, p. 22).

Como cautela, quanto à destinação dos recursos, se poderia sugerir que os valores não fossem destinados aos consumidores, mas recolhidos ao Fundo de Direitos Difusos, por exemplo, conforme mencionado acima. Com isto, esvazia-se o argumento do enriquecimento sem causa.

5. DOS PRESSUPOSTOS PARA APLICAÇÃO DOS *PUNITIVE DAMAGES* NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Compreendidas às características gerais da reparação punitiva, se faz fundamental perquirir sobre quais pressupostos devam estar presentes para a sua perfeita aplicação ao ramo do Direito do Consumidor brasileiro. Para tanto, tratar-se-á pois de pressupostos de ordem subjetiva, assim como de pressupostos de ordem objetiva.

5.1 Dos pressupostos de ordem objetiva

5.1.1 Do ilícito extracontratual (tort)

Apesar de algumas exceções e controvérsias, aos olhos da parte majoritária da doutrina e da jurisprudência, a incidência dos *punitive damages* exige a ocorrência de um ilícito extracontratual, *tort*, e não simplesmente ilícitos contratuais, *breaches of contract*. Na *Common Law*, o *tort* é o ilícito civil por excelência (UILAN, 2003).

A título de exemplo das exceções que admitem a aplicação dos *punitive damages* apenas por conta dos *breaches of contract* tem-se o rompimento do noivado - a sedução da dama por meio de uma promessa fraudulenta de casamento (MINER, 1975) -, o inadimplemento que implique em infração a um dever fiduciário e a cessação da prestação de determinado serviço que se constitui em dever legal por uma empresa concessionária (BELLI, 1980).

Logo, todo *tort*, apesar de suas várias espécies, “envolve o descumprimento de um dever legal (*legal duty*), de uma previsão normativa, sendo formado por quatro elementos: conduta (*conduct*), culpa (*blameworthiness*), dano (*damage*) e o nexo de causalidade (*causation*)” (DEAKIN, JOHNSTON e MARKESINIS, 2008, p. 30).

Ainda quanto ao *tort*, tem-se também que esse dano é “dedutível per se” nos países da *Common Law*, ou seja, fundamenta-se uma demanda indenizatória, ainda que não se

demonstre um prejuízo efetivo. “O fato de não se ter sofrido prejuízo não afetará a responsabilização, apesar de poder afetar o *quantum indenizatório*” (DEAKIN, JOHNSTON e MARKESINIS, 2008, p. 940, tradução nossa).⁶

Essa desnecessidade de ocorrência de prejuízo deriva justamente da ideia de Deakin, Johnston e Markesinis (2008, p.940) de que prejuízo é a lesão ao interesse juridicamente tutelado, não necessitando porém que se demonstre ter suportado um prejuízo de outra natureza. Apesar disso, os autores confirmam que o *tort* dedutível só faz jus ao recebimento de indenização nominal e não compensatória (*compensatory damages*).

5.1.2 Da necessária ocorrência de dano moral

Nessa toada, de modo a aplicar os *punitive damages* nas relações de consumo do Brasil, há quem entenda ser imprescindível a ocorrência do dano moral. Isso porque há expressa previsão legal no Código Civil de 2002, artigo 944, de que a indenização material seja medida pela extensão do dano.

De toda sorte, a fixação da indenização a título de danos morais seria uma decisão discricionária do juiz, uma vez que a extensão do dano moral não é mensurável.

[...] ao aplicar critérios punitivos para calcular o valor da indenização por dano moral, doutrina e jurisprudência encontram-se diante de uma tarefa complicada, pois é difícil imaginar como evitar o enriquecimento sem causa quando se atribui à vítima um valor que não guarda relação com o dano sofrido e sim com a conduta do autor do ilícito (PUSCHEL, 2007, p. 22).

Andrade entende que, quanto aos danos morais, a falta de regra específica no ordenamento jurídico brasileiro quanto aos *punitive damages* não é óbice para a sua aplicação, justamente por encontrar-se fundamentado em princípios constitucionais de proteção de determinados direitos (ZANON, 2016).

Desta feita, quanto aos pressupostos de ordem objetiva, a incidência dos *punitive damages* depende do cometimento de um *tort*, ou seja, um ato ilícito de maior grau de reprovabilidade, assim como depende da ocorrência de um dano moral.

5.2 Dos pressupostos de ordem subjetiva

⁶ No original: “The fact that no harm was suffered will not affect liability, though it may affect the quantum of damages”.

5.2.1 Do dolo e da culpa grave

Os *punitive damages* terão sua incidência admitida se o ofensor estiver imbuído de certo estado de espírito, ou seja, a reprovabilidade do ato deve ser superior ao aceitável. Ser especial de tal forma que o dolo ou a culpa grave tenham sido elementos indissociáveis da conduta, não bastando uma culpa leve.

Fazendo um adendo, quanto à mencionada “culpa leve”, André Gustavo Corrêa de Andrade diz que, nesses casos, “a indenização punitiva só poderá ser fixada em situações excepcionais, como quando o agente obtiver um ganho com o ilícito e então os *punitive damages* servirem a impedir este lucro” (2009, p. 270).

Nesse sentido, “os *punitive damages* só podem ser concedidos na relação extracontratual quando provadas circunstâncias subjetivas que se assemelham à categoria continental do dolo, quais sejam: *malice, wantonness, willfulness, oppression, fraud*, entre outras. A mera negligência, na ausência das circunstâncias agravantes, não é razão suficiente para a condenação de *punitive damages*, porém, a *gross negligence* (negligência grave), em alguns estados, os enseja” (MARTINS-COSTA e PARGENDLER, 2005, p.19).

Portanto, “quanto mais consciente estiver o ofensor acerca da irregularidade da sua conduta, maior será a sua responsabilidade”(ROLLO, 2011, p. 67).

CONCLUSÃO

A teoria dos *punitive damages*, que chegou ao Brasil por meio da jurisprudência e dos precedentes dos Estados Unidos encontrou aqui divergências doutrinárias quanto à sua implementação ao ordenamento jurídico pátrio.

Contudo, no campo do direito do consumidor, enquanto valores de maior apreço estão o princípio da igualdade e a proteção dos consumidores enquanto coletividade. Fundamentos que restaram demonstrados pelo instituto da justiça pública e pelas funções preventiva e punitiva, constituídos nos *punitive damages*, como meios de assegurar tais garantias.

Compreende-se, ainda, que a aplicação da reparação punitiva, ou os chamados, *punitive damages* às relações de consumo, possui um antigo histórico em países da *Common*

Law, principalmente nos Estados Unidos, mas, mesmo assim, é tema que ainda possui muito enfrentamento e críticas na doutrina e na jurisprudência.

Porém, apesar ter surgido na Common Law e, diante do fato de o Brasil adotar o *civil Law*, pode-se perceber, com o presente trabalho, que isso não se consubstancia em óbice para aplicá-lo no Brasil. Com efeito, o debate acerca das impossibilidades de sua aplicação também perpassa críticas quanto ao arbitramento de sentenças milionárias, a violação ao princípio da legalidade e a destinação dos recursos obtidos a títulos de *punitive damages*, de modo a não gerar enriquecimento sem causa.

Em contraponto às críticas, este trabalho foi desenvolvido com amparo na doutrina, sob o argumento da insuficiência do paradigma reparatório, o qual se prestou a ressaltar a importância de haver uma inovação nos instrumentos da responsabilidade civil, de modo a fazer cessar as indenizações irrisórias e as condutas dolosas dos fornecedores. Se desenvolve, portanto, não só a verdadeira viabilidade, como também a necessidade de sua aplicação, de modo a trazer mais eficácia à responsabilização civil, uma vez que, conforme comentado, o paradigma ressarcitório não é mais suficiente na proteção dos direitos dos consumidores e na garantia do princípio da igualdade.

Ante todo o exposto, considerando, por óbvio, os argumentos das correntes que aqui se opõe, restou claro ser - o instituto da reparação punitiva - necessário e viável instrumento de inserção nas relações de consumo do Brasil, feitas às devidas adaptações ao pátrio sistema jurídico da Civil Law.

Por isso, na dimensão constitucional e legal, entende-se pela aplicabilidade do instituto da indenização punitiva, para a realização do preceito constitucional e legal dos direitos dos consumidores.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva: Os *punitive damages* na experiência do common law e na perspectiva do Direito brasileiro**. Rio de Janeiro, Forense, 2006.

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.

BELLI SR., Melvin M.. *Punitive Damages: Their History, Their Use and Their Worth in Present-Day Society*, in *UMKC Law Review*, vol. 49, n. 1, 1980, págs. 1/23.

BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

BRASIL, **Constituição de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 2/06/2017.

_____, **Código Civil de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 19/06/2017.

_____, **Tribunal de Justiça de São Paulo**. Relator: A.C.Mathias Coltro. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJSP/IT/APL_2133944320078260100_SP_1310966097386.pdf?Signature=30qZeOy6RcEMbqUrz3jgWfXbJD4%3D&Expires=1497310043&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=5635b7df043e4f1950eb73048b039a87. Acesso em: 12/06/2017.

CNJ, **Justiça em números 2016: ano-base 2015/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2016**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbb344931a933579915488.pdf>. Acesso em 11/06/2017.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil, volume 2**. – São Paulo: Saraiva, 2004.

D’ALESSANDRO, Elena. *Pronunce Americane di Condanna al Pagamento di Punitive Damages e Problemi di Riconoscimento in Italia*, in *Rivista di Diritto Civile*, anno LIII, n. 3, mag.-giug./2007, págs. 383/406.

DEAKIN, Simon; JOHNSTON, Angus; MARKESINIS, Basil. *Markesinis and Deakin’s Tort Law*, 6th ed., New York, Oxford, 2008.

DELGADO, Rodrigo Mendes. **O valor do dano moral: como chegar até ele**. 2. ed. Leme:

J.H Mizuno, 2004.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 17 ed., Rio de Janeiro, Forense, 2008.

GONÇALVES, Vitor Fernandes. **A Punição na Responsabilidade Civil: A indenização do dano moral e da lesão a interesses difusos**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

LEITE, Rafael Batista. **A função punitiva do dano moral**. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2010.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Responsabilidade Civil do Fabricante e a Defesa do Consumidor**, São Paulo, RT, 1992.

LOURENÇO, Paula Meira. **A Função Punitiva da Responsabilidade Civil**. Coimbra: Coimbra, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (*punitive damages* e o direito brasileiro). **Revista CEJ**, Brasília, n. 28, p.15-32, jan/mar, 2005.

MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à Pessoa Humana. Uma leitura civil-constitucional dos Danos Morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MINER, Michael L.. *Expanding Availability of Punitive Damages in Contract Actions*, in **Indiana Law Review**, vol. 8, 1975.

OLIVEIRA, Rodrigo Pereira Ribeiro de. **A responsabilidade civil por dano moral e seu caráter desestimulador**. Belo Horizonte: Arraes Editora, 2012.

RESEDÁ, Salomão. **A função social do dano moral**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

RHEINGOLD, Paul D. *The MER/29 Story-- An Instance of Successful Mass Disaster Litigation*. 56 *Cal. L. Rev.* 116 (1968). Disponível em: <www.scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol56/iss1/9/>. Acesso em: 12/06/2017.

RODRIGUES, Francisco César Pinheiro. Danos morais e punitivos. **Revista do Instituto dos**

Advogados de São Paulo – IASP, São Paulo, Ano 8, n. 15, p 173-200, jan.-jun./ 2005, p. 173-174.

ROLLO, Arthur Luis Mendonça. **Responsabilidade civil e práticas abusivas nas relações de consumo**: dano moral e *punitive damages* nas relações de consumo; distinções inconstitucionais entre consumidores. São Paulo: Atlas, 2011.

SANTOS, Antonio Jeová. Dano moral indenizável. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2003.

SERPA, Pedro Ricardo e. **Indenização Punitiva**. Dissertação de Mestrado apresentada ao Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2011

STJ - REsp: 1036485 SC 2008/0047870-0, Relator: **Ministra Nancy Andrighi**, Data de Julgamento: 18/12/2008, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 05/03/2009 Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6073984/recurso-especial-resp-1036485-sc-2008-0047870-0-stj>. Acesso em: 22/06/2017.

SUNSTEIN, Cass R; HASTIE, Reid; PAYNE, John W; SCHKADE, David A; VISCUSI, W. Kip. ***Punitive Damages : how juries decide***. 2002

UILAN, Eduardo. **Responsabilidade Civil Punitiva, Tese (Doutorado)** – Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2003.

VAZ, Caroline. **Funções da Responsabilidade Civil – Da Reparação à Punição e Dissuasão – Os *punitive damages* no Direito Comparado e Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ZANON, Patricie Barricelli. *Punitive Damages* no Direito do Consumidor Brasileiro. **Revista dos Estudantes de Direito da UnB**, 2016, p 231-244.

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.