

PUNITIVE DAMAGES NO DIREITO DO CONSUMIDOR BRASILEIRO

Patricie Barricelli Zanon¹

Submetido(*submitted*): 9 de setembro de 2016

Aceito(*accepted*): 21 de outubro de 2016

RESUMO

O presente artigo pretende analisar as controvérsias quanto à aplicação da doutrina dos *punitive damages* ao Direito do Consumidor no Brasil, a fim de identificar as vantagens e desvantagens da utilização dessa doutrina no âmbito das relações de consumo brasileiras. O método aplicado ao trabalho foi a pesquisa bibliográfica de doutrina nacional e internacional sobre o tema, bem como a análise de casos e jurisprudência. Ao fim da análise, constatou-se que enquanto parte da doutrina e da jurisprudência enfatiza as vantagens da aplicação do instituto ao Direito do Consumidor no Brasil, outra destaca elementos que considera uma ofensa ao sistema jurídico brasileiro. Desta forma, considerando os argumentos de ambos os entendimentos, o trabalho conclui que a aplicação do instituto ao Direito do Consumidor no Brasil pode torná-lo mais efetivo, desde que restrito a algumas hipóteses definidas, segundo determinados critérios e respeitando as particularidades do sistema jurídico brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: indenização punitiva; teoria do desestímulo; Direito do Consumidor.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the contentious issues related to the introduction of *punitive damages doctrine* to Brazilian consumer law in order to verify if its application would make consumer protection more effective. The method applied to this paper was the bibliographic research in national and international doctrines and case law. At the end of the analysis, it was verified that while part of the scholars and judges highlight the advantages of the institute's application in consumer law, others present some questionable elements that they consider a threat to Brazilian legal system. To sum up, considering the reasons from both positions, the paper concludes that the institute's application to Brazilian consumer protection would make it more effective if it was applied in certain well defined hypothesis, according some determined criteria and respecting the particularities of Brazilian legal system.

KEYWORDS: punitive damages; deterrence theory; consumer protection law.

A DOCTRINA DOS PUNITIVE DAMAGES

Embora as origens do instituto dos *punitive damages* remetam à Inglaterra, é inegável que foi nos Estados Unidos que tal instituto mais se desenvolveu.

O primeiro precedente de aplicação de *punitive damages* nos Estados Unidos remonta a 1784, no caso *Genay v. Norris*, em que foi aplicado como punição à má-fé do réu. Contudo, não estando a doutrina bem delineada na época, o instituto era utilizado muitas vezes de forma compensatória. Apenas em 1851 seus contornos foram definidos, com a deliberação da

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Especialista em Direito das Relações de Consumo pela Pontifícia Universidade Católica PUC-SP.

Suprema Corte do país, no sentido de que constituiria princípio estabelecido do *Common Law* a imposição pelo júri, em ações de indenização e em todos os casos de responsabilidade civil, de *exemplary*, *punitive* ou *vindictive damages*, tendo em consideração o grau da ofensa praticada pelo réu.

Posteriormente, em 1964, com o julgamento do caso *Rookes v. Barnard*, estabeleceu-se, com maior precisão, a natureza punitiva dos *exemplary damages* (ANDRADE, 2009, p. 180).

Segundo a doutrina firmada desde então, tem-se que o instituto dos *punitive damages* representa uma espécie de indenização punitiva, isto é, um tipo de indenização de valor variável que se soma à indenização compensatória, quando o dano advenha de uma conduta ofensiva baseada em grave negligência, má-fé ou dolo, com o intuito de punir o ofensor e não apenas de reparar o dano (MORAES, 2007, p. 7).

Nesse diapasão, verifica-se que o instituto dos *punitive damages* nos Estados Unidos deve ser estudado no âmbito da *Tort Law*, isto é, ramo do Direito que estuda a indenização que visa remediar dano causado por um *tort*, isto é, um ilícito civil, também como conhecido como *civil wrong* (GARNER, 1999, p. 1195).

Note-se que, dentro do ramo da responsabilidade civil norte-americana, uma categoria em que se destaca a utilização dos *punitive damages* é a *product liability*, categoria esta que integra a proteção do consumidor (GARNER, 1999, p. 982).

Vale observar que a responsabilidade por danos causados ao consumidor, em regra, é imposta sem o conhecimento sobre a existência de culpa (como negligência ou intenção/dolo), nos moldes da chamada *strict liability*, que em muito se assemelha à responsabilidade objetiva do Direito brasileiro (MERRIAM-WEBSTER, 1996, p. 291).

Neste sentido, verifica-se que, a princípio, segundo o texto do Restatement (Second) of Torts, parágrafo 908 (1) (1979), o instituto dos *punitive damages* possui duas finalidades principais: a punição do ofensor e o desestímulo de práticas semelhantes. Contudo, ressalta-se a existência de outras funções secundárias, dentre as quais se destaca a proteção do consumidor contra práticas comerciais fraudulentas ou ofensivas à boa-fé (OLIVEIRA, 2012, p. 32).

Imperioso ressaltar que a doutrina dos *punitive damages* norte-americana é parte integrante de um sistema jurídico conhecido como *Common Law* (Direito Costumeiro), o qual tem como fundamento a regra do *Stare Decisis*, também conhecida como *Doctrine of Precedents* (Regra dos Precedentes). A referida regra determina que o precedente, isto é, uma única ou várias decisões de uma *appellate court*, órgão coletivo de segundo grau, obriga

sempre o mesmo tribunal ou os juízes que lhe são subordinados e constitui a principal fonte de Direito, embora existam leis e normas que também o integram (SOARES, 2000, p. 40).

Nesta senda, convencionou-se dizer que a *Common Law* constrói-se basicamente a partir de fatos concretos, ou seja, de experiências vivenciadas, de forma que a evolução das regras e critérios de aplicação dos *punitive damages* se deu com base em casos concretos e emblemáticos.

O primeiro caso de aplicação de *punitive damages*, em razão de defeito de produtos, data de 1852, ano a partir do qual a jurisprudência começou a moldar os contornos internos do instituto, que ganhou uma nova dimensão em razão de dois casos emblemáticos relacionados à comercialização do medicamento MER 29, cujo objetivo era a redução do colesterol. Descobriu-se que a referida droga era causa de sérios efeitos colaterais, como, por exemplo, catarata nos olhos, tendo a droga sido administrada em aproximadamente 4.000 pessoas, rendido por volta de US\$ 7 milhões, e gerado 490 casos de catarata relatados, sendo que os dois primeiros julgamentos sobre o ocorrido tornaram-se *leading cases*.

Em 1967, em *Roginsky v. Richardson*, em sede de apelação, houve reforma da decisão excluindo os *punitive damages* arbitrados na sentença, com base nos argumentos de que não havia provas bastantes que indicassem que a má-fé ou abuso na conduta do fabricante e que a distribuição do produto em larga escala dera causa a inúmeros processos judiciais, o que poderia resultar na imposição de indenizações punitivas cumulativas, gerando um valor punitivo excessivo. Contudo, dois meses mais tarde em *Toole v. Richardson-Merrell Inc*, foi fixado pelo júri além da indenização, o valor de US\$ 500.000,00 adicionais como *punitive damages* que, mais tarde, foram reduzidos pelo juiz para US\$ 250.000,00, pois se constatou que a empresa fabricante agira com malícia, uma vez que sabia que o produto não era totalmente seguro, já que previamente havia realizado testes em animais e os resultados já apontavam a possibilidade do desenvolvimento de catarata nos olhos, além de distorcer alguns relatórios e não comunicar aos usuários sobre os efeitos colaterais (JUSTIA US LAW, 1967).

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

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

No referido caso, ocorrido em 1972, foram arbitrados *punitive damages* no valor de US\$ 125 milhões, além de verbas compensatórias para Grimshaw e herdeiros de sua avó, pois em laudo técnico constatou-se que o tanque do combustível havia se rompido com o impacto de uma colisão traseira e o líquido vazara para o compartimento dos passageiros, sendo que verificou-se, em relatórios, que os engenheiros da Ford haviam descoberto em testes realizados antes da colocação do veículo no mercado, a possível ocorrência deste defeito. Porém, como a linha de produção já se encontrava pronta, passaram a comercializar o produto de acordo com o projeto original, embora cientes de que ajustes de baixo custo poderiam solucionar o problema.

Cumprir informar que matéria jornalística publicada pouco tempo após o julgamento de Grimshaw, expôs que os defeitos do Ford Pinto teriam sido causa da morte de pelo menos 500 pessoas. Ainda na mesma matéria, foi revelado um memorando interno da empresa Ford, na qual fazia a comparação de gastos entre os custos que teria em média com as indenizações envolvendo o produto Ford Pinto e, de outro lado, o montante que seria gasto para corrigir os veículos com defeito. A conclusão do referido memorando era no sentido de que, estatisticamente, o pagamento de indenizações seria mais vantajoso sob o aspecto econômico, do que os gastos que teria para prevenir cerca de 180 mortes por ano, além de um número estimado de feridos (MOTHER JONES, 1977).

Mais adiante, em 1990, em um novo precedente foi abordada a importância da existência de balizas que indicassem padrões para a fixação dos *punitive damages*, no julgamento do caso BMW of North America. Inc. v. Gore, no qual a Suprema Corte utilizou-se de alguns critérios que desde então passaram a ser utilizados como fatores indicativos para cálculo da quantia devida a título de *punitive damages* (JUSTIA US LAW, 1995; MAYER BROWN, 2012).

A partir de então, de acordo com o caso supramencionado, foram estabelecidos três *guideposts*, ou seja, critérios, a fim de orientar e balizar a fixação dos *punitive damages*, identificando eventual excessividade: grau de reprovabilidade do réu; proporção entre dano efetivo ou potencial e a indenização punitiva; e diferença entre indenização e penalidades civis ou criminais previstas para casos similares (MORAES, 2004, p. 62).

Note-se que esses critérios foram confirmados no julgamento do caso State Farm v. Campbell e constituíram a estrutura da doutrina dos *punitive damages* (JUSTIA US LAW, 2002).

A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NO BRASIL

O sistema jurídico brasileiro, conhecido como *civil law*, baseia-se na tradição romano-germânica e tem como principal característica o fato de que seus princípios mais relevantes encontram-se compilados em códigos, os quais representam a fonte primária da lei, relegando a jurisprudência a segundo plano, ao contrário do que ocorre nos EUA.

Note-se que no sistema legal brasileiro existe uma hierarquia entre as leis, dentre as quais a Constituição Federal (BRASIL, 1988) é considerada a lei maior, isto é, está em uma posição de supremacia entre as demais, servindo de fundamento de validade, de modo que todas devam estar adequadas a seus preceitos.

Neste contexto, observa-se que o artigo 170 da Constituição Federal dispõe que a ordem econômica tem como objetivo garantir a todos uma existência digna, ou seja, condições mínimas e indispensáveis para que todo ser humano seja capaz de realizar-se de forma plena, sendo que a estruturação da ordem econômica a fim de alcançar o objetivo almejado deve, necessariamente, se pautar em determinados princípios, dentre os quais se destaca seu inciso V – defesa do consumidor.

Insta salientar que a previsão constitucional da defesa do consumidor tem base no artigo X, inciso III, da Constituição Federal que, ao dispor sobre os fundamentos da República Federativa do Brasil, se refere à garantia à dignidade da pessoa humana, sendo que o conceito de dignidade deve ser entendido de forma ampla, abarcando além da vida biológica, a realização de diversos direitos fundamentais e sociais, que garantem não apenas a mera existência, mas uma existência sadia.

Ademais, a defesa do consumidor, como um princípio obrigatório cujo intuito é garantir a qualidade de vida e protegê-la de eventuais violações foi construída em razão da observância de uma situação peculiar e intrínseca às relações de consumo: a existência de um grande desequilíbrio entre as partes do qual decorre a chamada vulnerabilidade do consumidor, uma vez que, conforme ensina Filomeno (2008, p. 3):

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

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

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

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

Neste diapasão, em resposta aos mandamentos constitucionais já analisados, é que em 11 de setembro de 1990, foi promulgada a Lei nº 8.078 de 1990 (BRASIL, 1990), a qual criou o Código de Defesa do Consumidor (CDC) que, embora seja norma privada, é considerado mandamento de ordem pública e força cogente, em razão de sua força constitucional. Tal norma representa uma compilação de normas que têm como ideia comum a proteção dos consumidores.

Outrossim, o CDC, além de elencar princípios norteadores e direitos básicos do consumidor, procura trazer a proteção ao consumidor em diversos momentos, dentre os quais se destaca a questão da responsabilidade civil e o dever de indenização.

O artigo 6 do referido diploma legal, ao elencar os direitos básicos do consumidor em seu inciso VI, estabeleceu a garantia do direito à efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos.

Nesse sentido, em consonância com o artigo supramencionado, o capítulo IV do CDC – Da Qualidade de Produtos e Serviços, da Prevenção e da Reparação dos Danos –, em suas Seções II e III, trata, respectivamente da Responsabilidade pelo Fato do Produto e do Serviço e da Responsabilidade pelo Vício do Produto ou do Serviço.

Cumprido esclarecer que, ainda que o Código Civil (BRASIL, 2002) já tenha regras definidas sobre a aplicação da responsabilidade civil, no CDC foi instituído um sistema de

responsabilidade civil diferenciado, uma vez que enquanto o primeiro aborda as regras gerais para civis que se encontram em igualdade, o segundo prevê o tratamento especial, isto é, desigual para os consumidores, em razão de sua vulnerabilidade.

Assim, observa-se que a responsabilidade civil no CDC em regra é objetiva, isto é, comprovada a existência de um dano e o nexo causal (a relação de causa entre a conduta do agente e o resultado danoso), configura-se a responsabilidade, independentemente da apreciação de culpa do ofensor (BENJAMIN et al, 2013, p. 163).

Além da responsabilidade objetiva, vale destacar que outro aspecto marcante do sistema de responsabilidade civil do CDC é que, em regra, a responsabilidade civil é solidária (nos moldes do art. 264 do Código Civil) entre todos os agentes econômicos envolvidos na relação de consumo.

MUDANÇA DE PARADIGMA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO DO CONSUMIDOR: RECONHECIMENTO DA FUNÇÃO PUNITIVA

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

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

Há que se considerar que, de acordo com parcela da doutrina, atualmente, se a produção se dá em série, os conflitos também se dão em série, uma vez que os fornecedores, movidos pela busca incessante do lucro, costumam serem adeptos à prática do “capitalismo selvagem”, isto é, avaliar economicamente se seria mais vantajoso atender às demandas dos consumidores e apresentar produtos seguros e de boa qualidade, ou apenas pagar eventuais indenizações quando necessário (ROLLO, 2011, p. 73).

Segundo Andrade (2009, p. 256), muitos fornecedores deixam de investir em mecanismos de prevenção e controle de qualidade mais rigorosos sobre os serviços prestados, ou ainda colocam no mercado produtos de qualidade inferior ou que não atendem a determinados padrões de segurança, pois tem certeza de que os eventuais gastos relacionados ao pagamento de verba indenizatória seriam economicamente mais vantajosos.

Diante do referido fenômeno, parcela da doutrina entende que uma das causas que vem estimulando o comportamento antiético dos fornecedores pode ser representada pelas indenizações afixadas em valores irrisórios (ROLLO, 2011, p. 73).

Verifica-se, portanto, que este cenário é propício para o desenvolvimento e a intensificação do debate sobre a aplicação de indenização com caráter punitivo no âmbito das relações de consumo, pois grande parte da doutrina e da jurisprudência tem defendido a introdução do instituto como uma forma de elevar seu poder de punir os fornecedores que desrespeitam os direitos dos consumidores, bem como coibir a reincidência de suas condutas maliciosas.

Segundo Andrade (2009, p. 220), este é o momento para discutir, seriamente, a introdução do paradigma penal no âmbito da responsabilidade civil, isto é, a superação da premissa de que, na esfera civil, a resposta jurídica ao dano deve ser, exclusivamente, a reparação. A corroborar, Oliveira (2012, p. 53) afirma que, é necessária a alteração do referido modelo e reconhece ao lado de sua tradicional função reparatória as funções preventivas e punitivas.

Saliente-se que, além de prevenir as práticas abusivas, a fim de superar a crise de eficácia do atual paradigma de responsabilidade civil na defesa do consumidor, para parte da doutrina tem se mostrado essencial a introdução da função punitiva, pois há situações em que a reparação e a prevenção do dano não obterão a eficácia pretendida. Nessas hipóteses, é importante que exista a função punitiva da responsabilidade civil, a fim demonstrar ao consumidor que ainda que não tenha sido possível prevenir o dano ou repará-lo integralmente, haverá alguma retribuição (ANDRADE, 2009, p. 299).

APLICAÇÃO DOS *PUNITIVE DAMAGES* AO DIREITO DO CONSUMIDOR NO BRASIL: TEORIA DO DESESTÍMULO E DA JURISPRUDÊNCIA

Conforme demonstrado, houve uma intensificação no debate sobre a função punitiva da indenização por dano moral, bem como sobre a necessidade de alteração do paradigma tradicional de responsabilidade civil no âmbito das relações de consumo no Brasil.

Verificou-se, ainda, que os defensores da aplicação do instituto dos *punitive damages* encontram os fundamentos para sua introdução no ordenamento jurídico pátrio.

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

Insta salientar que, de acordo com a referida doutrina, na fixação da indenização pelos danos morais sofridos, deve o Magistrado estabelecer um valor capaz de impedir ou dissuadir práticas semelhantes, assumindo forma de verdadeira punição criminal no âmbito civil (DELGADO, 2004, p. 217).

A corroborar, Bittar complementa afirmando que, se por um lado é necessário que o agente sinta as consequências da resposta do ordenamento jurídico para que o sistema tenha eficácia, por outro se faz mister dotar-se a reparação cabível de expressão que sirva de exemplo para a sociedade, tudo para a realização de sua função inibidora (BITTAR, 1994, p. 229).

Frise-se que, embora não seja pacífica a aplicação da teoria em análise, existindo divergências sobre seu conteúdo, esta vem sendo bastante utilizada pela jurisprudência.

Em notícia de 2009 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) 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: “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” (MIGALHAS, 2009).

Ainda tratando da importância da teoria do desestímulo, tem-se o voto da ministra Nancy Andrichi, em que ambas as partes pediam a alteração do *quantum* indenizatório fixado em razão de acidente de carro, cuja causa fora defeito de fabricação do produto e provocou a morte de familiares dos autores. A ministra, levando em conta critérios de razoabilidade para quantificação (inclusive a possibilidade de enriquecimento ilícito), ressalta que em razão das circunstâncias do caso concreto, em caráter de excepcionalidade, o valor da indenização não pode ser aquele comumente aplicado pelo Tribunal, a fim de que se possa atender à função social da condenação, qual seja, o desestímulo da reincidência (STJ, 2008).

Nessa mesma linha de entendimento, em recente decisão que versa sobre recusa da operadora de plano de saúde em autorizar tratamento a que estivesse legal ou contratualmente obrigada, o ministro Sidnei Benneti, a exemplo do já decidido em 2012 (STJ, 2012), considerou devidos os danos morais, observando o caráter de desestímulo e o combate ao enriquecimento ilícito (STJ, 2013).

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

À guisa de exemplo tem-se a decisão do desembargador Paulo Barcellos Gatti do Tribunal de Justiça de São Paulo, bem como a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em razão da discussão sobre *quantum* indenizatório devido em ação contra empresa de telefonia (TJ-RS, 2013; TJ-SP, 2014).

Entretanto, não se pode olvidar que, independente da tendência jurisprudencial de aplicação da teoria da indenização punitiva ao direito brasileiro, inclusive no âmbito das relações de consumo, ainda existem decisões no sentido contrário, como o julgamento de apelação do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, segundo o qual o ordenamento jurídico pátrio prescinde de amparo legal para a existência da teoria do desestímulo (TJ-MG, 2011).

Há que se observar que os fundamentos das decisões que denegam a aplicação da teoria do desestímulo e da indenização punitiva, em geral são compartilhados por parcela da doutrina e representam objeto das controvérsias quanto à aplicação no Brasil.

Desse modo, faz-se mister analisar as principais controvérsias relativas à aplicação da indenização punitiva no Brasil, em especial no âmbito das relações de consumo.

PRINCIPAIS CONTROVÉRSIAS QUANTO À APLICAÇÃO DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA NO BRASIL

Separação entre direito público e privado

Sem dúvida uma das principais objeções à aplicação da indenização punitiva no Brasil que se destaca é a alegação de contrariedade ao modelo jurídico tradicional brasileiro de separação das esferas pública e privada do Direito, na medida em que se trata de um instituto civil, embora possua natureza penal.

Vale lembrar que no ordenamento jurídico brasileiro parte-se do princípio que responsabilidade civil somente seria destinada a reparar ou ressarcir o dano, tanto material quanto moral, de modo que às situações voltadas ao caráter pedagógico ou sancionador, deveriam ser aplicados os preceitos de direito público e a questão da censura ao ato ilícito ficaria restrita apenas à responsabilidade penal que, em razão de pertencer a outro grupo, se manteria afastada da civil (RESEDÁ, 2009, p. 271).

Nesse sentido, segundo parcela da doutrina, a introdução do instituto da indenização punitiva no Brasil ensejaria a criação de um sistema paralelo, que se situaria entre o âmbito civil e o penal, configurando um sistema misto civil-penal, um sistema eclético, inadmissível

e impraticável dentro da técnica jurídica, uma vez que se trata de ramos que possuem particularidades muito específicas que os distinguem e os colocam em lados diametralmente opostos (DELGADO, 2004, p. 219).

Entretanto, não obstante as críticas que se faz em relação à mescla de ramos do Direito, insta salientar que parcela da doutrina defende a aplicação da teoria do desestímulo no Direito brasileiro e considera saudável e necessária a fusão dos ramos público e privado, de modo a admitir o caráter sancionatório da indenização civil como forma de equilibrar as novas relações econômicas e sociais, das quais decorrem comportamentos reincidentes e abusivos, principalmente no que se refere ao Direito do Consumidor (MORAES, 2007, p. 25; ANDRADE, 2009, p. 230).

Ademais, Oliveira afirma que “no que tange ao fato a aplicação de uma sanção de natureza penal no âmbito do Direito Civil, temos que tal fusão não é, nem deve ser, novidade para o nosso direito pátrio” e exemplifica citando a cláusula penal, juros de mora, pagamento em dobro, *astreintes* e a restituição em dobro prevista no Código de Defesa do Consumidor (OLIVEIRA, 2012, p. 72).

Por outro lado, Theodoro Junior, reafirmando seu posicionamento em defesa da separação absoluta entre os ramos do Direito, assevera que ainda para tais institutos a separação se mantém, pois não possuem verdadeiramente a função de punir, mas apenas de assegurar obrigações civis (THEODORO JUNIOR, 2001, p. 61).

Os defensores da aplicação do instituto no Brasil, por sua vez, a exemplo de Salomão Resedá, entendem que a insistência na separação absoluta dos sistemas e a negação do caráter punitivo em relação à responsabilidade civil representam um retrocesso para o Direito brasileiro, pois atualmente deve-se ter em mente o objetivo de garantir a efetiva proteção à pessoa e, conseqüentemente, à sociedade (RESEDÁ, 2009, p. 274).

Desse modo, resta claro que inexistente uma convergência de opiniões no que tange à separação entre direito público e privado. Uma vez que, enquanto uns negam o caráter punitivo da indenização, outros enxergam na pena privada uma mudança necessária para o processo evolutivo da responsabilidade civil, a fim de assegurar a resolução dos novos conflitos da sociedade moderna.

Ofensa ao princípio da legalidade

Outra crítica feita com frequência à aplicação do instituto da indenização punitiva é a ofensa ao princípio da legalidade.

Conforme citado previamente, o Brasil é um país regido pelo sistema jurídico da *civil law*, isto é, se desenvolve com base em leis e normas e, nesse contexto, destaca-se o artigo 5,

inciso II, da Constituição Federal, que explicita o princípio da legalidade, segundo o qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei e consagra a importância da lei no sistema jurídico nacional.

Note-se que, de acordo com o princípio mencionado, o qual se espalha por todos os ramos do Direito, para que um instituto jurídico exista no ordenamento jurídico brasileiro, deverá obrigatoriamente encontrar respaldo em algum dispositivo legal, não podendo ser introduzido meramente em razão da experiência.

Nesta esteira, para parcela da doutrina, a introdução da indenização punitiva no sistema brasileiro não encontra guarida no ordenamento jurídico nacional, uma vez que a indenização punitiva não encontra sustentação em qualquer dispositivo do nosso sistema legal.

Frise-se que a ofensa ao princípio da legalidade tem ainda sido levantada como argumento para questionar decisões jurisprudenciais baseadas na teoria do desestímulo, a qual importa a utilização da indenização punitiva para território pátrio (THEODORO JUNIOR, 2001, p. 52).

Outrossim, faz-se mister salientar que foram feitas inúmeras tentativas de tentar suprir a ausência de legalidade do instituto em questão, contudo, sem sucesso. Destacam-se dois projetos de lei: um na área cível e outro no ramo do Direito do Consumidor a fim de, respectivamente, introduzir no CDC, de forma expressa, uma versão brasileira do instituto; e outro de acrescentar um parágrafo segundo o artigo 944 do Código Civil, estipulando que a indenização constituir-se-ia tanto da compensação, como do adequado desestímulo ao lesante.

Ressalte-se que ambos os projetos de lei não foram aprovados, uma vez que enquanto aquele referente à seara civil não se mostrava suficiente e eficaz (pois não estabelecia os critérios para aplicação do instituto, deixando-os nas mãos dos magistrados, o que poderia resultar em decisões arbitrárias), o outro que incluía o instituto no CDC foi vetado ante a alegação de que outras normas do próprio Código já dispunham “de modo cabal” sobre a reparação do dano sofrido pelo consumidor.

Evidencia-se, portanto, que apesar das tentativas de dizimar esta celeuma, a questão da compatibilidade do instituto dos *punitive damages* com o princípio da legalidade ainda persiste e constitui um dos principais argumentos contrários à sua introdução no país.

Todavia, embora de fato não exista no ordenamento jurídico brasileiro vigente qualquer referência explícita à aplicação dos *punitive damages*, há quem defenda que o instituto encontra raízes constitucionais no artigo 1º, inciso III e 5, incisos V e X da Carta Magna, os quais versam, respectivamente, sobre o princípio da dignidade humana (um dos fundamentos do próprio estado democrático de direito), sobre o reconhecimento dos direitos de

personalidade e o direito à indenização por dano moral, além de configurar um instrumento para proteção das referidas garantias, uma vez que têm como objetivo trazer maior eficácia à responsabilidade civil, garantindo indenizações justas e preservando os direitos da personalidade e a dignidade dos indivíduos (ANDRADE, 2009, p. 238).

Outrossim, os defensores da indenização punitiva no Brasil afirmam que embora se aproxime mais da seara penal do que outros institutos civis, este seria sim um instituto de ordem civil e, portanto, não estaria sujeito aos desdobramentos do princípio da reserva legal nessa seara (RESEDÁ, 2009, p. 276).

Além disso, os defensores da aplicação da indenização punitiva no Brasil entendem que o artigo 944 do Código Civil, que preconiza que a reparação mede-se pela extensão do dano, combinado com seu parágrafo único, o qual determina a aferição de equidade e grau de culpa do ofensor pelo juiz no momento da fixação do dano, representa uma relativização do caráter exclusivamente restritivo da responsabilidade civil e, portanto, a indenização punitiva é aplicável ao Direito brasileiro (OLIVEIRA, 2012, p. 76).

Por outro lado, segundo parcela da doutrina que possui opinião diametralmente oposta, o artigo 944 do Código Civil constitui uma proibição expressa em relação à utilização da indenização punitiva no Brasil.

Especificamente em relação ao Direito do Consumidor, frisa-se que, embora alguns doutrinadores entendam não ser aplicável a indenização punitiva em razão da ausência de menção expressa, como já mencionado, na opinião de Oliveira há que se observar que o CDC já traz em seu bojo institutos civis que abarcam a função punitiva-preventiva (restituição em dobro do parágrafo único do artigo 42 e a *astreintes* que consta do artigo 84) e destacam sua importância, de tal sorte que não haveria qualquer óbice à aplicação do instituto dos *punitive damages* no âmbito das relações de consumo, pois estariam de acordo com a tendência que o diploma legal persegue.

Desse modo, evidencia-se que a questão da legalidade da indenização punitiva no Brasil alberga opiniões díspares e, embora existam duras críticas a sua aplicação, parte da doutrina rebate-as, procurando demonstrar perfeita harmonia do instituto com o princípio da legalidade.

Excesso nas indenizações

Outra das principais críticas à aplicação dos *punitive damages* no Brasil é que, a exemplo do que ocorre nos Estados Unidos, a introdução do instituto no Brasil poderia ensejar o arbitramento de indenizações completamente desproporcionais em relação ao dano, ou ainda, concedidas com base em motivos insignificantes.

Segundo Moraes, nos EUA, desde os anos 70, observa-se uma tendência, especialmente no que se refere a danos decorrentes de acidentes de consumo (*product liability*), de que o valor das indenizações, quando em presença dos *punitive damages*, supera com alguma frequência a faixa de um milhão de dólares (MORAES, 2004, p. 56).

Note-se que, como consequência natural deste arbitramento excessivo de indenizações, tem-se a criação de um estado de instabilidade da sociedade norte-americana, isto é, as pessoas convivem com o medo constante de serem processadas, em razão das circunstâncias comezinhas e de somenos importância (DELGADO, 2004, p. 277).

Contudo, inobstante à ideia de que a aplicação dos *punitive damages* autoriza a fixação de indenizações excessivas e injustas, há quem defenda que esta tendência não atingiria o Brasil do mesmo modo como se deu nos EUA, em função da estrutura do sistema jurídico vigente.

Como mencionado, nos EUA a indenização é arbitrada pelos júris, composto por cidadãos leigos, de forma que a ausência de tecnicidade e imparcialidade, para alguns autores, contribuiria para um excesso na fixação do *quantum indenizatório*, especialmente nas questões relativas ao Direito do Consumidor. No Brasil, contudo, as causas de responsabilidade civil são julgadas por juízes togados que devem julgar de maneira técnica e imparcial.

Ademais, os defensores da aplicação dos *punitive damages* no Brasil ressaltam que a garantia ao duplo grau de jurisdição garante a revisão de decisões de primeiro grau, de tal sorte que, havendo uma sentença excessivamente desproporcional, o Tribunal poderá reformá-la (ANDRADE, 2009, p. 273).

Além do mais, sendo a indenização por dano moral matéria de cunho constitucional, tanto o STJ, como o Superior Tribunal Federal (STF) apresentam competência para julgamento, de tal sorte que pode haver revisões sucessivas em relação ao *quantum indenizatório* (ANDRADE, 2009, p. 274).

Assim, embora o excesso no valor das indenizações seja objeto de grande indignação em relação à aplicação da indenização punitiva no Brasil, há quem entenda desnecessária tal preocupação, em razão da estrutura legal que resguarda nosso sistema de responsabilidade civil.

Enriquecimento sem causa e indústria do dano moral

Outra crítica que se faz à aplicação da indenização punitiva no Brasil é o enriquecimento sem causa do ofendido, já que no Brasil o valor fixado a título de *punitive damages* tem sido direcionado à vítima (SCHREIBER, 2013, p. 213).

Nesse sentido, Delgado alerta para o fato de que o possível enriquecimento sem causa pode ensejar a criação de uma indústria do dano moral, na qual as pessoas sentir-se-iam estimuladas pelo vultoso valor das indenizações a ingressar em juízo, com ações temerárias, visando à reparação de danos morais (DELGADO, 2004, p. 243).

Inobstante os argumentos de parcela da doutrina que corrobora com o entendimento acima exposto, há que se ressaltar a existência de opiniões diversas segundo as quais não há que se falar em enriquecimento sem causa, pois os *punitive damages* se fundam na previsão legal de reparação de um dano causado por ato lesivo (MORAES, 2007, p. 302).

Ainda, vale lembrar que tem se desenvolvido no Brasil uma corrente que admite a existência do enriquecimento da vítima, embora este não seja sem causa, porém entende que esse não pode ser um óbice à função social de sua aplicação, uma vez que, segundo o princípio da proporcionalidade, o enriquecimento não seria uma consequência relevante ante os benefícios sociais da indenização punitiva (ANDRADE, 2009, p. 276).

Dessa forma, diante das controvérsias e a fim de evitar o enriquecimento sem causa do ofendido, mas garantindo a função social da indenização punitiva, alguns doutrinadores sugerem a destinação da verba indenizatória a estabelecimentos de beneficência ou fundos públicos em benefício da sociedade, assim como já ocorre, em alguns casos, nos Estados Unidos e na Polônia.

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

Pressupostos específicos da aplicação dos *punitive damages* ao Direito do Consumidor no Brasil

Compreendidas as principais controvérsias acerca dos *punitive damages* no Direito brasileiro, faz-se mister ressaltar que os defensores desta doutrina entendem que o instituto é perfeitamente aplicável ao ramo do Direito do Consumidor desde que, além dos pressupostos gerais do dever de indenizar (dano, nexa causal e conduta) já estudados em capítulo anterior, estejam presentes os seguintes pressupostos específicos: ocorrência de dano moral e culpa grave do ofensor.

Ocorrência de dano moral

Como já explanado, em outros países, a exemplo dos Estados Unidos, a aplicação dos *punitive damages* não exclui as hipóteses de indenização por dano material. Contudo, no Brasil, a utilização do referido instituto encontra grande resistência por parte da doutrina e da

jurisprudência não apenas pela ausência de regra expressa, mas, principalmente, em razão da disposição legal no sentido que a indenização material será medida pela extensão do dano.

Desse modo, ao se aplicar uma indenização punitiva majorada ainda que com caráter preventivo, haveria uma violação direta a esta, razão pela qual entende-se ser pressuposto para a aplicação dos *punitive damages* no Direito brasileiro a ocorrência de dano moral.

Segundo Andrade, no que tange aos danos morais, a ausência de regra específica no ordenamento jurídico brasileiro sobre a aplicação dos *punitive damages* não impede a utilização do instituto, pois este se fundamenta em princípios constitucionais que têm como objetivo a proteção de determinados direitos.

Outrossim, no que se refere aos danos morais, inexistente a correlação entre indenização e extensão do dano, uma vez que este é de valor imensurável, implicando uma aferição subjetiva, sem qualquer precisão.

Dessa forma, considerando que o Direito do Consumidor no Brasil admite reparações tanto de danos patrimoniais como extrapatrimoniais, não haveria óbices à aplicação dos *punitive damages* nessa seara, desde que a aplicação de tal instituto se limite às hipóteses de ocorrência de dano moral (ANDRADE, 2009, p. 263).

Culpa grave do ofensor

Primeiramente, vale lembrar que, no que tange à responsabilidade civil no Brasil, tanto no âmbito do Direito Civil como no Direito do Consumidor, a culpa é tratada de forma ampla, ou seja, desconsidera-se o grau de culpa (grave, leve, levíssima) do agente ofensor, sendo a indenização medida pela extensão do dano.

Contudo, de acordo com Andrade (2009, p. 265) quando se trata de indenização punitiva, em razão de seus aspectos retributivo e preventivo, é imprescindível que se faça a referida diferenciação entre as espécies e os graus de culpa, de tal sorte que a indenização punitiva somente pode ser aplicada quando a conduta do agente tenha sido dolosa, isto é, intencional e consciente, ou quando este tenha agido com culpa grave que nos dizeres de Cavalieri é a atuação com “grosseira falta de cautela” (CAVALIERI FILHO, 2005, p. 57).

Assim, parcela da doutrina se opõe à aplicação da indenização civil especificamente nas relações de consumo no Brasil, uma vez que a identificação da culpa grave é pressuposto desse instituto (MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005, p. 21).

De fato, os *punitive damages* não devem ser aplicados àqueles que respondem objetivamente, uma vez que essa responsabilidade é baseada apenas no risco de determinada atividade. Entretanto, segundo Andrade (2009, p. 268) devem-se fazer duas ressalvas à regra geral supracitada: sempre que o dano moral decorrer de obtenção de lucro com ato ilícito, será

possível a aplicação dos *punitive damages* independentemente do grau de culpa do agente, uma vez que não seria razoável a manutenção por este da vantagem que obteve; na hipótese de responsabilidade objetiva, agindo o ofensor, comprovadamente, com dolo ou culpa grave, poderão ser aplicados os *punitive damages*, uma vez que a responsabilidade objetiva em nada impede que durante o trâmite do processo judicial seja comprovada a existência de dolo ou culpa grave.

Assim, verifica-se que, segundo os defensores da aplicação dos *Punitive Damages* estes são aplicáveis ao Direito brasileiro e inclusive no Direito do Consumidor, porém requer-se que a conduta do agente tenha sido praticada com dolo ou culpa grave, configurando uma aplicação excepcional em hipóteses determinadas.

CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, verifica-se que, embora a jurisprudência já aplique a indenização punitiva há algum tempo, com grande destaque na área consumerista, tendo inclusive construído uma teoria para aplicação dos *punitive damages* no Brasil, esta ainda é uma matéria incipiente e de grande celeuma na doutrina, pois enquanto alguns autores encontram verdadeiras impossibilidades na sua aplicação, outros afirmam que mais do que viável, se faz necessária a sua aplicação para criar um novo paradigma de responsabilidade civil que traga mais eficácia à proteção dos direitos do consumidor.

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

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. 340 p.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e Benjamin; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 512 p.

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

BRASIL. *Código Civil*. Congresso Nacional, 2002.

BRASIL. *Código de Defesa do Consumidor*. Congresso Nacional, 1990.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Assembleia Nacional Constituinte, 1988.

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

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

FILOMENO, José Geraldo de Brito. *Curso fundamental de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo, Ed. Atlas, 2008. 218 p.

GARNER, Bryan A. *Black's law dictionary*. 7. ed. Saint Paul: West Group, 1999. 1323 p.

JUSTIA US LAW. BMW of North America, Inc. v. Gore case, 11 out. 1995. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/517/559/>>. Acesso em: 12 dez. 2013.

JUSTIA US LAW. State Farm Mut. Automobile Ins. Co. v. Campbell case, 11 dez. 2002. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/538/408/case.html>>. Acesso em: 13 dez. 2013.

JUSTIA US LAW. Toole v. Richardson-Merrell Inc, 12 jun. 1967. Disponível em: <<http://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/2d/251/689.html>>. Acesso em: 12 out. 2015.

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.

MAYER BROWN. Punitive Damages After BMW of North America, Inc. v. Gore, 27 abr. 2012. Disponível em: <<https://m.mayerbrown.com/Files/Publication/97bb91ff-d44a-4fd4->

8857-747814c30b15/Presentation/PublicationAttachment/98cf9694-6811-4e65-8591-f7afd1ae264c/BMW-v-Gore.pdf >. Acesso em: 11 dez. 2013.

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

MIGALHAS. STJ busca parâmetros para uniformizar valores de danos morais, 14 set. 2009. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI92810,41046-STJ+busca+para+metros+para+uniformizar+valores+de+danos+morais>>. Acesso em: 7 set. 2015.

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

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

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

OLIVEIRA, Rodrigo Pereira Ribeiro de. *A responsabilidade civil por dano moral e seu caráter desestimulador*. Belo Horizonte: Arraes Editora, 2012. 108 p.

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

ROLLO, Arthur Luis Mendonça. *Responsabilidade civil e práticas abusivas nas relações de consumo: dano moral e punitive damages nas relações de consumo; distinções institucionais entre consumidores*. São Paulo: Atlas, 2011. 183 p.

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

SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law – introdução ao direito dos EUA*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 197 p.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. AgRg no AREsp nº 148.113, 29 jun. 2012. Rel. Min. Sidnei Benneti. Disponível em: <stj.jus.br>. Acesso em: 12 out. 2015.

_____. AgRg no AREsp nº 1.373.969, 19 jun. 2013. Rel. Min. Sidnei Benneti. Disponível em: <stj.jus.br>. Acesso em: 12 out. 2015.

_____. REsp. nº 1.036.485, 18 dez. 2008. Rel. Min. Nancy Andrichi. Disponível em: <stj.jus.br>. Acesso em: 12 out. 2015.

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

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS – TJ-MG. Apelação nº 1.0701.09.291337-8/001, 26 mai. 2011. Rel. Des. Dídimio Inocêncio de Paula. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 12 out. 2015.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL – TJ-RS. Apelação nº 70056112337, 18 dez. 2013. Rel. Des. Walda Maria Melo Pierro. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 12 out. 2015.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO – TJ-SP. Apelação nº 0027178-48.2011.08.26.0224, 3 fev. 2014. Rel. Des. Paulo Barcellos Gatti. Disponível em: <www.tjsp.jus.br>. Acesso em: 12 out. 2015.