

OS *PUNITIVE DAMAGES* NAS INDENIZAÇÕES POR DANOS MORAIS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO DO BRASIL

André Luiz Rufino de Sá¹
Geraldo Ismar Lopes Júnior²

RESUMO

Estuda-se a figura jurídica dos *punitive damages*, partindo do seu conceito e historicidade, assinalando suas hipóteses de incidência no estudo da responsabilidade civil no direito norte-americano. A partir do conhecimento da gênese dessa figura jurídica, utiliza-se do direito comparado, partindo-se de uma visão dialética e de uma análise indutiva para averiguar a necessidade e viabilidade de sua utilização no ordenamento jurídico brasileiro. Destaca-se, para tanto, através de precedentes judiciais, a fragilidade da responsabilização civil de caráter compensatório adotado no Brasil, que se mostra ineficiente em acautelar os direitos dos consumidores e em preservar o equilíbrio contratual nas relações de consumo. Com isso, aponta-se a forma jurídica adequada para que se utilizem os *punitive damages* em nosso ordenamento, quando os fornecedores causam danos de ordem moral aos consumidores por agirem com negligência grosseira e notória indiferença pelos direitos destes.

Palavras chave: *Punitive Damages*; Danos morais; Negligência grosseira; Relações de consumo.

ABSTRACT

THE PUNITIVE DAMAGES IN MORAL DAMAGES OF CONSUMER RELATIONS IN BRAZIL

We study the legal concept of punitive damages, starting from its concept and historicity, marking their chances of incidence in the study of civil liability in American law. From the knowledge of the genesis of this legal concept, we use comparative law, starting from a dialectical vision and an inductive analysis to determine the need and feasibility of its use in the Brazilian legal system. It is noteworthy, therefore, through judicial precedent, the weakness of civil liability for compensatory character adopted in Brazil, which proves ineffective in safeguarding consumer rights and preserve the contractual balance in consumer relations. With this, it points to the appropriate legal form for the punitive damages are used in our system,

¹Bacharelado em Direito pelo Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. E-mail: andrerufino.sa@gmail.com

² Professor Orientador do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. E-mail: geraldolopesjr@yahoo.com.br

when suppliers moral harm to consumers by acting with gross negligence and egregious disregard for the rights of these.

Keywords: Punitive Damages; Moral damages; Gross negligence; Consumer relations.

1INTRODUÇÃO

A motivação para este estudo reside na aparente insuficiência do modelo de responsabilidade civil adotado no Brasil, o qual tem se mostrado ineficiente em prevenir a repetição de condutas ofensivas dos fornecedores em relação aos consumidores, gerando reiterados danos de ordem moral e fomentando um desequilíbrio contratual em desfavor dos consumidores nas relações de consumo.

Partindo-se dessa constatação, que se torna possível a partir de uma visão dialética e de uma análise indutiva pautada nos precedentes judiciais brasileiros, busca-se comprovar que o instituto dos *punitive damages*, figura jurídica dos países do sistema da *common law*, seria uma ferramenta capaz de coibir as negligências grosseiras dos fornecedores, evitando as reiteradas violações aos direitos dos consumidores e devolvendo o equilíbrio contratual nas relações de consumo.

Neste sentido, propõe-se uma análise acurada sobre o instituto dos *punitive damages* (danos punitivos), através da delimitação de seu conceito, das suas hipóteses de incidência nos casos concretos, os fins que almeja e da sistemática para sua aplicação na prática.

Visando atingir tal desiderato, elabora-se inafastável retomada histórica dessa parcela de natureza indenizatória punitiva, destacando os Estados Unidos da América como o país que melhor desenvolveu e aplicou tal instituto, especialmente nas relações de consumo.

Através do aprofundamento do estudo dos *punitive damages* no direito comparado, nota-se que os fornecedores, por diversas vezes, agem pautados apenas na racionalidade econômica. Deste modo, após a realização de um estudo de risco-benefício, se eles chegarem à conclusão de que o investimento, para adequar seu produto ou serviço aos padrões de qualidade, saúde e segurança dos consumidores, supera a eventual quantia a título de danos compensatórios (*compensatory damages*),

que teriam que pagar se fossem eventualmente processados e condenados, por óbvio que vão preferir se omitir, face aos investimentos onerosos que teriam de proceder.

Deveras, a partir desses dados, faz-se uma análise da fragilidade do sistema compensatório dos danos morais adotados no Brasil, sublinhando-se que a fixação dos danos compensatórios (*compensatory damages*), invariavelmente, são previsíveis, face o teto de seu *quantum*, muitas vezes anunciado pelos tribunais superiores (STJ) (RESP 1213857 RS) (BRASIL, 2014), fator que incentiva o risco calculado dos fornecedores. Nesta esteira, propõe-se o exame da melhor forma de aplicação dos *punitive damages* dentro das relações de consumo do Brasil.

20 CONCEITO E A GÊNESE DOS *PUNITIVE DAMAGES*

Os *punitive damages* são uma espécie indenização com finalidade de punição ou sanção civil originária no direito Britânico, utilizada historicamente nos países integrantes do sistema jurídico da *common law*, podendo ser literalmente traduzido como danos punitivos (MICHAELIS, 2009). Foi complexamente desenvolvido, estudado e aplicado no ordenamento jurídico norte-americano.

Segundo o *Black's Law Dictionary Free* ³ (FREE, 1910), os *punitive damages* se definem como:

O ônus indenizatório imposto a uma pessoa devido a uma negligência que causou injúrias pessoais ou danos a propriedade de outrem. É uma indenização mais custosa do que o bem jurídico lesionado. É o pagamento, por parte da pessoa que lesou, a pessoa lesionada, como punição por seu comportamento imprudente. (BLACK'S, 1910)

A conceituação mais precisa do que seriam os *punitive damages*, contudo, encontra-se no *Restatement of Law* ⁴, especificamente em seus livros do *Restatement of Torts*, que cuidam dos atos ilícitos no âmbito civil, no direito norte-americano.

³Segundo o dicionário de expressões jurídicas do direito norte-americano: "The costs that are awarded to a person due to negligence that has caused personal injury or damage to personal property. It is more than the item is worth but considerably so. It is a payment by the person to the injured party as a punishment for reckless behaviour."

⁴O *Restatement of Law* é uma espécie de compilação doutrinária, composta por diversos livros divididos em ramos do direito, à exemplo do *Restatement of Torts* editado e atualizado periodicamente pela *American Law Institute*, com a finalidade de promover a interpretação e pacificação das normas da *common law* norte-americana.

Segundo o *Rastatement (second) of Torts*⁵, os *punitive damages* podem ser conceituados da seguinte forma:

Danos punitivos são aqueles diferentes dos danos compensatory (compensatórios) ou nominal damages (reparatórios), estabelecidos contra alguém para puni-lo por sua conduta ultrajante e para dissuadi-lo de outras condutas assemelhadas no futuro.

Os *punitive damages* descendem do ramo do direito privado que estuda os atos ilícitos no âmbito civil (*Tort Law*)⁶ (BLACK'S, 1910), equiparável, em nosso ordenamento, ao ramo de estudo da responsabilidade civil. O *Tort Law*, deveras, “Engloba um conjunto de normas que regula ações civis decorrentes de prejuízos causados por transgressões de outros, e os casos de responsabilidade civil são tão variados quanto às atividades humanas que criam risco de dano” Shapo (apud Vaz, 2009, p. 48).

Assim, pode-se afirmar que os *punitive damages* são equivalentes a uma parcela de natureza indenizatória, destinada a punir aquele que lesa outrem. São diferentes da indenização de cunho compensatório (*compensatory damages*) ou reparatório, mas que encontra sua aplicação no campo do direito civil e pode ter lugar quando deflagrada uma conduta reprovável de um determinado ofensor ou grupo de ofensores, de modo a dissuadi-los do cometimento de condutas lesivas futuras do mesmo gênero.

Os danos punitivos (*punitive damages*) almejam atingir uma dupla finalidade, quaijssejam, a de punição do ofensor, por sua conduta reprovável, assim como a prevenção de condutas futuras. Neste meandro, diz-se que “os *punitive damages* eram atribuídos como forma de punir o agente e prevenir que este, ou outros membros da sociedade, adotassem tal comportamento” (LOURENÇO, 2006, pag. 170).

⁵Emsua redação original: “Punitive damages are damages, other than compensatory or nominal damages, awarded against a person to punish him for his outrageous conduct and to deter him others like him from similar conduct in the future”.

⁶Emsua redação original: “Wrong ; injury; the opposite of right So called, according to Lord Coke, be cause it is wrested, or crooked, being contrary to that which is right and straight. Co. Litt 1586. In modern practice, tort is constantly used as au English word to denote a wrong or wrongful act, for which an action will lie, as distinguished from a contract. 3 Bl. Comm. 117. A tort is a legal wrong committed upon the person or property independent of con- tract. It may be either (1) a direct invasion of some legal right of the individual; (2) the infraction of some public duty by which special damage accrues to the individual; (3) the violation of some private obligation by which like damage accrues to the individual. In the former case, no special damage is necessary to entitle the party to recover. In the two latter cases, such damage is necessary. Code Ga. 18S2”.

Neste aspecto, pode-se concluir que os *punitive damages*, ou *exemplary damages*, correspondem a uma indenização diversa daquela fixada a título de compensação ou reparação pelo dano causado. Trata-se, então, de uma indenização autônoma.

Ainda tratando de definir o caráter de indenização autônoma dos *punitive damages*, pode-se aduzir que “constituem os *punitive damages*, portanto, uma soma de valor variável, estabelecida em separado dos *compensatory* ou *nominal damages*”. (ANDRADE, 2003, p. 136).

Sem embargo, aquele ofensor que causa um dano a outrem, seja ele material ou não, quebrando com o dever jurídico de não infringir direito alheio, tem o dever jurídico sucessivo de responder civilmente pelo dano. Esse dever jurídico é suprido com o pagamento de indenização reparatória ou compensatória proporcional ao bem jurídico lesado, como uma forma de trazer a psique da vítima, ou seu bem material, ao *status quo ante*.

No entanto, quando a hipotética lesão é decorrente de grosseira negligência do agente ofensor, atraindo a aplicação dos *punitive damages*, além da condenação ao pagamento de uma quantia a título de compensação ou reparação do dano, ele sofrerá outra condenação, esta sob a rubrica de danos punitivos (*punitive damages*). Essa nova sucumbência, contudo, tem finalidade pura de punição ou sanção civil.

Ademais, sublinha-se que além da natureza autônoma dos danos punitivos (*punitive damages*) em relação aos danos compensatórios (*compensatory damages*), considera-se essencial a imprevisibilidade de seu *quantum*, a ser assegurada pela ausência de teto máximo de valor a ser atribuído pelo magistrado quando do arbitramento da importância dos danos punitivos. Neste aspecto, Lourenço pontua (2006, p. 193):

A imprevisibilidade confere eficácia aos *punitive damages* nas suas funções punitiva e preventiva, por constituir uma ameaça para o infractor (o qual não consegue prever o quanto teria que pagar), e também por permitir que o júri tenha o grau de flexibilidade necessário para impor o montante que mais se adéque ao caso concreto, tendo em conta a particular conduta do agente, tendo em vista puni-lo de forma justa.

Nesse diapasão, são características inafastáveis dos danos punitivos (*punitive damages*) à sua autonomia em relação aos danos compensatórios, como uma forma de selar a punição pela conduta do ofensor, assim como a imprevisibilidade de seu *quantum*, de maneira a se atingir a almejada prevenção, evitando lesões futuras do mesmo gênero.

3 O *PUNITIVE DAMAGES* NO DIREITO NORTE-AMERICANO E SUAS HIPÓTESES DE INCIDÊNCIA

Conceituado os *punitive damages*, não se pode olvidar as razões práticas que justificaram a incorporação dessa figura jurídica de origem Britânica no ordenamento jurídico dos Estados Unidos da América, bem como as suas hipóteses de incidência.

Destarte, sabe-se que os Estados Unidos da América, em razão da forte influência cultural e jurídica sofrida durante a colonização Inglesa, filiou-se a grande família jurídica da *common law*, de modo que o seu ordenamento é lapidado com base nos precedentes judiciais.

Segundo o dicionário jurídico *thefreedictionary*⁷ (DICTIONARY, 2014), *common law* se traduz como:

Os princípios e regras de direito, consubstanciadas na jurisprudência, em vez de decretos legislativos, aplicáveis a proteção das pessoas e de suas propriedades, pautada na autoridade dos costumes e tradições da comunidade que se desenvolveram ao longo dos séculos, pela interpretação dos Tribunais.

Nos Estados Unidos da América, foram os precedentes judiciais de grande envergadura, os chamados *leading cases*,⁸ que deram o estopim para a incorporação da ferramenta do *punitive damages* ao seu ordenamento jurídico.

⁷Em sua redação original “The principles and rules of action, embodied in case law rather than legislative enactments, applicable to the government and protection of persons and property that derive their authority from the community customs and traditions that evolved over the centuries as interpreted by judicial tribunals”.

⁸Segundo a tradução colhida no *Black’s Law Dictionary*, *leading case* pode ser definido: “Entre os vários casos que são argüidos e decididos nos tribunais, alguns, por seu caráter importante, exigem mais do que a costumeira atenção dos juízes, e pelas circunstâncias, são frequentemente vistos como tendo contribuído ou decidido o direito sobre todos os pontos envolvidos na nesses casos, e como guias para decisões posteriores, e por sua importância, eles adquirem a familiar termo de *leading cases*”.

O primeiro caso a se admitir os danos punitivos foi julgado em 1784, e ganhou a alcunha de *Ganay v. Norris*. Tornou-se famoso no meio jurídico da época, dada a crueldade e a forma sádica da ação do agente ofensor, que, conforme relata Lourenço, “um médico havia colocado, por brincadeira, uma droga inofensiva no copo do seu doente, causando-lhe enormes dores” (LOURENÇO, 2006, p.169).

A partir de então, as cortes norte-americanas passaram a empreender especial atenção aos casos em que a conduta do ofensor tinha peculiaridades tão maliciosas em relação à vítima, causando-lhes danos graves, tencionando-se a aplicar os danos punitivos em tais situações.

Em 1935, os *punitive damages* foram reconhecidos em quase todo o território norte-americano, excetuando-se os Estados da Louisiana, Massachusetts, Nebraska e Washington, que até hoje não os admitem (LOURENÇO, 2006, pag. 169).

A partir da pacificação do uso do instituto dos danos punitivos, passou a ocorrer a delimitação das hipóteses fáticas em que seriam aplicáveis a referida verba indenizatória. Atualmente, pode-se afirmar que vem sendo utilizado nos tribunais, quando verificado negligência grosseira (*Gross negligence*), responsabilidade objetiva do produtor ou fornecedor (*strict liability*) e em responsabilidade civil por quebra de contratos.

Em relação aos casos de negligência grosseira, as condenações punitivas têm sido infligidas em situações de acidentes de trabalho ou erro médico. No âmbito das quebras de contrato, podem-se elencar cinco situações em que os *exemplary damages* tem encontrado espaço:

A jurisprudência norte-americana já aplicou o instituto em comento na responsabilidade civil contratual, especialmente em cinco casos: quebra de promessa de casamento; conduta maliciosa ou opressiva; conduta fraudulenta; contratos de seguro e casos de concorrência desleal (VAZ, 2009, p.57).

Em que pese seja aplicável, no ordenamento norte-americano, os *punitive damages* nas hipóteses acima mencionadas, atêm-se este artigo estritamente aos casos de responsabilidade objetiva do produtor (*strict liability*)⁹.

⁹Imprimindo-se uma análise indutiva sobre a relação jurídica consumerista no contexto socioeconômica e jurídico do Brasil, observa-se, através das inúmeras ações indenizatórias pendentes nas secretarias e tribunais do poder judiciário, em que se visa a reparação de danos causados por condutas flagrantemente abusivas de fornecedores, que as normas de prevenção e dissuasão dos danos, proclamadas no Código de Defesa do Consumidor e no Código

Neste diapasão, casos emblemáticos de condutas altamente reprováveis no âmbito das relações de consumo, as quais resultavam em danos aos consumidores, por omissões flagrantes dos produtores, foram aguçando a jurisprudência norte-americana a aplicarem, de forma uníssona, os danos punitivos nos casos de responsabilidade objetiva daquele país.

Notadamente, ainda que reconhecida a possibilidade de aplicação dos danos punitivos desde 1935, até a década de 1980, ainda havia considerável resistência ao uso deste instituto nos casos de responsabilidade objetiva no direito norte-americano. Sobre o tema, Vaz tece os seguintes comentários:

Outro enfoque importante para ilustrar a aplicação das prestações dissuasórias ou punitivas nos Estados Unidos é o caso da responsabilidade objetiva. Por muito tempo, entendeu-se que deveria haver a comprovação da culpa do agente e o grau em que esta se deu para que somente então pudesse ser considerada a hipótese de condenar a tais prestações (VAZ, 2009, p.53).

Essa resistência, contudo, foi superada a partir do *leading case* que ficou conhecido como *Pinto case* ou *Exploding pinto case*, julgado em 1981, que foi considerado o caso precursor da esmerada aplicação dos *punitive damages* no ordenamento jurídico norte-americano.

No caso em análise, o carro modelo Pinto, da fabricante Ford, foi projetado com design controverso, cujo reservatório de gasolina e o eixo traseiro ficavam muito próximos um do outro. Esse fator, somado ao mau posicionamento dos parafusos em relação ao reservatório de gasolina do veículo, facilitava a combustão e a explosão do mesmo, com uma simples colisão em sua parte traseira.

Essa falha no projeto resultou na morte de três jovens em meados de 1978. No decorrer do processo judicial, a Ford, em sua tese de defesa, revelou que tomou conhecimento das falhas no projeto do veículo após a sua finalização, todavia um eventual *recall* para o conserto importaria no ônus de \$11,00 dólares por veículo a ser retificado.

Defronte aos custos verificados, a Ford procedeu a uma análise de risco/benefício, concluindo que os custos monetários do *recall* seriam mais relevantes

Civil, não têm sido eficientes em coibir os reiterados descumprimentos das normas de segurança, saúde, proteção a vida dos consumidores.

do que o benefício social da diminuição dos riscos do produto, através da mudança no projeto. Ademais, concluiu que, se eventualmente fosse condenado a pagar indenizações pela morte ou pela lesão aos consumidores, sairia mais em conta adimplir com os *compensatory* ou *nominal damages*, do que efetuar *recall*.

A defesa da Ford causou comoção nos jurados da época, que decidiram pela condenação de indenização compensatória (*compensatory damages*), a título de danos morais, no importe de \$ 4,5 milhões de dólares e 125 milhões de dólares a título de *punitive damages*.

Deveras, segundo o ordenamento jurídico norte-americano, nos casos de responsabilidade objetiva do fornecedor, quando verificada negligência grosseira ou notória indiferença em relação aos direitos dos consumidores, passou a ser possível a atribuição de *quantum* indenizatório sob a rubrica autônoma de danos punitivos (*punitive damages*), em quantia imprevisível, além do dano compensatório (*compensatory damages*) pertinente.

4A RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO DO BRASIL

Ensina Cavalieri Filho, inspirado na lição de San Tiago Dantas que “o principal objetivo da ordem jurídica, afirmou San Tiago Dantas, é proteger o lícito e reprimir o ilícito” (FILHO, 2012, p. 01). Detrai-se desta afirmativa, que o direito cuida do ilícito apenas para corrigir deformidades fáticas dele decorrentes, reparando os seus efeitos nocivos.

A estabilidade das relações jurídicas, como afixado acima, depende necessariamente do agasalho do direito aos atos lícitos em detrimento dos ilícitos, podendo e devendo este desiderato ser alcançado por um dever jurídico geral de não infringir um bem jurídico alheio, como uma cláusula contratual geral de adesão *suis generis* e aplicável a toda sociedade. Dever este que no direito Romano era denominado *neminem laedere*.

Assim, temos que “A violação de um dever jurídico configura o ilícito, que, quase sempre, acarreta dano para outrem, gerando um novo dever jurídico, qual seja, o de reparar o dano” (FILHO, 2012, p.02). Neste pórtico, Cavalieri Filho conceitua e conclui que a “responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para

recompor um dano decorrente da violação de um dever jurídico originário”. (FILHO, 2012, p.02).

Não pairam quaisquer incertezas ou dúvidas de ordem legal, doutrinária ou jurisprudencial, acerca da teoria geral da responsabilização civil no ordenamento jurídico brasileiro. É cediço que aquele que comete ato ilícito, causando dano a outrem, fica obrigado a repará-lo, conforme prevê o artigo 927¹⁰ do Código Civil (BRASIL, 2002).

Outrossim, o artigo 6º do CDC (BRASIL,1990) elenca os direitos básicos dos consumidores, dos quais destaca-se a proteção a vida, a saúde, segurança, as práticas e cláusulas abusivas impostas no fornecimento de produto ou serviço, e efetiva prevenção e reparação dos danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos.

Não obstante, consagra-se, na legislação ordinária, a responsabilidade objetiva, sempre que a lei a declarar nesse sentido,a exemplodo parágrafo único do artigo 927 do Código Civil (BRASIL, 2002).A responsabilidade objetiva nas relações deconsumo, por sua vez, encontra-se expressa no artigo 14¹¹ do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990).

Grande incerteza ou imprecisão de normas ou critérios no ramo da responsabilidade civil, no ordenamento jurídico brasileiro, encontra-se nos critérios ou regras norteadoras do cálculo ou parâmetro para fixação do *quantum* indenizatório decorrentes do dano moral.

Isto porque “o dano moral consiste na lesão de direitos cujo conteúdo não é pecuniário, nem comercialmente redutível a dinheiro”. (STOLZE, 2012, p.81). O dano moral, em verdade, representa uma lesão a um direito imaterial, personalíssimo, que nem sempre gera reflexos no mundo externo, de modo que a liquidação do dano decorrente desta espécie se torna uma atividade consideravelmente abstrata.

Deveras, vigora no Brasil, o entendimento que prepondera nas grandes famílias de direito do mundo, inclusive no direito norte-americano,*common law*, de que a principal função ou objetivo da indenização por danos morais reside na plena

¹⁰ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

¹¹ Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

satisfação, tendo, portanto, a finalidade primordial compensatória (STOLZE, 2012, p. 98).

Contudo, embora não haja previsão legal expressa nesse sentido, a fixação do *quantum* indenizatório nos danos morais, segundo entendimento preponderante da jurisprudência e da doutrina no Brasil, além da finalidade compensatória, para fixação do montante, também deverá atender as finalidades punitiva e preventiva. Arrimado na equação entre as finalidades punitiva e preventiva, além do objetivo primordial da compensação do dano, o *quantum* indenizatório poderá ser arbitrado pelo magistrado.

Sobre o tema, esclarece Santana que “A complexidade da atividade intelectual a ser desenvolvida pelo operador do direito na valoração do dano moral, exige-se que a indenização atente necessariamente às finalidades compensatória, punitiva e preventiva” (SANTANA, 2009, p.201)

Notadamente, em que pese seja consagrado que a indenização por dano moral deve atender, além da finalidade compensatória, as finalidades punitiva e preventiva, é cediço que em nosso ordenamento jurídico essas duas últimas finalidades são meramente subsidiárias. Pode-se afirmar que a função da indenização por dano moral no Brasil tem caráter eminentemente compensatório

Por essa razão, não existe em nosso ordenamento jurídico indenização civil com caráter punitivo. O que vigora, é uma indenização compensatória, que, no momento da estipulação de seu valor, deverá ter o seu *quantum* minimamente exasperado, com fins a atingir, ainda que discretamente, uma punição, dissuadindo o ofensor da repetição da conduta ilícita no futuro.

Assim, sendo ínsito que a indenização por danos morais no ordenamento jurídico do Brasil tem caráter meramente compensatório, suas finalidades punitiva e dissuasiva restam prejudicadas, pois o valor das indenizações é tão ínfimo que não se presta a amedrontar os fornecedores mal intencionados, para que estes venham a refletir sobre sua política de lançamento de produtos ou serviços no mercado, visando adequá-los as normas de segurança para evitarem ser processados e exemplarmente punidos no futuro.

A ausência de uma indenização punitiva torna o valor das indenizações muito baixo. Há inúmeros precedentes oriundos dos tribunais superiores que, invariavelmente, acabam por definir uma média de *quantum* indenizatório de determinadas condutas, influenciando de maneira decisiva no valor a ser fixado pelos

juízes de primeiro grau, quando da prolação de suas sentenças. É o que enuncia o Superior Tribunal de Justiça (STJ) (RESP 1213857 RS) (BRASIL, 2014):

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTROS RESTRITIVOS DE CRÉDITO. DANOS MORAIS. COMPROVAÇÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. VALOR DOS DANOS MORAIS. RAZOABILIDADE. 1. O acolhimento da pretensão recursal, demandaria a alteração das premissas fático-probatórias estabelecidas pelo acórdão recorrido, com o revolvimento das provas carreadas aos autos, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos do enunciado da Súmula 7 do STJ, impedindo o conhecimento do recurso. 2. O STJ já firmou entendimento de ser razoável a condenação em valor equivalente a até 50 (cinquenta) salários mínimos por indenização por dano moral decorrente de inscrição indevida em órgãos de proteção ao crédito.Precedentes. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (grifo nosso)

Nessa lógica, os fornecedores dos grandes conglomerados econômicos, podem calcular os riscos de oferecer um serviço defeituoso ao consumidor, pois têm conhecimento da média do valor das condenações por danos morais praticados pelos tribunais brasileiros. Em resumo, podem pautar-se na mesma análise de risco/benefício que a Ford, no *Pinto Case*, inspirando-se tão somente na racionalidade econômica para decidir se vale a pena, ou não, investir em seu produto ou serviço, para aprimorá-lo e fornecê-lo aos consumidores isentos de risco.

Nesse diapasão, pode o fornecedor, facilmente, chegar à conclusão de que adequar um determinado produto ou serviço aos padrões de qualidade que garantam a saúde e a segurança do consumidor, como exige o artigo 6º, inciso I¹² do CDC (BRASIL, 1990), poderia ser mais oneroso do que assumir o risco de, eventualmente, ser acionado no judiciário e, hipoteticamente, ser condenado a indenizar um consumidor prejudicado.

Somado a isso, há fato de que vários consumidores lesados sequer chegam a se socorrer do judiciário por desconhecimento de seus direitos, tornando ainda mais viável, para alguns fornecedores, correr o risco de empreender condutas ou colocar

¹²Art. 6º São direitos básicos do consumidor: I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos.

em circulação serviços ou produtos incompatíveis com os direitos básicos dos consumidores.

Logo, a dinâmica da reparação civil adotada pelo Brasil no âmbito das relações de consumo, tem servido para estimular o risco calculado ou negligência calculada dos grandes fornecedores, fomentando a reincidência de condutas gravosas contra os consumidores, desequilibrando de maneira contumaz a relação contratual consumerista.

Falando sobre o tema, Andrade leciona:

Alguns fornecedores, para elevar sua margem de lucros, deixam de investir em mecanismos de prevenção e controle de qualidade mais rigorosos sobre os serviços prestados ou colocam no mercado produtos de qualidade inferior ou que não atendem a determinados padrões de segurança, preferindo arcar com a reparação de danos causados aos consumidores, na certeza de que os valores indenizatórios serão muito inferiores ao investimento que teriam de realizar. (ANDRADE, p. 212-213)

Exemplificando as condutas deveras reprováveis dos fornecedores, que tem colocado em flagrante risco a saúde e segurança dos consumidores, e que vem se repetindo de maneira frequente são os casos dos planos de saúde, que, a despeito de terem pleno conhecimento de que o prazo de carência contratual não ilide a internação ou o procedimento cirúrgico de urgência do segurado, insistem em ofender o princípio Constitucional da dignidade da pessoa humana, o direito à honra, à vida, dentre outras várias normas básicas de proteção ao consumidor, a teor do que explicita o seguinte julgado (TJ-PR) (8686044 PR 868604-4) (BRASIL, 2012):

A negativa de cobertura da seguradora de plano de saúde, consubstanciada exclusivamente na ausência de cumprimento de prazo de carência, em medida de urgência ou emergência, viola as normas de proteção do consumidor, como a boa-fé contratual, bem como ameaça o objeto e o equilíbrio contratual.

Justamente por esses defeitos, a sistemática da responsabilização civil meramente compensatória ou reparatória, nas relações de consumo, acaba por se

tornar ineficiente, pois não atinge os princípios elencados pelo Código de Defesa do Consumidor, bem assim os direitos básicos destes.

Sobre tal ineficiência, Lourenço produziu perspicaz comentário, segundo o qual “A defesa da exclusividade da função reparatória enfraquece (ou retira) eficácia à responsabilidade civil, face à actuação de um lesante que actua segundo critérios de pura racionalidade económica, *maxime*, quando se trata de pessoa coletiva”. (LOURENÇO, 2006, pag.22).

Com isso, em que pese seja a promoção da defesa do consumidor um imperativo constitucional e um dever do Estado, consoante dispõe o artigo 5º, inciso XXXII da CF¹³ (BRASIL, 1988), e consoante afirma Cavalieri Filho: “promover a defesa do consumidor não é uma mera faculdade, mas sim um dever do Estado” (FILHO, 2009, pag.11), tal desiderato não tem sido alcançado pela sistemática de responsabilização civil nas relações de consumo no direito brasileiro, merecendo, por isso, uma revisão profunda.

Afinal, a defesa do consumidor, até mesmo pelo agasalho constitucional que recebeu, é dotada de relevante interesse por parte do Estado, sendo regada de forte relevância social, de modo que os fins pretendidos pelo CDC são de ordem pública, consoante declara o art.1º¹⁴ da Lei 8.078/90 (BRASIL, 1990).

Corroborando ainda o carácter imperativo da participação ativa do Estado e da imprescindibilidade do cumprimento integral e de modo efetivo das normas de defesa do consumidor, o artigo 4º, *caput*, incisos I e II da Lei 8.078/90 (BRASIL, 1990):

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

- I – Reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;
- II – Ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor;

¹³Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.

¹⁴ Art. 1º O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.

Deveras, é possível concluir que o nosso sistema de responsabilização civil nas relações de consumo é muito brando, favorecendo aquele que tem maior aparato técnico e econômico, que são os fornecedores dos produtos e serviços, desequilibrando as relações de consumo, tornando os consumidores ainda mais vulneráveis às ingerências e danos constantes.

A aplicação dos danos punitivos (*punitive damages*), nas relações de consumo, seria uma forma efetiva de garantia dos direitos constitucionais dos consumidores. A aplicação dessa espécie de indenização serviria para garantir a proteção à vida, saúde e segurança no fornecimento de produtos ou serviços, reequilibrando a relação de consumo e fortalecendo os consumidores frente às ingerências dos conglomerados econômicos.

Isto porque, havendo uma indenização de caráter punitivo e autônomo, poderia o magistrado fixar um *quantum* indenizatório para punir condutas de fornecedores carregadas de negligência grosseira ou com notória indiferença em relação aos direitos dos consumidores, como no caso dos planos de saúde citado acima.

Ademais, por serem os danos punitivos (*punitive damages*) fixados em valores imprevisíveis e naturalmente elevados – já que visam punir uma conduta ou uma negligência altamente reprovável – não poderia o fornecedor se antecipar, calculando a viabilidade financeira de assumir o risco de cometer o dano e vir a ser acionado no judiciário. Esse fator, efetivamente, conduziria os fornecedores a agirem com cautela e em cumprimento as normas de segurança e proteção à saúde dos consumidores.

Destarte, seria compatível com as demandas do ordenamento brasileiro a admissibilidade dos *punitive damages* nos casos em que os fornecedores, nas relações de consumo, agissem com negligência grosseira (*Gross negligence*) ou com notória indiferença em relação aos direitos dos consumidores, assim como é atualmente aplicado nos Estados Unidos da América.

5A FORMA PARA APLICAÇÃO DOS DANOS PUNITIVOS (*PUNITIVE DAMAGES*) NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Grande entrave para aplicação dos danos punitivos (*punitive damages*) dentro do ordenamento jurídico brasileiro, especialmente nas relações de consumo, reside na falta de previsão legislativa em tal sentido. Não há, na nossa legislação constitucional ou infraconstitucional, autorização expressa para utilização de uma indenização por danos morais com característica de punição civil.

Ademais, o mais forte argumento que se sustenta em relação à doutrina mundial contra a aceitação dos *punitive damages*, e que encontra defensores também na doutrina nacional, é que o caráter punitivo e retributivo das penas é matéria afeta ao direito penal e não ao direito civil.

Pautados nessa ausência legislativa, os opositores dos danos punitivos sustentam que o *quantum* indenizatório se exaure no *compensatory damages* (danos compensatórios). A fixação de qualquer outra quantia, a título de punição, que venha a se somar aos *compensatory damages*, configuraria *bis in idem*, pois o ofensor estaria sujeito a ser punido duas vezes pela mesma conduta.

Theodoro (apud SANTANA, 2009 p.195) tal tese nos seguintes termos:

Humberto Theodoro Júnior posiciona-se contrariamente à função punitiva da reparação do dano moral. Entende que somente o direito penal tem vocação para sanção punitiva, devendo-se respeitar a esfera de atuação de cada ramo do direito positivo. Caso contrário, o ofensor estará sujeito a duplicidade de sancionamento pelo mesmo fato (*bis in idem*). Entretanto, admite que a finalidade punitiva da reparação do dano moral poderá ser considerada pelo juiz na fixação do montante da indenização como critério secundário ou subsidiário.

Essa corrente da doutrina mostra-se, todavia, excessivamente apegada à dicotomia entre direito público e privado, bebendo na fonte do direito Romano que diferenciava, classicamente, os atos ilícitos de caráter público, estes puníveis pelo direito e processo penal (*iudicium publicum*), e os atos jurídicos de caráter privado (*delicta privata*), dando ensejo à apuração e julgamento segundo as leis processuais e materiais cíveis (*iudicium privatum*) (LOURENÇO, 2006, pag. 35).

Entretanto, esse apego exacerbado pela clássica dicotomia entre o direito penal e civil não é um argumento que sustente a repulsa aos *punitive damages* no ordenamento brasileiro. Pois o fato de existir indenizações civis de caráter punitivo não é um fator que desnature tal responsabilização do âmbito civil.

Para tanto, basta que se lance atenção ao artigo 461¹⁵ do Código de Processo Civil (BRASIL, 1973), que anuncia a possibilidade de aplicação das *astreintes*, figura jurídica que permite a fixação de multa para compelir o devedor a adimplir uma dívida reconhecida por sentença ou por outro título executivo.

Também no caso da cláusula penal, insculpida no artigo 408¹⁶ do Código Civil, há uma verdadeira cláusula punitiva do devedor inadimplente. Essa figura tem contornos tão parecidos com o Código Penal, que o credor pode exigí-lo mesmo sem ter sofrido qualquer dano, ou seja, tal cláusula não tem caráter reparatório ou compensatório, consoante artigo 416 do Código Civil, o qual proclama que “para exigir a pena convencional não é necessário que o credor alegue prejuízo” (BRASIL, 2002).

Assim, é comum haver a interpenetração entre normas de caráter penal e civil em ambas as esferas, sem que isso implique em ofensa a clássica divisão entre direito privado (*iudicium privatum*) e direito público (*iudicium publicum*).

Por não ser esse argumento apto o suficiente para ilidir a aplicação dos danos punitivos no direito brasileiro, seria possível perquirir a utilização desse tipo de indenização por meio da criação jurisprudencial. Ocorre que tal hipótese não seria fácil de visualizarna prática, podendo, até mesmo, gerar um ambiente de forte instabilidade e insegurança jurídica.

Isto porque os tribunais têm sido cautelosos na fixação do valor do dano moral, sob o argumento de que uma importância eventualmente elevada poderia conduzir ao enriquecimento ilícito da vítima, situação que é vedada pelo artigo 884 do Código Civil. É o que se detrai do precedente colhido do Superior Tribunal de Justiça (STJ) (1181395 SC) (BRASIL, 2010):

Superior Tribunal de Justiça. Dispõe que Não resta dúvida, no presente caso, que o proprietário do veículo sofreu desconforto e constrangimento bastantes para se impor uma compensação pelo infortúnio, que deve ter finalidade compensatória e punitiva, sem patrocinar o enriquecimento sem causa. Recurso especial provido em parte, para determinar a condenação em danos morais no valor

¹⁵Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

¹⁶Art. 408. Incorre de pleno direito o devedor na cláusula penal, desde que, culposamente, deixe de cumprir a obrigação ou se constitua em mora.

de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais) e honorários advocatícios em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Esse argumento, de fato, desnatura por completo a natureza dos danos punitivos, os quais se pautam em quantias elevadas, já que se presta a punir e dissuadir o ofensor de repetir as mesmas condutas no futuro.

Em função desses entraves, a maneira aparentemente mais apropriada para que os danos punitivos (*punitive damages*) fossem introduzidos na sistemática da responsabilidade civil do Brasil seria através de um reconhecimento legislativo de uma sanção civil, assim como setentou fazer no artigo 16¹⁷ do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990), o qual acabou por ser vetado no anteprojeto.

Esse artigo foi perspicaz ao antever possíveis situações em que o fornecedor colocaria em risco a vida, saúde e a segurança do consumidor, em função de grave negligência, permitindo a fixação de multa civil, a qual poderia ser pleiteada por qualquer dos legitimados na defesa do consumidor. Assim, além da indenização de caráter compensatório (*compensatory damages*), reconhecida no CDC, no artigo 6º, inciso VI, haveria a possibilidade de cumulação da multa civil do art. 16 do mesmo Código.

Neste sentido, embora tenha sido vetado o referido dispositivo, resta evidenciado que o melhor meio para aceitação ou incorporação dos *punitive damages* no sistema jurídico brasileiro seria através do reconhecimento legislativo específico, no Código de Defesa do Consumidor, dessa espécie indenizatória de finalidade punitiva ou sancionatória pura, hipótese em que poderia se somar à parcela devida a título de *compensatory damages*, a indenização punitiva (*punitive damages*), por restar expressa a possibilidade de condenação nas duas parcelas indenizatórias de maneira autônoma.

6CONCLUSÃO

¹⁷ Art. 16 - Se comprovada a alta periculosidade do produto ou do serviço que provocou o dano, ou grave imprudência, negligência ou imperícia do fornecedor, será devida multa civil de até um milhão de vezes o Bônus do Tesouro Nacional - BTN, ou índice equivalente que venha substituí-lo, na ação proposta por qualquer dos legitimados à defesa do consumidor em juízo, a critério do juiz, de acordo com a gravidade e proporção do dano, bem como a situação econômica do responsável.

A responsabilização civil de caráter meramente compensatório adotado no Brasil não se revela suficiente a proteger os direitos dos consumidores, conforme prevê, em especial, o artigo 6º, inciso I do CDC (BRASIL, 1990), pois que permite aos fornecedores agirem através de uma racionalidade econômica pura (LOURENÇO, 2006, p. 22), calculando previamente o que é mais oneroso para ele: ou adequar os seus produtos ou serviços a padrões que evitem lesões aos consumidores; ou assumir o risco de serem processados e arcar com os danos compensatórios (*compensatory damages*), decorrentes de uma eventual condenação por sua negligência. Em sendo menos onerosa a segunda opção, constata-se que alguns fornecedores optam por desrespeitar as regras de proteção à saúde e segurança dos consumidores (TJ-PR) (8686044 PR 868604-4) (BRASIL, 2012).

De um modo geral, detrai-se que o *quantum dos compensatory damages*, no Brasil, é totalmente previsível, visto que os precedentes oriundos dos tribunais superiores, invariavelmente, acabam por definir uma média de *quantum* indenizatório de diferenciadas condutas (STJ) (RESP 1213857 RS) (BRASIL, 2014), situação fática que favorece e até incentiva o risco calculado por parte dos fornecedores.

Destarte, os *punitive damages* importam na fixação de uma parcela indenizatória autônoma de finalidade exclusivamente punitiva, cujo valor financeiro é essencialmente elevado e imprevisível. Essa imprevisibilidade e a sua característica de ser fixada em valores elevados seriam sensivelmente essenciais a dissuasão, por inviabilizar o cálculo de risco por parte das pessoas jurídicas ou conglomerados econômicos (LOURENÇO, 2006, p. 193)

Assim, em um contexto em que as ferramentas peculiares à compensação pelo dano moral (*compensatory damages*) se mostram insuficientes para coibir a reincidência de condutas lesivas do mesmo gênero no âmbito das relações de consumo do Brasil, evidencia-se que a parcela indenizatória a título de danos punitivos (*punitive damages*) seria uma saída efetiva para punir os fornecedores que agem com grosseira negligência ou notória indiferença pelos direitos dos consumidores, dissuadindo-os da repetição de tais condutas.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Gustavo Corrêa. Dano Moral e Indenização Punitiva. Rio de Janeiro: 2003.

BRASIL, **Código Civil Brasileiro** (2002). Brasília: Senado Federal, 2002.

BRASIL, **Código de Defesa do Consumidor** (1990). Brasília: Senado Federal, 1990.

BRASIL, Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1998.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Dispõe que Não resta dúvida, no presente caso, que o proprietário do veículo sofreu desconforto e constrangimento bastantes para se impor uma compensação pelo infortúnio, que deve ter finalidade compensatória e punitiva, sem patrocinar o enriquecimento sem causa. Recurso especial provido em parte, para determinar a condenação em danos morais no valor de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais) e honorários advocatícios em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.(STJ - REsp: 1181395 SC 2010/0032822-0, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 20/04/2010, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: **DJe 29/04/2010**)

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Dispõe sobre AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTROS RESTRITIVOS DE CRÉDITO. DANOS MORAIS. COMPROVAÇÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. VALOR DOS DANOS MORAIS. RAZOABILIDADE. 1. O acolhimento da pretensão recursal, demandaria a alteração das premissas fático-probatórias estabelecidas pelo acórdão recorrido, com o revolvimento das provas carreadas aos autos, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos do enunciado da Súmula 7 do STJ, impedindo o conhecimento do recurso. 2. O STJ já firmou entendimento de ser razoável a condenação em valor equivalente a até 50 (cinquenta) salários mínimos por indenização por dano moral decorrente de inscrição indevida em órgãos de proteção ao crédito. Precedentes. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.(STJ - AgRg no REsp: 1213857 RS 2010/0179365-0, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 18/02/2014, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: **DJe 25/02/2014**)

BRASIL, Tribunal de Justiça do Paraná. Dispõe sobre A negativa de cobertura da seguradora de plano de saúde, consubstanciada exclusivamente na ausência de cumprimento de prazo de carência, em medida de urgência ou emergência, viola as normas de proteção do consumidor, como a boa-fé contratual, bem como ameaça o objeto e o equilíbrio contratual.(TJ-PR 8686044 PR 868604-4 (Acórdão), Relator: Guimarães da Costa, **Data de Julgamento: 10/05/2012**, 8ª Câmara Cível)

MICHAELIS. 2009. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/>. Acesso em: 12 out. 2014.

FILHO, Sérgio Cavalieri. Programa de Direito do Consumidor. São Paulo: Atlas, 2009.

FILHO, Sérgio Cavalieri. Programa de Responsabilidade Civil. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FREE, Black's Law Dictionary. 2. ed. 1910. Disponível em: <http://thelawdictionary.org/>. Acesso em: 12 out. 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze. Responsabilidade Civil. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012

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

SANTANA, Héctor Valverde. Dano Moral no Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

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.