



Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

O Dano Moral Punitivo nas Relações de Consumo

Luis Felipe Teixeira de Macedo

Rio de Janeiro
2012

LUIS FELIPE TEIXEIRA DE MACEDO

O Dano Moral Punitivo nas Relações de Consumo

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Neli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

O DANO MORAL PUNITIVO NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Luis Felipe Teixeira de Macêdo

Graduado pela Universidade Católica de
Petrópolis. Juiz Leigo.

Resumo: O Código de Defesa do Consumidor surgiu, no nosso ordenamento jurídico, em 1990, como mecanismo concretizador da vontade do legislador constituinte, que erigiu, de forma expressa, a defesa do consumidor ao status de garantia fundamental do Estado Democrático de Direito e princípio norteador da ordem econômica. No entanto, em virtude do reiterado desrespeito às normas protetivas, por parte dos fornecedores de produtos e serviços no mercado, diversas decisões dos tribunais brasileiros buscam inspiração na jurisprudência norte-americana para se valer dos *punitive damages*, como mecanismo eficaz ao desestímulo delitivo. A finalidade do trabalho, assim, é abordar, à luz da relação jurídica de consumo, um novo paradigma de responsabilidade civil, que assume, com a adoção desta teoria, uma feição punitiva – e, ao mesmo tempo, analisar as situações caracterizadoras do dano moral punitivo, bem como verificar os critérios de fixação do seu *quantum* reparatório.

Palavras-chave: Relação de consumo. Responsabilidade civil. Dano moral punitivo.

Sumário: Introdução. 1. A indenização punitiva do direito brasileiro. 2. O dano moral e a teoria dos *punitive damages*. 3. Objeções à indenização punitiva. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor. O preceito mandamental, previsto no texto constitucional como garantia fundamental do Estado Democrático de Direito, ganhou plena eficácia com a edição da Lei n. 8.078/90 - o famigerado Código de Proteção e Defesa do Consumidor. No entanto, a mudança legislativa, com a instituição de normas protetivas, operou, também, uma mudança de perspectiva da clássica noção de responsabilidade civil, através da instituição das indenizações punitivas, com nítido escopo de compensar o ofendido e, ao mesmo tempo, punir condutas refratárias.

A tradicional responsabilidade civil, como dever jurídico sucessivo, daquele que praticou o ato ilícito, de restabelecer o estado anterior à prática da conduta, se mostra insuficiente para lidar com os problemas da atual sociedade de massificação das relações de consumo, pois os conflitos, neste contexto, ultrapassam a individualidade dos sujeitos que

integram a relação jurídica contratual, o que impõe, como consequência, uma renovação hermenêutica do instituto, à luz dos valores e princípios constitucionais.

Para atender a essa nova realidade social, surgiu, nos países integrantes do sistema de *common law*, notadamente na Inglaterra e nos Estados Unidos, a figura do dano moral punitivo, sob a denominação de *punitive* ou *exemplary damages*, cujo propósito é não apenas compensar a vítima pelo dano causado, como, igualmente, punir aquele que infringiu a norma jurídica, de maneira a desestimular eventual reiteração da conduta.

No Brasil, por sua vez, a função punitiva da indenização por dano moral encontra ainda muita resistência na doutrina, ancorada no tradicional princípio de que a indenização se mede pela extensão do dano, na noção de que a pena é instituto que deve ficar confinado ao campo do Direito Penal e no princípio que veda o enriquecimento sem causa. A jurisprudência, de um modo geral, tem aderido à indenização punitiva, sem, no entanto, estabelecer bases teóricas firmes sobre o conceito de dano moral e a indenização punitiva.

O trabalho apresentado pretende, assim, através de uma ampliação dos horizontes da dogmática jurídica, delimitar o conceito de dano moral, examinar o papel desempenhado pela indenização em caso de dano moral, analisar o instituto dos *punitive damages* e seu desenvolvimento no sistema de *comum law*, avaliar a mudança de paradigma no campo da responsabilidade civil, e, por fim, estabelecer os critérios para a aplicação da indenização punitiva nas relações de consumo.

1. A INDENIZAÇÃO PUNITIVA NO DIREITO BRASILEIRO

A verificação da legalidade do instituto da indenização punitiva, à luz do ordenamento jurídico brasileiro, demanda, *a priori*, uma análise das mudanças ocorridas na sociedade, principalmente, no século passado.

Neste sentido, André Gustavo Corrêa de Andrade¹ destaca que a prevalência do pensamento liberal, fruto das Revoluções Burguesas operadas nos Séculos XVII e XIX, teve como consequência a formatação de uma sociedade eminentemente desigual, na medida em que um número reduzido de pessoas controla a produção e distribuição de bens de consumo e serviços ao restante da população.

Essa realidade, de massificação das relações negociais, fez com que essa camada social dependente fosse vítima potencial de produtos e serviços defeituosos.

O Direito, evidentemente, não se manteve indiferente em relação às alterações sociais. O acentuado desequilíbrio destas relações jurídicas fez com que a noção clássica de responsabilidade civil fundada na culpa fosse, paulatinamente, superada, de modo a desvencilhar o elemento culpa como pressuposto necessário para a sua caracterização:

A responsabilidade civil passou por uma grande evolução ao longo do século XX. Talvez tenha sido a área do Direito que sofreu os maiores impactos decorrentes das profundas transformações sociais, políticas e econômicas verificadas no curso do século passado. Começando pela flexibilização do conceito e da prova da culpa, passamos pela culpa presumida, evoluímos para a culpa contratual, a culpa anônima, até chegarmos à responsabilidade objetiva. E neste, em alguns casos, passamos a adotar a responsabilidade fundada no risco integral, na qual, como de conhecimento geral, o próprio nexos causal fica profundamente diluído².

No entanto, atualmente, também como consequência destas transformações sociais, passou-se a discutir não apenas os pressupostos da responsabilidade civil, como, igualmente, o próprio papel desta, que teria, assim, ao lado da função clássica de reparação pecuniária do prejuízo causado, as funções de prevenção e punição do ilícito praticado.

Tradicionalmente, a responsabilidade civil constitui no dever jurídico sucessivo, imposto ao ofensor, de restabelecer o equilíbrio econômico alterado em razão do dano perpetrado no patrimônio jurídico da vítima.

¹ ANDRADE, André Gustavo Corrêa. *Dano Moral e Indenização Punitiva*. Rio de Janeiro, 2009 p. 222.

² CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Direito do Consumidor*. São Paulo, 2008, p. 238.

Seria irrelevante, portanto, a gravidade da conduta ou as circunstâncias pessoais dos sujeitos envolvidos, ou seja, o valor estabelecido a título de indenização é medido, exclusivamente, pela extensão do dano³.

O Código Civil vigente prevê, apenas, a possibilidade de redução do valor da indenização, quando existe excessiva desproporção entre a gravidade da conduta e o dano⁴, ou seja, não existe, de forma expressa, qualquer dispositivo legal que autorize a majoração do valor da indenização, como forma de punição do ofensor pela conduta perpetrada.

Por esse motivo, existe, ainda, uma resistência muito grande, por parte de alguns doutrinadores, em acolher a idéia da indenização punitiva. Soma-se, igualmente, a clássica dicotomia entre o Direito Penal e o Direito Civil: à responsabilidade civil caberia a função de reposição da situação de fato existente antes do dano, enquanto que à responsabilidade penal competiria a preocupação de reprovar a conduta praticada, punindo o seu autor.

No entanto, percebe-se, à luz das recentes alterações legislativas, operadas no nosso ordenamento jurídico, uma relativização entre esses dois campos do Direito. Indubitavelmente, a mudança mais impactante, que corrobora essa afirmação, diz respeito à Lei nº 11.719/2008, que alterou a redação do artigo 387, IV, do Código de Processo Penal. O atual dispositivo prevê, expressamente, a possibilidade do juízo criminal, ao preferir sentença penal condenatória, fixar valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido.

Essa interpenetração entre o público e o privado e, conseqüentemente, o Direito Penal e o Direito Civil, cria uma nova arquitetura para a responsabilidade civil, que deve ser vista como um conjunto ordenado de princípios e regras voltado para a tutela simultânea dos interesses do indivíduo e da coletividade⁵.

³ Artigo 944, do atual Código Civil: “A indenização mede-se pela extensão do dano”.

⁴ Artigo 944, parágrafo único, do atual Código Civil: “Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”.

⁵ ANDRADE, op. cit., p. 231.

Ademais, numa análise mais minuciosa do Direito Civil, é possível verificar, facilmente, a presença de institutos de inquestionável índole punitiva, o que, outrossim, afastariam, de forma peremptória, os argumentos de ilegalidade da indenização punitiva.

É o caso, por exemplo, do *pagamento em dobro*, previsto no artigo 940⁶, do Código Civil, cujo escopo é, através da penalidade imposta, coibir a conduta reprovável daquele que se afirma credor e demanda por dívida já adimplida; da *restituição em dobro*, estabelecida no artigo 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor⁷, cuja função é determinar maior diligência, por parte dos fornecedores, na cobrança de suas dívidas; e da *cláusula penal*, fixada no artigo 416, do Código Civil⁸, já que a sua imposição independe da comprovação, ou mesmo alegação, da proa do prejuízo, bastando o descumprimento da obrigação.

Registre-se, ainda, a previsão, no Código Brasileiro de Telecomunicações⁹, da necessidade do juiz, ao fixar o a indenização do dano moral, levar em consideração a situação econômica do ofensor e a intensidade do ânimo de ofender. De igual maneira, a antiga Lei de Imprensa¹⁰, ao tratar do arbitramento da indenização do dano moral, previa, como um dos seus critérios, a intensidade do dolo ou o grau de culpa do responsável e a sua situação econômica, o que denota um nítido propósito punitivo e pedagógico no valor estabelecido.

Além disso, numa perspectiva constitucional da matéria, entende-se que a indenização punitiva se presta como instrumento de efetivação e proteção da dignidade da pessoa humana

⁶ Artigo 940, do atual Código Civil: “Aquele que demanda por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressaltar as quantias recebidas ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver celebrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se houver prescrição”.

⁷ Artigo 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor: “O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável”.

⁸ Artigo 416, do atual Código Civil: “Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo”.

⁹ Artigo 84, da Lei nº 4.117/1962: “Na estimação do dano moral, o juiz terá em conta, notadamente, a posição social ou política do ofendido, a situação econômica do ofensor, a intensidade do ânimo de ofender, a gravidade e a repercussão das ofensas”

¹⁰ Artigo 53, II, da Lei nº 5.250/1967: “No arbitramento da indenização em reparação do dano moral, o juiz terá em conta, notadamente: II- A intensidade do dolo ou grau de culpa do responsável, sua situação econômica e sua condenação anterior em ação criminal ou cível fundada em abuso no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação”.

e dos direitos da personalidade, de modo a tornar desnecessária, para a sua aplicação, qualquer previsão legal.

Dissemina-se a idéia de que o texto constitucional, em seu todo, tem força normativa, que reclama aplicação, independentemente do concurso do legislador infraconstitucional. Dentro dessa concepção, desarrazoada seria a idéia de que para a proteção da dignidade humana e dos direitos da personalidade o operador jurídico estaria limitado ao manejo dos mecanismos postos à disposição pelo legislador, o que excluiria a indenização punitiva, por não estar prevista expressamente em lei. Para a proteção e promoção do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos da personalidade impõe-se o emprego não apenas do ferramental previsto pelas normas infraconstitucionais, mas de todos os meios hábeis ou necessários para alcançar esse desiderato¹¹.

Dessa maneira, denota-se que, a despeito da ausência de previsão expressa no ordenamento jurídico infraconstitucional, existe respaldo jurídico, mais do que suficiente, para a aplicação do instituto da indenização punitiva.

2. O DANO MORAL E A TEORIA DOS PUNITIVES DAMAGES

Ao assegurar, no seu art. 5º, X, a indenização por danos morais, a Constituição Federal colocou fim à discussão doutrinária relativa à sua existência. No entanto, a despeito de o atual ordenamento jurídico prever a indenização por danos morais, não existe, na legislação vigente, seja no plano constitucional ou infraconstitucional, uma definição do que seja, efetivamente, o dano moral.

Como não poderia deixar de ser, coube, então, à doutrina jurídica a função de estabelecer um conceito para elucidar a sua caracterização, amplitude ou dimensão.

No atual cenário, percebe-se, ainda, uma divergência sobre o tema, o que tem propiciado, na jurisprudência, decisões conflitantes sobre quais situações configuram ou não a existência de danos morais.

¹¹ ANDRADE, op. cit., p. 238.

Não obstante, podemos identificar, de uma forma geral, a existência de dois conceitos: o primeiro, no qual o dano moral está atrelado à idéia de alteração negativa do estado anímico do indivíduo; e o segundo, no qual o dano moral está vinculado à violação de um bem, interesse ou direito integrante de determinada categoria jurídica ¹².

O primeiro conceito correlaciona o dano moral com o sentimento de dor, entendido em seu sentido amplo, de forma a abarcar toda forma de expressão de sentimento negativo - como a tristeza, a angústia, a amargura, a vergonha, a humilhação, etc. Contudo, tais sentimentos constituem conseqüências do dano, as quais, evidentemente, não podem se confundir com os elementos caracterizadores.

Tais estados psicológicos, porém, nem sempre constituem o *dano* em si, mas sua *conseqüência* ou *repercussão*. Confunde-se, com freqüência, o dano com o resultado por ele provocado. Dano moral e dor (física ou moral) são, então, vistos como um só fenômeno. Mas o dano (fato logicamente antecedente) não deve ser confundido com a impressão que ele causa na mente ou no espírito da vítima (fato logicamente subsequente) ¹³.

Desse modo, vigora, na doutrina contemporânea, a idéia de que o dano moral está vinculado à violação dos direitos fundamentais para o homem, notadamente os direitos da personalidade ou direitos personalíssimos ¹⁴.

Caso contrário, se a alteração do estado anímico da pessoa fosse uma condição para a sua caracterização, os doentes mentais, as pessoas em estado comatoso ou vegetativo, as crianças em tenra idade, o nascituro ou, até mesmo, as pessoas jurídicas, seriam insuscetíveis de dano moral ¹⁵.

Figure-se a situação, lamentavelmente mais comum do que se imagina, de criança de tenra idade, talvez um bebê, vítima de crime sexual. Ainda que o infante não tenha sentido dor física, nem sofrido emocionalmente, por não ter maturidade intelectual para tanto, configurado estará o dano imaterial. Inegável será o seu direito de obter indenização contra o ofensor ¹⁶.

¹² ANDRADE, op. cit., p. 33.

¹³ ANDRADE, op. cit., p. 36.

¹⁴ ANDRADE, op. cit., p. 38.

¹⁵ Súmula 216, TJRJ: “A tenra idade, a doença mental e outros estados limitadores da consciência de agressão não excluem a incidência do dano moral”.

¹⁶ ANDRADE, op. cit., p. 52.

Além disso, essa concepção se mostra, inclusive, mais congruente com a idéia do caráter punitivo do dano moral.

Com efeito, nas situações aludidas anteriormente, nas quais a configuração do dano moral não causa qualquer repercussão negativa no estado anímico da pessoa, a indenização é exclusivamente punitiva, pois não é possível compensar aquilo que sequer gerou qualquer repercussão, sob a ótica individual, na esfera da vítima.

Em tais situações, constata-se que o paradigma reparatório (aqui considerado em sentido amplo, englobando a compensação ou satisfação) é totalmente inaceitável. A indenização jamais atuaria como lenitivo, compensação ou satisfação. Sua imposição, ainda que se não reconheça expressamente, tem caráter aflitivo, de punição ao infrator pelo mal causado.

De outro lado, no campo contratual, ainda é freqüente a invocação do argumento de que o simples inadimplemento ou o mero descumprimento da obrigação contratual não enseja indenização por danos morais ¹⁷.

No entanto, a jurisprudência vem reconhecendo a existência da indenização por danos morais em diversas situações que envolvem o inadimplemento contratual, como, por exemplo, a indevida recusa de internação ou serviços hospitalares ¹⁸; a inscrição indevida nos cadastros restritivos de crédito ¹⁹; a indevida interrupção na prestação de serviços essenciais de água, energia elétrica, telefone e gás ²⁰; a apropriação indevida pelo advogado de valores pertencentes ao mandante ²¹; o extravio de bagagem no caso de transporte aéreo ²² etc.

¹⁷ Súmula 75, TJRJ: “O simples descumprimento do dever legal ou contratual, por caracterizar mero aborrecimento, em princípio, não configura dano moral, salvo se da infração advém circunstância que atenta contra a dignidade da parte.

¹⁸ Súmula 209, TJRJ: “Enseja dano moral a indevida recusa de internação ou serviços hospitalares, inclusive home care, por parte do seguro saúde, somente obtidos mediante decisão judicial”.

¹⁹ Súmula 204, TJRJ: “A inscrição em cadastro restritivo de crédito de dever solidário de conta conjunta, por dívida contraída isoladamente pelo outro correntista, configura dano moral”.

²⁰ Súmula 192, TJRJ: “A indevida interrupção na prestação de serviços essenciais de água, energia elétrica, telefone e gás natural configura dano moral”.

²¹ Súmula 174, TJRJ: “Caracteriza dano moral a indevida apropriação pelo advogado de valores pertencentes ao mandante”.

²² Súmula 45, TJRJ: “É devida indenização por dano moral sofrido pelo passageiro, em decorrência do extravio de bagagem, nos casos de transporte aéreo.

Em outros casos, porém, a violação ao direito da personalidade não se mostra tão evidente, notadamente nos quais o bem da personalidade vulnerado é a própria tranqüilidade ou o bem-estar espiritual, perturbados por um inadimplemento contratual.

Essa situação de vulnerabilidade da tranqüilidade constitui o fundamento de grande parte das demandas ajuizadas perante o Poder Judiciário, figurando, de um lado, o consumidor e, do outro, o fornecedor de produtos e serviços, notadamente nos Juizados Especiais Cíveis.

Nos juizados especiais, os consumidores encontraram um local onde podem encaminhar pretensões que, pelo seu reduzido valor econômico, antes escapavam ao exame do Judiciário. A gratuidade dos serviços prestados nos juizados, aliada à simplicidade e à relativa rapidez do procedimento, estimulou o ajuizamento de demandas que antes se encontravam represadas²³.

É aqui que se situa o ponto nebuloso da jurisprudência dos nossos tribunais, pois não existe um mínimo de critério objetivo para tentar diminuir a zona limítrofe que separa o mero aborrecimento decorrente do inadimplemento contratual das situações de perturbação do espírito caracterizadoras da ocorrência do dano moral.

Por essa razão, a doutrina contemporânea busca traçar esses critérios objetivos, como forma de minorar o excesso de subjetivismo.

Nesse sentido, o ponto caracterizador da ocorrência do dano moral não pode se pautar no comportamento da vítima, já que a sensibilidade humana pode variar de indivíduo para indivíduo. Deve-se, ao contrário, observar a conduta do contratante inadimplente.

Nas demandas forenses envolvendo relação de consumo, é muito comum o consumidor apresentar na sua petição inicial um grande número de protocolos de atendimento junto ao fornecedor inadimplente, como forma de demonstrar o seu aborrecimento, mas, também, que o ajuizamento da medida judicial se deu por força do descaso injustificável da outra parte contratante em solucionar o problema.

²³ ANDRADE, op. cit., p. 98.

Como distinguir, no entanto, nas situações de perturbação do espírito, o dano moral do “mero” aborrecimento que todo descumprimento de obrigação contratual potencialmente pode causar? A resposta a tal indagação encontra-se não na reação da vítima – afinal, essa pode ser mais ou menos sensível à violação de um direito -, mas no comportamento do contratante inadimplente, que, muitas vezes, age de forma particularmente censurável e ultrajante, demonstrando verdadeiro descaso para com o direito alheio²⁴.

Esse critério permite concluir pela possibilidade de reparação por danos morais, inclusive, nos casos em que há vício no produto e no serviço, ainda que, segundo a legislação consumerista, estejam relacionados apenas à sua qualidade.

Os vícios de produtos e serviços também podem ensejar indenização por danos morais, não pela inadequação, mas principalmente em face do descaso do fornecedor ou comerciante em solucionar o problema reclamado pelo consumidor. É o caso, para exemplificar, do adquirente de veículo automotor que constata um defeito e após várias idas à concessionária não consegue o conserto adequado. Nesse caso, as idas e vindas do consumidor e o descaso da concessionária em resolver o problema ensejarão uma indenização por dano moral²⁵.

Outro critério diz respeito à análise do grau de culpa. Nas relações de consumo, afasta-se qualquer análise relativa à culpa do ofensor, face à responsabilidade objetiva consagrada pelo Código de Defesa do Consumidor. No entanto, a simples responsabilidade objetiva não impede que se apure o grau de culpa do fornecedor como critério para determinar a indenização punitiva, com o intuito de punir o ofensor pelo ato praticado.

A atuação dolosa ou com culpa grave constitui situação na qual deve ser aplicada a indenização por danos morais em função do seu caráter punitivo.

Para a aplicação da indenização punitiva, ao contrário, é fundamental estabelecer o grau de culpa (*lato sensu*) da conduta do agente. Essa espécie de sanção deve, em linha de princípio, ser reservada apenas aos casos de dano moral decorrentes de *dolo* ou *culpa grave*, nos quais o comportamento do agente se afigura especialmente reprovável ou merecedor de censura²⁶.

Nessa mesma linha de raciocínio, como forma de desestimular a reiteração ilícita, a indenização por danos morais, em seu sentido punitivo, encontra espaço para as situações nas

²⁴ ANDRADE, op. cit., p. 98.

²⁵ MELLO, Nehemias Domingos de. *Dano moral: problemática do cabimento à fixação do quantum*. São Paulo, 2011, p.129.

²⁶ ANDRADE, op. cit., p. 98.

quais o contratante atua com o intuito de obter algum lucro com a sua conduta ilícita. A indenização, nesse caso, terá lugar independentemente do grau de culpa ou dolo do fornecedor de produtos ou serviços.

Situação muito comum nas demandas forenses envolvendo esse critério diz respeito à cobrança de seguro não contratado pelo consumidor. A mera devolução da quantia exigida e/ou paga, ainda que em dobro, na forma do art. 42, § único, do Código de Defesa do Consumidor, teria o efeito nefasto de estimular esse tipo de comportamento, em razão do atual cenário de massificação das relações jurídicas.

Não é razoável que o agente possa manter essa vantagem ilícitamente obtida à custa da lesão a bem integrante da esfera não patrimonial de outrem. Aqui, embora ausente o requisito da culpa grave, a indenização punitiva deve ser aplicada para restabelecer o imperativo ético que permeia a ordem jurídica²⁷.

Dessa maneira, ainda que não se trata de um rol exaustivo de situações, podemos indicar, como critério objetivos para a determinação do dano moral, no âmbito das relações de consumo, o descaso do fornecedor de produtos e serviços, a atuação dolosa ou com culpa grave e o ilícito lucrativo.

É importante destacar, também, a teoria da indenização punitiva, no direito brasileiro, encontra inspiração na teoria norte-americana dos *punitive damages*.

Nos Estados Unidos, os *punitive damages* ou, como assim também são denominados, *exemplary damages*, constituem um valor variável, estabelecido de forma distinta e separada da indenização reparatória, quando o dano é decorrente de um comportamento praticado por grave negligência, malícia ou opressão²⁸.

A necessidade dos *punitive damages* estaria demonstrada principalmente, mas não exclusivamente, em situações nas quais um ato delituoso, por razões de ordem jurídica ou prática, escapa de um processo criminal. O instituto, além disso, preencheria lacunas de legislação criminal, punindo condutas que, a despeito de sua atipicidade, merecem punição. Secundariamente, os *punitive damages* exerceriam

²⁷ ANDRADE, op. cit., p. 98.

²⁸ ANDRADE, op. cit., p.186.

outras funções, dentre as quais a de atuar como mecanismo para proteção dos consumidores contra práticas comerciais fraudulentas ou ofensivas à boa-fé²⁹.

Como se observa, os argumentos invocados para a atuação dos *punitives damages*, no direito americano, reforçam, ainda mais, a justificativa para a sua aplicação no direito brasileiro, uma vez que busca desestimular condutas que não seriam objeto de repreensão na esfera penal, mas que, por sua reprovabilidade, merecem uma sanção pedagógica, servindo, também, como instituto de proteção dos consumidores.

Um famigerado caso julgado nos Estados Unidos, na década de 70, que reforçou a idéia da necessidade de aplicação da teoria dos *punitives damages*, em razão da mentalidade administrativa de fornecedores de produto e o seu viés unicamente econômico, é o denominado “Ford Pinto Case”.

Constatou-se a existência de uma falha que poderia causar a ruptura do sistema de combustível, descoberta pelos engenheiros da Ford em testes de colisão, mas que, como a linha de produção já se encontrava pronta, os executivos da empresa decidiram produzir o automóvel, com o respaldo em um estudo interno que calculava, de um lado, o custo estimado das indenizações com acidentes envolvendo o Ford Pinto e outro com o valor que teria de ser gasto pela empresa para corrigir o problema. A conclusão do relatório era de que, do ponto de vista econômico, era mais vantajoso o pagamento da indenização do que o reparo de todos os veículos³⁰.

Não resta a menor dúvida, assim, de que a mentalidade econômica que, fatalmente, norteia o pensamento dos executivos empresariais é um fator que deve ser considerado como mais um fundamento para justificar a aplicação da teoria da indenização punitiva.

Hodiernamente, uma das demandas judiciais mais frequentes, notadamente na esfera dos Juizados Especiais Cíveis, é o pedido de restituição de uma série de tarifas cobradas

²⁹ ANDRADE, op. cit., p.187

³⁰ ANDRADE, op. cit., p.193

indevidamente nos contratos de financiamento de veículo (tarifa de abertura de cadastro, tarifa de serviços de terceiros etc.).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento da Reclamação 4.892-PR³¹, firmou o entendimento de que a devolução dessas tarifas deveria se dar na forma simples, ou seja, sem a aplicação do disposto no art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, em razão da ausência de má-fé do fornecedor, já que essas tarifas encontram respaldo em Resoluções do Banco Central, desconformes com a legislação federal, notadamente com o Código de Defesa do Consumidor.

Desse modo, sob a ótica estritamente econômica, não resta, à luz do referido julgado, o absoluto estímulo à reiteração da conduta, uma vez que o fornecedor de produtos e serviços só terá que devolver, caso acionado judicialmente pelo consumidor, aquilo que cobrou indevidamente, acrescido, tão-somente, dos juros e da correção monetária.

Considerando que apenas uma parcela de consumidores provocam o Poder Judiciário para obter a restituição desses valores, não resta a menor dúvida de que a mera devolução simples, nesse caso, atua em favor, isto é, como forma de estímulo, à conduta praticada pelos fornecedores de produtos e serviços, já que existe toda uma mentalidade econômica que pauta o comportamento empresarial.

Por esse motivo, em casos como esses, faz-se necessária a imposição da indenização punitiva, com o escopo, exclusivo, de atuar como mecanismo de proteção aos direitos do consumidor, em manifesta inspiração à teoria dos *punitives damages*.

³¹ “RECLAMAÇÃO. DIVERGÊNCIA ENTRE ACÓRDÃO DE TURMA RECURSAL ESTADUAL E A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. RESOLUÇÃO STJ N. 12/2009. CONSUMIDOR. DEVOLUÇÃO EM DOBRO DO INDÉBITO. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DA MÁ-FÉ DO CREDOR. 1. A Corte Especial, apreciando a questão de ordem levantada na Rcl 3752/GO, em atenção ao decidido nos Edcl no RE 571.572/BA (relatora a Min. ELEN GRACIE), entendeu pela possibilidade de se ajuizar reclamação perante esta Corte com a finalidade de adequar as decisões proferidas pelas Turmas Recursais dos Juizados Especiais estaduais à súmula ou jurisprudência dominante do STJ, de modo a evitar a manutenção de decisões conflitantes a respeito da interpretação da legislação infraconstitucional no âmbito do Judiciário. 2. A egrégia Segunda Seção desta Corte tem entendimento consolidado no sentido de que a repetição em dobro do indébito prevista no art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor, não prescinde da demonstração da má-fé do credor. Reclamação precedente”.

3. OBJEÇÕES À INDENIZAÇÃO PUNITIVA

A toda evidência, em virtude da inovação do instituto, muitas são as objeções formuladas por parte da doutrina e por alguns setores da sociedade à indenização punitiva.

O presente capítulo, assim, sem a pretensão de esgotar o assunto, tem por escopo analisar as principais objeções, como forma de respaldar, ainda mais, a teoria da indenização punitiva.

Certamente, a primeira crítica que se faz à indenização punitiva diz respeito aos excessos cometidos em várias decisões judiciais, que fixam valores desproporcionais em relação à ofensa ou, então, concedendo reparações por motivos insignificantes.

No entanto, ainda que um magistrado tenha excedido no valor fixado a título de reparação por danos morais, o sistema recursal brasileiro permite a revisão da quantia, o que diminui, sensivelmente, a possibilidade de prevalecer o valor fixado em excesso.

Vale lembrar, inclusive, o Superior Tribunal de Justiça, corte responsável pela aplicação e interpretação da lei federal, a despeito da Súmula 7³², admite a revisão do valor fixado a título de dano moral quando a quantia se mostra exorbitante ou irrisória³³.

Desse modo, considerando que a observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade perpassa todas as instâncias de julgamento da demanda judicial, não se pode considerar como válido o argumento dos excessos nas indenizações.

Uma boa ideia não deve ser desprezada, descartada ou desmerecida em consequência do mau uso que alguns poucos fazem dela, mormente quando, como no caso da indenização punitiva, os benefícios que ela proporciona são significativos e superam largamente eventuais e episódicas distorções³⁴.

³² Súmula 7, STJ: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

³³ AgRg no REsp nº 1.242.343/PR. “A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que a revisão do valor a ser indenizado somente é possível quando exorbitante ou irrisória a importância arbitrada, em flagrante violação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

³⁴ ANDRADE, op. cit., p. 274.

Outro argumento que poderia ser invocado como contrário ao dano moral punitivo é de que haveria um suposto enriquecimento sem causa da vítima, pois a quantia recebida não guarda relação direta com o dano, mas sim com a reprovabilidade da conduta praticada.

Não obstante, não se pode cogitar em enriquecimento sem causa se existiu o cometimento de um ato ilícito, por parte do ofensor, o qual foi apreciado por uma sentença judicial, devidamente fundamentada.

De igual maneira ocorre quando se fixa um preceito cominatório para que o réu cumpra uma obrigação de fazer ou não fazer. Ainda que a *astreinte*, inicialmente, tenha um caráter coercitivo, após o descumprimento do comando decisório a multa é revertida em favor da vítima, sem que isso signifique, de modo algum, enriquecimento sem causa, eis que encontra respaldo na conduta refratária.

Fala-se, também, na indústria do dano moral, incentivada pelas indenizações punitivas. Contudo, contra as ações abusivas e infundadas, com nítido propósito de incluir no conceito de dano moral fatos corriqueiros ou banais, deve ser utilizado o mecanismo processual adequado: a litigância de má-fé, prevista no art. 18, do Código de Processo Civil.

Um aparente problema que poderia ser utilizado como objeção à indenização punitiva diz respeito à possibilidade de um único comportamento ser gerador de danos morais a uma pluralidade de pessoas. É o que acontece, por exemplo, no dano moral indireto ou em ricochete, no qual existe uma pluralidade de legitimados à indenização.

Em que pese cada lesado indireto tenha direito a uma indenização por dano moral, deve ser considerado, nessa situação, a unicidade da conduta lesiva, pois a finalidade da indenização punitiva é reprimir o fato antijurídico. Por esse motivo, o *quantum* indenizatório deve observar o somatório dos valores estabelecidos para cada legitimado.

Como a finalidade da indenização punitiva é demonstrar a desaprovação em relação a um comportamento censurável, para prevenir a sua reiteração, é razoável que, na fixação das indenizações individuais, seja considerado o somatório dos valores estabelecidos. Com efeito, não seria razoável nesse caso a fixação de várias

indenizações punitivas fixadas com absoluta independência entre si. O montante total não deve ultrapassar aquilo que seria suficiente para punir e prevenir o comportamento lesivo³⁵.

Dessa maneira, caso um dos legitimados venha a propor a sua demanda posteriormente, a indenização por danos morais deve afastar, em regra, o seu caráter punitivo de modo a manter, apenas o seu aspecto compensatório. Entretanto, é possível, nessa situação, levar em consideração um novo fato, desconhecido na demanda anterior, para justificar uma nova indenização punitiva.

Uma situação semelhante à anterior, que traduz a realidade das relações jurídicas de consumidor, ocorre quando eventos lesivos distintos atingem uma pluralidade de vítimas, mas decorrentes de um mesmo padrão de conduta defeituosa ou negligente.

Como já mencionado, a massificação das relações jurídicas fez com que os fornecedores de produtos e serviços sistematizassem os seus comportamentos. O consumidor, assim, é tratado como um inúmero, de forma absolutamente impessoal e insensível às circunstâncias peculiares da sua relação jurídica.

Em verdade, grande parte das demandas a título de dano moral decorre de falhas na prestação dos serviços ligados aos conglomerados econômicos, tais como as instituições financeiras, as empresas de cartões de crédito, as empresas de telefonia, os supermercados, etc. Por mais que os computadores se sofisticem, a impessoalidade que impera em seus sistemas de controle impede a avaliação pessoal de cada caso, de maneira a individualizar cada cliente. Conclusão: qualquer falha no sistema gera relatórios imprecisos e, por conseguinte, falhas na prestação dos serviços, resultando em inscrições irregulares nos bancos de dados, procedimento equivocados de cobrança, protestos de títulos já quitados, negativas de cumprimento de contrato, enfim, inúmeras situações ensejadoras da propositura de ações de indenizações por danos morais³⁶.

Nesses casos, o julgador não deve fixar, de imediato, numa única demanda judicial, um valor muito elevado, para servir como desestímulo àquela conduta refratária praticada, já que, muito provavelmente, outros consumidores irão ingressar em juízo pleiteando

³⁵ ANDRADE, op. cit., p. 280.

³⁶ MELLO, Nehemias Domingos de. *Dano moral nas relações de consumo*. São Paulo, 2012, p. 358.

indenização por dano moral por fatos, ainda que distintos, decorrentes do mesmo padrão de conduta praticado por aquele fornecedor.

Isso porque, considerando a quantidade de demandas judiciais envolvendo o padrão negligente de conduta praticado por aquele fornecedor, a fixação do aspecto punitivo em valor elevado, em todas elas, poderia comprometer o desenvolvimento da própria atividade empresarial exercida pelo fornecedor.

Desse modo, cabe ao julgador, nessas situações, fixar um valor indenizatório que, considerando hipoteticamente a quantidade de demandas judiciais que podem envolver aquele padrão negligente de conduta praticado pelo fornecedor, possua um aspecto pedagógico, para que a empresa melhore os seus serviços, e, igualmente, garanta ao consumidor a realização da justiça do caso concreto.

CONCLUSÃO

Não resta a menor dúvida, portanto, de que a massificação das relações jurídicas é um fator social que impõe a necessidade de uma re-leitura na noção clássica de responsabilidade civil, à luz do princípio constitucional da proteção do consumidor, inserto no art. 5º, XXXII, da Constituição Federal.

Em que pese a existência de uma legislação avançada para regular as relações de consumo, faz-se necessária, também, uma repressão ao padrão de comportamento dos fornecedores, que atuam sob a lógica estritamente econômica e que se revela, numa perspectiva macro, particularmente reprovável.

Desse modo, é necessário adotar a concepção moderna de dano moral, que enxerga a sua presença na violação dos danos da personalidade, absolutamente desvinculada da presença ou não de efeitos psicológicos na esfera da vítima, como forma de privilegiar a aludida proteção constitucional do consumidor.

O dano moral punitivo tem por escopo punir a conduta do infrator, prevenir a reiteração ilícita, através da dissuasão, mas, também, visa, como mecanismo de proteção do consumidor, eliminar o lucro ilícito obtido pelo causador do dano e distinguir, a despeito da responsabilidade objetiva dos fornecedores de produtos e serviço, os diferentes graus de reprovabilidade dos comportamentos praticados, notadamente quando o agente atua com dolo ou culpa grave.

Deve-se ponderar, no arbitramento da indenização punitiva, portanto, o grau da culpa ou a intensidade do dolo do agente, a extensão ou gravidade do dano, as condições pessoais do ofensor e da vítima, a situação econômica do ofensor, o lucro por este auferido com o ato ilícito, bem como se aquela conduta decorre de um padrão de comportamento adotado pelo fornecedor de produtos e serviços.

Muito embora ainda exista uma certa resistência à aplicabilidade da indenização moral punitiva, existe uma manífera tendência para a sua adoção, principalmente em sociedades profundamente materialistas, marcadas pela desigualdade e pelo abuso da fragilidade do consumidor hipossuficiente, decorrente da ausência de conhecimento da realidade jurídica por parte da sociedade.

Por fim, é natural, na interpretação do direito, a ocorrência de equívocos, o que, porém, não impede e nem desqualifica a aplicação da teoria da indenização moral punitiva. Paulatinamente, a jurisprudência vem consolidando, ainda que de forma flexível, o que é plenamente justificável, em razão da peculiaridade de cada caso, mas dentro de uma base mais objetiva, as hipóteses caracterizadoras da ocorrência do dano moral e as bases do seu *quantum* reparatório, atendendo, assim, ao desejo de justiça do consumidor.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, André Gustavo. *Dano Moral e Indenização Punitiva*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.
- DELGADO, Rodrigo Mendes. *O Valor do Dano Moral – Como Chegar Até Ele – Teoria do Valor do Desestímulo*. 3. ed. São Paulo: J.H. Mizuno, 2011.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito Civil: Teoria Geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.
- FILHO, Sergio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- FILHO, Sergio Cavalieri. *Programa de Direito do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Parte Geral*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Parte Geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MELO, Nehemias Domingos de. *Dano Moral nas Relações de Consumo: doutrina e jurisprudência*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MELO, Nehemias Domingos de. *Dano moral – problemática: do cabimento à fixação do quantum*. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Parte Geral*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil. Volume I*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Parte Geral*. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- SANTANA, Hector Valverde. *Dano Moral no Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, 2009.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.