

FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA

MARIANA CASTRO BABILON

**A APLICAÇÃO DO INSTITUTO *PUNITIVE DAMAGES* NOS
CONTRATOS MASSIFICADOS**

VITÓRIA

2018

MARIANA CASTRO BABILON

**A APLICAÇÃO DO INSTITUTO *PUNITIVE DAMAGES* NOS
CONTRATOS MASSIFICADOS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Direito da Faculdade de Direito de Vitória – FDV, como requisito para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. Dra. Bruna Lyra Duque.

VITÓRIA

2018

MARIANA CASTRO BABILON

**A APLICAÇÃO DO INSTITUTO *PUNITIVE DAMAGES* NOS
CONTRATOS MASSIFICADOS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Direito da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito para obtenção do grau de Bacharel.

Aprovado em ____ de _____ de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dra. Bruna Lyra Duque
Faculdade de Direito de Vitória
Orientadora

Prof(a). Dr(a).
Faculdade de Direito de Vitória

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço à Deus, a maior fonte de inspiração e maior mestre que alguém pode ter, por me permitir chegar até aqui e por ter me concedido força e sabedoria para superar as dificuldades com as quais me deparei durante minha vida, e não somente nestes curtos anos enquanto acadêmica.

A toda minha família pelo amparo que me foi dado durante toda minha caminhada estudantil, em especial, ao meu padraastro, Gerçi, e à minha mãe, Helena, por todo amor e carinho incondicional.

Aos meus amigos, pela compreensão em tantos momentos de ausência e estresse.

Aos Mestres, que de alguma forma contribuíram para o desenvolvimento deste trabalho e que me inspiraram durante a faculdade, em especial à professora e orientadora Bruna Lyra Duque, pela dedicação e segurança transmitida durante a realização deste estudo, bem como pelas lições que foram essenciais na concretização deste trabalho.

RESUMO

Diante do avanço tecnológico, o mercado se aperfeiçoou. Assim como se deu o surgimento de novos produtos e de novas formas de consumo, grandes empresas também passaram a buscar por diferentes formas de obtenção de lucro. Em decorrência deste processo, houve a massificação das relações contratuais, o que acabou por afetar a relação entre consumidor x fornecedor. Protagonistas deste mercado de consumo massificado, grandes fornecedores têm, diariamente, afrontado a legislação protetiva de consumo e lesado muitos de seus clientes, na certeza de que tais lesões e violações serão lucrativas, haja vista que uma parcela mínima de seu público irá reclamar judicialmente, e que o valor advindo de eventuais condenações será insignificante. Perante essa realidade, o presente trabalho, por meio de estudo realizado em bibliografia nacional e com a utilização do método dialético-marxista, analisa a eficácia social dos patamares indenizatórios praticados pelo Judiciário nos conflitos que envolvem consumidores e fornecedores, bem como os substratos jurídicos e sociais no Brasil que possibilitam a utilização do instituto *punitive damages* como um dos instrumentos hábeis a promover uma responsabilização efetiva desses agentes no mercado de consumo, punindo suas condutas e desestimulando a prática de condutas semelhantes.

Palavras-chave: *Punitive Damages*. Responsabilidade Civil. Relação de Consumo. Indenização punitiva.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	06
1 RESPONSABILIDADE CIVIL: BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS SEUS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS E SUAS FUNÇÕES	08
1.1 A RESPONSABILIDADE CIVIL NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	13
2 DANOS INDENIZÁVEIS	16
3 PUNITIVE DAMAGES: INSTRUMENTO DE EFICÁCIA SOCIAL	27
3.1 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À APLICAÇÃO DO INSTITUTO	35
3.2 REQUISITOS PARA A APLICAÇÃO DA TEORIA <i>PUNITIVE DAMAGES</i>	43
CONSIDERAÇÕES FINAIS	48
REFERÊNCIAS	50

INTRODUÇÃO

Com o desenvolvimento da tecnologia, as práticas comerciais também se desenvolveram, o que acabou por refletir em uma série de mudanças no ambiente das relações de consumo, notoriamente no que se refere ao modo de produção em massa.

Assim como se busca produtos que obedeçam a padrões, a prestação de serviços e os contratos passaram a ser firmados dentro de certos moldes, os quais nem sempre se apresentam como vantajosos para o consumidor, pois, se valendo de cláusulas gerais de contratação – característica da massificação das relações de consumo – grandes empresas desrespeitam uma série de direitos dos consumidores, os quais, nesse contexto, têm sua vulnerabilidade maximizada.

Tal cenário passa a ser corroborado pelos próprios operadores do Direito, em especial, pelo Poder Judiciário. Isso porque quando uma pequena parcela de consumidores demanda judicialmente a empresa que violou seu direito, buscando sua responsabilização, os valores indenizatórios são arbitrados em valores irrisórios e se limitam à tradicional função da responsabilidade civil: função compensatória, também chamada por alguns autores de reparatória.

Dessa forma, nenhuma resposta é dada a essas empresas, as quais acabam por perpetuar suas práticas lesivas, já que do ponto de vista econômico, apresenta-se como mais lucrativo incluir eventuais gastos com demandas indenizatórias no seu custo operacional – e este, no final das contas, será repassado ao consumidor – do que corrigir ou alterar suas práticas empresariais, o que demandaria investimentos para melhoria da segurança de seus produtos e, até mesmo, treinamento de seus funcionários para relacionamento com o cliente, por exemplo.

À vista disso, faz-se necessária uma análise sob os elementos clássicos da responsabilidade civil, principalmente aqueles atinentes ao âmbito das relações de consumo, bem como sob os desafios modernos, ocasionados pela massificação

dessas relações, a fim de se buscar um modo de responsabilização efetivo, que contribua para alteração do atual quadro social de práticas lesivas.

Em resposta a essa busca, a aplicação do instituto conhecido como *punitive damages*, já consolidado no sistema norte americano, aparece como medida promissora para punição e prevenção de condutas lesivas dos grandes fornecedores, pois esse instituto valoriza a função punitiva da responsabilidade civil, a qual passa a ser vista como instrumento imprescindível para a garantia da eficácia do sistema de responsabilização cível.

Posto isso, questiona-se: é possível o enfrentamento da atual realidade brasileira, na qual os direitos dos consumidores são frequentemente violados pelos grandes fornecedores, por meio do arbitramento de indenizações aplicadas em caráter punitivo, através do *punitive damages*?

Com o objetivo de estudar a possibilidade de utilização do referido instituto como mecanismo de proteção e efetivação dos direitos dos consumidores, no primeiro capítulo, este trabalho dedicar-se-á ao contexto de surgimento e aos pressupostos básicos da responsabilidade civil, bem como de suas funções, a fim de delinear os contornos da proteção especial conferida à responsabilidade tratada no Código de Defesa do Consumidor.

Em seguida, no segundo capítulo, serão analisados os danos indenizáveis e suas controvérsias, trabalhadas tanto pela doutrina como pela jurisprudência.

Por fim, o terceiro capítulo se voltará à apresentação do conceito do *punitive damages* e ao esclarecimento de confusões conceituais acerca do instituto, dedicando tópico especial à análise e desconstrução dos argumentos contrários à importação do instituto para o Direito Brasileiro e aos aspectos a serem observados no arbitramento das indenizações concedidas em caráter punitivo.

1 RESPONSABILIDADE CIVIL: BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS SEUS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS E SUAS FUNÇÕES

A vida em sociedade impôs a observância de uma série de deveres jurídicos, e dos danos causados em decorrência de seus descumprimentos origina-se uma nova relação, um novo dever, segundo Sérgio Cavalieri Filho (2012, p. 02): o de arcar com as consequências do ato comissivo ou omissivo que gerou o dano, de maneira a compensá-lo, recompondo, quando possível, o *status quo ante* da vítima, seja no âmbito moral ou patrimonial.

Assim, há que se falar que em certa medida, a responsabilidade civil serve como uma fronteira – e em muitos casos, como um obstáculo – à liberdade de ação dos indivíduos, posto que cada conduta humana trará consigo um grau de responsabilização.

Para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2014, p. 36), a responsabilidade civil “deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando, assim, o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária à vítima, caso não possa repor *in natura* o estado anterior de coisas”.

Em nosso ordenamento jurídico, dentre os diversos dispositivos que trazem sobre o tema, a ideia da responsabilidade civil melhor se traduz no artigo 927, *caput*, do Código Civil (CC), o qual é composto da ideia de ato ilícito extraída dos artigos 186 e 187, todos do mesmo diploma legal:

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

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

[...] Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo (BRASIL, 2002).

Uma observação importante pode ser feita em relação ao artigo 187 do CC: de sua leitura, percebe-se uma clara extensão da concepção de ato ilícito, para nele

incluir-se o abuso de direito, ou ainda, o exercício irregular de direitos. Nesta hipótese, Flávio Tartuce (2015, p. 370) esclarece que a diferença reside no fato de que o ato era inicialmente lícito, porém, quando exercido, ultrapassou os “limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé objetiva ou pelos bons costumes”.

Todavia, em que pese os dispositivos supracitados, nem sempre a responsabilização civil de um indivíduo provém da prática de um ato ilícito, ou ainda, nem sempre o ilícito a ser reparado terá sido por ele praticado. Assim afirma Silvio de Salvo Venosa (2017, p. 439):

No vasto campo da responsabilidade civil, o que interessa saber é identificar aquele conduto que reflete na obrigação de indenizar. Nesse âmbito, uma pessoa é responsável quando suscetível de ser sancionada, independentemente de ter cometido pessoalmente um ato antijurídico [...]. A responsabilidade pode ser direta, se diz respeito ao próprio causador do dano, ou indireta, quando se refere a terceiro, o qual, de uma forma ou de outra, no ordenamento, está ligado ao ofensor.

Para sua configuração, é necessária a presença de alguns elementos essenciais, os quais variam na doutrina. Entretanto, há certos requisitos encontrados com frequência entre os autores que escrevem sobre o tema, quais sejam: conduta (ação ou omissão), dano e nexa causal. As variações giram em torno da admissão ou não do elemento subjetivo do agente – culpa, em sentido *lato* – como integrante dos pressupostos do dever de indenizar. Esta culpa em sentido *lato* engloba tanto o dolo, como a culpa estrita (*stricto sensu*) (TARTUCE, 2015, p. 382).

Quanto ao dolo, Tartuce (2015, p. 382) aduz que:

O dolo constitui uma violação intencional do dever jurídico com o objetivo de prejudicar outrem. Trata-se da ação ou omissão voluntária mencionada no art. 186 do CC. [...] O dolo, na responsabilidade civil, merece o mesmo tratamento da culpa grave ou gravíssima.

No que diz respeito à culpa em sentido estrito, se diz que nesta, a conduta é voluntária, mas o resultado não é desejado. A conduta que antecede o resultado é querida, mas o resultado em si é involuntário. Cavalieri Filho (2012, p. 36 e 37) a decompõe ainda em outros elementos, sem os quais esta não se caracterizaria:

conduta voluntária com resultado involuntário, previsibilidade do resultado e a falta de cuidado, cautela, diligência ou atenção.

O aludido autor assevera que na culpa, a vontade do agente não pode ir além da ação ou omissão, pois caso contrário, há a configuração do dolo. Quanto à previsibilidade do resultado, afirma que “só se pode evitar o que se pode prever” e que previsível é tudo aquilo que, de acordo com as regras da experiência, é razoável que aconteça, seja possível prever (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 37).

A falta de cautela seria facilmente encontrada em todos os casos, pois, no fundo, consiste na essência da culpa, vez que resposta para o questionamento: se o resultado era no mínimo previsível, porque o agente não evitou a ocorrência do resultado? A resposta é: porque faltou com seu dever de cuidado, dever de agir com atenção, de forma diligente e prudente (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 38).

Contudo, a culpa em sentido *lato* ou genérico é um requisito dispensável a ser analisado para efeito de responsabilização, pois depende do tipo de relação que rege os indivíduos no caso concreto. Exemplo disso são as relações consumeristas, objeto de análise do presente trabalho, nas quais o próprio diploma de proteção ao consumidor dispensa a análise desse elemento para fins de responsabilização do fornecedor.

Quanto ao papel desempenhado pela responsabilidade civil, há um grande dissenso na doutrina.

Para alguns autores, como para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2014, p. 44), podem ser vislumbradas na reparação civil três funções: compensatória, punitiva e de desmotivação social da conduta lesiva. Com relação à primeira, há uma menor resistência no seu reconhecimento, pois esta se refere à vítima e busca restituir a situação na qual esta se encontrava, antes de sofrer com a conduta lesiva.

Assim, a função compensatória, também chamada de reparatória, figura como uma tentativa de suavização dos efeitos resultantes do dano. Em tese, a vítima seria

"satisfeita" com um valor monetário que lhe servirá como consolação em razão da ofensa que sofreu.

O autor Flavio da Costa Higa (2016, p. 245) chama atenção para um equívoco comumente encontrado nas definições que concernem às funções da responsabilidade civil, em especial no uso das expressões "retorno à origem" e "indenização". Segundo o mencionado autor, "a última tem caráter secundário e substitutivo, e só aparece na impossibilidade de se realizar a primeira", ou seja, na impossibilidade de restituir à vítima ao *status quo ante*. E foi justamente por concordar com o entendimento deste autor que o termo "satisfeita" constante no parágrafo anterior foi utilizado entre aspas.

Na prática, há muitas situações, principalmente aquelas em que se configuram lesões extrapatrimoniais, nas quais a responsabilidade civil de modo algum é capaz de fazer com que alguém retorne ao "estado anterior" à lesão sofrida. Não é preciso aludir apenas a essa possibilidade para se constatar tal fato. Na ocorrência de uma cegueira, causada em virtude do uso de algum produto com elementos impróprios na sua composição, por exemplo, é claro que a quantia eventualmente recebida não será capaz de ressarcir, pois é impossível "reparar o irreparável" (HIGA, 2016, p. 246).

Em tais casos, o princípio da reparação integral é apenas um mito, e a indenização, por assim dizer, serve como uma espécie de alento, uma resposta judicial possível diante de uma realidade inexorável, que é a completa inviabilidade de restabelecimento do equilíbrio precedente, uma vez que isso só seria possível pela substituição por algo de utilidade equivalente (HIGA, 2016, p. 247).

Já no que tange a função de "desmotivação social", de cunho educativo, alguns a encaram como decorrência da função punitiva. Assim, consistiria em "tornar público que condutas semelhantes não serão toleradas", inibindo que outras pessoas pratiquem as condutas lesivas, objeto de reprovação social (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 44).

Sobre a função punitiva, teço maiores considerações por ser uma das bases de desenvolvimento do presente trabalho e por ter em vista que esta ainda encontra

uma dificuldade maior de aceitação na doutrina e jurisprudência, não sendo considerada uma função primordial e sim uma função secundária.

Oportuno destacar, conforme o que fora até aqui esposado, que a função compensatória/reparatória, consagrada na teoria da responsabilidade civil, tem sido insatisfatória para “responder aos problemas de uma sociedade multicultural, pluralista e democrática”, competindo ao Direito estabelecer novos contornos, além de evitar e resolver os conflitos manifestados na sociedade moderna, conforme acredita Renato Azevedo Sette da Silveira (2016).

Sendo assim, diante da necessidade de redirecionar o foco da responsabilidade civil para o ofensor e para a atuação ofensiva, a função punitiva vem sendo cada vez mais alvo de estudo e tem conquistado seu papel de destaque.

Em síntese, a função punitiva visa punir o infrator pelo dano causado (seja aquele oriundo de uma conduta dolosa ou de uma conduta negligente, imprudente ou imperita), bem como visa coibir que o infrator incorra de forma repetida em práticas impróprias e abusivas, causadoras de danos à terceiros, tudo com vistas a forçar a tomada de condutas mais cautelosas (SILVEIRA, 2016).

Fala-se, inclusive, que as indenizações “punitivo-preventivas” são meios de mudanças sociais. Nesse sentido, aduz Nelson Rosenthal (2013, p. 83):

[...] a segurança que se prende às funções preventiva e punitiva é uma segurança social, na linha do princípio da solidariedade, objetivando a transformação social pela via constitucional da remoção de obstáculos de ordem econômica e social que limitam de fato a liberdade e a igualdade dos cidadãos, impedindo o pleno desenvolvimento da pessoa humana.

Em contrapartida, o mesmo autor critica essa tutela preventiva-repressiva, sob o argumento de que esta dá margem a graves incertezas, bastando que se compare os montantes das condenações sancionatórias e os danos efetivamente causados. Aduz que as empresas alegam excesso nas sanções e vislumbram, ainda, uma saída do mercado como consequência da aplicação das medidas impostas como “danos punitivos” (ROSENVALD, 2013, p. 145).

1.1 A RESPONSABILIDADE CIVIL NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

No que é pertinente para o presente trabalho, de início, importante dizer que os contratos massificados – contratos de adesão – não são passíveis de análise apenas sob a ótica do Código de Defesa do consumidor (CDC), mas também podem ser vistos à luz do Código Civil, nas hipóteses em que não é caracterizada a vulnerabilidade inerente à condição de consumidor.

Desta maneira, é possível que uma empresa de grande porte adote um modelo padrão de contrato a ser estabelecido com todos seus parceiros (fornecedores), como por exemplo, o caso de uma grande empresa de telefonia, a qual firma diversos contratos com empresas distribuidoras de aparelhos celulares. Tal exemplo é trazido com o intuito de esclarecer que o fato dos contratos se darem entre empresas não afasta a massificação dos contratos de adesão.

Contudo, o ponto de análise do presente trabalho não se dará sobre os contratos de massa inter-empresariais, mas, sim, sobre os contratos de massa firmados entre consumidores comuns e fornecedores.

Nesse diapasão, para tratar dos referidos contratos e da responsabilidade no âmbito do direito do consumidor, é necessário estabelecer certas premissas acerca da relação consumerista, além dos requisitos a serem observados para caracterizá-la.

As relações de consumo são marcadas por um elemento fundamental que as define: a vulnerabilidade. Caso não haja vulnerabilidade, não há relação de consumo e, conseqüentemente, não há justificativa para ser aplicada a legislação consumerista. Luiz Antonio Rizzatto Nunes (2012, p. 178) diz que essa característica implica no reconhecimento de que “o consumidor é a parte fraca da relação jurídica de consumo”.

Essa fraqueza, essa fragilidade, é real, concreta, e decorre de dois aspectos: um de ordem técnica e outro de cunho econômico. O primeiro está ligado aos meios de produção, cujo conhecimento é monopólio do fornecedor. E quando se fala em meios de produção não se está apenas referindo aos aspectos técnicos e administrativos para a fabricação e distribuição de produtos e prestação de serviços que o fornecedor detém, mas também ao elemento fundamental da decisão: é o fornecedor que escolhe o que, quando e de que maneira produzir, de sorte que o consumidor está à mercê daquilo que é produzido. [...] O segundo aspecto, o econômico, diz respeito à maior capacidade econômica que, por via de regra, o fornecedor tem em relação ao consumidor (NUNES, 2012, p. 179).

Quanto ao conceito padrão de consumidor, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) adotou a teoria finalista ao estipular em seu artigo 2º, *caput*, que “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. O destinatário final é aquele destinatário final econômico, que não se vale do produto ou serviço com a finalidade de lucro (BRASIL, 1990).

Com relação ao fornecedor, este desenvolve suas atividades com vistas à obtenção de lucro e, segundo o art. 3º do CDC, seria:

[...] Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços (BRASIL, 1990).

Realizada a breve distinção entre os dois polos da relação, bem como identificada a característica que os conecta (lucro), tratar-se-á da responsabilidade civil adotada pelo Código de Defesa do Consumidor. Esta, em regra, é a responsabilidade civil objetiva, consagrada no artigo 12 do CDC, a qual independe da análise de culpa ou dolo do agente. O CDC trouxe apenas como exceção a esse sistema o caso dos profissionais liberais, os quais, excepcionalmente, na forma do artigo 14, §4º do mesmo diploma, respondem mediante prova de culpa (responsabilidade subjetiva).

A responsabilidade objetiva decorre da chamada “teoria do risco”, ou ainda, do “risco do negócio”, e assim se estabelece porque nela é considerado o perigo da atividade do causador do dano (VENOSA, 2017, p. 447).

Marcos Túlio de Souza Bandeira (2015, p. 68) observa que:

De acordo com o que prevê a Lei 8.078/90, naquilo que se observa quanto ao histórico econômico-político e a legislação nacional, os fatores predominantes para a adoção da responsabilidade objetiva pelo Código de Defesa do Consumidor seria a produção em massa, a vulnerabilidade do consumidor, a insuficiência da responsabilidade subjetiva, existência de antecedentes legislativos um pouco limitados relativos a algumas atividades e, por fim, o fato de que o fornecedor responde pelos riscos diante do que os produtos ou serviços oferecem no mercado.

A consagração da teoria do risco, para efeito de responsabilização objetiva, tem uma razão de ser: segurança jurídica. Em “situações socialmente relevantes, quando a prova da culpa é um fardo pesado para a vítima do dano, a lei opta por dispensá-la”, em razão da necessidade de responsabilidade do agente, pois sem responsabilidade não há indenização (VENOSA, 2017, p. 454).

O Código de Defesa do Consumidor representou uma mudança radical no sistema de responsabilidade civil, assim como é fato notório que por meio de seus dispositivos, busca-se a proteção o equilíbrio na relação de consumo.

Apesar disso, os consumidores ainda são figuras muito fragilizadas, diante dos abusos praticados por uma grande parte de fornecedores, pois, na prática, não obstante sejam vastas as decisões judiciais estipuladas em desfavor dos fornecedores, não há o uso eficaz da responsabilização civil como elemento de desestímulo a novas condutas lesivas praticadas pelos mesmos fornecedores (BANDEIRA, 2015, p. 12).

Os valores ínfimos estipulados como indenizações têm se mostrado incapazes de se chegar a uma compatibilização social, fato que leva grandes infratores a permanecerem com a postura lesiva aos direitos básicos do consumidor, inertes quando os assuntos são investimentos na qualidade de seus produtos ou serviços ofertados no mercado.

2 DANOS INDENIZÁVEIS

O dano é uma ofensa a um bem jurídico tutelado, seja este material ou moral. Não há como falar em reparação ou compensação se não houver a ocorrência do dano. Conforme leciona Sérgio Cavalieri, “pode haver responsabilidade sem culpa (responsabilidade objetiva), mas não pode haver responsabilidade sem dano” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 76).

Na concepção de Hans Albrecht Fischer (1938, p. 7-9 *apud* SILVA, 2005, p. 29), dano é o prejuízo que alguém sofre em sua alma, em seu corpo ou em seus bens, constituindo-se um requisito essencial à configuração da responsabilidade civil.

Para o presente trabalho, faz-se necessário distinguir duas espécies principais de dano: dano material e dano moral, ou ainda, dano extrapatrimonial.

A diferença da classificação acima reside basicamente na existência ou não de conteúdo econômico, levando-se em consideração as repercussões destes danos na esfera do indivíduo lesado. Enquanto os danos materiais seriam aqueles que repercutem sobre o seu patrimônio, os danos morais consistiriam naqueles que repercutem sob sua esfera personalíssima, como aqueles afetos à honra ou imagem (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 77 e 88).

Assinala-se ainda, mais especificamente sobre o dano material, que este é capaz de afetar não somente o atual patrimônio da vítima, como também seu patrimônio futuro, razão pela qual o dano material também se subdivide, na esfera civilista, em danos emergentes – aquilo que se efetivamente perdeu, a redução imediata do patrimônio do ofendido – e lucros cessantes – aquilo que se deixou de ganhar (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 78).

Nunes (2012, p. 253) ainda entende que a expressão “perdas e danos”, comumente encontrada nos diplomas legais, deve ser entendida como danos materiais (emergentes e lucros cessantes) e morais, uma vez que as normas que trazem a

expressão, em geral, garante ao consumidor o direito de ser indenizado pelos danos sofridos, contudo, sem especificá-los.

O fato é que independente de qual seja, configurado um dano, esse deverá ser reparado. Da mesma maneira, observado o contexto em que se deu a lesão, há possibilidade da aplicação de uma sanção, a qual é viabilizada por meio da função punitiva da responsabilidade civil.

A título de ilustração: ocorrido o descumprimento intencional de parte ou da totalidade do contrato firmado com o consumidor – o que pode se dar tanto no que tange a obrigação principal do contrato, como no que diz respeito aos deveres laterais decorrentes da boa fé – há que se reprovar tal conduta por meio da aplicação de uma indenização efetiva. Bruna Lyra Duque e Julia Silva Carone (2009) entendem que em tais situações, “a indenização em caráter pedagógico possui natureza preventiva, à medida que tem por escopo evitar que outros repitam o ato considerado indigno pelos padrões da sociedade”.

Nos casos em que, apesar adimplida a obrigação principal (entrega de um determinado produto, por exemplo), houve o descumprimento de algum dos deveres laterais decorrentes da boa fé objetiva (deveres de informação; segurança; lealdade; confiança), pode ocorrer um dano não do descumprimento da obrigação principal (já que essa foi devidamente adimplida), e sim de um comportamento que deveria ter sido adotado pelo fornecedor, mas que não foi.

Esta ideia se insere no que Thiago Luís Santos Sombra (2011, p. 84) chama de “violação positiva do contrato”:

Verifica-se na espécie o cumprimento da prestação principal nos termos em que pactuado, porém, determinada conduta – passível de ser praticada pelo credor -, desregada do campo de influência da boa-fé objetiva, ocasiona lesões aos deveres laterais.

A boa fé objetiva deve sempre permear as relações contratuais, ainda que massificadas. Não pode ser ignorada. Essa é razão pela qual, em tais hipóteses, cogita-se a aplicação de uma indenização em caráter punitivo-pedagógico.

Antonio Sanches (2015) aduz que a violação desses deveres circundantes à obrigação principal, ainda que cumprida a prestação contratualmente estabelecida, gera o inadimplemento contratual. Assim, a chamada violação positiva do contrato é tratada como inadimplemento contratual, o que gera o dever de indenizar por parte daquele que praticou tal violação, e, quando ocorrida sem justa causa, também merece ser reprimida por meio de uma indenização em caráter punitivo.

Quanto à positivação do direito a reparação dos danos sofridos, importante dizer que a Constituição de 1988, no art. 5º, incisos V e X, assentou o direito à indenização pelo dano material ou moral.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; [...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; [...] (BRASIL, 1998).

Logo após, a jurisprudência superior passou a admitir a cumulação dos danos morais e materiais, por meio da Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça, que assim traz: “são cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato” (BRASIL, 1992).

Posteriormente, o Código Civil de 2002 também trouxe a obrigação de indenizar o dano moral, o que se depreende da leitura dos artigos 186 (cláusula geral da obrigação de não causar dano) e 927 (cláusula geral da obrigação de reparar dano).

Ainda nesse cenário de classificação dos danos indenizáveis, chama atenção uma teoria recente que tem ganhado cada vez mais adeptos, a qual permite a reparação pela perda do tempo útil do consumidor: teoria do desvio produtivo.

É certo que várias situações do dia a dia nos demandam algum tempo: seja o aguardo para atendimento na fila de um banco; seja o tempo perdido do trânsito; seja aquele despendido para cancelar um serviço ou uma compra feita à distância,

por exemplo. Essas situações, na maioria das vezes, devem ser toleradas, pois são inerentes à vida em sociedade.

Dessa maneira, a indenização pela perda do tempo livre, baseada na teoria do desvio produtivo do consumidor, deve ser reservada para aquelas situações inadmissíveis, em que há um claro descaso e total desrespeito aos consumidores, como por exemplo, ligações para *Call Centers*, nas quais as empresas colocam o consumidor em um verdadeiro “jogo de empurra”.

Conforme já veiculado na mídia¹, empresas que se utilizam desses meios de comunicação empregam em seus canais de reclamações diversas técnicas para fazer com que os clientes não consigam êxito ao tentar cancelar um serviço. Espera-se por muito tempo na linha para ser atendido e, após, inicia-se um verdadeiro “jogo de empurra” entre um atendente e outro, bem como o emprego de termos técnicos, de difícil entendimento para uma pessoa leiga no assunto. Diante de tantas práticas abusivas, o consumidor se vê indefeso e não lhe resta outra alternativa a não ser gastar seu tempo com a resolução de todo o infortúnio criado pelo fornecedor.

Desenvolvida pelo autor Marcos Dessaune e consolidada em sua obra “Teoria aprofundada do Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada”, a mencionada teoria defende uma reparação autônoma ao consumidor em razão deste ser constantemente levado a usar o seu tempo e a se afastar de suas atividades rotineiras em busca de soluções para problemas efetivamente danosos, que foram criados pelos próprios fornecedores. Dessa maneira, Dessaune (2017, p. 31) alude que

O fornecedor, ao atender mal, gerar um problema de consumo potencial ou efetivamente danoso e se furtar à responsabilidade de solucioná-lo tempestivamente, induz o consumidor em estado de carência e condição de vulnerabilidade a despende uma parcela de seu tempo e, muitas vezes, a assumir deveres e custos do fornecedor para enfrentar o problema lesivo.

Tais lesões, na visão do autor, implicam em perdas existenciais para o consumidor, tendo em vista que o tempo é um recurso produtivo escasso nos dias de hoje.

¹ GLOBO. Atendentes de telemarketing relatam técnicas para tentar enganar clientes. **G1**. Minas Gerais, 06 nov. 2011. Disponível em: <<http://g1.globo.com/minas-gerais/noticia/2011/10/atendentes-de-telemarketing-relatam-tecnicas-para-tentar-enganar-clientes.html>>. Acesso em: 05 maio 2018.

Caracterizado este dano de natureza existencial, deve ser reparado por aquele que o causou, independente da aferição de culpa. Entende-se o desvio produtivo do consumidor como um fato danoso que “não se amolda à jurisprudência tradicional”, sendo muito mais que um “mero dissabor, aborrecimento, percalço ou contratempo normal na vida do consumidor” (DESSAUNE, 2017, p. 32).

Sobre o assunto, os Tribunais assim têm entendido:

ACÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. TELEFONIA. MUDANÇA DE ENDEREÇO. INDISPONIBILIDADE INJUSTIFICADA DO SERVIÇO DE INTERNET BANDA LARGA. DEMORA. PERDA DE TEMPO. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. A perda de tempo do consumidor antes tratada como mero aborrecimento começou a ser considerada indenizável por parte dos Tribunais. O consumidor que se submete a verdadeira via crucis para tentar solucionar a questão perante o fornecedor, gerando mais de dez números de protocolos e reclamações junto à ANATEL sofre lesão a direito da personalidade e gera direito de ser indenizado pelo dano moral. A indisponibilidade do funcionamento da internet banda larga, serviço este essencial ao cotidiano do consumidor, impossibilitando a sua utilização pela requerente por tempo considerável, gera transtornos que extrapolam o mero dissabor corriqueiro. Doutrina e jurisprudência são uníssonas em reconhecer que a fixação do valor indenizatório deve-se dar com prudente arbítrio, para que não ocorra enriquecimento de uma parte, em detrimento da outra, bem como para que o valor arbitrado não seja irrisório. Nas demandas fundadas em responsabilidade contratual os juros de mora incidem a partir da citação. Nas causas em que houver condenação, deve-se aplicar o disposto no § 2º do art. 85 do NCPC/2015 para a fixação dos honorários advocatícios, observando-se o grau de zelo do profissional, a natureza e importância da causa, o tempo exigido do advogado e, ainda, o lugar de prestação do serviço. (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. 14ª Câmara Cível. Apelação cível nº 1.0194.14.002603-1/001. Apelante: Telemar Norte Leste S/A. Apelado(a): Maria Geralda Martins. Relator: Des. Estevão Lucchesi. Jusbrasil. Coronel Fabriciano – MG. Julgado em 03/04/2018).

APELAÇÃO - SERVIÇO DE TELEFONIA – COBRANÇA ABUSIVA - INTERESSE DE AGIR - VENDA CASADA - COMBO DIGITAL INEXIGIBILIDADE REPETIÇÃO DO INDÉBITO - DANOS MORAIS DESVIO PRODUTIVO - MICRODANO - FUNÇÃO PROPEDÊUTICA DA INDENIZAÇÃO. [...] Dever de indenizar (artigos 186 e 927, do Código Civil) - incontroversa a conduta ilícita, o dano decorre do descaso e da negligência com o consumidor prática abusiva consistente na inserção de cobrança indevida na fatura de todos os consumidores dos planos pós-pago. Responsabilidade civil que tem o condão de punir condutas ilícitas, especialmente quando reiteradamente adotadas por justificativas econômicas (“lucro ilícito” e microdanos). 'Tese do 'desvio produtivo do consumidor'- valor fixado em R\$10.000,00. (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. 30ª Câmara de Direito Privado. Apelação cível nº 1011251-17.2017.8.26.0482. Apelante/apelado: Denis André. Apelado/Apelante: Telefônica Brasil S/A. Relator(a): Des. Maria Lúcia Pizzoti. Presidente Prudente – SP. Julgado em 28/02/2018).

Na esfera do Superior Tribunal de Justiça, há precedentes recentes de aplicação da referida teoria. O mais recente deles é a decisão monocrática proferida no Agravo em Recurso Especial nº 1.260.458/SP, publicada em 25/04/2018, da Relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze, na Terceira Turma do STJ, que conheceu do Agravo para rejeitar o Recurso Especial do Banco Santander. Para o Ministro,

[...] tem-se como absolutamente injustificável a conduta da instituição financeira em insistir na cobrança de encargos fundamentadamente impugnados pela consumidora, notório, portanto, o dano moral por ela suportado, cuja demonstração evidencia-se pelo fato de ter sido submetida, por longo período [por mais de três anos, desde o início da cobrança e até a prolação da sentença], a verdadeiro calvário para obter o estorno alvitado, cumprindo prestigiar no caso a teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, por meio da qual sustenta Marcos Dessaune que todo tempo desperdiçado pelo consumidor para a solução de problemas gerados por maus fornecedores constitui dano indenizável, ao perfilhar o entendimento de que a “missão subjacente dos fornecedores é – ou deveria ser – dar ao consumidor, por intermédio de produtos e serviços de qualidade, condições para que ele possa empregar seu tempo e suas competências nas atividades de sua preferência. Especialmente no Brasil é notório que incontáveis profissionais, empresas e o próprio Estado, em vez de atender ao cidadão consumidor em observância à sua missão, acabam fornecendo-lhe cotidianamente produtos e serviços defeituosos, ou exercendo práticas abusivas no mercado, contrariando a lei. Para evitar maiores prejuízos, o consumidor se vê então compelido a desperdiçar o seu valioso tempo e a desviar as suas custosas competências – de atividades como o trabalho, o estudo, o descanso, o lazer – para tentar resolver esses problemas de consumo, que o fornecedor tem o dever de não causar. Tais situações corriqueiras, curiosamente, ainda não haviam merecido a devida atenção do Direito brasileiro. Trata-se de fatos nocivos que não se enquadram nos conceitos tradicionais de 'dano material', de 'perda de uma chance' e de 'dano moral' indenizáveis. Tampouco podem eles (os fatos nocivos) ser juridicamente banalizados como 'meros dissabores ou percalços' na vida do consumidor, como vêm entendendo muitos juristas e tribunais. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 1.260.458-SP. Agravante: Banco Santander S.A. Agravado: Marcia Renata de Nobre. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Brasília – DF. Julgamento em 05/04/2018).

No tocante aos danos morais, importa lembrar que, se por um lado, a admissão da reparação do dano moral tornou-se pacífica, por outro, a polêmica permaneceu em torno dos critérios que devem ser levados em consideração na fixação do valor desta indenização.

Dentre as controvérsias que tocam o assunto, Humberto Theodoro Júnior (2001, p. 29) alude que talvez a principal delas se refira ao valor a ser pago ao ofendido nesses casos.

Tratando-se de dano material, a apuração da diminuição patrimonial da vítima é feita de forma relativamente simples, pois pode ser medida com base em padrões objetivos, como orçamentos, ou ainda, com base em um relatório de rendimento de uma determinada empresa ao longo de uma semana, a fim de se verificar o quanto esta deixou de receber em virtude de um dano que ocasionou a paralisação de sua atividade, por exemplo. Contudo, em se tratando de dano moral, a apuração do valor indenizatório torna-se mais cautelosa e criteriosa, vez que o bem lesado (imagem, honra, assim como todos os direitos personalíssimos) são insuscetíveis de valoração econômica; não possuem preço estipulado (THEODORO JÚNIOR, 2001, p. 29).

Sobre a temática, aponta-se entendimento de Tartuce (2015, p. 394) ao dizer que para a reparação do dano moral, não se pretende estipular um preço para a “dor” ou sofrimento da pessoa lesada, mas sim um meio para atenuar, em parte, as consequências do prejuízo imaterial, razão pela qual se utiliza a expressão “reparação” e não “ressarcimento” para os danos morais.

A palavra “dor” presente no parágrafo anterior encontra-se entre aspas, pois ao contrário do consenso existente em parte da doutrina e em consonância com o Enunciado nº 445, aprovado na V Jornada de Direito Civil, não há obrigatoriedade da presença de um sentimento humano ruim, como dor ou sofrimento, para que se configure um dano moral (BRASIL, 2011).

Tartuce (2015, p. 395) afirma que isso é claro ao se admitir, por exemplo, que a pessoa jurídica, totalmente desprovida de sentimentos, possa sofrer dano moral, consoante Súmula nº 227 do STJ.

Luiz Roldão de Freitas Gomes (2000, p. 100) explana que, no caso da indenização por danos morais, esta não visa recompor sentimentos, nem se presta a compensar a lesão. Busca, ao fundo, oferecer meios àquele que foi ofendido para que alivie sua mágoa, servindo, ainda, de punição ao infrator.

Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p. 212) traz que

[...] A reparação do dano moral detém um duplo aspecto, constituindo-se

por meio de um caráter compensatório, para confortar a vítima e de um caráter punitivo, cujo objetivo, em suma, é impor uma penalidade exemplar ao ofensor, consistindo esta na diminuição de seu patrimônio material e na transferência da quantia para o patrimônio da vítima.

De acordo com Nehemias Domingos de Melo (2011, p. 97), no que concerne às orientações para a determinação de um valor a ser pago a título de danos morais, o qual seja capaz, a um só tempo, de cumprir seu papel de compensação da vítima e de castigo ao ofensor, a doutrina propõe que sejam levados em consideração o “grau de culpa (dolo) do agente causador do dano; a capacidade econômica das partes; as circunstâncias fáticas em que se deu a lesão; o que foi feito pelo ofensor para minimizar os efeitos da ofensa; a intensidade do sofrimento da vítima; dentre outros”, tudo à luz dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Nunes (2012, p. 377) também propõe fatores a serem considerados pelos juízes no momento de quantificação do valor do dano moral, quais sejam:

A natureza específica da ofensa sofrida; a intensidade real, concreta, efetiva do sofrimento do consumidor ofendido; a repercussão da ofensa no meio social em que vive o consumidor ofendido; a existência de dolo por parte do ofensor na prática do ato danoso e o grau de sua culpa; a situação econômica do ofensor; a capacidade real e efetiva do ofensor voltar a praticar e/ou vir a ser responsabilizado pelo mesmo fato danoso, ou seja, se ele já cometeu a mesma falta; as práticas atenuantes realizadas pelo ofensor visando diminuir a dor do ofendido; a necessidade de punição.

Contudo, tais recomendações não têm se mostrado suficientes. De livre arbítrio pelo juiz, o Código de Processo Civil de 2015 estabeleceu o arbítrio do *quantum* indenizatório a ser feito pelo autor, ao determinar que o pedido de indenização por dano moral deverá ser determinado². Ao incumbir ao autor a tarefa de mensurar o valor do dano moral pretendido, o legislador visou “sepultar”, conforme os dizeres de Carlos Eduardo Rios de Amaral (2015), ações indenizatórias por dano moral que mais se assemelhavam a “porta da esperança” para o “enriquecimento”.

É cediço tanto na doutrina como na jurisprudência que os danos morais não se confundem com os aborrecimentos que um indivíduo enfrenta no seu dia a dia, “sob

² “Art. 292. O valor da causa constará da petição inicial ou da reconvenção e será: [...]V - na ação indenizatória, inclusive a fundada em dano moral, o valor pretendido; [...]”. BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 16 maio 2018.

pena de colocar em descrédito a própria concepção da responsabilidade civil e do dano moral” (TARTUCE, 2015, p. 396).

Entretanto, em razão de não haver até hoje uma forma precisa e legítima de valoração desse dano, a propagação da ideia de que demandas judiciais que buscam a reparação por lesões extrapatrimoniais se tornaram verdadeiras “loterias” e a disseminação do discurso da existência de uma suposta “indústria do dano moral” acabaram por ressoar em nossos Tribunais, o que contribuiu para a banalização do instituto.

Nesse contexto, inclusive o Superior Tribunal de Justiça tem decidido que o mero descumprimento contratual não acarreta danos morais³.

Por outro lado, são encontradas decisões nas quais o STJ entendeu que se fazia necessário majorar o valor da condenação por danos morais, com base na função preventivo-pedagógica da responsabilidade civil, considerando que a recusa injustificada do plano de saúde à cobertura de tratamento contratualmente previsto, não é mero aborrecimento, mas sim fator que causa um dano moral, vez que agrava a situação de fragilidade física e psicológica do beneficiário⁴.

Tal fato leva à conclusão de que a jurisprudência do STJ tem compreendido que o descumprimento do contrato que envolva valores fundamentais protegidos pela CF/1988 pode gerar dano moral presumido (TARTUCE, 2015, p. 396).

³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. **Recurso Especial nº 1.658.692**. Recorrente: ServengCivilsan S/A Empresas Associadas de Engenharia. Recorrido: Construmaq Construções e Maquinas LTDA ME. Relator(a): Min. Nancy Andrighi. Brasília. Julgado em 06/06/2017, publicado no DJe em 12/06/2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1610107&num_registro=201401184783&data=20170612&formato=PDF>. Acesso em 26 abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. **Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.645.135**. Agravante: Aline Podesta Romero Bento. Agravado: Associação Evangélica Beneficente de Londrina. Relator: Min. Raul Araújo. Julgado em 17/08/2017, publicado no DJe em 08/09/2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=74027851&num_registro=201603253360&data=20170908&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em 26 abr. 2018.

⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. **Recurso Especial nº 1.200.691**. Recorrente: Lais Dória Passos Monteiro de Barro. Recorrido: Unimed Campo Grande MS Cooperativa de Trabalho Médico. Relator(a): Min. Nancy Andrighi. Julgado em 17/03/2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=14532486&num_registro=201001239705&data=201111111&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em 17 maio 2018.

Neste trabalho, entende-se que não só essas hipóteses, como também a quebra injustificada do contrato, de modo geral, dentro da relação entre fornecedor e consumidor, ensejam não apenas uma condenação ao pagamento de indenização por danos morais, e sim uma indenização punitiva, considerando a vulnerabilidade do consumidor, a presunção de boa fé das partes ao firmarem um contrato, assim como suas expectativas em torno do objeto do contrato.

Sobre a distinção entre os transtornos e eventuais danos causados pelo descumprimento de um contrato, André Gustavo Corrêa de Andrade alude (2005, p. 60):

Como distinguir, no entanto, nessas situações de perturbação do espírito, o dano moral do “mero” aborrecimento que todo descumprimento de obrigação contratual potencialmente pode causar? A resposta a uma 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 alheio. Com efeito, o aborrecimento, a contrariedade e outros sentimentos negativos ordinariamente gerados pelo descumprimento de uma obrigação pactuada são, em muitos casos, agravados pela conduta maliciosa ou desdenhosa do contratante.

De outro modo, há raros casos em que o descumprimento da obrigação se dá de forma involuntária, como nas hipóteses de caso fortuito e de força maior. Diante disso, Duque e Carone (2009) expõem:

[...] a culpa, em sentido amplo - que divide-se em culpa *stricto sensu* e dolo –, constitui elemento importante na análise do inadimplemento, embora não seja o fator decisivo no momento da apuração do quantum devido ao credor nos casos de descumprimento da obrigação.

Feitas essas considerações, o que se observa na prática é que as empresas responsáveis por grande parte dos contratos de massa têm desenvolvido práticas comerciais cada vez mais modernas, e diante dessa multiplicidade de práticas comerciais, o consumidor apresenta-se extremamente vulnerável, sendo facilmente lesado em seus direitos personalíssimos.

Paralelamente, as condenações de modo geral, em especial àquelas que determinam o pagamento de indenização por dano moral, quando impostas às

empresas responsáveis pelos contratos de massa, são de valores inexpressivos, o que leva as mencionadas empresas a perpetuarem suas práticas lesivas no mercado de consumo.

Assim, os grandes fornecedores não se sentem compelidos a investirem em técnicas de prevenção e melhoria da qualidade de seus serviços, tornando-se líderes em reclamações realizadas pelos consumidores.

O próprio Procon divulga, periodicamente, um *ranking* dos segmentos e das empresas que mais foram objeto de reclamações registradas perante o órgão. Em 2016, segundo notícia do Jornal Folha Vitória, no âmbito nacional, os segmentos mais reclamados foram os de “cartão de crédito, telefonia celular, banco comercial, financeiras, telefonia fixa, TV por assinatura, aparelhos de telefone, energia elétrica, eletrodomésticos e estabelecimentos comerciais”. No âmbito do Estado do Espírito Santo, o cenário não foi diferente. Dentre os fornecedores mais reclamados, encontram-se as operadoras de telefonia; empresa que gerencia o fornecimento de energia (EDP), bancos e financeiras (FOLHA VITÓRIA, 2016).

Há ainda, nas palavras do professor Luiz Gustavo Tardin (2017), uma verdadeira “judicialização da ineficiência das empresas”, a qual coloca cada vez mais em evidência que o sistema jurídico brasileiro, caso não sejam adotadas medidas inovadoras, dirige-se ao colapso institucional, estando cada vez mais atolado em volume de demandas, as quais se multiplicam em grande velocidade.

Grandes empresas se tornam litigantes diários figurando no polo passivo das referidas demandas, pois, conforme já dito, não são compelidas a promoverem nenhuma melhoria da sua atividade econômica, nem mesmo uma revisão na política de relacionamento com seus clientes.

Assim, dentro do imerso contexto de práticas lesivas ocorridas dentro da relação de consumo, o presente trabalho defende, como mecanismo de proteção do consumidor e como forma de conferir eficácia às decisões judiciais no âmbito das indenizações, a aplicação do *punitive damages* na reparação civil a ser feita, priorizando as indenizações em caráter punitivo.

3 PUNITIVE DAMAGES: INSTRUMENTO DE EFICÁCIA SOCIAL

Enquanto possível instrumento capaz de conferir eficácia não só às decisões judiciais que fixam valores para fins de reparação, mas também como meio a ser empregado para melhoria do sistema de responsabilidade civil como um todo, importante destacar que o termo “eficácia” empregado neste trabalho se refere à eficácia social dos atuais provimentos jurisdicionais indenizatórios, proferidos nos conflitos entre fornecedores *versus* consumidores.

José Manoel de Aguiar Barros (2002, p. 456) aponta que dois motivos que levam os homens a descumprir as normas jurídicas merecem destaque, quais sejam: a cultura do desrespeito às normas jurídicas e a certeza da impunidade. Estes, em seus dizeres, retiram a eficácia do Direito e anulam a sua efetividade.

Sobre o termo eficácia, o saudoso Teori Albino Zavascki (1994, p. 291) registra que este possui dois sentidos. Enquanto fenômeno tão somente normativo, eficácia seria a capacidade da norma jurídica para produzir efeitos no mundo jurídico. Seu outro sentido, para o referido autor, significa a aptidão da norma jurídica para produzir resultados na realidade social, ou seja, “para produzir, concretamente, condutas sociais compatíveis com as determinações ou valores consagrados no preceito normativo”.

Nessa segunda concepção, a eficácia da norma se passa no mundo dos fatos e justamente em razão disso, é denominada de eficácia social, ou ainda, efetividade (ZAVASCKI, 1994, p. 291).

Nessa perspectiva, indaga-se qual tem sido a eficácia social dos valores arbitrados a título de indenização – seja por dano material, seja por dano moral – no caso das lesões praticadas por grandes empresas, haja vista que tais condenações não

provocam nenhuma alteração na realidade social, no sentido de fazer com que as empresas revejam suas práticas e condutas comerciais.

Bandeira (2015, p. 15), sobre o tema, afirma:

As indenizações por dano moral arbitradas nos patamares atuais vêm estimulando a manutenção dos erros e ilicitudes dos fornecedores, como é o caso das constantes e intermináveis negativas de dados dos consumidores de forma indevida pelas instituições financeiras, as longuíssimas e humilhantes esperas do usuário nas tentativas de cancelar uma linha telefônica, os indevidos e corriqueiros cortes de energia elétrica na residência de um consumidor por falta de pagamento de conta quando na verdade a conta já foi paga, e as incontáveis faltas de atendimento por plano de saúde com a alegação de doença pré-existente quando nunca fora feito exame prévio para admitir o consumidor no quadro dos segurados. São ações ou erros grosseiros que, por si, já deveriam sofrer a devida sanção pecuniária – indenização – em valor bem maior do que vem sendo arbitrado como de costume nos Tribunais. O que dirá quando este mesmo fornecedor é punido com uma decisão judicial e, paga a indenização, nada faz o fornecedor para fazer cessar as abusivas infrações, sendo isso uma constante em todas as regiões da Federação brasileira, não havendo a mínima preocupação dos fornecedores em realmente sanar o fato do serviço ou do produto.

A manutenção das práticas lesivas tem ligação direta ao utilitarismo do mercado. Nesse sentido é o que diz Adalberto Pasqualotto (2016, p. 87):

No mundo econômico, o homem é considerado apenas na sua dimensão racional, que faz suas escolhas orientado por preferências, conforme seus interesses individuais. [...] A equação final que orienta as suas escolhas é a otimização: maior utilidade ou vantagem da opção feita e menores custos [...], não há preocupação com os efeitos derivados da escolha. A embalagem é prejudicial ao meio ambiente? Quem se importa? Quem não tem compromisso com as consequências das suas escolhas não assume obrigações com o futuro.

Sob essa ótica, as empresas, ao considerarem os eventuais valores que terão que desembolsar a fim de ressarcir aquele consumidor que pleiteia junto ao Poder Judiciário seus direitos, percebem que podem lucrar muito mais com a prática lesiva, haja vista que a maior parte dos consumidores, embora se sinta prejudicada ou descontente com o produto ou serviço adquirido, simplesmente não reclama “por motivos como a falta de tempo, o custo-benefício envolvido, a desinformação, a vergonha, o temor de represálias, o comodismo, o ceticismo, o conformismo” (DESSAUNE, 2017, p. 67).

Assim, grandes fornecedores, mesmo cientes de circunstâncias potenciais ou efetivamente danosas para o consumidor, ignoram sua responsabilidade pelos problemas de consumo que criaram, “transferindo para o consumidor o custo temporal, operacional e material de saná-los” (DESSAUNE, 2017, p. 67).

Dentro de um sistema de produção massificado, parece ser inevitável a ocorrência de um número pequeno de produtos com algum tipo de vício ou defeito. Contudo, a questão reside na maneira que o fornecedor escolhe para resolução do problema: reconhecerá sua responsabilidade ou transferirá seu dever de solucioná-lo ao próprio consumidor, onerando-o excessivamente?

Exemplo corriqueiro que ilustra a questão, trazido por uma reportagem do Jornal Gazeta Online que relatou situações em que diversos consumidores tiveram seus nomes inseridos nos órgãos de proteção ao crédito, mesmo sem nenhuma dívida que ensejasse isso, se dá no âmbito das cobranças de dívidas realizadas tanto por instituições financeiras como por empresas de telefonia, em que são realizadas negativas de dados pessoais de “supostos” devedores em cadastro restritivos de crédito (TORRE, 2017).

Na mencionada reportagem, narra-se o caso de uma mulher que foi surpreendida com a restrição creditícia inserida em seu nome por parte de uma empresa de telefonia móvel, mesmo sem ela ter contratado nenhum serviço da empresa. Judicialmente, a empresa foi condenada a pagar indenização por danos morais no valor de R\$3.000,00 (TORRE, 2017).

Tal prática consistiria em simples exercício regular do seu direito se a pessoa que sofreu a restrição fosse, pelo menos, cliente da operadora ou ainda, correntista da instituição financeira que promoveu a anotação negativa. Contudo, em muitos casos, a pessoa que teve o nome negativado sequer é cliente das referidas empresas, tendo seus dados utilizados de forma “fraudulenta” e o nome negativado de forma indevida.

Nessas situações, às vezes, a pessoa, ao receber alguma ligação de cobrança, até informa que não possui nenhum vínculo com a empresa. Todavia, o funcionário que

faz o atendimento em questão ignora tal informação, e a empresa, tempos depois, procede à anotação desabonadora em nome da pessoa, em razão de uma dívida por ela desconhecida. Pergunta-se: como o consumidor provaria um fato negativo? Como demonstraria que não contraiu o referido débito? Seria difícil – para não dizer impossível – ainda mais por considerar a frequência com que ocorre esse tipo de falha na prestação de serviço das empresas que lidam com contratos massificados.

Em juízo, as empresas afirmam terem agido com diligência e cautela, “não se verificando em sua conduta nenhuma das modalidades de culpa”. Contudo, o trecho abaixo de uma decisão ilustra bem o raciocínio que deve permear a solução dessas questões, tendo em vista o risco da atividade desenvolvida pela empresa:

[...] A hipótese é de risco da atividade ou risco assumido com o exercício de serviços de telefonia, conforme dispõe o Código de Defesa do Consumidor, princípio que transfere ao fornecedor de produtos e serviços o risco decorrente do enriquecimento de cunho econômico e financeiro pelo qual obtém receitas positivas, desimportando se, em contenda com o consumidor, tenha sido vítima de eventual golpe, não podendo a ele transferir aquele eventual prejuízo, daí sendo recomendada maior cautela e fiscalização quanto à identidade daqueles com os quais negocia. (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. 4ª Câmara de Direito Privado. Apelação nº 1002739-43.2014.8.26.0161. Apelante: Global Village Telecom LTDA – GVT. Apelado: Adriano Alberto Fortunado Siciliano. Relator: Des. Fábio Quadros. Diadema, SP. Julgamento em 28/10/2014).

É nesse cenário que se apresentam os debates sobre a aplicação de indenização com caráter punitivo no âmbito das relações de consumo, pois a defesa do *punitive damages* seria uma forma de aumentar a possibilidade de corrigir os fornecedores que desrespeitam os direitos dos consumidores.

Sobre seu surgimento, encontra-se de forma mais frequente na doutrina que este instituto teria emergido da necessidade de se obter um argumento racional que legitimasse “o arbitramento de grandes quantias indenizatórias, as quais chegavam até mesmo ultrapassar o valor do prejuízo calculado”, e, em outros casos, quantias arbitradas em razão de lesões a bens imensuráveis, pretendendo-se não apenas compensação do ofendido, como também a punição do ofensor e dissuasão de condutas semelhantes (HIGA, 2016, p. 262).

O caráter punitivo do instituto é um aspecto herdado das sociedades antigas, sendo o Direito Romano, segundo Danilo Barbosa de Sant'Anna (2012), o marco inicial relevante na reprimenda civil dos atos ilícitos privados.

Posteriormente, na Inglaterra é que veio se consolidar o que hoje se conhece como *punitive damages*, instituto que nasceu e se desenvolveu a partir de uma reprovação especial a condutas que simbolizavam abusos de poder injustificados. Após, em razão da colonização britânica dos Estados Unidos, este acabou por ser influenciado na formação de seu ordenamento jurídico, o que tempos depois também implicou na adoção do *punitive damages* (SANT'ANNA, 2012).

Sobre esse instituto, Moraes (2004, p. 56) diz que nos Estados Unidos ele consiste em um valor obtido pela vítima quando o dano tenha sido causado por um ato grotescamente negligente, baseado em má fé ou dolo. Não se objetiva a “reparação” do dano, mas a punição e também o desestímulo da prática de condutas semelhantes.

A um júri popular se atribui a função de fixar a indenização, levando em consideração o interesse estadual em punir desta ou daquela maneira o infrator e em impedir a reiteração de sua conduta. Embora muito frequentemente requeridos, raramente são concedidos. São tidos, tanto pela opinião pública como por especialistas, como um bom meio para que a vítima consiga atingir a pessoa que a prejudicou.

Sobre a nomenclatura, nota-se que há um erro comum ao se traduzir a expressão “*punitive damages*” para o português, vez que é possível encontrar autores que se referem aos “danos punitivos” ao invés da correta tradução: indenização punitiva. Consoante os ensinamentos de Higa (2016, p. 277), “*damage*” indica lesão a um interesse jurídico, a perda, o prejuízo causado ou sofrido, enquanto que “*damages*” quer dizer indenização.

Além disso, em nosso sistema jurídico, o substantivo “dano” é adjetivado – em moral ou material, por exemplo – de acordo com a esfera lesada pelo ofensor, motivo pelo qual é impossível que alguém sofra um “dano punitivo” (HIGA, 2016, p. 277).

Ainda esclarecendo algumas confusões conceituais sobre o instituto, haja vista seus objetivos principais – punir o ofensor a partir de uma sanção pecuniária, bem como, evitar que comportamentos semelhantes se repitam –, afirma-se que não está o *punitive damages* associado à função reparatória da responsabilidade civil, pelos seguintes motivos:

[...] i) a pena é imposta para castigar o delinquente; a indenização, para remediar o dano; ii) a pena, em sentido lato, pode existir sem o dano, o que é incompatível com a indenização; iii) mede-se a pena pelo grau de culpa; mensura-se a indenização pela extensão do dano; iv) a finalidade da pena é retributiva e da indenização é reparatória; e v) a pena é sempre consequência de um delito; a indenização tem no ato ilícito apenas uma de suas muitas causas determinantes (HIGA, 2016, p. 280).

Há no caráter preventivo e no caráter punitivo do instituto ora analisado, um verdadeiro uso social do processo, na medida em que esse não só viabiliza uma pretensão do ofendido, mas situa a indenização punitiva como forma de prevenir novas condutas lesivas à sociedade, o que, em razão dessa ênfase preventiva, justifica as disparidades entre os valores arbitrados e o prejuízo individual suportado pela pessoa que sofreu de forma direta com o dano.

Um caso emblemático que traduz essa ideia aconteceu nos Estados Unidos, envolvendo uma idosa, que ao comprar um café no *drive through* de uma lanchonete do McDonald's, o derramou em seu corpo e em razão da alta temperatura do produto, sofreu com sérias queimaduras. Em tal caso, o júri, considerando a existência de várias reclamações acerca da alta temperatura do café nas redes McDonald's, definiu o pagamento da quantia de 2,7 milhões de dólares, com vistas a resguardar que novas pessoas não sofressem danos semelhantes (MORAES, 2003, p. 232).

No sistema jurídico brasileiro, o *punitive damages* não é admitido como uma forma adicional de indenização, apesar de já serem encontrados julgados que façam menção ao instituto, dentro da esfera consumerista:

CIVIL. CDC. DIREITO DO CONSUMIDOR. TARIFAS BANCÁRIAS. DEVOLUÇÃO EM DOBRO. INDENIZAÇÃO PUNITIVA (PUNITIVE DAMAGE). PEDIDO. SENTENÇA MANTIDA RECURSO RECURSO IMPROVIDO. 1 - A cobrança de taxas e tarifas de abertura de cadastro, registro de contrato, avaliação de bens e despesas de serviços de terceiros

não consubstanciam contraprestação ao serviço prestado pela instituição financeira, porquanto são serviços inerentes à própria atividade bancária a fim de conceder o crédito ao consumidor. 2 - O art. 42, § único, do CDC, tem o objetivo de evitar a cobrança indevida, pois a persistência na cobrança das tarifas de cadastro e despesas de serviços de terceiros consubstancia abusividade na relação contratual com o consumidor, que geram lucro para a instituição financeira. A finalidade da indenização punitiva (punitive damages) é evitar que o dano imposto ao consumidor seja lucrativo para a instituição financeira [...]. (DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais. Apelação Cível do Juizado Especial nº 2011 09 1 024839-4. Apelante: Banco Bradesco Financiamentos SA. Apelado: Solemar Lopes da Silva. Relator: Juiz João Fischer. Julgamento em 13/03/2012, publicação no DJ-e em 21/03/2012. Jusbrasil).

RECURSO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CEF. FRAUDE. CARTÃO DE CRÉDITO. INSCRIÇÃO INDEVIDA DE NOME NO SERASA. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. MANUTENÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO. APELAÇÃO IMPROVIDA.

1.As atividade bancárias estão inseridas no conceito de serviço, expresso no art. 3º, §2º do CDC. 2. Autora inscrita no SERASA por dívida desconhecida de cartão de crédito, embora tenha a CEF reconhecido administrativamente a existência de indícios de fraude e creditado o valor anteriormente na conta do cliente. [...] 4. A intervenção do colegiado na via excepcional do recurso deve ser reservada para os casos de erro manifesto, ou seja, valor ínfimo ou exorbitante, o que não é o caso. Ademais, o quantum da indenização deve ser arbitrado em especial considerando-se o caráter punitivo (punitive damages) que também devem representar, para desestimular a prática do ato ilícito e, também, evitar o enriquecimento sem causa de quem sofre o dano. Indenização fixada na sentença recorrida em R\$16.050,00, mostra-se razoável e proporcional à repercussão do evento danoso. 5. Apelação improvida. Sentença mantida. (BRASIL. Tribunal Regional Federal (4ª Região). 3ª Turma Recursal. Recurso Cível nº 5010330-35.2014.404.7209. Recorrente: Caixa Econômica Federal. Recorrido: Marcelo Jose Fontes Dias. Relator: Juiz Zenildo Bodnar. Florianópolis - SC. Julgamento em 21/05/2015. JusBrasil).

Entretanto, não obstante a missão punitiva das indenizações não seja acolhida formalmente no ordenamento jurídico pátrio, essa pretensão punitiva da responsabilidade civil tem sido embutida na própria compensação dos danos, em especial quando é o caso de dano moral, situação em que os tribunais têm ampliado a interpretação do seu conceito, ou ainda, ampliado as hipóteses em que o dano moral é presumido, de forma a conferir-lhe um caráter sancionatório, como pode se observar do recente julgado do STJ, em que se reconheceu o dano moral em produto impróprio para o consumo que é levado a boca, mas não chega nem mesmo a ser consumido:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. AQUISIÇÃO DE PACOTE DE BISCOITO RECHEADO COM CORPO ESTRANHO NO RECHEIO DE UM DOS BISCOITOS. NÃO INGESTÃO. LEVAR À BOCA. EXPOSIÇÃO DO CONSUMIDOR A RISCO CONCRETO DE LESÃO À SUA SAÚDE E

SEGURANÇA. FATO DO PRODUTO. EXISTÊNCIA DE DANO MORAL. VIOLAÇÃO DO DEVER DE NÃO ACARRETAR RISCOS AO CONSUMIDOR. [...] 3. A aquisição de produto de gênero alimentício contendo em seu conteúdo, dá direito à compensação por dano moral, dada a ofensa ao direito fundamental à alimentação adequada, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Recurso Especial nº 1.644.405. Recorrente(s): Paulo Ricardo Pereira de Almeida e Simone Beatriz Oliveira Almeida. Recorrido: Germani Alimentos LTDA. Relator(a): Min. Nancy Andrighi. Brasília. Julgamento em 17/11/2017. Jusbrasil).

Nesse viés, também se deu a aprovação da Súmula nº 532 pelo STJ, a qual possui caráter claramente punitivo, pois estipula que “constitui prática comercial abusiva o envio de cartão de crédito sem prévia e expressa solicitação do consumidor, configurando-se ato ilícito indenizável e sujeito à aplicação de multa administrativa” (BRASIL, 2015).

Diante das situações acima, é possível notar que “doutrina e jurisprudência, com respeitadas exceções, admitem hoje o caráter punitivo do dano moral, pelo menos em determinadas circunstâncias” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 106).

Contudo, importa reiterar que a indenização punitiva não é aceita de modo independente no Direito Brasileiro, como uma modalidade autônoma de indenização, embora muitos julgados abordem o caráter pedagógico ou punitivo ao fixar o valor das indenizações.

Na realidade, há uma deturpação do conteúdo do dano moral, quando se pode falar perfeitamente na aplicabilidade do instituto aqui defendido. A ampliação do conteúdo do que seja o dano moral e o aumento das situações que ensejam seu cabimento, feito por interpretações extensivas e aprovação de súmulas, geram dúvidas conceituais e variações acerca dos requisitos a serem observados no arbitramento da indenização por dano moral, o que acaba por redundar em sua “marginalização”.

Ao contrário do que ocorre no instituto *punitive damages*, Daiane Berger Barbosa (2017) destaca que nos dias de hoje, para fins de responsabilização, a conduta do agente causador do dano quase não é considerada. Avalia-se apenas o nexos de causalidade entre a ação e o dano, além da existência da norma definidora do dever de indenizar.

Desta forma, diferentemente do que tem sido adotado na prática, reconhece-se como possível o uso do *punitive damages* no âmbito das relações de consumo no Brasil. Essa figura, “passando ao largo da noção de compensação”, significa, para Judith Martins Costa e Mariana Souza Pargendler (2005, p. 23), a imposição de uma punição com base na conduta altamente reprovável (dolosa ou gravemente culposa) do ofensor.

3.1 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À APLICAÇÃO DO INSTITUTO

Uma das primeiras objeções alegadas à aplicação do instituto aqui no Brasil reside na ausência de previsão legal. Para muitos, admitir a uma condenação punitiva de forma autônoma seria violar o princípio da legalidade, considerando a ausência de previsão expressa nesse sentido.

Para Silveira (2016), falta fundamento à referida crítica, pois, segundo ele,

[...] no âmbito penal, a taxatividade é necessária, pois o Estado tomou para si a possibilidade de tolher a liberdade de seus cidadãos diante de determinadas infrações aos comandos previamente estabelecidos em lei, ou seja, a atuação do Estado é imperativa na repressão dos ilícitos penais. Já no Direito Civil, a responsabilização dos agentes causadores de dano diz respeito, na sua grande maioria, às relações estabelecidas entre particulares. A iniciativa em buscar a tutela jurisdicional deve partir daqueles que foram lesados ou necessitam de algum provimento do Estado para satisfação do seu direito.

O objeto de análise do presente trabalho traduz-se na relação entre consumidor e fornecedor. Como regulador dessa relação, em que uma das partes já entra em uma condição de vulnerabilidade, o CDC se preocupou em protegê-la por todos os lados, assegurando desde compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, até a proteção e medidas cabíveis a serem tomadas diante de vícios ou fato do produto/serviço adquirido. Soma-se a tais proteções a presunção de vulnerabilidade daquele que se enquadra na figura de

consumidor (art. 4º, inciso I⁵) e a garantia estabelecida pelo art. 6º, inciso VI⁶, do direito à efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos.

Sobre este diploma, em seu texto original, havia uma previsão de aplicação de multa em caráter punitivo nos casos do artigo 16, o qual foi vetado. Assim preconizava:

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 (BRASIL, 1990).

De sua leitura percebe-se uma aproximação da ideia do *punitive damages*, qual seja: uma grande sanção econômica aplicada em razão de um dano decorrente de uma ação grave, imprudente, negligente ou imperita do fornecedor, com o objetivo de puni-lo. Assim, há indícios da intenção do legislador de punir economicamente o fornecedor que comete abusos, o que se comunica perfeitamente com a lógica protecionista do CDC, haja vista que a dissuasão é a forma mais acertada para que não se ocorram novos danos, conforme escreve Lucas Manito Käfer (2012).

Ademais, cabe ressaltar que antes disso, a Constituição já tinha estabelecido em seu art. 170, inciso V, como princípio geral da atividade econômica, a defesa do consumidor.

Uadi Lammêgo Bulos (2015, p. 1524) aponta que o constituinte originário, ao inscrever a defesa do consumidor como um dos princípios fundamentais da ordem econômica, se norteou pelo fato de que apesar da liberdade ser inerente ao funcionamento do mercado, ela não permite abusos aos direitos dos consumidores.

⁵ “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;” BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 13 mar. 2018.

⁶ “Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;” BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 13 mar. 2018.

Ou seja, o livre exercício da atividade empresarial não implica na anulação dos direitos de pessoas físicas ou jurídicas, que adquirem ou utilizam produtos ou serviços como destinatários finais. Origina-se, assim, o motivo de ordenamento jurídico amparar a parte mais fraca das relações consumeristas.

Respaldos legais, portanto, não faltam para a aplicação do instituto defendido no presente trabalho, dentro das relações de consumo. Embora ainda não se tenha no conjunto de normas jurídicas brasileiras nenhum dispositivo específico para aplicação da indenização punitiva, as razões para seu emprego encontram suporte constitucional no princípio da defesa do consumidor e na própria sistemática do CDC, que regula e protege as relações de consumo, tendo em conta que o instituto se concebe como instrumento eficaz para a concretização das garantias e proteções estipuladas em benefício do consumidor, assegurando indenizações aptas à desestimularem as práticas lesivas e preservando os direitos dos consumidores.

Sobre o caráter punitivo, ínsito ao instituto, doutrinadores contrários sustentam também que a punição seria típica do direito penal.

João Fernando Sgarbi e João Ricardo Meira Amaral (2009) apresentam essa crítica:

[...] incorrendo sua aplicação em pena sem prévia cominação ou usurpação de competência dos magistrados criminais pelos magistrados cíveis, é de fácil constatação a incompatibilidade de tal entendimento com as regras insculpidas na legislação civil vigente. Nosso sistema não apenas determina que a indenização mede-se pela extensão do dano, mas também veda o enriquecimento sem causa e impede que qualquer pessoa seja compelida a cumprir algo senão em virtude de lei, sendo estes pontos categóricos para compreensão de tal incompatibilidade aplicativa.

Nelson Rosenvald (2013, p. 81) alude ainda à uma “pena civil”, a qual apareceria apenas quando a responsabilidade derivasse de um ilícito. No caso dos grandes fornecedores, os quais têm suas condutas como objeto de análise neste estudo, esse ilícito consistiria na disposição para violar direitos dos consumidores.

Em suma, muitos alegam que a função punitiva deve ficar à cargo do direito penal e não do direito civil. Este entendimento não merece razão, pelos motivos a seguir.

Dentre os princípios consagrados no direito penal, além do princípio da legalidade, encontra-se o princípio da intervenção mínima. Este, conhecido também como “*ultima ratio*”, na concepção de Cezar Roberto Bitencourt (2012, p. 96), serve como um limite ao direito de punir do Estado, na medida em que a criminalização e a punição de uma conduta pelo direito penal somente se justifica se isso for extremamente necessário à proteção de determinado bem jurídico, e, de igual modo, não puder ser feito por outros ramos do Direito. Isto é:

[...] se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Assim, se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas as que devem ser empregadas, e não as penais (BITENCOURT, 2012, p. 96).

Ademais, não há dúvida quanto ao que o atual contexto social tem apontado: sanções penais não são soluções para todas as mazelas da sociedade. Criação de mais tipos penais ou enrijecimento da legislação atual não tem representado prevenção, e em alguns casos, nem mesmo punição dos infratores da lei, bastando observar as infrações penais presentes no próprio Código de Defesa do Consumidor.

Nesse passo, também merece ser refutada a crítica no sentido de que a indenização punitiva seria vedada no sistema jurídico brasileiro, ao argumento de que não caberia ao juiz cível a aplicação de penas e ainda, considerando o preconizado pelo art. 944 do CC, o qual sugere que a indenização que deve ser medida exclusivamente pela extensão do dano, trazendo em seu parágrafo único que somente “se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização” (BRASIL, 2002).

Com relação ao art. 944 do CC, já foram aprovados, respectivamente, na IV e V Jornadas de Direito Civil, os enunciados n. 379⁷ e n. 458⁸. O primeiro diz respeito à

⁷ BRASIL. IV Jornada de Direito Civil. **Enunciado 379**. “O art. 944, caput, do Código Civil não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil”. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/517>>. Acesso em: 16 maio 2018.

⁸ BRASIL. V Jornada de Direito Civil. **Enunciado 458**. “O grau de culpa do ofensor, ou a sua eventual conduta intencional, deve ser levado em conta pelo juiz para a quantificação do dano moral”. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/409>>. Acesso em: 16 maio 2018.

possibilidade de reconhecimento da função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil, em que pese a disposição restrita do art. 944. Já o enunciado n. 458 admite de forma expressa a aferição da culpa do ofensor no momento de determinar sua responsabilidade no tocante à reparação por dano moral, que é uma das variáveis que se leva em conta para um arbitramento de maior ou menor valor do *punitive damages*: o ânimo do agente.

Sobre a aplicação de penas pelo juízo cível, Käfer (2012) observa:

[...] o artigo 18 do Código de Processo Civil permite a condenação e estipulação de multa nos casos de litigância de má-fé e o artigo 941 do Código Civil fala claramente na expressão pena, ou seja, é clara a possibilidade de sua aplicação na seara cível. Ademais, não podemos privar a proteção do cidadão, seja na esfera que for, pois, segundo Adalmo Júnior: “proibir a sanção no instituo da responsabilidade civil é tirar do direito um meio eficaz de inibir práticas atentatórias contra a ordem social”.

Assim, a possibilidade de aplicação de uma “punição” na esfera do Direito Civil não seria nenhuma novidade, bastando que seja vista a repetição do indébito em dobro prevista no Código de Defesa do Consumidor (artigo 42, parágrafo único), assim como a possibilidade de aplicação de multa, estipulação de cláusula penal e os juros de mora presentes nos contratos civis, dentre outros.

Outra alegação contrária à aplicação do *punitive damages* se dá no sentido de que o arbitramento de indenizações em valores muito superiores àqueles usualmente já praticados geraria um enriquecimento ilícito da vítima, ou ainda, “enriquecimento sem causa”, o que é vedado pelos artigos 884 à 886 do Código Civil.

Não restam dúvidas quanto ao fato de que nenhuma pessoa deve fazer uso de uma ação judicial com vistas a se enriquecer. Todavia, se tal argumento é utilizado em razão de eventuais valores auferidos pelo(a) autor(a) de uma ação indenizatória, não há que se falar em enriquecimento sem causa, vez que as demandas indenizatórias só são propostas em virtude dos ilícitos praticados rotineiramente por empresas campeãs em violações aos direitos do consumidor.

A parte autora nas referidas demandas além de já ter sofrido com o dano causado pelo ilícito praticado, suporta as despesas com o longo trâmite do processo,

dedicando seu tempo e sua energia, a fim de demonstrar ao Judiciário uma conduta que deve ser reprimida e contida em favor de toda coletividade. Ademais, se o valor destinado ao consumidor, autor da ação de indenização, é fruto de uma decisão judicial, esta é a causa justa do seu acréscimo patrimonial e a vantagens que tal decisão trás para a coletividade excedem qualquer eventual vantagem patrimonial concedida à vítima direta do dano (BARBOSA, 2017).

Nas palavras de Fernando César Borges Peixoto (2009),

Se por um lado o enriquecimento indevido do ofendido deve ser evitado, por outro lado não se pode permitir que o ofensor, em razão de valor irrisório a despende, reitere repetidas vezes sua conduta covarde e nociva, prejudicando, ao final, a coletividade.

Nessa conjuntura, também muito se fala no risco de fomento de uma “indústria do dano moral”. Marina Pereira Santos (2011) em artigo sobre o tema sustenta que muitas pessoas, “numa ânsia desenfreada por auferir ganhos fáceis”, se valem do Judiciário com vistas a obterem uma indenização por danos morais supostamente sofridos, quando no fundo, seus fundamentos não passam de situações do dia a dia.

Entretanto, em consonância com o que fora dito acerca do alegado “enriquecimento ilícito”, entende-se que o que impulsiona um número crescente de demandas judiciais não são os valores advindos das condenações – até porque estes, quando arbitrados, não possuem nem mesmo o condão de “punir” os ofensores, quem dirá promover o enriquecimento de alguém –, mas sim o dano sofrido (BARBOSA, 2017).

Caso as grandes empresas se preocupassem em corrigir seus erros e cessassem suas práticas lesivas e abusivas, reparando os consumidores logo no primeiro contato em que é acionada pelo cliente, ainda extrajudicialmente, não existiria motivo que justificasse o acionamento do Judiciário (BARBOSA, 2017).

Completando o raciocínio acima, Anderson Schreiber (2009, p. 190) ensina:

Diante de um número razoavelmente contido de casos esdrúxulos, a comunidade jurídica – e especialmente a comunidade advocatícia – tem apontado suas armas contra a própria expansão do dano ressarcível. O alvo parece inteiramente equivocado, na medida em que a expansão da

ressarcibilidade corresponde a uma legítima ampliação de tutela dos interesses individuais e coletivos, sendo, antes, a sua invocação sem fundamento a causa das angústias que afligem a doutrina e banalizam a atuação dos tribunais. Incorretas, portanto, todas as medidas que têm sido propostas contra a expansão do dano em geral, que vão desde a restrição de interesses previamente tipificados até a limitação das indenizações a tetos máximos inteiramente despropositados e mesmo inconstitucionais.

Segundo Rogério Donnini (2013), em situações como essas, é o infrator quem se enriquece de forma ilícita e sem qualquer razão, uma vez que tem ciência dos ínfimos valores indenizatórios atualmente praticados e tem certeza de que, “de um grupo de cem lesados, apenas cinco procurarão o Judiciário”.

Há ainda aqueles que assim como Nelson Rosenvald (2012, p. 145) citam, também como argumento contrário à importação do instituto, que a utilização do *punitive damages* geraria um desestímulo à atividade econômica, tendo em conta indenizações arbitradas em valores “excessivos”. Contudo, deve-se atentar ao fato de que nos EUA, conforme já citado em tópico anterior no presente trabalho, o arbitramento do valor a título de indenização punitiva fica a cargo do júri popular, composto por cidadãos leigos, contexto diverso do Brasil.

No Brasil o papel do júri é outro, qual seja: julgamento de crimes dolosos contra a vida⁹. Em regra, o julgamento de todas as demais causas, seja qual for a matéria, fica a cargo do juiz togado, imparcial, que deve fundamentar sua decisão. Assim, ainda que eventual valor condenatório se apresente como elevado, este será fruto de uma decisão técnica e imparcial, que deve enfrentar os argumentos trazidos por ambas as partes (consumidor e fornecedor), razão pela qual a conclusão a que se chega se justifica pelos fundamentos utilizados.

Não obstante, aquele fornecedor que não se conformar com o valor indenizatório estipulado, por considerá-lo “exorbitante”, ainda terá a oportunidade de ter a decisão reanalisada e até mesmo reformada, se for o caso. E isso porque há em nosso

⁹ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: [...] d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 11 mai. 2018.

ordenamento a garantia do duplo grau de jurisdição, por meio do qual se garante a revisão de decisões do juiz de primeiro grau, de modo que, caso haja uma sentença excessivamente desproporcional, o Tribunal poderá reformá-la (ANDRADE, 2009, p. 273 *apud* ZANON, 2017, p. 14).

Por fim, uma das críticas que mais se choca com a ideia defendida no presente trabalho diz respeito ao sistema de responsabilidade civil consagrado pelo CDC: responsabilidade objetiva.

De acordo com o que foi elucidado no Capítulo I deste trabalho, a imputação da responsabilidade objetiva não passa pela análise do elemento subjetivo do causador do dano, não analisa nenhum grau de culpa, e esta consiste justamente em um dos fatores a serem observados na aplicação do *punitive damages*. “Diversamente do que muitos crêem, a indenização por *punitive damages* não ocorre em casos de simples culpa; ela só surge se o ofensor tiver agido com culpa grave ou dolo” (MORAES, 2004, p. 57).

Por esta lógica, Martins-Costa e Pargendler (2005, p. 23) questionam:

Os *punitive damages* só poderá abranger a responsabilidade derivada da imputação subjetiva, sob pena de incontornável contradição: se o que é avaliado (para fixar o montante da indenização) é a maior ou menor gravidade da conduta do autor do dano e o maior ou menor grau da reprovação ético-jurídica à conduta, como fazê-la incidir às hipóteses de imputação objetiva, para a qual o exame da conduta do agente é despiciendo?

De início, afirma-se que tais questionamentos não se coadunam com o defendido no presente trabalho. O que se defende é que, apesar da responsabilidade objetiva ser a regra no CDC, ela não impede a aplicação do *punitive damages*, pois, diante do cenário narrado de constantes práticas lesivas aos consumidores, há, por parte das grandes empresas, no mínimo culpa, dado a previsibilidade dos resultados danosos produzidos.

Em outras palavras, a partir do momento que o ofensor sabe da sua conduta e a mantém, ele pode não ter tido dolo na lesão causada especificamente a um determinado consumidor, contudo, deve responder pela culpa (na modalidade

negligencia, por exemplo) ou até mesmo por dolo, em razão da manutenção do seu erro.

Aliás, o fato de identificar qual o tipo de responsabilidade do agente – se objetiva ou subjetiva – não tem a ver com a natureza da indenização arbitrada, e nem com a função à que esta se destina: punitivo-pedagógica, compensatória ou preventiva. Estas classificações são independentes da espécie de responsabilização. Higa (2016, p. 343) compreende que

Se a responsabilidade objetiva exonera o autor do ônus de demonstrar a culpa do réu, evidentemente que essa circunstância só se aplica em relação ao estabelecimento das condições à reparação dos danos patrimoniais e extrapatrimoniais. Esse modelo tem por escopo apenas favorecer a compensação das vítimas, sem implicar restrição dos demais remédios jurídicos disponíveis caso o ofendido consiga demonstrar um desvalor acentuado na conduta ilícita.

No caso concreto, deve o juiz captar o elemento causador do dano e utilizá-lo tanto para reparação da vítima como para fundamento para punir o agente, autor do ato lesivo, de maneira a evitar atos semelhantes no mercado de consumo, pouco importando por qual sistema de responsabilidade ele responde, já que o que se pretende é que sua conduta não seja reiterada e não cause danos à outros consumidores, pouco importando se a compensação da vítima, paralela à punição do agente, se dará mediante o sistema de responsabilidade objetiva ou subjetiva.

3.2 REQUISITOS PARA A APLICAÇÃO DA TEORIA *PUNITIVE DAMAGES*.

Levando-se em conta os aspectos levantados ao longo do desenvolvimento dos capítulos anteriores, embora alguns autores entendam pela possibilidade de uma indenização punitiva dentro das tradicionais parcelas indenizatórias compensatórias ou reparatórias, neste trabalho compreende-se que a indenização punitiva pretendida pelo instituto do *punitive damages* pode sim ser aplicada como uma parcela autônoma nas hipóteses de lesões ocorridas dentro da relação de consumo.

Dentro do contexto da massificação das relações consumeristas, ampliam-se as situações capazes de gerar danos a um grande número de pessoas, o que justificaria o escopo preventivo-punitivo que a indenização em caráter punitivo detém, em relação a totalidade que se visa proteger.

Somente a condenação ao pagamento de uma indenização compensatória não é o bastante para que o causador do dano sinta a consequência de seus atos danosos. É preciso que valor imposto impeça o lucro ilícito obtido com aquele determinado ato, contribuindo para a imperatividade das normas integrantes do ordenamento jurídico. Sobre isso e sobre as principais funções desempenhadas pelo *punitive damages*, André Gustavo Corrêa de Andrade (2006, p. 64) diz:

A função preventiva (ou dissuasória) constitui, talvez, a principal e mais importante das finalidades da indenização punitiva. Essa modalidade de indenização desempenha importante papel em situações de natureza excepcional, nas quais a indenização compensatória não constituiria resposta jurídica socialmente eficaz. [...] A indenização compensatória, nesse contexto, funcionaria como o medicamento que ataca os sintomas sem combater a própria doença, trazendo uma falsa sensação de cura, pois a doença persiste e volta cada vez mais forte, acabando por se tornar imune ao ataque. A relativa debilidade econômica da sanção imposta concretamente reduz a imperatividade do ordenamento jurídico, eliminando a coercibilidade característica das normas jurídicas. A indenização punitiva busca, através do incremento da sanção pecuniária, a eliminação de comportamentos que não se intimidam com a indenização compensatória. Objetiva, desse modo, restabelecer a imperatividade do ordenamento jurídico, cujas regras devem ser obedecidas, se não pela consciência moral da importância do cumprimento do dever, ao menos pelo temor da imposição de sanções efetivamente desconfortáveis em caso de descumprimento.

Com efeito, dentre os poucos que entendem pela defesa do *punitive damages*, assim como Moraes (2004, p. 76), há quem acredite que “para que vigore a lógica razoável nesta matéria, parece imprescindível que se atribua caráter punitivo apenas a hipóteses previstas em lei”. Porém, a mensagem que deve ser passada às grandes empresas, gerenciadoras dos contratos massificados, é a de que os atos lesivos não se apresentam como lucrativos sob o ponto de vista econômico.

Nesse sentido, não é adequado concordar com o que dizem sobre o entendimento acima, pois se o que pretende com o *punitive damages* é além da punição, o desestímulo – em que pese a punição seja citada com mais frequência -, não é

possível criar fórmulas ou preceitos exatos, porque “é impossível predizer quanto o infrator pode ganhar com determinada conduta ilícita e qual o valor exato que seria suficiente para fazê-lo cessar” (HIGA, 2016, p. 312).

Quanto aos critérios em espécie a serem adotados para estipulação do *quantum a ser pago* em eventual condenação pela aplicação do *punitive damages*, fala-se primeiramente na análise de a que título se deu a conduta lesiva: dolo ou culpa.

Dentro da relação de consumo, sem perder de vista a regra da responsabilidade objetiva, Käfer (2012) entende que

A culpa deverá ser vista como a intenção de causar o dano, ou como a indiferença frente à segurança ou o direito do consumidor. Um efetivo descaso com o cliente e para com a sociedade. Neste caso, há que se buscar o grau de culpabilidade do lesante e a reprovabilidade de sua conduta.

Desta forma, o termo culpa, quando adotado como elemento de análise para aplicação da indenização punitiva, não é para fixar a espécie de responsabilidade – objetiva ou subjetiva – porque em regra, no CDC, a responsabilidade é objetiva, mas sim para se aferir o grau de reprovabilidade da conduta: àquela praticada dolosamente merece um juízo de reprovação maior do que a praticada de forma culposa, e logo, merece uma indenização punitiva arbitrada em valor superior.

Grandes empresas orientam-se pelo custo-benefício oportunizado pelas atuais condenações indenizatórias que lhe são impostas, preferindo a desconformidade com a lei e o desrespeito ao direito dos consumidores. O judiciário não pode agir de forma tolerante a isso, arbitrando indenizações unicamente reparatórias ou compensatórias, que simplesmente ignoram a reprovabilidade da conduta daquele que transgride as normas reguladoras da relação de consumo, pois estas não têm sido suficientes para obrigar os fornecedores a melhorar a qualidade de seus produtos e serviços (ANDRADE, 2005, p. 64).

Dessa maneira, a mudança do contexto acima citado, necessita dentre outras coisas, de uma alteração das decisões judiciais condenatórias, pois, em conformidade com o que escreve Cícero Antônio Favaretto (2014),

Os agentes lesivos contumazes, precisam sofrer severa advertência, caso contrário, prosseguirão nesse processo de transferir todas as suas demandas para o Judiciário, assoberbando ainda mais um sistema incapaz de resolver com a agilidade necessária os conflitos existentes. A mudança de paradigma, fará com que esses gigantes corporativos busquem a resolução extrajudicial dos conflitos, em benefício dos clientes/consumidores e do próprio Poder Judiciário.

A situação econômica do réu também é um aspecto a ser observado, assim como o lucro ilícito obtido com a violação, com a prática lesiva. Pode ser que, isoladamente, o prejuízo causado a um consumidor individual acarrete uma vantagem de pequeno valor, contudo, quando praticado em relação a uma coletividade de consumidores, resulte um montante considerável, ainda mais considerando que uma parcela pequena dessa coletividade irá se dispor a buscar algum tipo de reparação.

Assim sendo, quanto mais abastado for o réu, maior deverá ser a pena, para que o fornecedor que tenha praticado a ofensa sinta no bolso que sua prática não compensa. A punição deve resultar, ainda, na remoção do acréscimo patrimonial obtido com a conduta ilícita, devendo o lucro do ofensor servir como um parâmetro para o arbitramento da indenização punitiva, sem necessariamente haver um “liame matemático” entre o valor arbitrado e a vantagem econômica obtida (HIGA, 2016, p. 435 e 437).

Favaretto (2014) acresce que, no caso da reparação do consumidor, além do lucro auferido pela empresa, devem ser observadas outras variáveis, tais como: o número de consumidores potencialmente lesados; se houve alguma tentativa de reparação do consumidor de forma espontânea; se, após ter sido cientificada da lesão, foi adotada alguma medida pela empresa a fim de prevenir outros danos.

Todos os critérios destacados se mostram adequados aos ditames da responsabilidade civil e devem ser observados para aplicação da indenização punitiva. Em que pese as divergências doutrinárias, entende-se que quando há o exercício adequado da função punitiva da responsabilidade civil por meio da adoção do *punitive damages* nas relações de consumo, evita-se que a indenização arbitrada seja ineficaz do ponto de vista social, de modo a não causar nenhuma reflexão ao agente responsável pela ofensa.

A adoção do *punitive damages* permite o crescimento do valor do montante indenizatório com base na observância dos requisitos citados acima, o que levará os grandes fornecedores a reverem e corrigirem suas condutas, para que não tenham seus patrimônios afetados. Com isso, reajustadas suas práticas, menos lesões seriam cometidas e assim, o número de ações judiciais também diminuiria.

Em virtude dos aspectos analisados, afirma-se que o instituto apresenta-se como instrumento da responsabilidade civil eficaz à punição de condutas lesivas e à prevenção de danos, conferindo, por consequência, maior eficácia social às decisões judiciais, o que beneficia toda sociedade, em especial, a coletividade de consumidores.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a análise dos preceitos básicos da responsabilidade civil, feita no Capítulo 1, depreende-se que o foco da função tradicional por ela desempenhada precisa ser reajustado, visto o modo pelo qual os grandes fornecedores têm pautado suas condutas, causando diversos danos aos consumidores – danos estes que foram apresentados no Capítulo 2.

De um lado, a lógica que impera no mercado massificado é a maximização de lucros e minimização de despesas. De outro lado, encontram-se os baixos patamares indenizatórios. Dessa combinação resultam decisões judiciais que não possuem nenhuma eficácia social, ainda que o sistema de responsabilização civil, na relação de consumo, deva servir como uma limitação à ação das grandes empresas, posto que o fornecedor é livre para exercer sua atividade, desde que obedeça aos limites legais e arque com os ônus que o sistema de normas protetivas ao consumidor lhe impõe.

Assim, conforme o que foi trabalhado no Capítulo 3 deste estudo, observa-se que junto com a opção feita por grandes empresas de não investirem na melhoria de seus produtos, funcionários e da prestação de seus serviços, ainda há o acolhimento pelos Tribunais de argumentos que banalizam à pretensão do consumidor, como o de “proliferação da indústria do dano moral” e até mesmo de “enriquecimento ilícito” da vítima do ato danoso, o que implica em indenizações em valores irrisórios.

Isso acaba por alimentar a lógica empresarial de permanecer no desrespeito aos direitos básicos dos consumidores, pois na prática, tendo em vista o pequeno número de pessoas que se socorrerão do Judiciário, bem como o valor baixo de uma eventual condenação, grandes empresas percebem que agir ilicitamente é lucrativo.

Nesse cenário, merece maior atenção a função punitiva da responsabilidade civil, a qual permite que se puna economicamente o autor da conduta ofensiva com vistas a impedir que este se porte novamente de maneira lesiva, evitando-se, também, a prática de comportamentos semelhantes por terceiros. E é dentro dessa ideia que se insere a teoria do *punitive damages*, defendida ao longo deste trabalho, porém, que encontra grande resistência no Direito Brasileiro.

O instituto da indenização punitiva permite o arbitramento de uma parcela indenizatória autônoma, de valor considerável, separada da indenização compensatória, a ser paga como forma de sanção pecuniária. Tal sanção, dentro do contexto de massificação da relação de consumo – e logo, de danos produzidos em série –, mostra-se como eficaz porque resulta em um aumento do montante indenizatório, o que reflete no cálculo financeiro das empresas. Em se tratando de mercado, somente quando as empresas passarem a sentir em seus cofres é que a função punitivo-pedagógica da responsabilidade civil passará a ser efetiva em termos sociais.

Desprezar a utilização do *punitive damages* dentro do sistema de responsabilização nas relações de consumo acarreta a fixação de valores ínfimos se comparados ao lucro obtido com a prática ilícita, pelos grandes fornecedores, assim como o estímulo de práticas lesivas.

Levando-se em consideração tais fatos, constata-se que dentre as possíveis medidas a serem tomadas para que se dê um novo rumo na relação entre fornecedor e consumidor, a mudança das decisões judiciais condenatórias é uma delas. Todavia, reconhece-se que o enfrentamento do contexto de lesões propositalmente cometidas pelos fornecedores precisa ser feito não só pelos juízes de primeiro grau, mas principalmente pelos Tribunais Superiores, pacificando a aplicação do instituto na resolução dos conflitos de consumo – visto que há amparo para sua aplicação no Direito Brasileiro – e estipulando quais os requisitos a serem observados no caso concreto, sem, contudo, fixar valores máximos e fórmulas fixas para a quantificação do *punitive damages*, pois o grau de reprovação da conduta do ofensor e o lucro auferido com a referida conduta nunca serão os mesmos, necessitando de uma análise do caso concreto.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Carlos Eduardo Rios de. Com novo CPC, ação de dano moral deixa de ser porta da esperança. **Revista Consultor Jurídico**. 29 abr. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-abr-29/carlos-amaral-ncpc-dano-moral-deixa-porta-esperanca>>. Acesso em 26 abr. 2018.

AMARAL, João Ricardo Meira; SGARBI, João Fernando. **O insustentável caráter punitivo pedagógico das indenizações**. 2009. Disponível em: <<http://www.tribunapr.com.br/noticias/o-insustentavel-carater-punitivo-pedagogico-das-indenizacoes/>>. Acesso em: 14 abr. 2018.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa. Dano moral em caso de descumprimento de obrigação contratual. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 53, jan-mar. 2005. _____ . Indenização punitiva. **Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual (ABPI)**, Rio de Janeiro, n. 85, p. 55–69, nov-dez. 2006.

BANDEIRA, Marcos Túlio de Souza. **O caráter punitivo do dano moral nas demandas indenizatórias em face dos grandes fornecedores**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Metodista de Piracicaba. Disponível em: <https://www.unimep.br/phpg/bibdig/pdfs/docs/21092015_153159_marcostuliodesouzabandeira_ok.pdf>. Acesso em: 11 maio 2018.

BARBOSA, Daiane Berger. **O dano moral e o seu caráter punitivo na prática das relações de consumo**. André Mansur advogados associados. Disponível em: <<http://www.andremansur.com.br/o-dano-moral-e-o-seu-carater-punitivo-na-pratica-das-relacoes-de-consumo/>>. Acesso em: 02 fev. 2018.

BARROS, José Manoel de Aguiar. A luta pelo direito: eficácia social e efetividade. **Revista dos Tribunais**: RT, São Paulo, v. 91, n. 804, p. 453-460, out. 2002. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/97177>>. Acesso em: 04 nov. 2017.

BRASIL. V Jornada de Direito Civil. **Enunciado 445**. O dano moral indenizável não pressupõe necessariamente a verificação de sentimentos humanos desagradáveis como dor ou sofrimento. 2011. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/366>>. Acesso em: 16 maio 2018.

_____, _____. **Enunciado 458**. O grau de culpa do ofensor, ou a sua eventual conduta intencional, deve ser levado em conta pelo juiz para a quantificação do dano moral. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/409>>. Acesso em: 16 maio 2018.

_____. IV Jornada de Direito Civil. **Enunciado 379**. O art. 944, caput, do Código Civil não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/517>>. Acesso em: 16 maio 2018.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 11 mai. 2018.

_____. **Código Civil**. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 05 maio 2018.

_____. **Código de Defesa do Consumidor**. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 13 mar. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 37**. São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato. 1992. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 227**. A pessoa jurídica pode sofrer dano moral. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 532**. Constitui prática comercial abusiva o envio de cartão de crédito sem prévia e expressa solicitação do consumidor, configurando-se ato ilícito indenizável e sujeito à aplicação de multa administrativa. 2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf>. Acesso em: 16 maio 2018.

_____. Mensagem nº 664. **Veto parcial ao Projeto de Lei nº 97/89**. 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. 11 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/mensagem_veto/anterior_98/vep664-l8078-90.htm>. Acesso em: 16 maio 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 3º Turma. Recurso Especial nº 1.644.405. Recorrente(s): Paulo Ricardo Pereira de Almeida e Simone Beatriz Oliveira Almeida. Recorrido: Germani Alimentos LTDA. Relator(a): Min. Nancy Andrighi. Brasília. Julgamento em 17/11/2017. **Jusbrasil**. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/521875579/recurso-especial-resp-1644405-rs-2016-0327418-5/inteiro-teor-521875582?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 08 mai. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. **Recurso Especial nº 1.658.692**. Recorrente: ServengCivilsan S/A Empresas Associadas de Engenharia. Recorrido: Construmaq Construções e Maquinas LTDA ME. Relator(a): Min. Nancy Andrighi. Brasília. Julgado em 06/06/2017, publicado no DJe em 12/06/2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1610107&num_registro=201401184783&data=20170612&formato=PDF>. Acesso em 26 abr. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. **Recurso Especial nº 1.200.691**. Recorrente: Lais Dória Passos Monteiro de Barro. Recorrido: Unimed Campo Grande MS Cooperativa de Trabalho Médico. Relator(a): Min. Nancy Andrighi. Julgado em 17/03/2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=14532486&num_registro=201001239705&data=20111111&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em 17 maio 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. **Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.645.135**. Agravante: Aline Podesta Romero Bento. Agravado: Associação Evangélica Beneficente de Londrina. Relator: Min. Raul Araújo. Julgado em 17/08/2017, publicado no DJe em 08/09/2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=74027851&num_registro=201603253360&data=20170908&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em 26 abr. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial nº 1.260.458-SP**. Agravante: Banco Santander S.A. Agravado: Marcia Renata de Nobre. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Brasília – DF. Julgamento em 05/04/2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=82056420&num_registro=201800548680&data=20180425&tipo=0>. Acesso em: 29 abr. 2018.

_____. Tribunal Regional Federal (4ª Região). 3ª Turma Recursal. Recurso Cível nº 5010330-35.2014.404.7209. Recorrente: Caixa Econômica Federal. Recorrido: Marcelo Jose Fontes Dias. Relator: Juiz Zenildo Bodnar. Florianópolis - SC. Julgamento em 21/05/2015. **Jusbrasil**. Disponível em: <<https://trf4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/405654376/recurso-civel-50103303520144047209-sc-5010330-3520144047209?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 11 maio 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 17. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 1.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

DESSAUNE, Marcos. **Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada**. 2ª ed. rev. e ampl. Vitória: [s.n], 2017.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais. Apelação Cível do Juizado Especial nº 2011 09 1 024839-4. Apelante: Banco Bradesco Financiamentos SA. Apelado: Solemar Lopes da Silva. Relator: Juiz João Fischer. Julgamento em 13/03/2012, publicação no DJ-e em 21/03/2012. **Jusbrasil**. Disponível em: <

df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21424780/acao-ci-vel-do-juizado-especial-acj-248391320118070009-df-0024839-1320118070009-tjdf?ref=juris-tabs>. Acesso em: 11 maio 2018.

DONNINI, Rogério. Não existe no Brasil uma indústria das indenizações. **Revista Consultor Jurídico**, 8 ago. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-ago-28/rogerio-donnini-nao-existe-brasil-industria-indenizacoes?pagina=2>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

DUQUE, Bruna Lyra; CARONE, Julia Silva. Os efeitos do inadimplemento das obrigações. **Revista Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 63, abr. 2009. Disponível em:

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/%3Fn_link%3Drevista_artigos_leitura%26artigo_id%3D12559%26revista_caderno%3D28?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5907&revista_caderno=7>. Acesso em: 16 maio 2018.

FAVARETTO, Cícero Antônio. A reparação dos danos morais nas relações de consumo. **Jusbrasil**. 2014. Disponível em: <<https://cicerofavaretto.jusbrasil.com.br/artigos/114233257/a-reparacao-dos-danos-morais-nas-relacoes-de-consumo>>. Acesso em: 18 maio 2018.

FOLHA VITÓRIA, Redação. Veja a lista das 10 empresas que lideram número de reclamações no Procon do Estado. **Folha Vitória**. Vitória-ES, 05 jul. 2016. Disponível em: <<http://www.folhavitoria.com.br/economia/noticia/2016/07/veja-a-lista-das-10-empresas-que-lideram-numero-de-reclamacoes-no-procon-do-estado.html>>. Acesso em 30 maio 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: Responsabilidade Civil**. 12. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2014, v. 3.

GLOBO. Atendentes de telemarketing relatam técnicas para tentar enganar clientes. **G1**. Minas Gerais, 06 nov. 2011. Disponível em: <<http://g1.globo.com/minas-gerais/noticia/2011/10/atendentes-de-telemarketing-relatam-tecnicas-para-tentar-enganar-clientes.html>>. Acesso em: 05 maio 2018.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. **Elementos de responsabilidade civil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

HIGA, Flávio da Costa. **Responsabilidade civil punitiva: os *punitive damages* no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

KÄFER, Lucas Manito. **A introdução da doutrina da *punitive damages* no Código de Defesa do Consumidor**. Conteúdo Jurídico, Brasília: 25 fev. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.35871&seo=1>>. Acesso em: 11 maio 2018.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva: *punitive damages* e o Direito brasileiro. **Revista Centro de Estudos Judiciários (CEJ)**, v. 9, n. 28, p. 15-32, jan-mar, 2005. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/643>>. Acesso em: 03 mar. 2018.

MELO, Nehemias Domingos de. **Dano moral - problemática: do cabimento à fixação do quantum**. 2. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Atlas, 2011.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. 14ª Câmara Cível. Apelação cível nº 1.0194.14.002603-1/001. Apelante: Telemar Norte Leste S/A. Apelado(a): Maria Geralda Martins. Relator: Des. Estevão Lucchesi. **Jusbrasil**. Coronel Fabriciano – MG. Julgado em 03/04/2018. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/566551990/apelacao-civel-ac-10194140026031001-mg?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 19 abr. 2018.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
_____. *Punitive damages* em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. **Revista trimestral de direito civil**, v. 18, p. 45-78, abr-jun, 2004. Disponível em: <https://docgo.net/philosophy-of-money.html?utm_source=moraes-maria-celina-bodin-de-punitive-damages-sistema-civilista>. Acesso em 11 maio 2018.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

PASQUALOTTO, Adalberto. Dignidade do consumidor e dano moral. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 26, ano 110, p. 76-116, mar-abr, 2017. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/109436>>. Acesso em 11 mar. 2018.

PEIXOTO, Fernando César Borges. A necessidade de coibir de forma eficaz a prática ou a reiteração de atos que gerem o dano moral. **Jus Navigandi**, Teresina, n. 2174, 14 jun. 2009. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/12972/a-necessidade-de-coibir-de-forma-eficaz-a-pratica-ou-a-reiteracao-de-atos-que-gerem-o-dano-moral>>. Acesso em: 12 maio 2018.

ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil.** São Paulo: Atlas, 2013.

SANCHES, Antônio. O princípio da boa-fé objetiva e a violação positiva do contrato na jurisprudência atual do TJ/SP e do STJ. **Migalhas.** 9 out. 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI230978,51045-O+principio+da+boafe+objetiva+e+a+violacao+positiva+do+contrato+na>>. Acesso em: 11 maio 2018.

SANT'ANNA, Danilo Barbosa de. Um breve ensaio sobre a evolução dos *punitive damages* nos países do Common Law e sua correspondência no ordenamento jurídico brasileiro. **Jus Navegandi.** 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/28855/um-breve-ensaio-sobre-a-evolucao-dos-punitive-damages-nos-paises-do-common-law-e-sua-correspondencia-no-ordenamento-juridico-brasileiro/2>>. Acesso em 28 abr. 2018.

SANTOS, Marina Pereira. A banalização do dano moral. **Migalhas.** 12 maio 2011. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI132982,61044-A+banalizacao+do+dano+moral>>. Acesso em: 29 maio 2018.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. 4ª Câmara de Direito Privado. **Apelação nº 1002739-43.2014.8.26.0161.** Apelante: Global Village Telecom LTDA – GVT. Apelado: Adriano Alberto Fortunado Siciliano. Relator: Des. Fábio Quadros. Diadema, SP. Julgamento em 28/10/2014. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=7971882&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_d9179e746b8c4e2ebea4efedb8c57ebb&vICaptcha=wbKs&novoVICaptcha=>>. Acesso em 08 mar. 2018.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. 30ª Câmara de Direito Privado. Apelação cível nº 1011251-17.2017.8.26.0482. Apelante/apelado: Denis André. Apelado/Apelante: Telefônica Brasil S/A. Relator(a): Des. Maria Lúcia Pizzoti. Presidente Prudente – SP. Julgado em 28/02/2018. **Conjur.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/apelacao-30-camara-direito-privado-tj.pdf>>. Acesso em: 19 abr. 2018.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SILVA, Américo Luís Martins da. **O dano moral e a sua reparação civil.** 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SILVEIRA, Renato Azevedo Sette. Função punitiva da responsabilidade civil. **Migalhas.** 30 nov. 2016. Disponível em:

<<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI249706,91041-Funcao+punitiva+da+responsabilidade+civil>>. Acesso em 16 mar. 2018.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. **Adimplemento contratual e cooperação do credor**. São Paulo: Saraiva, 2011 (Coleção professor Agostinho Alvim).

TARDIN, Luiz Gustavo. Judicialização da ineficiência das empresas. **Gazeta Online**, Espírito Santo, Vitória, 15 mar. 2017. Disponível em: <<https://www.gazetaonline.com.br/opiniao/artigos/2017/03/judicializacao-da-ineficiencia-das-empresas-1014034252.html>>. Acesso em: 4 mar. 2018.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano moral**. 4. ed. atual. e ampl. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.

TORRE, Luísa. Consumidores recebem indenizações por ficar com nome sujo sem dever, **Gazeta Online**. Espírito Santo, Vitória, 19 fev. 2017. Disponível em: <<https://www.gazetaonline.com.br/noticias/economia/2017/02/consumidores-recebem-indenizacoes-por-ficar-com-nome-sujo-sem-dever-1014026357.html>>. Acesso em: 31 maio 2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Obrigações e Responsabilidade Civil**. 17ª. ed. São Paulo: Atlas, 2017, v. 2.

ZANON, Patricie Barricelli. *Punitive damages* no Direito do consumidor brasileiro. **Revista dos Estudantes de Direito da UnB**, n. 12, 2016. Disponível em: <<http://periodicos.unb.br/index.php/redunb/article/view/21740>> Acesso em: 28 abr. 2018.

ZAVASCKI, Teori Albino. Eficácia social da prestação jurisdicional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 31, n. 122, p. 291-298, maio-jul. 1994. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176210/000487564.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 05 maio 2018.