

UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS

FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS

GRADUAÇÃO EM DIREITO

MARCELO EMMANUEL NUNES FERNANDES

**Indenização Punitiva e a Proteção ao Consumidor: Uma Análise de Suas Perspectivas no
Direito Brasileiro**

Maceió

2021

Catálogo na Fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central
Divisão de Tratamento Técnico

Bibliotecário: Marcelino de Carvalho Freitas Neto – CRB-4 – 1767

F363i Fernandes, Marcelo Emmanuel Nunes.
 Indenização punitiva e a proteção ao consumidor : uma análise de suas
perspectivas no direito brasileiro / Marcelo Emmanuel Nunes Fernandes. – 2021.
 53 f.

Orientadora: Lavinia Cavalcanti Lima Cunha.
Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso em Direito) – Universidade
Federal de Alagoas. Faculdade de Direito de Alagoas. Maceió, 2021.

Bibliografia: f. 52-53.

1. Indenização - Caráter punitivo. 2. Dano moral. 3. Proteção ao consumidor -
Brasil. I. Título.

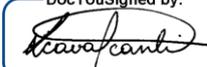
CDU: 347.451.031(81)

MARCELO EMMANUEL NUNES FERNANDES

**Indenização Punitiva e a Proteção ao Consumidor: Uma Análise de Suas Perspectivas no
Direito Brasileiro**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Universidade Federal de Alagoas, como requisito
parcial para a obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Orientadora: Profa. Lavinia Cavalcanti Lima Cunha

DocuSigned by:


693DE71858C64B7...

Assinatura da Orientadora

MARCELO EMMANUEL NUNES FERNANDES

**Indenização Punitiva e a Proteção ao Consumidor: Uma Análise de Suas Perspectivas no
Direito Brasileiro**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Universidade Federal de Alagoas, como requisito
parcial para a obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Orientadora: Profa. Lavinia Cavalcanti Lima Cunha

Data de aprovação:
08 de setembro de 2021

Banca examinadora

Profa. Dra. Jéssica Hind Ribeiro Costa - UFAL
Examinadora



Mestrando Leonardo Lima Mota Neto – UFAL
Examinador



Coordenador do NPE

RESUMO

Estudo sobre o instituto da indenização punitiva e sua aplicação no Direito do Consumidor. Primeiramente, foi feita uma breve análise acerca da responsabilidade civil como um todo e, mais especificamente, da função punitiva da indenização por danos morais. Em seguida, foi demonstrada a importância dada à proteção ao consumidor pelo Direito. Foram discutidos também os meios pelo qual a indenização punitiva pode garantir esta proteção, tanto através da punição quanto da prevenção de danos. Após isto, foi feita uma pesquisa com base na jurisprudência do Tribunal de Justiça de Alagoas envolvendo indenizações por danos morais em desfavor de operadoras de telefonia nos últimos três anos. Este método proporcionou uma forma de observar como a indenização punitiva é aplicada na prática. Por fim, foi feita uma análise sobre a compatibilidade deste instituto com o Ordenamento brasileiro, bem como sobre como pode ser feita a sua inserção em lei.

Palavras-chave: Indenização punitiva. Danos morais. Proteção ao consumidor.

ABSTRACT

A study about the institution of punitive damages and its application on Consumer Law. First of all, a brief analysis was done concerning civil liability and, more specifically, the punitive role of compensation for moral damages. Afterwards, the importance given to consumer protection by the Law was demonstrated. Furthermore, a discussion was had regarding the means through which punitive damages may guarantee such protection, both through punishment as well as prevention of damages. Afterwards, research was conducted based on jurisprudence from the Alagoas State Court involving compensation for moral damages which ruled against cellphone providers over the last three years. This approach provided a way to observe how punitive damages are applied in practice. Finally, an analysis was made regarding the compatibility of this institution with the Brazilian legal system, as well as how its insertion into law may be carried out.

Key words: Punitive damages. Moral damages. Consumer protection.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1. O CARÁTER PUNITIVO DA REPARAÇÃO CIVIL.....	7
1.1. Noções sobre Responsabilidade Civil e a Natureza Jurídica da Reparação por Danos Morais	7
1.2. A Reparação Civil Punitiva	9
2. O PAPEL DA REPARAÇÃO PUNITIVA NA PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR ..	17
2.1. A Política Nacional das Relações de Consumo	17
2.2. A Prevenção no Direito do Consumidor	23
2.3. Punição X Prevenção – O Que Mais se Adequa ao Âmbito Consumerista?.....	32
3. UMA ANÁLISE DA APLICAÇÃO DA REPARAÇÃO PUNITIVA NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE ALAGOAS.....	35
4. A INSERÇÃO DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA NO DIREITO BRASILEIRO	38
4.1. Há Incompatibilidade dos Danos Punitivos com o Ordenamento Nacional?.....	38
4.2. A Introdução da Indenização Punitiva no Ordenamento Jurídico Brasileiro	44
CONCLUSÃO.....	50
REFERÊNCIAS.	52

INTRODUÇÃO

A proteção ao consumidor é um princípio constitucional, possuindo grande importância para o Estado brasileiro. A maior evidência disto é sua inclusão no rol dos direitos individuais fundamentais, no artigo 5º, XXXII, da Carta, o que a torna uma cláusula pétrea. Ela é também positivada em lei, em especial no Código de Defesa do Consumidor, que regula as relações de consumo como um todo e tem na proteção ao consumidor seu princípio mais basilar.

Apesar disto, podem ser observadas cotidianamente violações aos direitos dos consumidores por fornecedores que conduzem práticas ilícitas e causam tanto prejuízos às vítimas individuais como um prejuízo à sociedade como um todo. Atitudes que são geralmente motivadas pela perseguição ao lucro em detrimento ao bem estar do consumidor, que, frente à conveniência para os infratores que vem da impunidade, se propagam e acabam afetando negativamente a qualidade dos serviços ou produtos. Neste cenário, é muito pertinente a questão de como o Direito pode contribuir para efetivamente solucionar este problema.

Uma alternativa que se apresenta é a chamada indenização (ou reparação) punitiva. Inspirada pelos *punitive damages* (danos punitivos) do Direito anglo-saxão, ela se utiliza de uma função punitiva da responsabilidade civil para sancionar condutas danosas com alto grau de reprovabilidade. A ideia se baseia na noção de que as infrações que tenham motivações especialmente cruéis ou irresponsáveis devem ser punidas de forma severa, tanto para punir diretamente o infrator quanto para inibir a repetição da conduta, seja pelo mesmo autor ou por outros.

O objetivo deste trabalho é conceituar o instituto da reparação punitiva, explorando suas origens e suas aplicações. São analisados também os benefícios que ela pode proporcionar para o Direito pátrio, em especial na esfera consumerista. Por fim, pretende-se também explorar as possibilidades de inserção do instituto no Ordenamento nacional. A pesquisa é fundamentada na leitura de textos sobre o tema e a análise de jurisprudência selecionada.

1. O CARÁTER PUNITIVO DA REPARAÇÃO CIVIL

1.1. Noções sobre Responsabilidade Civil e a Natureza Jurídica da Reparação por Danos Morais

Nas palavras de Paulo Lôbo, “A responsabilidade civil, no sentido estrito, é efeito do fato ilícito absoluto ou de determinado fato lícito, que origina imputação de deveres jurídicos a alguém de dar, de fazer ou de não fazer”¹. Ela é orientada a partir de quatro fundamentos: primazia da vítima, reparação integral, solidariedade social e prevenção.

É possível classificar a responsabilidade civil em duas categorias: responsabilidade por dano e responsabilidade sem dano. Esta última “resulta da imputação legal de deveres de abstenção, para prevenção de danos, ou em virtude de determinadas posições jurídicas assumidas pelo sujeito imputável”². A responsabilidade por dano, por sua vez, possui maior complexidade e, portanto, merece uma análise mais aprofundada.

Identificam-se como seus pressupostos o dano, que consiste na violação sofrida pela vítima; a contrariedade a direito, o caráter de antijuridicidade da conduta em questão; a imputabilidade, ou a aptidão para a posição de sujeito do dever de reparar ou prevenir o dano; e o nexo de causalidade, a ligação entre o fato ocorrido e o dano por ele causado. Ademais, a responsabilidade por dano pode ser subclassificada em três espécies. A responsabilidade civil subjetiva é aquela na qual a culpa do indivíduo infrator consiste em elemento essencial para sua configuração. É necessário, portanto, que haja ímpeto intencional ou falta de cuidado necessário por parte do agente. A responsabilidade transubjetiva, por sua vez, diz respeito ao dever de reparação atribuído pelo Direito a determinadas pessoas em relação a danos provocados por outros agentes, transcendendo a conduta do sujeito ao responsabilizá-lo pelos atos de outrem. Por fim, a responsabilidade civil objetiva tem efeito sem a necessidade de aferição de culpa. Há um dever positivo de proteção em relação a riscos controlados apenas pelo sujeito do dever.³

É relevante pontuar que a concepção de dano abrangida pelo Direito diz respeito tão somente aos transtornos sofridos que ultrapassam os aborrecimentos esperados da vida em sociedade. Em relação a seu caráter, o dano pode ser configurado como patrimonial ou extrapatrimonial. O dano patrimonial, mais conhecido como dano material, é o acarretado a

¹ LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: Volume 2 – Obrigações. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 325.

² *Ibid.*, p. 345.

³ *Ibid.*, p. 339-344.

bens materiais ou que enseje prejuízo financeiro à vítima. Abrange duas espécies: os danos eminentes, que constituem no valor nominal do prejuízo ou despesa da vítima, e os lucros cessantes, definidos como a oportunidade esperada de ganho financeiro por parte do ofendido que foi perdida por consequência da conduta do infrator.⁴

O dano extrapatrimonial, por sua vez, é aquele que atinge os direitos da personalidade, independentemente de qualquer prejuízo material da vítima. São aceitas pela jurisprudência e doutrina brasileiras três subespécies deste tipo de dano – moral, existencial e estético. O dano estético diz respeito a condutas que lesionam a integridade psicofísica do ofendido de forma duradoura. Apesar de bem aceito pela jurisprudência, alguns autores, dentre eles Paulo Lôbo, não o consideram suficientemente distinto para ser identificado como espécie à parte, apesar de ser um conceito útil para fins de cálculo do valor da reparação. O dano existencial é aquele que causa profundo comprometimento da existência da pessoa humana, efetivamente prejudicando a vida da vítima de forma duradoura ou permanente. Geralmente diz respeito a violações de direitos humanos por parte de agentes do Estado ou particulares, possuindo caráter imprescritível devido ao alcance de seus efeitos através do tempo.

A mais abrangente destas espécies é o dano moral, que resulta da violação de direitos da personalidade fora do escopo das espécies anteriormente expostas. Trata-se de conceito constitucionalmente reconhecido, presente no Artigo 5º, X da Constituição Federal: “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”⁵. A inserção constitucional demonstra a evolução dos institutos dos direitos da personalidade e do dano moral, que se opõem aos fundamentos patrimonialistas que dominavam o Direito Civil ao oferecer uma maneira de sancionar o descumprimento do dever absoluto de abstenção.⁶ Nas palavras de Paulo Lôbo,

De modo mais amplo, os direitos de personalidade oferecem um conjunto de situações definidas pelo sistema jurídico, inerentes à pessoa, cuja lesão faz incidir diretamente a pretensão aos danos morais, de modo objetivo e controlável, sem qualquer necessidade de recurso à existência da dor ou do prejuízo. A responsabilidade opera-se pelo simples fato da violação (*damnu in re ipsa*); assim, verificada a lesão a direito da personalidade, surge a necessidade de reparação do dano moral, não sendo necessária a prova do prejuízo.⁷

⁴ Ibid., p. 346-350.

⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Barueri: Manole, 2017, p. 7.

⁶ LÔBO, op. cit. p. 350-354.

⁷ Ibid., p. 351.

Expostas as espécies de dano, é necessário definir o instituto da reparação civil. Basicamente, consiste em desagrar e satisfazer o ofendido, por meio de indenização ou ressarcimento. Baseia-se no princípio básico de que o dano sofrido deve ser reparado, sempre que possível, pelo responsável. Abrange os danos patrimoniais e extrapatrimoniais, visto o caráter abrangente de sua previsão no Ordenamento. O dever de reparação não depende da capacidade delitual do infrator, devendo ser cumprido pelo responsável caso se trate de incapaz. Similarmente, não se extingue com a morte do infrator, sendo transferido aos herdeiros, dentro da força da herança. O direito à reparação, em regra, diz respeito apenas ao ofendido, havendo, porém, situações que permitem a reparação a terceiro. Comunica-se com o cônjuge nos regimes matrimoniais de comunhão parcial, universal ou de participação final nos aquestos, além de ser objeto de sucessão aos herdeiros.⁸

Existem diversas espécies de reparação civil. A mais usual é a indenização, ou reparação pecuniária, que consiste no ressarcimento do valor em dinheiro equivalente ao prejuízo sofrido pela vítima. Há ainda a reparação *in natura*, onde há substituição do objeto danificado por outro idêntico, e a reparação em espécie, que consiste na substituição por objeto aproximado ao perdido, da mesma espécie. Estas modalidades possuem primazia em relação à reparação por danos patrimoniais, sendo preferíveis de praxe à reparação pecuniária, que deve ser utilizada apenas quando as anteriores não forem possíveis ou por preferência da vítima.

No tocante ao dano extrapatrimonial, naturalmente, nenhuma das espécies anteriores é adequada, tendo em vista a ausência de valor monetário fixo do prejuízo. Nestes casos, a reparação compensatória é mais utilizada, consistindo na compensação monetária pelo transtorno sofrido, devendo ser apurada, como disposto no artigo 5º, V da Constituição Federal, de forma proporcional ao dano. É relevante a distinção entre a reparação pecuniária e a compensatória, visto que, caso fossem entendidas como idênticas, estaria sendo aceita a possibilidade de atribuir valores materiais aos direitos da personalidade, o que não é o caso. O que deve ocorrer na prática é uma fixação definida pelo magistrado com base na extensão do dano e o sofrimento da vítima, dentro do princípio da razoabilidade. É vedado qualquer tipo de fixação prévia de danos morais ou de critérios e limitações de seus valores. Ademais, há a reparação punitiva, que será abordada com mais profundidade adiante.⁹

1.2. A Reparação Civil Punitiva

⁸ Ibid., p. 358-360.

⁹ Ibid., p. 360-363.

A ideia de reparação punitiva embarça a tradicional dicotomia entre responsabilidade penal e civil, onde a primeira é voltada a infligir uma pena ou sofrimento ao autor de um mal e a segunda tem como objetivo a reparação deste mal. Nos tempos atuais, estas definições não se adequam frente às mudanças em ambos os campos, como pontua Paulo Lôbo:

Atualmente, retoma-se com força a ideia de conjugação de reparação e de pena (*punitive damages*), na responsabilidade civil (principalmente em situações de danos extrapatrimoniais), enquanto que no ilícito criminal cada vez mais assiste-se a substituição da pena de prisão por “penas alternativas”, de natureza civil, como obrigações de fazer ou obrigações de dar.¹⁰

A origem do caráter punitivos da indenização por danos morais pode ser traçada à Antiguidade. Medidas punitivas semelhantes aos *punitive damages* atuais estavam presentes em obras como o Código de Hamurabi, da Babilônia, o Código de Manu, na Índia, e na Bíblia. Os antigos romanos, por sua vez, utilizavam-se de diversos tipos de danos para mediar relações sociais, administrando punições mais severas a membros da elite que causassem danos a cidadãos comuns.¹¹ Tal tipo de indenização correspondia ao instituto da pena privada, que ao contrário da pena pública (destinada a infrações cometidas contra o Estado, com o objetivo de simplesmente retornar à situação anterior), destinava-se a condutas lesivas a interesses privados, objetivando primariamente a punição do infrator.¹²

Este caráter se estendeu à Inglaterra do século XVIII, onde foi introduzida a prática dos chamados *exemplary damages*, que eram utilizados para punir e, como consequência, impedir abusos de poder e riqueza contra organizações e indivíduos. No século XIX, o instituto começou a ser adotado nos Estados Unidos, onde se desenvolveu até transformar-se na concepção atual de *punitive damages*. É relevante destacar que foi neste contexto que a indenização punitiva começou a ser aplicada também contra grandes empresas, em especial as ferroviárias, por situações de descaso para com seus clientes.¹³

During the initial decades of the twentieth century, punitive damages gained an expanded role in consumer protection. Courts assessed punitive damages against defendants in commercial transactions where there existed ingredients of malice, fraud, insult, or wanton and reckless disregard of the rights of the plaintiff.¹⁴

Quanto à motivação para o estabelecimento deste instituto, a Doutrina comumente oferece teorias divergentes. Pedro Ricardo e Serpa aponta dois fatores fundamentais: o fato das lides civis nos países do *common law* serem julgadas por jurados e a aparente

¹⁰ Ibid., p. 364.

¹¹ RUSTAD, Michael; KOENIG, Thomas. The Historical Continuity of Punitive Damages Awards: Reforming the Tort Reformers. *American University Law Review*. v. 42, n. 4, 1993, p. 1284-1286.

¹² PORTUGAL, André. *Dano Moral Pedagógico-Punitivo no Brasil*. 2014.

¹³ RUSTAD; KOENIG, op. cit., p. 1287-1297.

¹⁴ Ibid., p. 1303.

impossibilidade da reparação dos danos extrapatrimoniais. André Gustavo Corrêa de Andrade, por sua vez, postula que o instituto surgiu devido à evolução das relações entre as partes, que demandavam uma nova forma de proteção.¹⁵

A reparação punitiva encontra respaldo no instituto dos *punitive damages*, comumente aceito e utilizado em países do sistema *common law*, em especial os Estados Unidos. Ao contrário da tradicional reparação compensatória (*compensatory damages*), que é equivalente à proporção do dano e objetiva apenas sua reparação, os *punitive damages* possuem um objetivo punitivo ao infrator, a fim de desestimular sua conduta delitativa e a de outrem. Seu escopo, portanto, ultrapassa a vítima, exercendo uma função em prol do interesse público de toda a sociedade. Deve-se destacar que a utilização deste instituto é geralmente reservada a condutas especialmente nocivas e reprováveis, que demandam medidas de repressão à altura. Não se trata de prática corriqueira aplicada a situações de culpa simples, mas sim quando há culpa grave ou dolo por parte do ofensor.

Destacam-se algumas áreas de aplicação dos *punitive damages*. A responsabilidade pelo fato do produto (*product liability*) é uma delas, na qual algum produto em circulação oferece riscos à segurança ou apresenta componentes nocivos à saúde. É importante mencionar que não se trata do conceito de vício do produto presente no Ordenamento pátrio, que exige apenas o mau funcionamento do produto. Dois *leading cases* estadunidenses ilustram este cenário: o do medicamento MER-29 (Roginsky v. Richardson-Merrell, Inc. E Toole v. Richardson-Merrel, Inc.), um remédio para controle de colesterol que ocasionava efeitos colaterais como o surgimento de catarata e foi colocado no mercado mesmo após testes com animais produzirem estes mesmos efeitos, e o do Ford Pinto (Grimshaw v. Ford Motor Co.), no qual a montadora intencionalmente comercializou uma linha de veículos defeituosa que causaram queimaduras em clientes para evitar mudanças em sua linha de produção. Ambos os casos demonstraram claro descaso e culpa grave por parte das infradoras, que foram condenadas com *punitive damages* além da compensação tradicional.

A indenização punitiva é também aplicada em situações de difamação (*defamation*), quando haja a clara intenção de difamar, erro médico (*medical malpractice*), onde se aproxima ao nosso entendimento ao considerar o dolo ou culpa, e acidentes de trânsito (*traffic injuries*), onde é analisado o comportamento do agente ao ocasionar o acidente. Podem-se

¹⁵ REZENDE, Lucas Levi Correia. **Indenização punitiva**: uma análise acerca do "punitive damages" e sua aplicabilidade no direito brasileiro. 2013.

mencionar também situações como ilícitos intencionais, responsabilidades de profissionais em geral, fraude, invasão de privacidade e assédio sexual, entre outras.¹⁶

Os *punitive damages* possuem múltiplas funções. Primeiramente, a mais evidente: punição e desincentivo, que é a mais utilizada como justificativa para a aplicação do instituto. É possível que as cortes imponham *punitive damages* com esta motivação de quatro formas diferentes: punição necessária, mas desincentivo desnecessário, punição desnecessária, mas desincentivo necessário, ambos necessários, mas maior punição desejada e ambos necessários, mas maior desincentivo desejado. Esta função é a mais utilizada nos casos de *product liability*, pois sua natureza dupla proporciona maior eficácia no combate à negligência dos fornecedores. Em ligação, estreita, há também a função de retaliação, que justifica a punição na simples base de que toda infração deve ser punida. A ideia é que a “vingança” seja proporcional ao mal cometido.

Uma minoria da doutrina enxerga nos *punitive damages* também uma função, ao menos parcial, de compensação aumentada, comumente sob a justificativa de que o valor superior da indenização seria apto a cobrir as custas legais arcadas pelo ofendido e efetivamente compensá-lo. Esta função pode ser vista em estados norte-americanos que não permitem o uso direto de *punitive damages* mas garantem indenizações excedentes ao dano para compensar a torpeza do ato. O instituto pode funcionar ainda como incentivo para os cidadãos ingressarem em ações de reparação para condutas que causam danos generalizados, agindo como uma espécie de “procurador-geral privado”. O valor elevado da indenização, pois, serve como recompensa para o autor face às custas legais, motivando o ajuizamento de ações e evitando a total impunidade dos infratores. Por fim, é também função dos *punitive damages* aproximar a *criminal law* (Direito Penal) e a *tort law* (ramo do Direito que engloba a responsabilidade civil extracontratual), reconhecendo as semelhanças entre ambos.¹⁷

Além dos Estados Unidos, os *punitive damages* são utilizados em diversos outros países, em sua maioria também adeptos do sistema *common law*. A Inglaterra, embora berço do instituto dos *exemplar damages*, apenas consolidaram sua aplicação em 1964, estabelecendo três situações de aplicabilidade: ações opressivas, arbitrárias ou inconstitucionais por agentes do Estado (ponto em que diverge da aplicação estadunidense), condutas que objetivem proveito econômico excedente à indenização reparatória e outros casos autorizados por lei. Na Irlanda, os *exemplary damages* são aceitos em toda a área da

¹⁶ REZENDE, op. cit.

¹⁷ RUSTAD; KOENIG, op. cit., p. 1318-1328.

responsabilidade civil, desde que comprovada conduta peculiarmente reprovável do infrator. O mesmo ocorre na Austrália e Nova Zelândia. O Canadá, desde 1970, utiliza-se do instituto em condutas maliciosas, opressivas ou arrogantes, inclusive na província de Quebec, que se utiliza do sistema *civil law* e prevê a prática em seu Código Civil. Deve-se ressaltar que, de modo geral, a aplicação dos *punitive* ou *exemplary damages* não é frequente. Tampouco as são as indenizações de valor exacerbado mostradas pela mídia, que geralmente são reduzidas pelas instâncias superiores.¹⁸

No Brasil, a indenização punitiva não é tão bem estabelecida quanto nos países anteriormente mencionados. Porém, há certos institutos do Direito Civil que possuem caráter punitivo. Pode-se citar como exemplo os juros de mora, que punem o devedor pelo atraso no pagamento de uma prestação. Há também a cláusula penal, prevista nos artigos 408 a 416 do Código Civil, que é estabelecida em contratos para punir a parte inadimplente através de indenização. Ademais, o artigo 419 do Código prevê uma indenização suplementar à devolução de arras, que, por não estar ligada ao dano ocorrido, possui caráter punitivo. Uma das situações mais claras de indenização punitiva no Código Civil é o pagamento em dobro por parte de quem demanda dívida já paga, também presente no artigo 42 do Código de Defesa do Consumidor.

Além do Código Civil, é possível identificar indenização com caráter punitivo na Lei nº 9.279/96 (Lei da Propriedade Industrial), que prevê em seu artigo 210 que o ofensor deve reparar a vítima o que ela teria auferido caso a violação não tivesse ocorrido, a título de lucros cessantes, ou o valor que foi auferido pelo próprio lesante devido à violação. Trata-se de dispositivo com a intenção explícita de combater o lucro ilícito, um dos objetivos da indenização punitiva. Historicamente, pode-se citar o revogado artigo 84 da Lei nº 4.117/62 (Código Brasileiro de Telecomunicações), que determinava que, ao fixar o valor do dano moral, o julgador deveria levar em conta a posição social do ofendido, o poder econômico do ofensor, a conduta e suas gravidade e repercussão. Todos estes critérios são de cunho punitivo, pois visam não o dano em si, mas o grau de reprovabilidade da conduta. Da mesma forma, o artigo 53 da Lei nº 5.250/67 (Lei de Imprensa), declarada inconstitucional pelo STF, previa que a apuração do valor indenizatório deveria ser feita com base na intensidade do

¹⁸ REZENDE, op. cit.

sofrimento da vítima, a gravidade, natureza, repercussão e posição social do mesmo, bem como a intensidade do dolo da conduta e a retratação espontânea do infrator.¹⁹

A finalidade da reparação por danos morais é objeto de discussão através da doutrina pátria. Há uma corrente que a enxerga como possuindo caráter estritamente compensatório, objetivando apenas a restauração do *status quo ante*. Em contraponto, há a corrente que contempla apenas uma natureza punitiva, ignorando a necessidade de compensação da vítima e focando exclusivamente na punição do infrator.

Por não englobarem todas as complexidades inerentes ao conceito de danos morais, nenhuma destas correntes é aceita majoritariamente no Ordenamento brasileiro. Mais completa é a teoria que as concilia, considerando um caráter duplo de compensação da vítima e punição do infrator, de forma balanceada. Usando isto como base, é possível afirmar que há uma quarta corrente, que enxerga a compensação como tendo caráter, geralmente, compensatório e pedagógico, a fim de dissuadir a conduta praticada. O caráter punitivo, portanto, seria reservado a situações excepcionais, ainda combinado ao compensatório.

Observe a diferença entre punição e pedagogia, na primeira, torna-se evidente um intuito de punir, na segunda, um objetivo de educar. Nessa linha de raciocínio, daríamos maior proteção não a uma vítima específica, mas à sociedade que terá o risco de sofrer danos diminuído em virtude do objetivo desestimulante da indenização.²⁰

A indenização punitiva baseia-se em dois pressupostos, primário e secundário. O pressuposto primário é a ocorrência de dano moral, ferindo os direitos da personalidade e extrapolando valores econômicos devido a seu caráter extrapatrimonial e justificando a necessidade de ultrapassar a simples reparação compensatória. O pressuposto secundário é a existência de dolo ou culpa grave. O dolo pode ser definido como a conduta que tem como objetivo intencional provocar um dano, tomando providências para que isto ocorra de modo eficiente. A culpa grave, por sua vez, é a conduta que não intenciona provocar o dano, mas deixa de tomar os cuidados esperados necessários à sua prevenção. Pode-se considerar culpa grave também a reiteração de uma conduta danosa.²¹ É importante apontar que o caráter subjetivo deste pressuposto não impede a aplicação da indenização punitiva em casos de responsabilidade objetiva, desde que o dolo ou culpa grave na conduta sejam comprovados. “Nos casos de responsabilidade objetiva deve ser operada uma cisão, explica-se: a objetivação da responsabilidade se dá campo da indenização compensatória, enquanto que o elemento

¹⁹ Ibid.

²⁰ Ibid.

²¹ Ibid.

subjetivo somente ‘entra em cena’ para aferir se existe ou não o direito à indenização punitiva.”²²

Alguns autores identificam também a obtenção de lucro ilícito como pressuposto. No entanto, é possível a aplicação da indenização punitiva em casos que não envolvam tal característica, o que a torna dispensável. Apesar disto, a obtenção de lucro ilícito pode ser utilizada como justificativa para a incidência da responsabilidade punitiva, mesmo se houver apenas culpa simples ou até mesmo apenas dano material.²³

Para que a indenização punitiva possa ser aplicada, é necessário estabelecer critérios que a delimitem na prática. É importante que tais critérios sejam distintos daqueles aplicados à indenização compensatória, que possui caráter distinto, de modo a promover uma proporcionalidade entre a reprovabilidade da conduta e a indenização concedida. Inicialmente, deve haver a separação dos montantes fixados a título de compensação e punição. Apesar de ser uma prática incomum na jurisprudência brasileira, esta diferenciação é importante para garantir a transparência da decisão, identificando a proporcionalidade entre ambas as reparações e a adequação dos critérios utilizados pelo julgador.

Outro critério a ser considerado é o grau de culpa ou a intensidade do dolo do agente. Este ponto diverge da indenização compensatória, na qual a extensão do dano é relevante, mas não a conduta. Como já mencionado, a punição se baseia na torpeza da conduta do infrator, e a indenização deve ser medida na proporção da culpa ou dolo. Há espaço para divergência valorativa entre culpa consciente e inconsciente, bem como para a majoração de conduta premeditada.

As condições pessoais das partes também são relevantes à fixação da indenização. No entanto, não deve haver foco exclusivo em suas condições econômicas. A situação econômica do infrator é de grande importância para a fixação da indenização. Para que o fator de desestímulo se concretize é necessário que o impacto financeiro ao ofensor seja significativo. Portanto, um infrator que possui elevada situação econômica deve ser condenado a uma indenização maior, que condiz com sua situação. A condição econômica da vítima, por outro lado, não deve ser considerada para este fim. Além de não contribuir para os efeitos punitivo e preventivo da indenização, a fixação do montante sob este parâmetro teria o efeito de reduzir

²² VIANNA, Tauanna. Indenização Punitiva no Brasil: desafios e configuração. **Revista de Direito Privado**. São Paulo, v. 57, p. 179-192, jan. 2014, p. 186.

²³ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Indenização Punitiva. **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro, v. 9, n° 36, p. 135-168, out.- dez. 2006, p. 151-153.

a eficácia da punição em casos de vítimas de menor poder econômico, ao mesmo tempo que prestigiaria as vítimas de maior poder econômico, reforçando a desigualdade social e ferindo o princípio da igualdade.

A gravidade do dano é outro fator que deve ser levado em conta para a fixação da indenização. Naturalmente, deve haver repressão maior a atitudes que violem direitos mais fundamentais. Porém, ao contrário da reparação compensatória, onde a extensão do dano define a extensão da indenização, na reparação punitiva a gravidade do dano deve ser levada em consideração conjuntamente aos demais fatores. Portanto, é possível que, em determinadas situações, danos graves sejam acoplados a circunstâncias atenuantes e resultem em uma indenização menor, ou vice-versa.

Um destes elementos secundários que é usado como parâmetro é a obtenção de lucro ilícito pelo infrator. Apesar de ser de difícil apuração, deve haver esforço por parte do juiz e das partes para determinar a extensão do lucro obtido em decorrência do ato ilícito, seja este atual, futuro, direto ou indireto. Por fim, também pode ser utilizado como critério a existência de outros valores indenizatórios. O montante indenizatório da reparação compensatória pode servir de parâmetro para a aferição da indenização punitiva, sem necessariamente possuir o mesmo valor. É importante ressaltar que, devido à necessidade da separação de ambos os valores, este critério deve preferencialmente ser usado apenas quando os demais se provarem insuficientes.²⁴

²⁴ REZENDE, op. cit.

2. O PAPEL DA REPARAÇÃO PUNITIVA NA PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR

2.1. A Política Nacional das Relações de Consumo

A relação de consumo possui grande importância econômica e tem grande destaque no Ordenamento Jurídico brasileiro. A evolução deste ramo do Direito é ligada à evolução da própria economia, como destaca Rafael Alencar Xavier:

A evolução do Direito do Consumidor deu-se com o aumento das indústrias, com a introdução da robótica e da informática ocorrida durante a Revolução Industrial. Em consequência desse momento histórico, tivemos o crescimento das relações de consumo. A princípio, os negócios eram realizados interpessoalmente, onde os fornecedores (produtores) mantinham uma ligação contratual direta e imediata com seus consumidores, que compravam mercadorias específicas, àquelas destinadas a sua sobrevivência.

Com o advento da industrialização, conjugada com a produção em larga escala, fizeram aumentar o volume de negócios, que passaram a ser pluripessoais e difusos. Esse período ficou conhecido como “movimento consumerista”. Atualmente não é diferente. Desenvolvemos nossa legislação para atenderem aos anseios da população. Vivemos em uma comunidade consumerista, e por isso que devemos estar sempre atentos aos nossos direitos e deveres.

Em razão do aumento da oferta e demanda de produtos e serviços, notadamente tivemos uma ampliação exorbitante das relações negociais. Começamos, então, a observar a necessidade da criação de institutos que fossem capazes de dirimir conflitos advindos dos atos negociais ocorridos entre consumidores e fornecedores. Principiou-se, então, o surgimento de pequenas organizações direcionadas para a solução de conflitos nas relações de consumo. A partir deste momento, buscou-se resguardar os interesses das pessoas mais vulneráveis na transação comercial, e ao mesmo tempo defender os direitos da parte inversa na relação negocial, que é denominado de empresário (reclamado).²⁵

No Brasil, a proteção ao consumidor consiste em garantia presente na Constituição Federal, sendo prevista no artigo 5º, XXXII (“o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”²⁶) e no artigo 170, V, onde é listada como um dos princípios da ordem econômica. Neste sentido, o artigo 48 do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias previu a elaboração do Código de Defesa do Consumidor, o qual foi concretizado com a Lei nº 8.078/90. O referido Código estabelece, em seu artigo 4º, a Política Nacional das Relações de Consumo:

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 (...)²⁷

Embora o Código de Defesa do Consumidor não conceitue de forma explícita a relação de consumo, é possível extrair seu conceito com base em seus elementos subjetivos e

²⁵ XAVIER, Gabriel Alencar. **Direitos do Fornecedor: Equilíbrio na Relação de Consumo**. 2016.

²⁶ BRASIL, op. cit., p. 11.

²⁷ BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2018. p. 2.

objetivos. Primeiramente, há os sujeitos da relação: consumidor e fornecedor. A figura do consumidor é definida pelo artigo 2º do Código: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.²⁸ O conceito de destinatário final é debatido por duas correntes doutrinárias – a finalista, que declara que é destinatário final apenas aquele que adquire o produto como bem de consumo, excluindo-se os bens de produção, e a maximalista, que não faz tal distinção. O Código define também, de modo mais amplo, o consumidor por equiparação, que consiste na coletividade de pessoas (art. 2º, Parágrafo único), as vítimas de acidentes de consumo (art. 17) e as pessoas expostas às práticas comerciais delineadas no Capítulo V (art. 29)²⁹.

O conceito de fornecedor, por sua vez, encontra-se definido no artigo 3º: “Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”.³⁰ Trata-se de conceito amplo, com a intenção de fornecer a maior abrangência possível. É possível identificar três tipos de fornecedor: real, aquele envolvido no processo de produção ou fabricação do produto; aparente, aquele que coloca o produto no mercado em seu nome, forma ou marca, sem estar envolvido em sua produção, e presumido, aquele que importa produtos ou os comercializa sem clara identificação.

Definidos os elementos subjetivos da relação de consumo, resta conceituar seus objetos: produtos e serviços. O Código define o primeiro em seu artigo 3º, § 1º: “Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”.³¹ Já o parágrafo seguinte dispõe que “Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.³² De forma geral, pode-se dizer que, caso a relação entre as partes envolva uma obrigação de dar, o objeto trata-se de um produto, enquanto que, se envolver uma obrigação de fazer, trata-se de um serviço. Percebe-se que, em ambos os casos,

²⁸ Ibid., p. 1.

²⁹ PAIVA, Clarice Teixeira. O que caracteriza uma relação de consumo. **Jus Navigandi**, Teresina, v. 20, n. 4401, jul. 2015.

³⁰ BRASIL, op. cit., 2018, p. 2.

³¹ Ibid., p. 2.

³² Ibid., p. 2.

o legislador objetivou oferecer a maior abrangência possível, cobrindo diversos tipos de relações para efetivamente garantir a proteção ao consumidor.³³

Em resumo, portanto, a relação de consumo consiste em uma relação entre um bem ou serviço consumível, aquele que o fornece e aquele que o consome, devendo ser regida com base nos direitos e deveres de ambos os envolvidos. A transição de um Estado liberal para um Estado social reforça o dever do Estado de proteger os indivíduos, inclusive por meio de intervenções e normatizações pertinentes à ordem econômica. A proteção ao consumidor é, pois, parte dos fundamentos de um Estado Democrático de Direito com função social.

A ordem econômica nacional opera dentro do modelo capitalista, franqueando liberdade ao particular. Isto significa que há a valorização do trabalho humano sobre todos os demais valores de economia de mercado. Este modelo possui os fundamentos necessários à sustentação da ação estatal na economia mediante políticas públicas. Através da ordem econômica, pois, se propõe o asseguramento de uma existência digna nos moldes da justiça social, que correspondem à superação das injustiças na repartição do produto econômico a nível inicialmente individual e posteriormente geral, em um nível macroeconômico. A garantia da dignidade humana, portanto, relaciona-se com a manutenção da ordem econômica, interligando ambos estes preceitos constitucionais.³⁴

Há certos princípios que regem a Política Nacional das Relações de Consumo, que podem ser identificados em diversos locais do Código de Defesa do Consumidor e na Constituição. Primeiramente, há o princípio da proteção da confiança do consumidor, que pode ser identificado no *caput* do artigo 4º, que menciona a transparência e harmonia das relações de consumo como um dos objetivos da Política Nacional das Relações de Consumo, o que demonstra a necessidade de preservar a confiança do consumidor em relação ao vínculo contratual em sua elaboração e execução, bem como em relação à segurança dos produtos e serviços, como pontuado no inciso II, alínea d do mesmo artigo.

Isto leva ao princípio da segurança, que estabelece o dever do fornecedor de garantir a segurança dos produtos e serviços fornecidos. Ele é explicitado nos artigos 6º, que lista como direito básico do consumidor “a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos ou serviços considerados perigosos ou

³³ PAIVA, op. cit.

³⁴ FERREIRA, Filipe Duarte; DUARTE, Sarah Kelley Câmara Marques. A proteção ao consumidor como direito fundamental constitucional: as garantias consumeristas. *Âmbito Jurídico*. São Paulo, v. 21, n. 172, mai. 2018.

nocivos”³⁵; 8º, que determina que os produtos e serviços não devem apresentar riscos superiores aos normais e previsíveis e obriga os fornecedores a dar as informações necessárias a seu respeito; e 10, que proíbe ao fornecedor colocar no mercado produto ou serviço que sabe apresentar alto grau de risco.

O *caput* do artigo 4º expressa ainda o princípio da transparência, segundo o qual os contratantes devem agir de boa-fé, com lealdade recíproca. O inciso I do mesmo artigo expõe o princípio da vulnerabilidade, ao determinar o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo. Difere do conceito de hipossuficiência, presente no artigo 6º, VIII, que diz respeito à esfera processual e deve ser auferida pelo juiz, enquanto a vulnerabilidade é inerente à condição de consumidor, na esfera material. A vulnerabilidade da pessoa física é presumida, porém, quanto à pessoa jurídica, deve ser comprovada no caso concreto. Outro requisito fundamental da relação de consumo é a informação clara e adequada, prevista como um dos direitos básicos do consumidor no artigo 6º, III. É de responsabilidade do fornecedor oferecer todas as informações necessárias, relativas à quantidade e qualidade do produto ou serviço, bem os riscos e perigos que dele podem advir. Segundo entendimento do STJ, a informação adequada se apresenta simultaneamente completa, gratuita e útil.

O princípio da harmonia está presente no artigo 4º, III, que menciona a “harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (...)”³⁶. Este princípio se baseia no reconhecimento da diferença e vulnerabilidade entre as partes presentes na relação de consumo, buscando sempre seu equilíbrio com base na boa-fé. Outro princípio presente neste mesmo inciso é o do equilíbrio das prestações. Trata-se de equilíbrio material, que deve ser alcançado a fim de que o consumidor não se encontre em posição de desvantagem. É com base nele que o Código prevê como direito básico do consumidor, em seu artigo 6º, V, “a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”³⁷. Sua inobservância pode causar a anulação da cláusula ofensora ou do negócio jurídico como um todo.

³⁵ BRASIL, op. cit., 2018, p. 3.

³⁶ Ibid., p. 2.

³⁷ Ibid., p. 4.

Relaciona-se a isto o princípio da conservação do contrato, presente no artigo 51, § 2º, que dispõe que “A nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando de sua ausência, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo a qualquer das partes”³⁸. O contrato entre as partes, portanto, deve ser preservado enquanto possível, devendo ser anulado apenas quando impossível condicionar sua existência ao equilíbrio das prestações.

Decorre destes o princípio da modificação das prestações desproporcionais, ou da onerosidade excessiva, classificado como mais um dos direitos básicos do consumidor no artigo 6º, V. Para que seja mantida a igualdade entre as partes, é possível a modificação de cláusulas contratuais que estabeleçam prestações excessivas e sua revisão caso algum fato superveniente as torne excessivamente onerosas. Este direito existe independentemente da presença de dolo ou má-fé por parte do fornecedor, bem como da previsibilidade do evento danoso, conforme a teoria da base objetiva do negócio.

Relaciona-se a este também o princípio da equidade, que se baseia no equilíbrio entre as partes da relação. O artigo 51, IV, do Código institui que cláusulas que estabeleçam obrigações iníquas e abusivas ou ponham o consumidor em manifesta desvantagem são nulas de pleno direito. O princípio da intervenção do Estado encontra respaldo no artigo 4º, II, que prescreve “ação governamental no sentido de proteger o consumidor”³⁹. Esta intervenção deve se dar em forma de iniciativa direta, incentivo à criação e desenvolvimento de associações representativas, a presença do Estado no mercado de consumo e a garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho. O princípio da reparação integral possui especial importância. Ele se encontra expresso no artigo 6º, VI, que estabelece o direito à “(...) efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”⁴⁰. Este assunto será tratado de forma mais aprofundada posteriormente.

O princípio da reparação objetiva baseia-se no artigo 14, que determina que a responsabilidade do fornecedor pelos danos causados ao consumidor é objetiva, independentemente da existência de culpa. Há a exceção, porém, dos profissionais liberais, cuja culpa deve ser levada em conta. O princípio da solidariedade, por sua vez, dispõe que todos os responsáveis pelo evento danoso são solidariamente obrigados a repará-lo, podendo o consumidor, pois,

³⁸ Ibid., p. 21.

³⁹ Ibid., p. 2.

⁴⁰ Ibid., p. 4.

decidir de quem exigir a compensação. A previsão legal para tal pode ser encontrada nos artigos 7º, parágrafo único, e 25, §1º do Código. Os artigos 18, 19 e 34 estendem a solidariedade para os vícios de qualidade ou quantidade dos produtos e serviços, bem como para os atos de prepostos ou representantes autônomos dos fornecedores. O artigo 47 apresenta o princípio da interpretação mais favorável ao consumidor, ao estabelecer que “As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”⁴¹. O consumidor, parte vulnerável da relação, deve ser favorecido em caso de dúvida na interpretação de cláusulas ambíguas. Este teor de interpretação pode também ser estendido ao conflito de leis, favorecendo a parte em desvantagem.

Outro princípio de extrema importância é o da boa-fé objetiva. Deve haver lealdade e cooperação entre as partes, evitando condutas que prejudiquem a outra parte ou lesem sua expectativa. Trata-se de princípio basilar, do qual podem ser extraídos vários dos anteriores (harmonia, equilíbrio das prestações, modificação das prestações desproporcionais, entre outros). Sua cobertura vai além dos abusos explicitamente dispostos no CDC, podendo ser utilizado pelo intérprete para analisar o contrato e adequá-lo de forma a manter a harmonia da relação. Encontra-se expresso nos artigos 4º, III, e 51, IV.

O princípio do adimplemento substancial, embora não previsto explicitamente no Código, se estende às relações de consumo, visto que se aplica aos negócios jurídicos em geral. Consiste na noção de que o contrato pode ser resolvido mesmo com o adimplemento parcial, desde que a parte adimplida seja substancial, ou seja, manifestamente superior à parcela inadimplida. Decorre do fato de que tal situação não gera prejuízo significativo à parte credora, que pode continuar a utilizar-se das vias ordinárias para a cobrança. Outro princípio que não consta no CDC, mas pode ser aplicado às relações de consumo é o *venire contra factum proprium*, devido a sua ligação com a boa-fé objetiva. Baseia-se na vedação do comportamento contraditório das partes, ao agir de forma que vai de encontro ao prometido à época do firmamento do contrato. Deve ser observado para que seja mantida a confiança entre as partes, necessária à condução da relação.

Mais um dos princípios seguidos pelo Código é o do acesso à Justiça, que é garantido nos artigos 83 (“Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.”⁴²) e 6º, VIII (que prevê como direito básico do consumidor “a facilitação da defesa de seus

⁴¹ Ibid., p. 18.

⁴² Ibid., p. 32.

direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência”⁴³). Trata-se de garantir ao consumidor maior acessibilidade e facilidade para pleitear seus direitos, inclusive com a vantagem da inversão do ônus da prova ao consumidor hipossuficiente. Tal hipossuficiência, vale dizer, pode ser tanto econômica quanto técnica. Ademais, deve-se mencionar o já citado artigo 5º, XXXII da Constituição, que garante a defesa do consumidor por parte do Estado. Neste mesmo sentido, o CDC prevê, em seu artigo 5º, alguns instrumentos destinados à execução da Política Nacional das Relações de Consumo, que também contribuem para um maior nível de acessibilidade à Justiça para o consumidor:

Art. 5º: Para a execução da Política Nacional das Relações de Consumo, contará o Poder Público com os seguintes instrumentos, entre outros:

I – manutenção de assistência jurídica, integral e gratuita, para o consumidor carente;

II – instituição de Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor, no âmbito do Ministério Público;

III – criação de delegacias de polícia especializada no atendimento de consumidores vítimas de infrações penais de consumo;

IV – criação de Juizados Especiais de Pequenas Causas e Varas Especializadas para a solução de litígios de consumo;

V – concessão de estímulos à criação e desenvolvimento das Associações de Defesa do Consumidor.⁴⁴

Por fim, há o princípio da prevenção, que pode ser identificado nos artigos 83 e 84 do Código, que preveem a utilização de medidas cautelares em ações de consumo⁴⁵. A prevenção do dano ao consumidor possui caráter especialmente relevante a este estudo, e será explorada em detalhes adiante.

2.2. A Prevenção no Direito do Consumidor

No âmbito das relações de consumo, a prevenção de transtornos possui grande importância. Ela é necessária para manter a prolongada confiança entre as partes, tanto em um nível individualizado quanto em um nível macro, envolvendo a sociedade como um todo. Assegurá-la, portanto, é algo do interesse de todos, bem como dever do Estado.

Certas atitudes das partes envolvidas na relação de consumo podem contribuir para a prevenção de danos, de modo que incidentes não ocorram ou possam ser resolvidos de forma

⁴³ Ibid., p. 4.

⁴⁴ Ibid., p. 3.

⁴⁵ COELHO, Karine. **Princípios que regem a política nacional das relações de consumo**. 2017.

simples, sem chegar a acionar o Judiciário. O consumidor deve ficar atento à redação dos contratos, principalmente os termos de uso e serviço, se informando o máximo possível sobre o que está adquirindo e aproveitando vantagens como as trocas de produtos e seu direito de arrependimento. É importante também manter-se atento em relação a fornecedores que se aproveitam da hipossuficiência dos consumidores para exercer práticas abusivas. Ademais, é aconselhável, quando possível, contar com o auxílio de especialistas jurídicos para questões que envolvam contratos mais complexos.

Por parte dos fornecedores, é importante manter a boa-fé, adequando seus contratos e suas práticas aos ditames do CDC para evitar abusos. Devem-se evitar cláusulas ambíguas que levem a desacordos, inclusive pelo fato de que, como visto anteriormente, a interpretação destas é sempre favorável ao consumidor. Outras medidas como o treinamento adequado de funcionários e vendedores e acompanhamento jurídico por advogado especialista na área também contribuem significativamente para a prevenção de danos.⁴⁶

Evidentemente, porém, a simples diligência das partes nem sempre é suficiente para evitar conflitos e transtornos. Quando o dano não é prevenido e a conciliação entre as partes não é frutífera, há a necessidade do ajuizamento de uma demanda por parte do ofendido, que normalmente é o consumidor, por ser a parte mais vulnerável da relação. Mesmo neste nível, porém, a prevenção ainda deve ser objetivada, mesmo que apenas na esfera macro, ou seja, impedindo a ocorrência de danos futuros à sociedade em geral. É este um dos papéis a serem cumpridos pela reparação civil no âmbito consumerista.

De acordo com Cassio Pereira Brizola⁴⁷, a elevação do valor compensatório é a única ferramenta disponível aos magistrados para prevenir novos fatos lesivos e proteger os consumidores de novos prejuízos. Na prática, a esmagadora maioria dos fornecedores não inclui cláusulas penais em seus contratos (tendo em vista o formato usual de contrato de adesão ou mesmo os contratos verbais), não sendo possível, pois, a aplicação de multas, além da condenação à simples devolução do valor gasto pela vítima possuir mero caráter compensatório, não oferecendo nenhum tipo de punição e desatendendo o princípio da prevenção de riscos. Ademais, há a impossibilidade da aplicação de multas civis por lesões

⁴⁶ MOTTOLA, Andrea. **A importância da prevenção no Direito do Consumidor**. 2019. Disponível em: <https://administradores.com.br/noticias/a-importancia-da-prevencao-no-direito-do-consumidor>. Último acesso em 08/07/2021.

⁴⁷ BRISOLA, Cassio Pereira. Dano moral nas relações de consumo. A função preventiva do dano moral no CDC. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; MALFATTI, Alexandre David (coord.). **Reflexões de magistrados paulistas nos 25 anos do Código de Defesa do Consumidor**. 1 Ed. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2015, p. 264-266.

extracontratuais que possam vir a ocorrer, devido à ausência de previsão legal. Deve-se levar em conta também que a tutela coletiva dos consumidores é feita de forma muito tímida, ainda sendo algo incomum, o que significa que vários lesados por atos que ultrapassam as demandas individuais se veem sem qualquer tipo de reparação.

Estes fatores explicam a necessidade de se utilizar a reparação civil para prevenir danos futuros, ao invés de limitar-se à simples compensação. Ressalte-se que esta prática não dá origem à chamada “indústria do dano moral”, tendo em vista que a situação atual em que vivemos consiste em uma verdadeira “indústria do desrespeito ao consumidor”, que deve ser combatida.

Para que a função preventiva possa ser exercida, porém, faz-se necessário que haja no caso concretos circunstâncias que a justifiquem, de forma similar aos critérios da reparação punitiva em geral, expostos no capítulo anterior. Aplicá-la a toda e qualquer infração acabaria por banalizar o instituto, devendo, pois, ser reservada aos ilícitos que possam vir a se repetir, seja pelo mesmo infrator ou por outros que percebam a vantagem da conduta impune.

Primeiramente, devem ser levados em conta os grandes litigantes. São considerados assim os Poderes Públicos e as grandes empresas que figuram repetidamente em demandas judiciais, frequentemente citados como um dos motivos da notória lentidão do Poder Judiciário. No escopo consumerista, são mais relevantes as grandes empresas, que frequentemente acabam por fazer do Judiciário, efetivamente, sua central de atendimento ao consumidor. É sabido que muitos destes fornecedores falham em oferecer um suporte adequado aos consumidores para a resolução de falhas e problemas que vêm a surgir após a compra do produto ou prestação do serviço, não vendo a parte prejudicada, pois, uma alternativa senão o ajuizamento de sua demanda. São exemplos recorrentes deste tipo de comportamento os bancos e as empresas de telefonia. Ao constatar que no polo passivo da ação consta um destes grandes litigantes, portanto, cabe ao magistrado aplicar o caráter preventivo na indenização, a fim de coibir esta prática.⁴⁸

É necessário também impedir o lucro ilícito que muitas vezes é aferido pelos fornecedores com o descumprimento contratual. Mesmo se o lucro obtido em cada situação individual for pequeno, as grandes empresas podem acabar obtendo vantagens milionárias ao exercer a conduta ilícita de forma rotineira em vários negócios com clientes distintos por todo

⁴⁸ Ibid., p. 273-274.

o país. É dever do Judiciário, portanto, combater esta prática através da elevação indenizatória, a fim de desincentivar sua reincidência e prevenir novos danos.⁴⁹

Outro fator que deve ser combatido é o abuso de poder por parte dos fornecedores. Uma característica presente na maioria das relações de consumo é seu desequilíbrio, devido à posição mais forte ocupada pelo fornecedor, que estabelece os termos do contrato e detém o poderio econômico e informacional. O problema ocorre quando algum fornecedor se aproveita desta posição de forma indevida, deixando o consumidor em uma desvantagem ainda maior com o objetivo apenas de obter uma maior conveniência ou vantagem ilícita. Trata-se de clara modalidade de abuso de direito, o qual é definido por Brisola *apud* Lotufo como “(...) o abuso de situações causadas por aquele que manifestamente ultrapassa os limites da boa-fé, dos bons costumes e das próprias finalidades socioeconômicas do direito a ser exercido”⁵⁰. Destaque-se que, para que este abuso seja reconhecido, é necessário que cause dano efetivo ao consumidor. Caso seja feita esta constatação, cabe ao julgador elevar a compensação a fim de prevenir que a atitude se repita.⁵¹

Ao discutir o valor da compensação por danos morais, uma preocupação recorrente é a relativa ao enriquecimento desproporcional da parte beneficiada. Primeiramente, destaque-se que as expressões “enriquecimento ilícito” ou “enriquecimento sem causa”, utilizadas de forma intercalável para descrever este mesmo tema são inadequadas, tendo em vista que descrevem situações nas quais algum indivíduo recebe uma quantia sem justa causa ou sem relação jurídica com a parte adversa. Como a quantia indenizatória em questão provém de processo judicial, não se pode afirmar que é obtida de forma ilícita ou sem causa definida. Como pontua Brisola,

Nesses termos, o valor recebido a título de compensação pelo dano moral nunca pode ser conceituado como enriquecimento sem causa ou ilícito, pois decorre de lesão ao direito da personalidade da vítima, existindo nexo de causalidade e justa causa entre o enriquecimento e o empobrecimento das partes envolvidas.

Por isso, optamos por denominar enriquecimento desproporcional a fixação da compensação pelo dano moral quando exagerado ou desmedido, se comparado à lesão suportada pela vítima.⁵²

Sempre haverá enriquecimento da vítima quando se trata de reparação por dano moral, devido a seu caráter pecuniário face à imaterialidade do dano. Em que pese a importância dos critérios de proporcionalidade e razoabilidade, estes não devem prevalecer no contexto da

⁴⁹ *Ibid.*, p. 274-275.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 276.

⁵¹ *Ibid.*, p. 275-276.

⁵² *Ibid.*, p. 277.

indenização preventiva, justamente por esta exceder ao dano ao atender sua função mor de dissuasão. É comum que os consumidores, ao se sentirem lesados, evitem procurar o Judiciário, por ter a impressão de que o tempo e recursos gastos perseguindo a demanda não valem a pena quando comparados ao proveito individual mínimo proporcionado pela judicialização. Os infratores se aproveitam deste comportamento, se mantendo impunes frente a diversas violações menores, que se acumulam e se repetem, causando grande prejuízo à sociedade.

Neste contexto, tendo o magistrado que escolher entre o enriquecimento desproporcional da vítima e o lucro ilícito do fornecedor, deve ir no sentido da primeira opção, em atendimento aos preceitos constitucionais de proteção ao consumidor e prevenção de danos. Apesar de destoar da doutrina tradicional da responsabilidade civil, entende-se que a seara consumerista possui princípios próprios, sendo um ramo distinto que comporta conceitos diferenciados. Destaque-se que o que se defende não é a concessão de indenizações milionárias, que ultrapassem a realidade da vítima e sirvam como “prêmio de loteria”, mas sim quantias adequadas a tão somente prevenir a lesão a outros consumidores.⁵³

A importância da prevenção no Direito do Consumidor pode ser evidenciada também sob a visão da Análise Econômica de Direito (AED), que consiste no “(...) método pelo qual se estuda a teoria econômica relativamente à formação, estruturação, impacto e, sobretudo, as consequências de eventual aplicação de instituições jurídicas e/ou textos normativos, sejam eles públicos ou privados”⁵⁴. Trata-se de abordagem relevante ao assunto, tendo em vista o evidente caráter econômico das relações de consumo, que possuem importância cada vez maior na sociedade consumista na qual vivemos. Como destacam Lana e Patrocínio,

cada vez mais, clama a sociedade por métodos técnicos, jurídicos e econômicos que sejam razoáveis e possibilitem enfrentar temas jurídicos para obter, efetivamente, melhor bem-estar possível, menor prejuízo à sociedade como um todo, maximização de suas riquezas, maximização de seus interesses, além da mais eficiente alocação dos recursos escassos existentes.⁵⁵

A AED estuda os impactos e as consequências econômicas da proteção e do descumprimento dos contratos civis, incluindo os contratos de consumo. Por esta análise, conclui-se que as partes se submetem a limitações legais de suas ações devido ao maior

⁵³ Ibid., p. 277-279.

⁵⁴ LANA, Henrique Avelino Rodrigues de Paula; PATROCÍNIO, Daniel Moreira do. O Dano Eficiente e Análise Econômica do Direito: uma Visão Consumerista. **Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor**. Porto Alegre, v. 9, n. 53, p. 62-87, out./dez. 2013.

⁵⁵ Ibid.

benefício coletivo proveniente da fixação prévia de direitos e deveres. A incerteza do cumprimento destes contratos enseja um aumento do risco nas atividades econômicas, tendo em vista o receio dos consumidores de realizar um mau negócio. Um maior nível de confiança, portanto, proporciona um aumento na celebração de contratos, havendo uma maximização de interesses de todas as partes envolvidas que culmina em um aumento na dinamicidade da economia do país. Tal resultado beneficia também os fornecedores, pois proporciona mais oportunidades para lucro. A efetiva proteção legal e judicial, portanto, incentiva a cooperação entre os contratantes da relação de consumo, tendo um efeito positivo que se estende à coletividade.

A maior eficiência do sistema econômico é o objetivo almejado pela Análise Econômica do Direito, alcançado por meio do aperfeiçoamento de institutos jurídicos, proporcionando incentivos ou sanções que viabilizem ou violem o interesse social e bem-estar da sociedade. Para que esta eficiência na alocação de recursos possa ser aferida, existem dois critérios comumente utilizados pela AED. O Ótimo de Pareto baseia-se na noção de que há eficiência quando não houver mudança que melhore a situação de um agente sem piorar a situação de pelo menos um outro agente. Qualquer prejuízo a uma parte, portanto, demonstra a ineficiência da situação. Já o critério de Kaldor-Hicks propõe que o resultado eficiente é aquele no qual os ganhos auferidos pelos ganhadores sejam superiores às perdas sofridas pelos vencidos. Este critério objetiva superar a restrição do anterior, ao introduzir a ideia de que os ganhadores podem, teoricamente, compensar os perdedores⁵⁶. Nas palavras de Sztajn,

O problema está na necessidade de maximizar duas variáveis e na dificuldade de estabelecer alguma forma de compensação entre elas. Todavia, refinando o modelo, Kaldor-Hicks chegam à proposta de compensações teóricas entre os que se beneficiam e os que são prejudicados. Comparando agregados entre as várias opções, escolhe-se aquele que resulte na possibilidade de compensação. Ainda uma vez que se refine o esquema reconhecendo haver redes de inter-relações nas sociedades e que a utilidade marginal de cada pessoa é decrescente, este parece ser o melhor critério para as escolhas no que diz respeito à distribuição dos benefícios: dar mais a quem tem maior utilidade marginal.⁵⁷

Os grandes fornecedores se sujeitam cotidianamente ao risco da inexecução das prestações devidas ao consumidor, tendo em vista a grande escala de sua produção de mercadorias ou prestação de serviços. A importância atribuída aos processos produtivos, portanto, pode afetar significativamente o empreendimento empresarial. O empresário objetiva o aperfeiçoamento constante de seus meios produtivos e da qualidade de seus bens e

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ STAJN, Rachel. Law and Economics. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; STAJN, Rachel (org.). **Direito & Economia**: Análise Econômica do Direito e das Organizações. 6 Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 81-82.

serviços em face à competitividade do Mercado, que exige dele adaptação para manter a relevância em relação a sua clientela atual e na busca de novos mercados.

Neste contexto, faz-se necessária a análise: em que ponto o fornecedor decide que valerá a pena modificar seus processos produtivos para evitar defeitos na execução de sua atividade? Qual o papel do Estado neste cenário? É desta indagação que provém o conceito de dano eficiente. Quando o agente infrator percebe que é mais compensador para si arcar com as indenizações dos danos que causa do que investir em métodos de aprimoramento de sua produção que evitem estes mesmos danos, considera-se o dano eficiente. A atuação dos órgãos estatais deve ter como objetivo tornar este dano ineficiente, aumentando a carga indenizatória ao ponto de tornar a opção de prevenir o dano mais atrativa ao fornecedor.

É bem verdade que o empresário almeja, como regra, a alta qualidade de seus produtos e de seus serviços além de, diante do princípio da boa-fé objetiva que impregnou a interpretação dos institutos do Direito Privado, busca agir de forma ética, de forma leal perante sua clientela. Contudo, os custos de transação que lhe são impostos pelo mercado competitivo estabelecem que as decisões acerca de investimentos na modificação de processos produtivos sejam sempre analisadas em função de sua efetiva necessidade. Não estamos, aqui, falando, obviamente, de questões que possam resultar na ausência de segurança para o usuário do bem ou serviço comercializado, não se trata de hipótese em que a imperfeição possa ocasionar risco de incolumidade física ao consumidor. Afinal, neste caso, não se pode falar em margem de discricionariedade para que o empresário opte ou não por sanar o defeito ou vício existente em seus processos produtivos. Estamos tratando de hipótese diversa.⁵⁸

Nas relações de consumo se afigura, via de regra, a assimetria de informações entre as partes, havendo grande diferença entre o conhecimento do fornecedor em relação às qualidades do produto ou serviço e os dados ao alcance do consumidor, mesmo com o dever legal de fornecimento das informações. Este desequilíbrio consiste em um obstáculo para a obtenção de relações econômicas mais eficientes e uma falha de mercado, diante da qual se torna impossível alcançar um equilíbrio no qual o bem-estar é maximizado baseando-se apenas na interação entre consumidor e fornecedor.

Partindo desta premissa, resta saber qual o papel do Direito nesta conjuntura. Podem ser identificados três posicionamentos em relação à intervenção do Estado no Mercado: uma corrente que apoia a completa regulação da atividade econômica, outra que se opõe a qualquer tipo de intervenção e uma terceira que apoia uma intervenção moderada, quando se verificar que o estado das relações econômicas não promove a melhor eficiência. A existência da mencionada falha de mercado interfere na alocação eficiente de recursos de uma forma que não pode ser solucionada pela autorregulação do Mercado. É possível saná-la, porém, por

⁵⁸ LANA; PATROCÍNIO. Op. cit.

meio da ação estatal, mais especificamente por meio das decisões do Judiciário na esfera consumerista⁵⁹.

Os impactos econômicos das decisões judiciais são altamente relevantes e não podem ser ignorados pelos magistrados, como pontua Demócrito Reinaldo Filho:

Reclamar que os magistrados prestem mais atenção às conseqüências (*sic*) econômicas de suas decisões (...) equivale de modo indireto a exigir respeito aos princípios e regras que regulam a atividade econômica. Se um dos objetivos da nossa república é a erradicação da pobreza, isso só se faz com desenvolvimento econômico, para suprir as necessidades coletivas de emprego, alimentação, saúde, saneamento e outros serviços públicos essenciais. Se o cumprimento das promessas constitucionais depende do desenvolvimento econômico, o Juiz tem o dever de examinar se sua decisão pode de qualquer forma afetá-lo. Por isso, o magistrado, no momento de decidir um caso, deve estar atento às múltiplas variáveis que o compõem, não podendo se cingir a apenas um único interesse envolvido.⁶⁰

A atuação dos magistrados neste sentido, portanto, é fundamental para a superação destas falhas de mercado, contribuindo para a eficiência do sistema econômico como um todo. Condenações insignificantes aos fornecedores não incentivam o aprimoramento dos processos produtivos que levam a uma maior qualidade dos produtos e serviços, pois mantêm o dano eficiente aos olhos dos infratores. Ao contrário, as decisões que imponham esta melhoria causam uma mudança eficiente segundo o critério Kaldor-Hicks, visto que a perda referente ao custo suportado pelos fornecedores é inferior ao ganho dos consumidores em geral.

Os Juizados Especiais possuem um papel importante neste cenário, visto serem a forma mais prática de acesso à Justiça ao consumidor individual. Estabelecidos pela Lei nº 9.099/95, eles objetivam a celeridade dos processos que envolvam pequenas causas, de valor menos elevado, se tornando verdadeiros protetores dos cidadãos mais humildes. Os princípios regentes de sua atuação são: oralidade (exigência da forma escrita apenas aos atos essenciais, para aumentar a celeridade e simplificação dos procedimentos), simplicidade e informalidade (menor exigência na forma dos atos processuais), economia processual (obtenção de máximo rendimento e eficácia da lei com a mínima quantidade de atos), celeridade (garantir a menor duração e extensão dos processos, a fim de desafogar a Justiça) e conciliação (deve-se estimular a composição das partes para evitar que o processo se estenda em situações nas quais aquela é possível).

⁵⁹ Ibid.

⁶⁰ REINALDO FILHO, Demócrito. A preocupação do juiz com os impactos econômicos das decisões. Uma análise conciliatória com as teorias hermenêuticas pós-positivistas. **Revista Jus Navigandi**, v. 14, n. 2299, out. 2009.

O âmbito dos Juizados possui conexão significativa com o Direito do Consumidor. A maioria das demandas deste setor não ultrapassa o valor de quarenta salários-mínimos, estabelecido como limite máximo pelo artigo 3º, I da Lei nº 9.099/95. Ademais, a maioria das situações enfrentadas pelos consumidores são rotineiras e conhecidas (inscrições indevidas nos órgãos de proteção ao crédito, cobranças indevidas, não reconhecimento do fornecedor de seus deveres, entre outras), o que acaba por causar uma proliferação de conhecimento para a população, que aprende sobre seus direitos como consumidores pelo contato com outras pessoas que ajuízam ações para solucionar estas demandas. Outros fatores que incentivam a busca pelos Juizados são a inexistência de condenação de sucumbência em primeiro grau, a isenção do pagamento de custas processuais, a inversão do ônus da prova e a desnecessidade de constituir advogado caso o valor da demanda não ultrapasse vinte salários-mínimos.

Em síntese, os Juizados Especiais possuem função vital na proteção aos consumidores, por serem mais acessíveis aos cidadãos em geral pelos fatores expostos. São, portanto, uma peça-chave na atuação proativa do Judiciário para garantir a prevenção de danos nas relações de consumo.

Naturalmente, a função principal da Justiça é o estabelecimento de uma norma individual concreta para a resolução de cada lide apresentada, em resposta à provocação da parte interessada que exerce seu direito de ação. Não se deve desconsiderar, porém, os potenciais efeitos externos destas decisões. Não se trata aqui de julgados que possuem naturalmente um efeito *erga omnes*, como os das ações de controle concentrado de constitucionalidade ou as súmulas vinculantes, mas sim daquelas cujos efeitos imediatos são meramente *inter partes*.

Trata-se de uma externalidade positiva, assim identificada por se tratar de uma ação que impacta o bem-estar de terceiros de forma benéfica, neste caso causando melhoras na atuação dos fornecedores em benefício dos consumidores. Se opõe à externalidade negativa que provém do dano eficiente irrefreado, que estimula a repetição de infrações e prejudica os consumidores em geral. O equilíbrio de mercado não é apto por si só a maximizar o benefício total para a sociedade, justamente porque os agentes econômicos individuais não consideram os impactos externos de suas ações. A busca por uma externalidade positiva é, pois, necessária para o combate aos efeitos negativos generalizados das práticas nocivas aos consumidores.

Deve-se destacar, porém, que o Poder Judiciário não pode ser considerado como a única solução para os conflitos entre fornecedores e consumidores, devendo haver a conscientização dos agentes econômicos e das massas consumistas no sentido de adotar condutas que contribuam para a distribuição justa de riquezas, adotando medidas eficientes.⁶¹ O papel da Justiça é a criação de um ambiente que permita esta situação, incentivando as boas condutas e contribuindo para a prevenção dos danos.

2.3. Punição X Prevenção – O Que Mais se Adequa ao Âmbito Consumerista?

Previamente, tratou-se sobre o instituto da indenização punitiva e o princípio da preservação do Direito do Consumidor. É necessário destacar, porém, que diversos autores pontuam distinções relevantes entre estes dois conceitos e sua aplicação prática.

Cassio Pereira Brisola considera que a indenização punitiva não é adequada às relações de consumo, tendo em vista que ela é aplicável apenas quando houver responsabilidade subjetiva:

Sobre o tema, Marcelo Benacchio afirma que: “Em virtude de sua finalidade, a função punitiva da responsabilidade civil apenas tem aplicação nos casos de responsabilidade subjetiva, diante de dolo ou culpa grave, nos demais casos, incluídas todas as hipóteses de responsabilidade objetiva, haverá apenas função reparatória ou compensatória, porquanto não há sentido na punição de comportamentos sem vinculação psicológica”, ressaltando a possibilidade de aplicação da indenização punitiva nos casos de responsabilidade civil quando se estiver diante de dolo ou culpa grave do ofensor, cabendo ao autor da ação aprova dessas circunstâncias.⁶²

Como a maioria das relações de consumo envolvem somente a responsabilidade objetiva do fornecedor, raramente sendo determinada durante o processo a existência de dolo ou culpa grave por parte do infrator, tanto pela dificuldade do consumidor de provar que elas estão presentes quanto pela desnecessidade de caracterizá-las para que a maioria das ações atinjam o objetivo pretendido pelo autor. O caráter punitivo da indenização, portanto, poderia ser utilizado apenas em casos excepcionais no âmbito consumerista, sendo a compensação preventiva a mais adequada para a maioria dos casos.

Uma distinção semelhante é feita por Judith Martins-Costa e Mariana Souza Parglender, que criticam a maneira pela qual os *punitive damages* são aplicados na jurisprudência brasileira. Segundo as autoras, o instituto dos *punitive damages*, na forma como é aplicado no sistema *common law*, exige critérios mais estritos, baseados em elementos subjetivos (culpa grave, dolo, malícia fraude, entre outros), e intenciona primariamente a

⁶¹ LANA; PATROCÍNIO, op. cit.

⁶² BRISOLA, op. cit. p. 272.

punição do infrator. Na prática brasileira, porém, a indenização punitiva geralmente baseia-se no grau de culpa do infrator, sua condição econômica e o enriquecimento ilícito obtido, podendo ser acrescentados também a intensidade e duração do sofrimento da vítima, a perda de suas chances de vida e suas condições econômicas. Percebe-se que, além da punição em si, há a intenção de compensar a vítima. O problema está no fato de que, apesar destas diferenças, a jurisprudência tende a tratar a indenização punitiva do dia a dia brasileiro como sinônimo de *punitive damages*.

É preciso, pois, distinguir: uma coisa é arbitrar-se indenização pelo dano moral que, fundada em critérios de ponderação axiológica, tenha caráter compensatório à vítima, levando-se em consideração – para a fixação do montante – a concreta posição da vítima, a espécie de prejuízo causado e, inclusive, a conveniência de dissuadir o ofensor, em certos casos, podendo até mesmo ser uma indenização 'alta' (desde que guarde proporcionalidade axiologicamente estimada ao dano causado); outra coisa é adotar-se a doutrina dos *punitive damages* que, passando ao largo da noção de compensação, significa efetivamente – e exclusivamente – a imposição de uma pena, com base na conduta altamente reprovável (dolosa ou gravemente culposa) do ofensor, como é próprio do direito punitivo.⁶³

Por outro lado, André Gustavo Corrêa de Andrade aponta como um dos pressupostos que justificam a indenização punitiva a obtenção do lucro ilícito, podendo inclusive sobrepor a exigência de dolo ou culpa grave. Afirma o autor:

Não há dúvida, no entanto, de que, uma vez presente um ganho ilegítimo como consequência (sic) do ato ilícito, a indenização punitiva é cabível independentemente da gravidade da culpa do agente. Imagine-se que, em determinadas situações, o dano moral pode decorrer de culpa simples. A despeito da ausência de intenção lesiva ou da especial reprovabilidade da conduta lesiva, o agente, em consequência (sic) do ilícito praticado, vem a obter lucro. Não é razoável que o agente possa manter essa vantagem ilicitamente obtida à custa da lesão a bem integrante da esfera não patrimonial de outrem. Aqui, embora ausente o requisito da culpa grave, a indenização punitiva deve ser aplicada para restabelecer o imperativo ético que permeia a ordem jurídica. A existência de lucro ilícito constitui, assim, pressuposto da indenização punitiva independente da culpa grave.⁶⁴

Segundo esta visão, a função punitiva propriamente dita da responsabilidade civil pode ser administrada mais amplamente no Direito do Consumidor, até mesmo no âmbito mais comum da responsabilidade objetiva dos fornecedores. É inegável que, ao cometer infrações como cobranças indevidas de dívidas e fixação de cláusulas abusivas, os fornecedores gozam de lucros ilícitos às custas dos consumidores, devendo, pois, ser punidos adequadamente. No entanto, esta lógica não se aplica com a mesma facilidade a situações diversas, como as que envolvem defeitos e vícios do produto ou serviço. Ainda que o dano eficiente traga vantagem econômica para os infratores, não se trata propriamente de lucro ilícito.

⁶³ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (*punitive damages*) e o Direito Brasileiro. **Revista CEJ**, v. 1, n. 28, jan./mar. 2005. p. 23.

⁶⁴ ANDRADE, op. cit. p. 152.

De forma semelhante, Pedro Ricardo e Serpa defende a compatibilidade da indenização punitiva com a responsabilidade objetiva baseando-se no fato de que, nestas situações, nada impede que haja a comprovação dos elementos subjetivos que ensejam a punição. Deste modo, os pedidos de indenização compensatória e punitiva serão distintos, baseando-se em causas de pedir diversas e podendo ser cumulados. Resume o autor:

(...) haverá, nessa hipótese, a formação de uma “*causa de pedir complexa*”, com cumulação de pedidos em ordem sucessiva: (i) o pedido prejudicial, de condenação do demandado ao pagamento de indenização compensatória (chamada demanda principal); e (ii) o pedido prejudicado, de condenação do demandado ao pagamento de indenização punitiva (demanda acessória).

São, portanto, absolutamente compatíveis os institutos da indenização punitiva e da responsabilidade objetiva. Deve-se assegurar, contudo, para que a adoção da indenização punitiva seja bem sucedida, que a imposição dessa sanção punitiva não ocorra em hipóteses nas quais seus requisitos não estão devidamente preenchidos e cabalmente comprovados.⁶⁵

A conclusão que pode ser tirada da análise destes posicionamentos é que não é adequado impor, no âmbito consumerista, que a indenização possua apenas caráter punitivo ou preventivo, de forma universal. É necessário que haja um estudo específico de cada caso concreto, para que o caráter da reparação possa ser determinado de maneira mais específica. De qualquer forma, restam expostos os benefícios que provêm de uma atuação proativa do Judiciário neste sentido, seja por meio da indenização punitiva ou de uma indenização que leve em conta o princípio da prevenção, ainda que distinta dos moldes tradicionais dos *punitive damages*.

⁶⁵ SERPA, Pedro Ricardo e. **Indenização Punitiva**. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 208.

3. UMA ANÁLISE DA APLICAÇÃO DA REPARAÇÃO PUNITIVA NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE ALAGOAS

É útil ao estudo da reparação preventiva/punitiva que seja feita uma análise de sua aplicação prática na jurisprudência, para que seus efeitos possam ser observados e para averiguar a extensão da aceitação deste conceito no Direito brasileiro do cotidiano.

Para obter uma amostra do assunto discutido, a presente pesquisa analisou acórdãos do Tribunal de Justiça de Alagoas julgados dentro de um período de três anos, entre 2018 e 2020. A escolha específica deste Tribunal se deu, naturalmente, por sua relevância regional a este trabalho.

A matéria escolhida como foco foram as condenações ao pagamento de indenização por danos morais em desfavor de empresas de telefonia. Uma pesquisa do Conselho Nacional de Justiça realizada em 2018 demonstra que este setor é um dos maiores litigantes do âmbito consumerista. Empresas de telefonia tiveram alguns dos maiores números de resultados nos Tribunais de Justiça analisados — Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, Distrito Federal, São Paulo, Mato Grosso, Bahia e Amazonas —, além de estarem no topo da lista de reclamações feitas no site consumidor.gov.br, administrado pela Secretaria Nacional de Atendimento ao Consumidor (SENACOM).⁶⁶ De fato, é notório que o setor de telecomunicações é uma presença constante na sociedade, e refrear a má conduta das empresas fornecedoras destes serviços é de interesse da população como um todo. Portanto, uma análise de como a jurisprudência lida com os danos causados por este setor possui considerável relevância.

As fornecedoras selecionadas foram as empresas Tim, Claro, Oi e Vivo, pois são as operadoras com o maior número de clientes do país⁶⁷, além de figurarem como as maiores fontes de reclamações pelos consumidores no relatório anteriormente mencionado. A presente pesquisa foi feita através da consulta jurisprudencial do site do TJAL, utilizando como termos de busca os nomes das referidas empresas, bem como os das principais empresas por elas incorporadas (BCP, Embratel, Telemar, Brasil Telecom, Telefônica e Telesp).

Com base nestes parâmetros, foram selecionados os acórdãos que continham condenações ao pagamento de indenização por dano moral em desfavor das litigantes como

⁶⁶ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça pesquisa**: Políticas públicas do Poder Judiciário: Os maiores litigantes em ações consumeristas: mapeamento e proposições. 2018. Disponível em: cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/28383cca082cb68ac79144e7b40f5568.pdf. Último acesso em 23/04/2021.

⁶⁷ TELECO. **Market Share das Operadoras de Celular no Brasil**. 2021. Disponível em: <https://www.teleco.com.br/mshare.asp>. Último acesso em 08/07/2021.

consequência de infrações consumeristas, seja para simplesmente reafirmar a decisão de primeiro grau, alterar o montante indenizatório ou reformar a sentença originária para determinar tal condenação. Ademais, foram destacados aqueles que mencionam a função punitiva da reparação civil como um dos fatores em sua fundamentação.

Os resultados são os que seguem:

Fig. 1

Ano	Total de acórdãos	Acórdãos que mencionam a função punitiva	Percentual aproximado	Valor indenizatório médio
2018	165	106	64,2%	R\$ 4.815,00
2019	117	82	70%	R\$ 4.243,00
2020	175	47	26,8%	R\$ 4.104,00
Período total	457	235	51,4%	R\$ 4.396,00

Fonte: Tribunal de Justiça de Alagoas

Como é possível observar, a utilização da função punitiva da indenização não é feita de maneira uniforme pelas diferentes turmas recursais do estado, estando presente em pouco mais da metade dos acórdãos analisados. O percentual de indenizações punitivas oscilou durante o período, tendo uma queda significativa entre os dois últimos anos. Perceba-se que o ano de 2020, apesar de ter o maior número de condenações, teve uma frequência muito menor de punitividade. Ademais, o valor médio das indenizações analisadas apresenta uma tendência de declínio, ainda que de forma mais moderada.

Conclui-se, portanto, que a prática jurisprudencial do TJAL não adere à função punitiva da reparação civil de forma expansiva. Mesmo no ano de 2019, no qual as condenações apresentaram o maior caráter punitivo, ocorreu uma diminuição no valor médio das indenizações, o que coincidiu com um aumento de condenações no ano seguinte. É evidente que existem outros fatores que devem e são levados em conta para a fixação do montante em cada caso concreto. Porém, não se pode ignorar a possibilidade de que, caso esta tendência decrescente continue, a inibição de condutas ilícitas almejada pelos julgadores que têm esta intenção não será efetiva, visto que as fornecedoras em questão vêm sendo impactadas de forma cada vez mais leve.

Em resumo, observa-se que o caráter punitivo da indenização por danos morais está presente na jurisprudência consumerista do Tribunal de Justiça de Alagoas, mesmo não sendo utilizado de forma dominante. É possível concluir, porém, que a mera intenção de aplicar a punitividade às condenações pode não ser suficiente quando os valores indenizatórios no geral não a reflitam. Acredita-se que uma atuação mais proativa dos magistrados neste sentido pode contribuir para um expressivo aumento na eficácia preventiva desta medida, trazendo grandes benefícios para a população.

4. A INSERÇÃO DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA NO DIREITO BRASILEIRO

4.1. Há Incompatibilidade dos Danos Punitivos com o Ordenamento Nacional?

Antes de se analisar a aplicação da função punitiva da reparação civil no Direito brasileiro, é necessário discutir se este instituto é compatível ou não com a estrutura normativa e principiológica do país. Afinal, trata-se de prática de origem estrangeira, de países que aderem ao Direito anglo-saxão (*common law*), em oposição ao sistema romano-germânico (*civil law*) por nós utilizado.

Um dos argumentos contra a função punitiva é a necessidade de separação entre as esferas penal e civil. Esta separação surgiu com o Código Civil francês de 1804, que a introduziu como um modo de distinguir o direito público do direito privado, ou seja, a liberdade individual do cidadão em relação à circulação de seus bens e sua posição frente ao poder do Estado, algo de grande utilidade para a sociedade burguesa da época. Foi estabelecido, portanto, que o direito privado é aquele que, tradicionalmente, regula os interesses dos particulares, tratando de interesses individuais, enquanto o direito público regula os vínculos de subordinação entre o Estado e os particulares, objetivando satisfazer o interesse público. Neste contexto, não poderia haver uma conotação punitiva à indenização — a pena diria respeito ao Estado e a reparação ao indivíduo, não devendo se misturar. Qualquer objetivo social proveniente da indenização teria um caráter indireto e secundário à reparação do prejuízo sofrido.

Ademais, segundo Cavalieri Filho, a distinção entre as esferas civil e penal se expressa por meio da gravidade ou imoralidade das infrações sancionadas por cada uma delas. As condutas mais graves, que atingem bens sociais mais relevantes, são disciplinadas pela lei penal, enquanto a lei civil se encarrega de reprimir as condutas menos gravosas. Certas condutas, vale destacar, podem ser tuteladas por ambas as esferas de formas distintas, como, por exemplo, no caso de um motorista que atropela um indivíduo e responde tanto penalmente (pelo crime de lesão ou homicídio) quanto civilmente (pelos danos morais e materiais da vítima ou de seus descendentes). Desta forma, as sanções aplicadas às diferentes espécies de ilícitos devem seguir esta proporção, ou seja, apenas as condutas mais gravosas, sob as quais incidem a sanção penal, devem lidar com uma punição, enquanto as mais leves, sancionadas civilmente, devem ser focadas na reparação.

As intervenções de cada um destes ramos do Direito, portanto, possuem justificativas distintas. O Direito Penal possui caráter subsidiário, devendo ser aplicado apenas em

situações nas quais os demais ramos não sejam suficientes. É atrelado ao conceito de bem jurídico penal, que diz respeito não aos direitos individuais da vítima que são lesados com a infração penal, mas sim ao valor social da ação para a coletividade. A reparação do dano prevista no Código Penal (artigos 16 e 65, III, b) e a composição prevista na Lei nº 9.099/95 (artigos 72 a 74), que possuem caráter manifestamente civil, se apresentam como alternativas à sanção penal, sem desvirtuar o caráter deste ramo.

Em resumo, a punição seria uma função exclusiva da esfera penal, e inclui-la na reparação civil iria contra o princípio da intervenção mínima. Afinal, se o próprio Direito Penal oferece alternativas que diminuem sua incidência quando possível, não caberia ao Direito Civil ir no sentido oposto e ampliar o leque de condutas a serem penalizadas.⁶⁸

Outro problema referente à função punitiva da reparação civil diz respeito à ausência das garantias asseguradas pelo Direito Penal ao réu. Em primeiro lugar, seria uma violação do princípio da *nulla poena, nullum crimen, sine previa legem poenale* (não há crime sem lei anterior que o defina), pois enquanto no processo penal a conduta analisada deve ser correspondente a um crime previsto em lei, a punitividade do dano moral aplicada no processo civil fica a critério de julgador, que decide o nível de ofensividade a ser punido baseado em seus critérios éticos e morais. Esta liberdade acaba por comprometer a segurança jurídica, pois não há previsão específica da extensão que tal punição pode vir a tomar. O tipo penal serve como garantia do princípio da legalidade, protegendo a liberdade dos indivíduos ao impedir a arbitrariedade estatal.

Ademais, há certos institutos do direito civil que são totalmente incompatíveis com a aplicação de uma punição, a exemplo da revelia. No processo civil, ela tem como consequência a presunção de veracidade das alegações autorais. Aplicar uma punição ao réu civil revel, portanto, vai de encontro aos princípios do contraditório e ampla defesa e da presunção de inocência. É por este motivo que a revelia no processo penal se opera de forma diferente, sem acarretar a presunção de veracidade da acusação.

Também se mostra incompatível com a função punitiva a responsabilidade objetiva, posição esta já mencionada em capítulos anteriores. Afinal, para sua configuração basta que se comprovem a ocorrência do ilícito e o nexo causal. Esta obrigação decorre das constatações de que certas atividades criam um risco para outros e de que o exercício destes direitos deve

⁶⁸ HAYASHI, Leonardo. **A Inaplicabilidade da Função Punitiva da Indenização Por Dano Moral**. UFRS, Porto Alegre, 2012, p. 43-49.

implicar no ressarcimento daqueles que forem afetados por eles. Sem a análise da culpa, portanto, não seria possível aplicar uma punição, visto que ela deve, em teoria, se basear no grau de dolo ou culpa do infrator.

Discute-se também em relação à multa civil, prevista no Código Civil em casos de rescisão de contrato de transporte (artigo 740, §3º) e inadimplemento da contribuição condominial pelo condômino (artigo 1.336, § 1º). Nestes casos, a lei se encarregou de estabelecer previamente a cláusula penal, estabelecida no artigo 408 e seguintes, dispositivo utilizado em negócios jurídicos mediante acordo mútuo entre as partes como forma de punir o descumprimento de uma obrigação. A discussão doutrinária concerne à finalidade desta pena — se serve como garantia ao adimplemento ou liquidação antecipada de perdas e danos. De acordo com a primeira corrente, trata-se de um reforço do vínculo obrigacional, pois não há necessariamente correspondência exata entre o valor da cláusula e o prejuízo eventualmente sofrido. Possui, portanto, caráter coercitivo, e não sancionatório.⁶⁹

Outro argumento é a constatação de que nem mesmo a legislação consumerista, que corresponde à *tortius liability*, espécie de responsabilidade com forte ligação aos *punitive damages* estrangeiros, não contempla a função punitiva de forma explícita. Ademais, dentre os vetos presidenciais feitos ao Código de Defesa do Consumidor à época de sua aprovação, foram incluídos os artigos 16 e 45, bem como o §3º do artigo 52, que dispunham acerca de previsão de multa civil em caso de alta periculosidade de produto e serviço, grave imprudência, negligência ou imperícia do fornecedor causador de danos, infração das normas de práticas comerciais e descumprimento das disposições do artigo 52 sobre serviços de outorga de crédito ou concessão de financiamento. Os motivos do veto foram a cobertura já satisfatória da reparação do dano pelo artigo 12 e o impedimento da criação de multa civil sem destinação e finalidade definidas.

De fato, enquanto a multa penal tem como destino o fundo penitenciário, a multa civil ou a indenização punitiva não possuem destinação específica senão o patrimônio da vítima, o que poderia ser considerado um enriquecimento desproporcional que ultrapassa os limites da reparação civil. Ademais, o desincentivo de práticas lesivas ao consumidor, como, por exemplo, o dano eficiente, não precisa ser necessariamente feito por meio de punições civis. É possível que a fiscalização e punição de condutas deste tipo sejam exercidas pela

⁶⁹ HAYASHI, op. cit. p. 49-57.

Administração Pública através de seus órgãos reguladores, e não pelo magistrado incumbido de julgar a lide privada. O Inmetro, por exemplo, possui

(...) legitimidade para elaborar e expedir regulamentos técnicos que disponham sobre o controle meteorológico legal, abrangendo instrumentos de medição, expedindo regulamentos técnicos nas áreas de avaliação da conformidade de produtos, insumos e serviços, abrangendo os aspectos de segurança, proteção da vida e saúde humana, animal e vegetal, proteção do meio ambiente, prevenção de práticas enganosas de comércio, dentre outras. Violados tais regulamentos, pondo-se em risco quaisquer dos interesses protegidos, pode tal órgão processar a julgar as infrações e aplicar, isolada ou cumulativamente, as penalidades de advertência, multa, interdição, apreensão, inutilização, suspensão ou cancelamento do registro de objeto.⁷⁰

Caso a conduta em questão atinja uma gravidade significativa, poderá ser punida penalmente. Existe, portanto, uma divisão de funções entre estas três esferas do Direito: a civil se encarrega de reparar o dano, focando no interesse privado, a administrativa se ocupa de desestimular condutas nocivas por meio de fiscalização e sancionamento, tendo o castigo importância secundária, e a penal se ocupa de punir o infrator que viola o bem comum, concretizando as finalidades punitivo-pedagógica e preventiva da pena. Desta forma, atribuir caráter punitivo à reparação civil seria desnecessário e incompatível com sua natureza.⁷¹

Em que pesem as críticas e comentários acima expostos, há uma parte considerável da doutrina e jurisprudência que entende ser a indenização punitiva plenamente compatível com o Ordenamento pátrio. André Gustavo Corrêa de Andrade declara que o instituto é respaldado pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, III da Constituição de 1988. É também resultante dos direitos à indenização por dano moral e dos direitos da personalidade, dispostos no artigo 5º, V e X. A indenização punitiva é, portanto, um meio eficaz de proteger tais princípios e direitos. Destaca o autor:

Com efeito, não é possível, em certos casos, conferir efetiva proteção à dignidade humana e aos direitos da personalidade se não através da imposição de uma sanção que constitua fator de desestímulo ou dissuasão de condutas semelhantes do ofensor, ou de terceiros que pudessem se comportar de forma igualmente reprovável.⁷²

Para que se defenda o papel da indenização punitiva no Brasil, faz-se necessário analisar as principais objeções apontadas pela doutrina contrária. Primeiramente, há a preocupação com o excesso nas indenizações e o incentivo à chamada “indústria do dano moral”. Este argumento possui fundamento na constatação das indenizações exorbitantes concedidas a título de *punitive damages* em países estrangeiros, principalmente nos Estados

⁷⁰ HAYASHI, op. cit., p. 59.

⁷¹ HAYASHI, op. cit., p. 57-59.

⁷² ANDRADE, André Gustavo Corrêa de *apud* TEIXEIRA, Erik Cardoso P. **A aplicabilidade da Indenização Punitiva à luz do ordenamento jurídico brasileiro**. 2015.

Unidos. Deve-se destacar, porém, que na experiência norte-americana tais decisões são tomadas por um júri, que geralmente não possui a experiência profissional para atingir um patamar razoável do *quantum*. Além disto, os valores que são rotineiramente noticiados possuem a tendência de serem reduzidos em sede recursal. No Brasil, este problema pode ser mitigado, visto que as sentenças são decididas por magistrados e a gama de instâncias recursais certamente pode auxiliar no balizamento dos valores, a fim de evitar exageros.

Quanto à “indústria do dano moral”, nome dado ao hipotético aumento do número de ações de indenização por danos morais sem fundamento provenientes da ganância dos demandantes frente à majoração do valor usual das condenações, entende-se não ser um impedimento tão considerável. Tal tendência poderia ser desincentivada por meio da utilização de multas por litigância de má-fé, previstas no artigo 81 do Código de Processo Civil. Desta forma, impedir a utilização da indenização punitiva não seria a forma mais eficiente de coibir este problema, visto que criaria um obstáculo desnecessário e privaria todos os litigantes de boa-fé e a sociedade em geral de gozar de seus benefícios.

Uma crítica semelhante diz respeito ao enriquecimento ilícito da vítima, tendo em vista que, por natureza, a indenização punitiva possui um valor que excede a extensão material do dano. Pode-se dizer, porém, como afirma André Gustavo Corrêa de Andrade, que este conceito não se aplica aos danos morais da mesma forma que pode ser aplicado aos materiais, justamente devido à impossibilidade de se medir a extensão do dano de forma objetiva. Da mesma forma, Maria Celina Bodin de Moraes entende que o enriquecimento é justificado caso sirva como forma de mitigar os efeitos danosos da violação à integridade humana. Neste sentido, pode-se também ecoar o pensamento de Cassio Pereira Brisola, que considera que o enriquecimento proveniente de decisão judicial não pode ser, por definição, ilícito. De qualquer forma, entende-se que, ao ponderar entre a possibilidade de lucro ilícito do ofensor e o acréscimo à indenização do ofendido, a segunda opção se apresenta como a mais equilibrada.

Quanto à crítica de que a indenização punitiva viola a separação entre os ramos penal e civil do Direito, entende-se que tal separação não é tão absoluta e definitiva quanto parte da doutrina defende. Nas palavras de André Gustavo Corrêa de Andrade:

Não deve, porém, causar estranheza o emprego de uma sanção de natureza penal na esfera do Direito Civil. Os domínios do Direito civil e do Direito Penal nunca foram fechados ao tráfego de seus institutos mais característicos. A separação entre os dois

ramos do Direito não é e nem deve ser absoluta. Além disso, a tradição, em si considerada, não pode constituir óbice à aplicação do instituto.⁷³

Este entendimento é apoiado por todas as ocasiões em que o Direito Civil institui medidas punitivas, a exemplo de: o pagamento em dobro por demandar dívida já paga (art. 940 CC), a repetição em dobro do indébito (art. 42, parágrafo único CDC), as arras (arts. 418 e 420 CC) e a cláusula penal (art. 416 CC). Todos estes institutos determinam uma punição que vai além da simples restituição do dano, apesar de serem previstos na legislação civil. Portanto, percebe-se que o legislador não considera que há uma barreira impenetrável entre as esferas do Direito, sendo possível a instauração de medidas de caráter penal no Direito privado. A indenização punitiva não é uma ideia solitária que vai contra a estrutura do Ordenamento brasileiro, mas um instituto de caráter idêntico ao de outras figuras jurídicas.⁷⁴

Outra crítica se refere ao princípio do *ne bis in idem*, que veda a dupla condenação em relação ao mesmo fato. Entende-se que ele pode ser violado caso uma mesma conduta configure ato ilícito em mais de um ramo do Direito e sofra sanções punitivas de ordens diferentes ou quando a mesma conduta atinja diversas pessoas, ensejando múltiplos pleitos individuais por reparação. Em relação ao primeiro ponto, há considerável discussão doutrinária, havendo defensores tanto da impossibilidade absoluta de acúmulo de sanções quanto da total admissibilidade de sanções concomitante. Uma posição mais moderada, que serve como intermédio, é propagada por autores como André Gustavo Corrêa de Andrade, que defende ser possível a cumulação de sanções de ramos distintos do Direito, desde que possuam estruturas distintas. Defende também o autor que a condenação pecuniária em esfera diversa seja justamente utilizada como fator balizador da indenização punitiva. Quanto ao segundo ponto, há alternativas como a concessão de apenas uma indenização punitiva, que leve em conta a verdadeira quantidade de vítimas externas à ação individual e, ao mesmo tempo, evite levar o infrator à insolvência.⁷⁵

Por fim, outra crítica à aplicação da indenização punitiva é relativa ao princípio da anterioridade penal, segundo o qual não pode haver sanção de caráter punitivo sem prévia cominação legal (*nullum crimen, nula poena sine lege*), de acordo com o artigo 5º, XXIX da Constituição Federal. No entanto, a indenização punitiva, ao efetivar a defesa dos direitos da personalidade, contribui para atingir a dignidade humana, outro princípio constitucional. Pondo-se ambos em ponderação, entende-se que o segundo possui carga superior.

⁷³ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de *apud* TEIXEIRA, Erik Cardoso P. op. cit.

⁷⁴ TEIXEIRA, Erik Cardoso P. op. cit.

⁷⁵ SERPA, op. cit., p. 209-214.

Na ponderação entre o princípio substancial do art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, que consagra a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, e o princípio consagrado no art. 5º, inciso XXXIX, que estabelece a garantia instrumental de que não deve haver pena sem prévia cominação legal, a balança pesaria francamente a favor do primeiro.⁷⁶

4.2. A Introdução da Indenização Punitiva no Ordenamento Jurídico Brasileiro

Demonstrada a compatibilidade do instituto da reparação punitiva com a Lei brasileira, resta a questão sobre de qual maneira ela pode ser formalmente introduzida no Ordenamento. Parte da doutrina entende que a positivação da indenização punitiva não é um pressuposto para sua admissibilidade, visto ser um dispositivo de defesa da dignidade humana, princípio constitucional, não dependendo, portanto, de legislação infraconstitucional para ser levada à prática.⁷⁷ De fato, pode-se dizer é este o modo pelo qual o instituto é aplicado atualmente, quando os magistrados decidem acerca do valor indenizatório com base na função punitivo-pedagógica.

Por outro lado, há aqueles que consideram imprescindível a inserção formal da indenização punitiva no Ordenamento. O argumento parte da constatação de que o Brasil se insere no sistema romano-germânico, que se baseia na cominação legal prévia em grau maior do que os países de matriz anglo-saxã, de onde surgiram os *punitive damages* em sua forma tradicional. A inserção formal do instituto garantiria o respeito ao princípio da legalidade das penas, ao cominar previamente a sanção a ser imposta nos casos de sua aplicação, ao princípio da reparação integral do dano, visto estabelecer uma exceção legal explícita ao artigo 944 do Código Civil, e à vedação do enriquecimento sem causa, ao passo que estabeleceria uma destinação fixa ao montante indenizatório. Portanto, percebe-se que a introdução da indenização punitiva no Ordenamento mediante lei teria como benefício a solução concreta para estes apontamentos, o que facilitaria e legitimaria definitivamente a aplicação do instituto.⁷⁸

Partindo desta premissa, é necessário estabelecer qual deve ser o grau de intensidade desta implementação, no sentido do grau em que as sanções devem observar o princípio da legalidade. A posição doutrinária mais rígida, apoiada por autores como Maria Celina Bodin de Moraes, exige a taxatividade das hipóteses objetivas de sanção. Deste modo, a lei deveria

⁷⁶ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de *apud* TEIXEIRA, Erik Cardoso P. op. cit.

⁷⁷ REZENDE, op. cit.

⁷⁸ SERPA, op. cit., p. 217-234.

listar especificamente todas as situações passíveis de indenização punitiva, estando vedada a punição fora deste índice, de forma análoga à legislação penal.

Há, por outro lado, uma perspectiva mais branda, que considera que a observância do princípio da legalidade pode se dar de forma menos intensa fora do âmbito estritamente penal. Segundo esta corrente, a taxatividade seria desnecessária, pois o engessamento das possibilidades de aplicação iria contra os princípios norteadores e as finalidades da indenização punitiva. Em primeiro lugar, a doutrina afirma que os artigos 186, 187 e 927 do Código Civil formam uma cláusula geral de responsabilidade, expressando um princípio da atipicidade do ilícito civil do qual se extrai a flexibilidade necessária ao regramento de situações complexas e proteção de bens jurídicos em evolução constante. Em segundo lugar, a multiplicidade e complexidade das relações de convívio entre os indivíduos são tamanhas que uma relação prévia de situações que ensejam sanção inevitavelmente deixaria de fora diversos casos concretos mais imprevisíveis, diminuindo significativamente a eficácia do instituto.⁷⁹

Com base nestes fundamentos, há o entendimento de que, para a aplicação da indenização punitiva por lei, basta que sejam previstos seus pressupostos de incidência de forma geral, sendo distintos daqueles exigidos para a indenização compensatória. Caberia ao magistrado, portanto, decidir mediante interpretação se o caso concreto se encaixa nas hipóteses previstas.

Estes parâmetros devem garantir que a indenização punitiva seja aplicada apenas de forma excepcional, destinando-se apenas à tutela dos bens e interesses mais relevantes e à manutenção do equilíbrio social, como já exposto anteriormente. Deve operar-se apenas contra as condutas de mais alta reprovabilidade, caracterizadas pela intencionalidade (dolo) ou irresponsável desconsideração do direito alheio (culpa grave) por parte do agente. Trata-se do chamado dano social, definido por Antonio Junqueira de Azevedo — “um ato, se doloso ou gravemente culposos, ou se negativamente exemplar, não é lesivo somente ao patrimônio material ou moral da vítima, mas sim, atinge a toda a sociedade, num rebaixamento imediato do nível de vida da população. Causa dano social.”⁸⁰

Estabelecido este panorama geral, resta estabelecer os critérios para a aplicação da indenização punitiva em concreto. De forma geral, estes se assemelham às características do instituto já mencionadas em capítulos anteriores. Há os pressupostos objetivos, que dizem

⁷⁹ SERPA, op. cit., p. 236-239.

⁸⁰ AZEVEDO, Antonio Junqueira de *apud* SERPA, op. cit., p. 240.

respeito tão somente aos fatos do caso concreto. Consistem na ocorrência de ilícito extracontratual ou inadimplemento contratual que ocasionem prejuízo à vítima. Vale dizer que este prejuízo não precisa ser necessariamente extrapatrimonial, pois podem-se admitir casos de prejuízo puramente material que afetem negativamente a sociedade como um todo, como aqueles que envolvem enriquecimento ilícito do infrator.⁸¹

Devem ser estabelecidos também os critérios subjetivos, que caracterizam o comportamento do agente, guiado por seu “estado de espírito” como altamente reprovável e passível de sanção. São estes o dolo, em suas formas direta, indireta ou eventual, e a culpa grave. Destaque-se que esta última diverge do dolo eventual (também chamado de culpa consciente) pelo fato de o autor não ter qualquer intenção de causar o dano ou até mesmo não ter consciência do potencial danoso de sua ação. De qualquer forma, trata-se de uma conduta que não se adequa sequer ao mínimo de diligência esperado do indivíduo. É possível também o agravamento da culpa nos casos de reiteração da conduta danosa, como ocorre com os fornecedores que empregam o dano eficiente, detalhado anteriormente.⁸²

Ainda neste âmbito consumerista, cumpre destacar que a responsabilidade objetiva pode operar-se em conjunto com os critérios acima para fins de reparação punitiva. Estes critérios específicos resumem algumas hipóteses que justificam uma sanção jurídica mais gravosa: quando o infrator conhece o defeito em seu produto e mesmo assim o coloca em circulação; quando o infrator auferir benefício econômico com a circulação do produto ou serviço defeituoso; quando o infrator não realiza investigações suficientes para constatar defeitos ou, constatando-os, não faz esforços para repará-los; quando a conduta do infrator não se adequa aos padrões de conduta exigidos pelo mercado, seja antes ou depois do fornecimento de seu produto ou serviço; ou quando o produto ou serviço defeituoso não oferece benefícios substanciais a ponto de compensar o risco. Em resumo, há uma ampla gama de situações que podem ser combatidas com a indenização punitiva no âmbito da responsabilidade objetiva.⁸³

Processualmente, a indenização punitiva poderia ser requerida pelo demandante de forma distinta e acessória ao pedido de indenização compensatória, afirmando os elementos dos fatos que justificariam a sanção. Posteriormente, na fase instrutória, caberia a ele fornecer prova destas alegações por todos os meios previstos em lei, sendo admitida a inversão do ônus

⁸¹ SERPA, op. cit., p. 242-252.

⁸² Ibid., p. 254-258.

⁸³ Ibid., p. 259-261.

da prova em caso de hipossuficiência. Por fim, na fase decisória, caberia ao juiz decidir acerca do pedido. Por se tratar de pedido acessório, sua admissão dependeria da concessão da indenização compensatória, para a qual é necessária a análise de fato e de direito de forma mais ampla. Seria necessária a distinção das decisões entre os pedidos, de modo a expor a motivação do magistrado ao decidir sobre a indenização punitiva em específico, tendo em vista seus critérios distintos.⁸⁴

Uma questão importante diz respeito à destinação do montante indenizatório concedido em favor da reparação punitiva. Há três modelos possíveis: a quantia ser destinada integralmente ao demandante; ser destinada a um fundo público ou privado; ou ser repartida entre o demandante e um fundo. A primeira hipótese baseia-se na noção de que o litigante, ao perseguir seus direitos e obter um resultado que impacta a sociedade em geral, merece receber o montante integral como forma de recompensa e de incentivo a terceiros para fazer o mesmo, de forma semelhante à figura norte-americana do *private attorney general* (procurador-geral privado). Boa parte da doutrina é contrária a esta ideia, pelos seguintes motivos: diferentemente dos Estados Unidos, onde os elevados custos judiciais justificam uma compensação financeira ao demandante pelo “serviço” que presta ao litigar, o Brasil possui alternativas como a gratuidade da Justiça e os Juizados Especiais que garantem que o autor individual não precise necessariamente despendar qualquer quantia para ajuizar sua ação; concentrar a quantia elevada que se espera de uma indenização punitiva nas mãos de um único indivíduo pode levar a um enriquecimento desproporcional.⁸⁵

Há mais aceitação quanto à segunda hipótese, que consiste na entrega do valor indenizatório a uma entidade beneficente local e relevante ao prejuízo sofrido ou a um fundo público destinado à reconstituição dos bens e interesses lesados, de forma a reverter a condenação em prol da coletividade, visto que a indenização compensatória seria suficiente para compensar o dano individual. As vantagens desta solução são o evitamento do enriquecimento individual desproporcional e, por consequência, a maior liberdade para os magistrados quantificarem sentenças aptas a punir efetivamente o infrator, sem a preocupação quanto a enriquecer a vítima. Quanto à destinação específica, há críticas em relação à possibilidade de destinar o montante a entidades beneficentes privadas, devido à maior dificuldade de controle estatal em relação à destinação dos fundos. Portanto, a solução mais adequada seria a criação mediante de um fundo estatal de gestão pública, aos quais seriam

⁸⁴ Ibid., p. 272-286.

⁸⁵ Ibid., p. 286-291.

destinadas todas as verbas indenizatórias punitivas, que seriam redirecionadas para a reparação e prevenção de danos coletivos, bem como a atividades conexas (projetos científicos, eventos educativos, modernização dos órgãos públicos envolvidos na proteção dos interesses supra-individuais, entre outras).⁸⁶ Entende-se que é esta a alternativa mais adequada em relação às finalidades do instituto.

Há ainda uma terceira corrente que propõe a divisão do valor indenizatório, de forma igualitária ou não, entre o autor da ação e um fundo especial, nos moldes da *split recovery* estadunidense. Trata-se de medida intermediária que conjugaria as vantagens das proposições anteriores, ao passo em que recompensa a vítima e prestigia a coletividade. Porém, também apresenta as desvantagens de ambas as outras hipóteses, resultando na diminuição da verba destinada ao fundo em questão.⁸⁷

Por fim, é necessário estabelecer os critérios de quantificação da indenização punitiva. A jurisprudência e a doutrina, tanto nacionais quanto estrangeiras, apontam três critérios fundamentais: o grau de culpa do ofensor (quanto maior a desconsideração para com o direito alheio, maior deve ser a punição), a extensão do dano (nas dimensões individual e coletiva) e a capacidade econômica do ofensor (a punição deve ser majorada a um patamar que efetivamente cause um impacto financeiro, incluído o lucro obtido com a própria infração).⁸⁸

Outro critério citado pela doutrina é a condição socioeconômica da vítima. Porém, este não é um critério adequado, tendo em vista que reduz a reparação de danos morais a um patamar patrimonial ao sugerir que a indenização se adeque ao status do ofendido. Não se relaciona ao caráter punitivo ou sequer ao compensatório quando se trata de danos extrapatrimoniais. Ademais, caso a indenização punitiva se destine a um fundo específico e não à vítima, como sugerido anteriormente, tal critério se torna completamente desnecessário. Por outro lado, é possível levar em consideração as condições pessoais da vítima que tornem a conduta infratora mais reprovável, desde que não digam respeito a seu status socioeconômico. Podem ser citados como exemplo a hipossuficiência de informações do consumidor ou a exploração de um menor grau de compreensão intelectual.⁸⁹

O controle dos montantes indenizatórios poderia se dar de duas maneiras. A mais rígida é o controle legislativo, através do qual a lei estabelece um limite máximo para as

⁸⁶ Ibid., p. 291-298.

⁸⁷ Ibid., p. 298-299.

⁸⁸ Ibid., p. 317-319.

⁸⁹ Ibid., p. 332-335.

indenizações ou uma relação fixa entre o dano e o valor da sanção. Embora defendida por parte da doutrina, que usa como base de comparação os limites máximos de pena da esfera criminal, entende-se que esta não é a melhor opção, pois limita os efeitos do instituto, podendo inclusive facilitar o planejamento do dano eficiente pelos grandes litigantes. Seriam aceitáveis, por outro lado, limites maleáveis, que pudessem ser ultrapassados quando necessário. De qualquer forma, é mais adequado às finalidades da indenização punitiva o controle judicial, feito pelos próprios magistrados com base na proporcionalidade e razoabilidade, seguindo os critérios objetivos e subjetivos previamente expostos.⁹⁰

⁹⁰ Ibid., p. 335-343.

CONCLUSÃO

Como é possível observar, dada a importância da proteção ao consumidor, a indenização punitiva pode trazer grandes benefícios para a sociedade. A atuação efetiva do Judiciário é vital para combater as práticas abusivas de grandes litigantes, o dano eficiente e a impunidade presente na esfera consumerista. É necessário punir as infrações que ocorrem no nível individual e prevenir os danos que podem vir a atingir a coletividade, e a reparação punitiva é um instrumento apto a alcançar estes objetivos.

É posição aceita por boa parte da doutrina a de que a responsabilidade civil, além de sua função clássica de reparação, pode possuir também uma função punitiva, apta a sancionar condutas com alto grau de reprovabilidade. Já muito bem estabelecida em outros países, especialmente aqueles que adotam o sistema anglo-saxão, esta função da indenização por danos morais encontra respaldo na doutrina brasileira, se encaixando em princípios constitucionais como os da proteção da dignidade humana e da proteção ao consumidor, podendo garantir sua eficácia prática.

A reparação punitiva possui relevância especial para o Direito do Consumidor, pois as infrações nesta esfera muitas vezes são cometidas por grandes litigantes que agem com descaso, além de produzirem efeitos que transcendem as relações individuais e afetam a sociedade em geral. Ademais, a política nacional das relações de consumo, que objetiva regular os parâmetros devidos das relações entre fornecedores e consumidores, tem como um de seus princípios orientadores a prevenção do dano. É justamente neste ponto que a indenização punitiva se apresenta como uma alternativa adequada para garantir a eficácia da lei, tendo em vista seu potencial para inibir futuras repetições da conduta danosa que é punida.

A análise jurisprudencial proporcionou uma amostra da aplicação prática da indenização punitiva no Tribunal de Justiça de Alagoas. Percebeu-se que o instituto é usado de forma tímida, não sendo uma unanimidade entre as diferentes turmas recursais e demonstrando uma possível tendência decrescente em relação aos montantes indenizatórios concedidos. Tal ritmo não foi acompanhado pelo número de ações envolvendo as empresas em foco, que atingiram seu máximo justamente no período em que as indenizações punitivas estiveram em seu mínimo. Em suma, pode-se perceber que ação do referido Tribunal poderia ser mais afirmativa neste sentido, o que poderia ser auxiliado pela positivação do instituto em lei.

Embora seja objeto de discussões doutrinárias, observa-se que a reparação punitiva é plenamente compatível com o Ordenamento brasileiro, sendo sua eventual positivação em lei uma medida necessária para formalizar e estender seu alcance e sua aceitação. Embora já haja uma aplicação prática da mesma por seus adeptos, baseando-se principalmente em princípios constitucionais, acredita-se que sua inserção em lei é a melhor forma de garantir sua aceitação e fortalece-la. É esta a solução mais apta para inserir a indenização punitiva de forma definitiva no Direito nacional, de uma forma que se encaixe no sistema e na realidade de nosso país e possa trazer todos os seus benefícios a fim de concretizar a efetiva proteção à dignidade humana e ao consumidor.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Indenização Punitiva. **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro, v. 9, n° 36, p. 135-168, out.- dez. 2006.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Barueri: Manole, 2017.
- BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 2018.
- BRISOLA, Cassio Pereira. Dano moral nas relações de consumo. A função preventiva do dano moral no CDC. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; MALFATTI, Alexandre David (coord.). **Reflexões de magistrados paulistas nos 25 anos do Código de Defesa do Consumidor**. 1 Ed. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2015.
- COELHO, Karine. **Princípios que regem a política nacional das relações de consumo**. 2017.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça pesquisa: Políticas públicas do Poder Judiciário: Os maiores litigantes em ações consumeristas: mapeamento e proposições**. 2018.
- FERREIRA, Filipe Duarte; DUARTE, Sarah Kelley Câmara Marques. A proteção ao consumidor como direito fundamental constitucional: as garantias consumeristas. **Âmbito Jurídico**. São Paulo, v. 21, n. 172, mai. 2018.
- HAYASHI, Leonardo. **A Inaplicabilidade da Função Punitiva da Indenização Por Dano Moral**. UFRS, Porto Alegre, 2012.
- LANA, Henrique Avelino Rodrigues de Paula; PATROCÍNIO, Daniel Moreira do. O Dano Eficiente e Análise Econômica do Direito: uma Visão Consumerista. **Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor**. Porto Alegre, v. 9, n. 53, p. 62–87, out./dez. 2013.
- LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Volume 2 – Obrigações**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (*punitive damages* e o Direito Brasileiro). **Revista CEJ**, v. 1, n. 28, jan./mar. 2005.

MOTTOLA, Andrea. **A importância da prevenção no Direito do Consumidor**. 2019. Disponível em: <https://administradores.com.br/noticias/a-import%C3%A2ncia-da-preven%C3%A7%C3%A3o-no-direito-do-consumidor>. Último acesso em 08/07/2021.

PAIVA, Clarice Teixeira. O que caracteriza uma relação de consumo. **Jus Navigandi**, Teresina, v. 20, n. 4401, jul. 2015.

PORTUGAL, André. **Dano Moral Pedagógico-Punitivo no Brasil**. 2014.

REINALDO FILHO, Demócrito. A preocupação do juiz com os impactos econômicos das decisões. Uma análise conciliatória com as teorias hermenêuticas pós-positivistas. **Revista Jus Navigandi**, v. 14, n. 2299, out. 2009.

REZENDE, Lucas Levi Correia. **Indenização punitiva: uma análise acerca do "punitive damages" e sua aplicabilidade no direito brasileiro**. 2013.

RUSTAD, Michael; KOENIG, Thomas. The Historical Continuity of Punitive Damages Awards: Reforming the Tort Reformers. **American University Law Review**. v. 42, n. 4, 1993.

SERPA, Pedro Ricardo e. **Indenização Punitiva**. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

STAJN, Rachel. Law and Economics. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; STAJN, Rachel (org.). **Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**. 6 Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

TEIXEIRA, Erik Cardoso P. **A aplicabilidade da Indenização Punitiva à luz do ordenamento jurídico brasileiro**. 2015.

TELECO. **Market Share das Operadoras de Celular no Brasil**. 2021. Disponível em: <https://www.teleco.com.br/mshare.asp>. Último acesso em 08/07/2021.

VIANNA, Tauanna. Indenização Punitiva no Brasil: desafios e configuração. **Revista de Direito Privado**. São Paulo, v. 57, p. 179-192, jan. 2014.

XAVIER, Gabriel Alencar. **Direitos do Fornecedor: Equilíbrio na Relação de Consumo**. 2016.