



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Possibilidade de aplicação do dano moral punitivo nas relações de consumo

Fabíola Laércio de Andrade

Rio de Janeiro
2015

FABÍOLA LAÉRCIO DE ANDRADE

Possibilidade de aplicação do dano moral punitivo nas relações de consumo

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação Lato Sensu da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Professores Orientadores:
Mônica Areal
Néli Luiza C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2015

POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO DANO MORAL PUNITIVO NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Fabíola Laércio de Andrade

Graduada pela Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio de Janeiro.
Advogada. Pós-graduada em Direito e
Processo Civil e Direito Privado pela
Universidade Cândido Mendes.

Resumo: Este artigo aborda a possibilidade de aplicação do dano moral, não apenas em seu viés compensatório, mas precipuamente na sua função punitiva, no que tange às relações de consumo. Analisa, especificamente, as divergências doutrinárias acerca da aplicabilidade deste instituto no ordenamento jurídico pátrio, bem como as decisões dos tribunais superiores que envolvam o tema. Pretende-se fazer uma exposição sobre a indenização punitiva nas relações consumeristas e explorar os aspectos controvertidos da sua implementação nestas demandas.

Palavras-chave: Direito do Consumidor. Dano Moral. Função punitivo-pedagógica.

Sumário: Introdução. 1. A aplicação do dano moral punitivo. 2. Dano moral punitivo X *punitive damages*. 3. Indenização punitiva nas relações de consumo: compatibilidade com o ordenamento jurídico pátrio. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O tema a ser abordado neste artigo é a possibilidade de se atribuir efeito punitivo às indenizações por dano moral proferidas nas relações de consumo do direito brasileiro. Objetiva-se discutir a aplicação da indenização com efeitos punitivos nas relações consumeristas, em detrimento da atual e inócua indenização concedida pelos magistrados e tribunais, sob o pretexto de vedação ao enriquecimento ilícito. Procura-se demonstrar a maior efetividade daquela quanto à proteção dos interesses, bem como no que se refere ao desestímulo à violação dos direitos.

O assunto é altamente relevante para a sociedade, porque visa a demonstrar a necessidade do emprego do instituto para garantir a reparação dos danos morais daqueles que

se encontram em situação de desequilíbrio na relação jurídica, bem como, se demonstrará o quanto esse mecanismo é impactante e efetivo para evitar novos danos provocados por aqueles que são punidos.

Ademais, a questão ainda não alcançou uma solução jurídica definitiva, visto que na doutrina muito se discute sobre a sua aplicação. E a jurisprudência, por outro lado, já possui decisões pela não admissibilidade de sua implementação no ordenamento pátrio. Dessa forma, fica configurada a atualidade desta problemática.

O trabalho enfoca a aplicação do dano moral punitivo nas relações consumeristas, ou seja, ao ser condenado, o réu não terá apenas de compensar as lesões sofridas pelo autor – como já ocorre atualmente –, mas terá também de arcar com uma justa punição, com o fito de desestimular as práticas nocivas no que tange à proteção e defesa do consumidor no âmbito das demandas judiciais em massa.

Sendo assim, o presente artigo visa às seguintes reflexões: quais os efeitos da aplicação do dano moral punitivo? No que ele se diferencia do instituto já previsto no direito positivo brasileiro? Qual a relevância da atribuição dos efeitos punitivos às indenizações por danos morais nas relações de consumo? Em que isso influenciaria na diminuição do ajuizamento das demandas consumeristas em massa? Este instituto seria compatível com o ordenamento jurídico pátrio? Diante do atual panorama jurídico, seria possível a sua implementação?

Com o intuito de respondê-las, o primeiro capítulo se propõe a analisar o conceito, efeitos e aplicação do dano moral punitivo, bem como compará-lo com o instituto previsto e aplicado no ordenamento pátrio. A partir de tais definições, o capítulo subsequente terá o propósito de confrontar o dano moral punitivo com o *punitive damages*, instituto semelhante, aplicado em legislações estrangeiras, bem como analisar o dano social, fundamento de aplicação da indenização punitiva pela jurisprudência dos tribunais superiores. E, por fim, o

último capítulo se destinará a defender, em que pese jurisprudências e doutrinas em sentido contrário, a possibilidade e a necessidade de implementação do instituto, mormente nas relações de consumo, diante de sua compatibilidade ao sistema jurídico brasileiro.

A pesquisa que se pretende realizar seguirá a metodologia bibliográfica, de natureza descritiva – qualitativa e parcialmente exploratória.

1. A APLICAÇÃO DO DANO MORAL PUNITIVO

O ordenamento pátrio admite de forma pacífica a aplicação do dano moral nas diversas relações jurídicas, sejam elas consumeristas ou não. Tal instituto se conceitua como meio de tutelar a honra subjetiva – dignidade, autoestima – ou objetiva – reputação perante a sociedade – de seus titulares.

O dano extrapatrimonial essencialmente visa a reparar, atenuar as consequências sofridas pelo evento danoso. Essa compensação faz-se por meio de uma indenização pecuniária que não equivale estritamente ao dano, já que há uma violação à dignidade, direito personalíssimo e, que por sua própria natureza, não traduz valor econômico.

Com a evolução, padronização e a massificação das relações de consumo, vozes da doutrina nacional¹ emergiam em prol da aplicação de uma nova função ao dano moral, qual seja, o seu caráter punitivo-pedagógico. Assim, passou-se a pensar no dano moral não apenas com a sua finalidade exclusivamente compensatória – com o foco apenas na reparação do dano sofrido pela vítima.

¹ Por todos, André Gustavo Corrêa Andrade: “[...] em algumas dessas situações, a simples reparação do dano não é suficiente para dissuadir o ofensor da reiteração de condutas danosas. [...] A função punitiva deve, pois, ser vista como legítima resposta jurídica a determinados comportamentos, ofensivos a certa categoria de bens jurídicos, em situações nas quais outras medidas ou formas de sanção se mostram inaptas ou falhas. [...]” ANDRADE, André Gustavo Corrêa. *Dano moral e indenização punitiva: os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 82.

Em relação ao caráter pedagógico, entende-se que é complementar à função compensatória, vez que deve ser aplicada apenas quando aquela indenização não for eficiente para desestimular o comportamento inadequado do agente. Com ela, almeja-se inibir a reiteração de ulteriores condutas danosas por parte do mesmo causador.

Já no que tange à finalidade punitiva, visa-se à imposição de uma penalidade ao ofensor, como forma de retribuir o dano que causou à vítima. Ressalta-se que essa visão punitiva do dano moral não está adstrita tão somente aos ofensores condenados, mas também a todos os outros futuros e eventuais causadores de danos, posto que uma decisão judicial impactante serve de exemplo a toda a sociedade.

A doutrina que admite a indenização punitiva sustenta a sua aplicação em casos extremos, nos quais a função compensatória não é eficaz. Nos dizeres de André Gustavo Correa de Andrade²:

É o que ocorre quando determinada soma, embora considerada suficiente para atenuar o constrangimento decorrente do dano moral, é de insignificante expressão econômica para o ofensor, que, por essa razão, não se vê convencido de não deve praticar atos lesivos iguais ou semelhantes; antes, vê-se estimulado a reiterar seu comportamento censurável. A indenização compensatória, neste contexto, funcionaria como o medicamento que ataca os sintomas sem combater a própria doença, trazendo uma falsa sensação de cura, pois a doença persiste e volta cada vez mais forte, acabando por se tornar imune ao ataque.

Assim, no atual panorama do Poder Judiciário brasileiro admite-se o dano moral compensatório, mas há grande controvérsia acerca de seu viés punitivo-pedagógico. Isso porque em virtude dessa função são proferidas decisões judiciais que, ao analisar a gravidade do dano causado pelo agente, confere-lhe uma sanção pecuniária alta, a qual é repassada diretamente para o patrimônio da vítima.

Diante desse aumento patrimonial do ofendido em detrimento do ofensor, relevante parcela da doutrina se rebela, com fundamento na vedação do enriquecimento sem causa.

² ANDRADE, op. cit., p. 200.

Assim, julgam-no injusto e descabido, na medida em que o lesado recebe valor muito superior à reparação do seu dano.

Essa respeitável posição é compreensível, em virtude do princípio da reparação integral, previsto no artigo 944³ do Código Civil, o qual preleciona a indispensável correlação entre o dano causado e a reparação correspondente. No entanto, esta orientação analisa apenas uma faceta da controvérsia.

Ocorre que nas relações em massa, principalmente nas de consumo, observa-se um desrespeito cada vez maior no que concerne à parte hipossuficiente da relação de direito material. Isso porque, na prática, muitos consumidores não ingressam com demandas no Poder Judiciário, por inúmeros fundamentos, como por exemplo, a ausência de informação ou de Defensoria Pública no estado ou cidade que reside.

Com isso, muitos prestadores de serviços ao consumidor se veem estimulados a agir dessa forma, pois muitas vezes não serão nem demandados e, quando o forem, pagarão quantias irrisórias ou pequenos acordos que não os impedirão de agir de forma abusiva posteriormente.

No entanto, o paradigma das relações individuais consumeristas pode vir a ser outro, se o ordenamento pátrio permitir que o dano moral punitivo seja aplicado de outra forma, qual seja, com a parcial destinação da verba indenizatória para a vítima e, a outra parte para um fundo – o valor que ultrapassar a quantia compensatória –, conforme se demonstrará mais adiante.

Não se pode negar que a quantidade de ações individuais consumeristas voltadas à reparação por danos morais é vultosa e, tal constatação não serve senão a demonstrar a relevância que o Poder Judiciário deve conferir a elas.

³ Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 18 ago. 2015.

Tais demandas são mais acessíveis e, por conseguinte, mais facilmente utilizadas pelos consumidores, o que não retira dos ofensores a igual necessidade de serem punidos. Muito pelo contrário, são justamente nelas que a função de exemplo negativo é mais eficiente, pois aqueles que lesam serão repreendidos mais vezes, o que lhes farão refletir mais rapidamente sobre a reiteração de práticas abusivas.

Ademais, não pode o argumento falacioso de “indústria do dano moral” servir de respaldo a impedir uma eficaz punição do dano causado, de forma que o causador, acostumado a assim agir, fundamente as suas práticas abusivas no grande número de ações ajuizadas, quando na verdade estas são consequências daquelas, e não o contrário.

Se de um lado da balança deve-se analisar o não enriquecimento sem causa do consumidor, com a aplicação de uma reparação apta a recompor a sua lesão; do outro lado, pesa a impunidade das empresas prestadoras de serviços aos consumidores que não se sentem desestimuladas diante de indenizações baixas, e, portanto, ineficazes a prevenir futuros comportamentos danosos nesse sentido.

Portanto, o instituto em análise se distancia da forma de indenização atual, justamente porque essa não possui viés punitivo, qual seja, inibir a reiteração do comportamento causador da lesão, impondo ao agente uma punição que o intimide a reincidir e sirva de exemplo para toda a sociedade. Em razão disso, tal função punitiva deve ser adotada em situações excepcionais, nas quais o dano moral compensatório não for eficaz, como nas relações individuais de consumo.

2. DANO MORAL PUNITIVO X *PUNITIVE DAMAGES*

Para a efetiva garantia dos direitos dos consumidores é imprescindível a adoção de um novo paradigma no que tange à responsabilidade civil vigente no ordenamento civil pátrio.

O referido novo modelo de indenização para o fortalecimento dos consumidores e o reequilíbrio das relações de consumo é o dano moral punitivo, inspirado na indenização punitiva dos danos sociais, que tem origem no *punitive damages*, mas que com ele não se confunde.

Para tanto, será necessário, antes, analisar e diferenciar os institutos acima mencionados, bem como analisar o dano social, fundamento da indenização punitiva.

O dano moral com caráter punitivo já foi devidamente debatido no capítulo anterior, razão pela qual se passa à análise do próximo instituto. A indenização punitiva tem como fito principal reprimir condutas socialmente reprováveis.

A indenização punitiva está atrelada à função punitiva e preventiva da reparação civil. Diferencia-se da função compensatória, porque neste o foco é a extensão do dano em relação à vítima, enquanto que no viés punitivo a análise recai sobre a gravidade do comportamento do agente.

Os *punitive damages* são uma figura peculiar, com origem nos países da *Common Law*, que transita entre o Direito Civil e o Direito Penal. Seu objetivo é imputar uma indenização pecuniária ao ofensor, com o intuito de puni-lo e, ainda, servir de exemplo a toda a sociedade. Assim, o objetivo da referida teoria não é indenizar a vítima, posto que a preocupação principal é com a punição do ofensor e com o caráter pedagógico-preventivo para toda a sociedade⁴.

⁴ ANDRADE, op. cit., p. 120.

Esse é o modelo de indenização utilizado pelos aplicadores do direito nos Estados Unidos, no qual os juízes tem maior poder ao aplicar a indenização, bem como se trata de um mecanismo mais amplo, vez que é aplicado a todos os ramos de responsabilidade civil.

Apesar das diferenças até aqui apontadas, há, no Brasil, adeptos da Teoria do Valor do Desestímulo, tese similar aos *punitive damages* que deles se distingue por se limitar à reparação dos danos morais – nos quais há lesão ao direito da personalidade. O próprio STJ⁵ adere a essa teoria, mas ressalta que a sua aplicação deve ser comedida, para não causar enriquecimento ilícito que é expressamente vedado pela legislação civil. Nesse sentido:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS.(...)QUANTUM DA INDENIZAÇÃO. VALOR IRRISÓRIO. MAJORAÇÃO. POSSIBILIDADE. DESPESAS DE FUNERAL. FATO CERTO. MODICIDADE DA VERBA. PROTEÇÃO À DIGNIDADE HUMANA. DESNECESSIDADE DE PROVA DA SUA REALIZAÇÃO.(...)3. O critério que vem sendo utilizado por essa Corte Superior na fixação do valor da indenização por danos morais, considera as condições pessoais e econômicas das partes, devendo o arbitramento operar-se com moderação e razoabilidade, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de forma a não haver o enriquecimento indevido do ofendido, bem como que sirva para desestimular o ofensor a repetir o ato ilícito.4. Ressalte-se que a aplicação irrestrita das "punitive damages" encontra óbice regulador no ordenamento jurídico pátrio que, anteriormente à entrada do Código Civil de 2002, vedava o enriquecimento sem causa como princípio informador do direito e após a novel codificação civilista, passou a prescrevê-la expressamente, mais especificamente, no art. 884 do Código Civil de 2002.5. Assim, cabe a alteração do quantum indenizatório quando este se revelar como valor exorbitante ou ínfimo, consoante iterativa jurisprudência desta Corte Superior de Justiça.7. Dessa forma, considerando-se as peculiaridades do caso, bem como os padrões adotados por esta Corte na fixação do quantum indenizatório a título de danos morais, impõe-se a majoração da indenização total para o valor de R\$100.000,00 (cem mil reais), o que corresponde a R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) por autora.”

O caráter punitivo e preventivo está vinculado a situações que ensejam maior repressão. No Brasil, não se adota os *punitive damages*, porque aos danos morais não pode ser conferida um caráter punitivo penal ou administrativo que é peculiar ao instituto.

⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 210101/PR. Relator: Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF 1ª Região). Data do Julgamento: 20/11/2008. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=210101&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em 31 ago. 2015.

Apesar disso, aplica-se a função punitiva aos danos sociais⁶. É consabido que o direito não evolui na mesma velocidade que as relações sociais. Entretanto, ele deve se adaptar para regulamentá-las.

Os danos sociais são uma nova modalidade de dano a ser indenizável. Diz-se nova, pois não se confunde com as espécies até então existentes, quais sejam, os danos materiais, morais e estéticos. Tampouco se confundem com os danos morais coletivos.

Os danos sociais são difusos e decorrem de comportamentos socialmente reprováveis. Dessa forma, o valor arbitrado pelo juiz em face do agente, a título de reparação, não será revertido para uma vítima específica – já que toda a coletividade o é –, mas sim para um fundo ou uma instituição de caridade, a critério do julgador.

Para o doutrinador Ricardo Pereira⁷, os danos sociais representam a aplicação da função social da responsabilidade civil. Para o STJ⁸, essa nova espécie de dano apenas pode ser deferida se expressamente requerida e, cabível tão somente em ações coletivas.

⁶ “Toto bola. sistema de loterias de chances múltiplas. fraude que retirava ao consumidor a chance de vencer. ação de reparação de danos materiais e morais. danos materiais limitados ao valor das cartelas comprovadamente adquiridas. danos morais puros não caracterizados. Possibilidade, porém, de excepcional aplicação da função punitiva da responsabilidade civil. na presença de danos mais propriamente sociais do que individuais, recomenda-se o recolhimento dos valores da condenação ao fundo de defesa de interesses difusos. recurso parcialmente provido. (...) 2. Ausência de danos morais puros, que se caracterizam pela presença da dor física ou sofrimento moral, situações de angústia, forte estresse, grave desconforto, exposição à situação de vexame, vulnerabilidade ou outra ofensa a direitos da personalidade. 3. Presença de fraude, porém, que não pode passar em branco. Além de possíveis respostas na esfera do direito penal e administrativo, o direito civil também pode contribuir para orientar os atores sociais no sentido de evitar determinadas condutas, mediante a punição econômica de quem age em desacordo com padrões mínimos exigidos pela ética das relações sociais e econômicas. Trata-se da função punitiva e dissuasória que a responsabilidade civil pode, excepcionalmente, assumir, ao lado de sua clássica função reparatória/compensatória. “O Direito deve ser mais esperto do que o torto”, frustrando as indevidas expectativas de lucro ilícito, à custa dos consumidores de boa fé. 4. Considerando, porém, que os danos verificados são mais sociais do que propriamente individuais, não é razoável que haja uma apropriação particular de tais valores, evitando-se a disfunção alhures denominada de overcompensation. Nesse caso, cabível a destinação do numerário para o Fundo de Defesa de Direitos Difusos, criado pela Lei 7.347/85, e aplicável também aos danos coletivos de consumo, nos termos do art. 100, parágrafo único, do CDC. Tratando-se de dano social ocorrido no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, a condenação deverá reverter para o fundo gaúcho de defesa do consumidor.

Recurso parcialmente provido.”

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso Cível n. 71001281054. Relator: Ricardo Torres Hermann. Data de julgamento: 12/07/2007. Acessível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=71001281054&num_processo=71001281054&codEmenta=1956787&temIntTeor=true>. Acesso em 12 ago. 2015.

Dessa forma, no atual panorama da legislação cível vigente, o dano individual – moral, patrimonial ou estético – viola direito individual, razão pela qual a reparação é vertida para vítima determinada. Já o dano moral coletivo fere direito individual homogêneo ou direito coletivo em sentido estrito, sendo a indenização arbitrada para vítima que pode ser determinada ou determinável. E, por último, o dano social macula direito difuso, de toda a coletividade e, em virtude de ser a vítima indeterminada ou indeterminável, o valor atribuído a título de compensação vai para um fundo de proteção.

A jurisprudência admite e aplica a indenização punitiva aos danos sociais – inovação jurídica decorrente da necessidade social. Diante da eficácia dessas decisões no que tange à prevenção é necessário implementar esse caráter punitivo nos danos morais individuais também, especialmente no que se refere às relações de consumo, como instrumento de efetivação dos direitos dos consumidores e em razão da grande repercussão social inerente a esses casos.

⁷ PEREIRA, Ricardo Diego Nunes. Os novos danos: danos morais coletivos, danos sociais e danos por perda de uma chance. Disponível em: < http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revistaartigosleitura&artigoId=11307>. Acesso em 10 jul. 2015.

⁸ Nesse sentido, o STJ entendeu que a ausência de pedido expresse violaria os princípios da demanda, da inércia e da congruência. Assim, a decisão é nula, por ser *extra petita*:
RECLAMAÇÃO. ACÓRDÃO PROFERIDO POR TURMA RECURSAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS. RESOLUÇÃO STJ N. 12/2009. QUALIDADE DE REPRESENTATIVA DE CONTROVÉRSIA, POR ANALOGIA. RITO DO ART. 543-C DO CPC. AÇÃO INDIVIDUAL DE INDENIZAÇÃO. DANOS SOCIAIS. AUSÊNCIA DE PEDIDO. CONDENAÇÃO EX OFFICIO. JULGAMENTO EXTRA PETITA. CONDENAÇÃO EM FAVOR DE TERCEIRO ALHEIO À LIDE. LIMITES OBJETIVOS E SUBJETIVOS DA DEMANDA (CPC ARTS. 128 E 460). PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA. NULIDADE. PROCEDÊNCIA DA RECLAMAÇÃO.

1. Na presente reclamação a decisão impugnada condena, de ofício, em ação individual, a parte reclamante ao pagamento de danos sociais em favor de terceiro estranho à lide e, nesse aspecto, extrapola os limites objetivos e subjetivos da demanda, na medida em que confere provimento jurisdicional diverso daqueles delineados pela autora da ação na exordial, bem como atinge e beneficia terceiro alheio à relação jurídica processual levada a juízo, configurando hipótese de julgamento extra petita, com violação aos arts. 128 e 460 do CPC. 2. A eg. Segunda Seção, em questão de ordem, deliberou por atribuir à presente reclamação a qualidade de representativa de controvérsia, nos termos do art. 543-C do CPC, por analogia. 3. Para fins de aplicação do art. 543-C do CPC, adota-se a seguinte tese: "É nula, por configurar julgamento extra petita, a decisão que condena a parte ré, de ofício, em ação individual, ao pagamento de indenização a título de danos sociais em favor de terceiro estranho à lide". 4. No caso concreto, reclamação julgada procedente.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Rcl n. 12062/GO. Relator: Ministro Raul Araújo. Data do julgamento: 12/11/2014. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=12062&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em 2 set. 2015.

Diante dos conceitos apresentados e das distinções analisadas, não se defende a importação de um modelo reparatório anglo-saxão, mas tão somente a ampliação da aplicação de um instituto já admitido, ainda que excepcionalmente, para outro caso específico, que por envolver a violação frequente do direito de uma parte hipossuficiente em relação a outra – o que demonstra a falibilidade da imposição apenas do caráter compensatório –, também merece essa proteção.

3. INDENIZAÇÃO PUNITIVA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO: COMPATIBILIDADE COM O ORDENAMENTO PÁTRIO

A admissibilidade do caráter punitivo do dano moral é altamente controvertida, tendo em vista que vai além da compensação do dano sofrido e impõe uma penalidade ao seu causador. O intuito deste trabalho é demonstrar a possibilidade de aplicação do instituto não em qualquer hipótese, mas tão somente nos casos de maior repressão, como nas relações de consumo, em virtude de suas peculiaridades.

O Código de Defesa do Consumidor⁹ prevê, por meio de um princípio norteador, que todos os consumidores são vulneráveis. Essa vulnerabilidade, entretanto, não é necessariamente financeira. Nas palavras de Ada Pellegrini Grinover¹⁰:

[...] existem os que são necessitados no plano econômico, mas também existem os necessitados do ponto de vista organizacional. Ou seja, todos aqueles que são socialmente vulneráveis: os consumidores, os usuários de serviços públicos, os usuários de planos de saúde, os que queiram implementar ou contestar políticas públicas, como as atinentes à saúde, à moradia, ao saneamento básico, ao meio ambiente [...].

⁹ Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo; [...]

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 18 ago. 2015.

¹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Parecer sobre a legitimidade da Defensoria Pública para propor Ação Civil Pública*. Disponível em: < www.anadep.org.br>. Acesso em: 14 jun. 2015.

Assim, a doutrinadora sustenta que, em razão da estrutura da sociedade de massa, exsurge uma nova categoria de vulnerabilidade, decorrente das relações sócio-jurídicas existentes na sociedade contemporânea, na qual se inclui os consumidores.

Além da situação de desvantagem em que se encontra, há diversos motivos fáticos que podem impedir um consumidor de ter acesso à justiça, como a falta de instrução e informação, bem como a ausência de Defensoria Pública na comarca de residência. Sem mencionar os danos de menor relevância, que muitas vezes não são levados ao Poder Judiciário, mas não deixam de gerar lucros ilícitos aos seus causadores.

Apesar dessa patente desproporção de forças entre fornecedor e consumidor, os tribunais estão abarrotados com diversos pedidos indenizatórios em virtude da má prestação de serviços, o que evidencia a ineficácia da indenização compensatória e, por conseguinte, a necessidade da aplicação do caráter punitivo¹¹ nas relações consumeristas individuais.

Como abordado nos capítulos anteriores, o dano moral em seu viés punitivo, tem a função de desestimular a prática de futuras condutas semelhantes àquela causadora do dano, tanto em face ao ofensor, quanto para toda a sociedade. Para tanto, o juiz arbitra um valor alto, superior à compensação do dano, mas suficiente para que o ofensor seja economicamente afetado.

No entanto, muitos doutrinadores¹² sustentam a abusividade dessa valor, sob o argumento de enriquecimento sem causa da vítima, vez que essa voluptuoposa quantia indenizatória é destinada ao lesado, o que é vedado pelo sistema jurídico vigente. Isso porque

¹¹ Nesse sentido: “A indenização punitiva busca, através do incremento da sanção pecuniária, a eliminação de comportamentos que não se intimidam com a indenização compensatória.” ANDRADE, op. cit., p. 93.

¹² Por todos, Carlos Roberto Gonçalves: “[...] é sabido que o quantum indenizatório não pode ir além da extensão do dano. Esse critério aplica-se também ao arbitramento do dano moral. Se este é moderado, a indenização não pode ser elevada apenas para punir o lesante. A crítica que se tem feito à aplicação, entre nós, das *punitive damages* do direito norteamericano é que elas podem conduzir ao arbitramento de indenizações milionárias [...]” GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. v.4. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 575.

se a vítima já teve seu patrimônio recomposto, o valor que receber a mais, a título de punição do ofensor, acarretará em enriquecimento ilícito.

Se o instituto em análise fosse assim aplicado, realmente não seria admitido pelo ordenamento pátrio. Entretanto, o que este trabalho pretende demonstrar é justamente a possibilidade de implementá-lo de uma nova forma.

Semelhante ao que ocorre nas ações coletivas, deveria ser criado um fundo específico para a destinação dos valores que suplantarem a efetiva reparação do dano da vítima nas ações individuais que versem sobre o consumo.

Neste diapasão, não haveria enriquecimento sem causa por parte do lesado e, por outro lado, haveria a implementação da função punitiva-pedagógica do dano moral, com o propósito de aplicar uma penalidade justa e eficaz ao ofensor e, ao mesmo tempo, desestimulá-lo a reincidir com tal comportamento danoso.

Nota-se que não se está a defender a implementação *in totum* de um sistema estrangeiro, tampouco de um instituto incompatível com o ordenamento pátrio; muito pelo contrário, busca-se tão somente a criação de um fundo semelhante a um já existente – o Fundo de Defesa de Direitos Difusos¹³ –, porém com o campo de incidência voltado às ações individuais¹⁴.

¹³ O Fundo de Defesa de Direitos Difusos foi criado pelo artigo 13 da Lei nº 7347/1985 e é regulamentado pelo Decreto nº 1306/1994, com fulcro no artigo 20 da Lei nº 7347/1985.

Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.

Art. 20. O fundo de que trata o art. 13 desta Lei será regulamentado pelo Poder Executivo no prazo de 90 (noventa) dias.

BRASIL. Lei de Ação Civil Pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 12 ago. 2015.

¹⁴ Vale ressaltar que o artigo 100, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor faz referência a um fundo de direitos do consumidor. Entretanto, ao remeter à Lei de Ação Civil Pública, entende ser este fundo unicamente para direitos coletivos.

Art. 100. Decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 82 promover a liquidação e execução da indenização devida.

Parágrafo único. O produto da indenização devida reverterá para o fundo criado pela Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/Leis/L8078.htm>>. Acesso em: 12 ago. 2015.

Fica, entretanto, uma incógnita no ar: para que criar um novo fundo se já existe um com esta função? Para responder essa questão, deve-se ter em mente que o fundo existente foi criado pela Lei de Ação Civil Pública, e, portanto, cinge-se às ações de tutela coletiva, nas quais são revertidas verbas reparatórias de danos morais e patrimoniais.

Além disso, tais demandas são propostas, por legitimados extraordinários, já que tutelam direitos e interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Ainda que o cidadão ajuíze uma ação popular, ele estará agindo como representante processual de uma coletividade, isto é, não estará defendendo direito próprio, mas sim direito alheio em nome próprio.

Assim, não há no ordenamento nacional um fundo específico para as demandas individuais que ferem flagrantemente o conjunto normativo-princípios de proteção aos consumidores. Enquadram-se, aqui, principalmente, as inúmeras demandas recorrentes acerca da falta ou má prestação de serviços ao consumidor, como por exemplo, nos serviços de telecomunicações, energia elétrica e demais estabelecimentos comerciais.

Dessa forma, o recorrente descaso dos fornecedores em face das ínfimas e numerosas indenizações que lhes são ajuizadas, é um indicativo da necessidade da atribuição do efeito punitivo ao dano moral nas relações de consumo, em virtude da vulnerabilidade dos consumidores.

Apenas assim seria possível fixar indenizações maiores, de forma a inibir eficazmente futuras condutas danosas, sem que com isso houvesse enriquecimento ilícito por parte da vítima, já que os valores que excederem a justa recomposição da lesão individualmente sofrida serão revertidos para um fundo criado especificamente para este fim.

Com a imposição de valores substanciais, isto é, que sejam suficientes a afetar economicamente o ofensor, se alcançaria a função pedagógica e, por conseguinte, haveria

diminuição do ajuizamento das demandas consumeristas individuais em massa, o que contribuiria inclusive para o melhor funcionamento do Poder Judiciário.

Portanto, a aplicação do mencionado instituto é possível, nos moldes aqui propostos, tendo em vista sua finalidade de reequilíbrio das relações de consumo, bem como diante da existência de mecanismo semelhante – O Fundo de Defesa de Direitos Difusos – a respaldar a sua compatibilidade com o ordenamento jurídico pátrio.

CONCLUSÃO

O ordenamento jurídico pátrio adota de forma pacífica a aplicação do dano moral nas diversas relações jurídicas, sejam elas consumeristas ou não. Entretanto, a admissibilidade do caráter punitivo do dano moral é demasiadamente controvertida, tendo em vista que vai além da compensação do dano sofrido e impõe uma penalidade ao seu causador.

A indenização punitiva visa a conferir maior efetividade à proteção dos direitos daqueles que se encontram em situação de desequilíbrio na relação jurídica. Para tanto, são impostos valores substanciais àqueles que são punidos, com o intuito de afetá-los economicamente e evitar futuras condutas danosas.

Nesse cenário, as relações de massa, precipuamente as de consumo, adquirem relevância, diante do patente desrespeito à parte hipossuficiente da relação de direito material, além da atual e inócua indenização concedida pelos magistrados e tribunais, sob o argumento de vedação ao locupletamento ilícito.

O presente trabalho defende a adoção de um novo paradigma nas indenizações das relações individuais consumeristas, qual seja, a aplicação do dano moral punitivo, de modo que a vítima receba parte da verba indenizatória e, a outra parte – o valor que ultrapassar a

quantia compensatória – seja destinada para um fundo criado especificamente para este fim, o que rechaçaria a alegação de enriquecimento indevido pelo consumidor.

Dessa forma, a aplicação do mencionado instituto é possível, tendo em vista sua finalidade de reequilíbrio das relações de consumo, bem como diante da existência de mecanismo semelhante no ordenamento pátrio– o Fundo de Defesa de Direitos Difusos, criado para as ações coletivas.

Portanto, em que pese haver jurisprudências e doutrinas em sentido contrário, conclui-se ser possível e necessária a implementação do instituto, nos moldes aqui propostos, não em qualquer hipótese, mas tão somente nos casos de maior repressão, como nas relações individuais de consumo, em razão da sua compatibilidade com o sistema jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Gustavo Corrêa. *Dano moral e indenização punitiva: os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima e BESSA, Leonardo. *Manual de direito do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BRASIL. Código Civil, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>.

_____. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/Leis/L8078.htm>>.

_____. Lei de Ação Civil Pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L7347orig.htm>.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso Cível n. 71001281054. Relator: Ricardo Torres Hermann. Data de julgamento: 12/07/2007. Acessível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mas_k=71001281054&num_processo=71001281054&codEmenta=1956787&temIntTeor=true>. Acesso em 12 ago. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 210101/PR. Relator: Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF 1ª Região). Data do Julgamento: 20/11/2008. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=210101&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Rcl n. 12062/GO. Relator: Ministro Raul Araújo. Data do julgamento: 12/11/2014. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=12062&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Parecer sobre a legitimidade da Defensoria Pública para propor Ação Civil Pública*. Disponível em: < www.anadep.org.br>.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

PEREIRA, Ricardo Diego Nunes. *Os novos danos: danos morais coletivos, danos sociais e danos por perda de uma chance*. Disponível em: < http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revistaartigosleitura&artigoid=11307>.