

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
DIREITO

Marcel Damato Belli

Uma análise da compatibilidade do instituto dos *punitive damages* da *common law* no ordenamento brasileiro à luz do direito do consumidor

Florianópolis,
Dezembro de 2011.

Marcel Damato Belli

Uma análise da compatibilidade do instituto dos *punitive damages* da *common law* no ordenamento brasileiro à luz do direito do consumidor

Trabalho de Conclusão
apresentado ao Curso de
Graduação em Direito da
Universidade Federal de Santa
Catarina, como requisito à
obtenção do título de Bacharel em
Direito.

Orientador: Professora Mestre Leilane Mendonça Zavarizi da Rosa

Florianópolis,
Dezembro de 2011.

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo investigar a compatibilidade do instituto dos *punitive damages*, oriundos da *common law* (em especial dos Estados Unidos da América), com o ordenamento brasileiro à luz do Direito do Consumidor. Para tal fim, parte-se da análise dos paradigmas que permeiam a cognição e orientação do sistema da *Tort Law*, a Responsabilidade Civil da *common law*, origem dos *punitive damages*. Posteriormente, trata-se do histórico do Direito do Consumidor, bem como seus preceitos fundamentais enquanto ramo de Direito, passando à análise das garantias que outorga ao novo sujeito de direitos, findando por elencar as exteriorizações materiais da Lei nº 8.078 de 1990. Por fim, estuda-se o funcionamento dos *punitive damages*, sua contemporânea aplicação no ordenamento brasileiro e o porquê de os tribunais entenderem pelo seu não recebimento irrestrito, passando a averiguar as nuances e o cabimento de tal limitação e, ao final, as razões para que o instituto alce tal patamar no direito brasileiro, zelando pela efetiva distribuição de justiça no âmbito do Direito do Consumidor, para que se extermine os abusos tão comumente praticados pelas sociedades comerciais, especialmente aquelas de grande poderio econômico.

Palavras-chave: *Punitive damages*. *Tort Law*. *Common law*. Direito do Consumidor. Responsabilidade Civil. Indenização. Caráter punitivo. Vedação ao enriquecimento sem causa.

1 INTRODUÇÃO	4
2 TORT LAW E RESPONSABILIDADE CIVIL	7
2.1 O PARADIGMA DA RECIPROCIDADE	8
2.2 O PARADIGMA DA RAZOABILIDADE	15
2.3 O INSTITUTO DOS <i>PUNITIVE DAMAGES</i>	21
3 DIREITO DO CONSUMIDOR	33
3.1 QUESTÕES HISTÓRICAS	33
3.2 HIPOSSUFICIÊNCIA E VULNERABILIDADE	39
3.3 INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.....	43
3.4 PROTEÇÃO CONTRATUAL.....	47
4 PUNITIVE DAMAGES E O DIREITO BRASILEIRO	54
4.1 VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA – A RAZÃO DE NÃO RECEBIMENTO DOS <i>PUNITIVE DAMAGES</i> NO ORDENAMENTO BRASILEIRO	54
4.2 A COMPATIBILIDADE DO INSTITUTO DOS <i>PUNITIVE DAMAGES</i> DA <i>COMMON LAW</i> NORTE-AMERICANA COM O ORDENAMENTO BRASILEIRO	67
5 CONCLUSÃO	79
6 REFERÊNCIAS	84

1 INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea de consumo é palco de um número interminável de conflitos. Os excessos praticados pelos fornecedores de produtos e serviços, que abusam da sua posição de dominância sobre a relação de consumo, mostram-se cada vez mais recorrentes e cíclicos.

O consumidor, novo sujeito de direitos resguardado pela Constituição Federal Brasileira de 1988 (artigo 5º, inciso XXXII), lançando mão da garantia constitucional de amplo acesso à Justiça e do *due process of law*, leva à apreciação do Judiciário, com crescente frequência, suas irrisignações, mostrando que se faz não somente pertinente, como também imperiosa, a adoção de um posicionamento menos tolerante no que toca à conduta adotada por grandes empresas.

Vislumbra-se claro que o direito brasileiro ainda carece de instrumento que tenha o condão de promover verdadeiras mudanças através da tutela judicial, impactando sociedades comerciais de forma a tangivelmente alterar suas condutas. Não se trata somente de retificar condutas, e sim de apaziguamento social e de defesa de preceitos constitucionais.

É na *common law* norte-americana que se vê forte aplicação de mecanismo que tem função de punir a atuação ilícita cível, defendendo a ordem e o interesse social por meio da repreensão indenizatória pelo pagamento de altos valores pecuniários: os *punitive damages*. Trata-se de instituto oriundo da Responsabilidade Civil daquela nação, cujo uso amplo e de baixa restrição no âmbito cível proporciona um meio hábil e capaz de solucionar celeumas que atingem a sociedade como um todo.

Percebe-se com isso a necessidade de se introduzir no ordenamento pátrio um mecanismo capaz de conferir ao Direito do Consumidor possibilidade verídica de defender os direitos desses indivíduos enquanto classe. Trata-se de transformar o sistema de uma discussão abstrata e acadêmica, sem grandes impactos sociais, em uma sinergia de possibilidades materializadoras de mudança e melhoramento social. Analisa-se, pois, a possibilidade de adaptação do mecanismo no direito brasileiro, perquirindo sua compatibilidade e coerência com o universo jurídico vigente.

Em realidade o instituto já é conhecido no universo jurídico nacional, porquanto os Tribunais reiteradamente aplicam a função punitiva de indenização por danos morais fazendo expressa menção aos *punitive damages*. No entanto, nota-se que a matéria carece de estudos percucientes e alongados, tendo em vista que padece de incoerências pela descuidada aplicação do dispositivo.

O método científico adotado e aplicado no presente estudo é o dedutivo, dividindo-se em três capítulos a análise do tema ora posto em tela. Primeiramente se estudará o sistema da *Tort Law* (Responsabilidade Civil norte-americana), perquirindo a cognição das situações postas perante o Judiciário estadunidense para que se entenda como os operadores daquele sistema interpretam o que lhes é posto. Além disso, pelo exame de casos históricos e de grande importância se busca estabelecer a orientação e função da mencionada doutrina.

No segundo capítulo se estuda o funcionamento do Direito do Consumidor no ordenamento Brasileiro, buscando pormenorizar os fundamentos desse sistema, seus preceitos centrais e pivotantes, como a vulnerabilidade e hipossuficiência do Consumidor, diferenciando-se sua lógica sistemática das abstrações generalizadas do Código Civil e do Código de Processo Civil. Ainda, trata-se da ulterior materialização da defesa desse indivíduo, a interpretação e relativização contratual, meio pelo qual se busca conferir isonomia a uma relação naturalmente desequilibrada.

Por fim, o terceiro capítulo analisará o instituto dos *punitive damages*, seu funcionamento, sua origem, intenção e aplicação, além de explorar a dinâmica da Vedação ao Enriquecimento Sem Causa, doutrina tida como responsável pelo não recebimento dos *punitive damages* no Brasil. Em derradeiro é debatido o cabimento de tal limitação, a coerência do sistema pátrio de indenização, mormente em face dos preceitos constitucionais de defesa do Consumidor, bem como a possibilidade ou não de adaptação do instituto e se tal perspectiva traria algum fruto à sociedade consumerista como um todo.

2 TORT LAW E RESPONSABILIDADE CIVIL

Como era de se esperar, diferentes sistemas abordam de maneira distinta a mesma situação, concreta ou abstrata. É perceptível como a *Tort Law* – Responsabilidade Civil da *Common Law* norte-americana – não somente aborda de forma alternativa do ordenamento brasileiro as situações que lhe são postas, como também releva pontos muitas vezes aqui deixados de lado e tem um objetivo com foco também diferenciado.

A evolução da abordagem traçada pela *Tort Law* pode ser enquadrada basicamente dentro de dois paradigmas. George P. Fletcher, professor de jurisprudência na Universidade de Columbia, uma das oito *Ivy League Universities*¹, os denomina de Paradigma da Reciprocidade e Paradigma da Razoabilidade.

O primeiro tem uma visão mais restrita, segundo o qual “os dois pontos centrais da responsabilidade civil – se a vítima tem direito à recuperação e se o requerido deve ou não pagar – são casos distintos, cada um resolvível sem se olhar além do caso em tela” (FLETCHER, 1994, p. 48). A existência ou não do direito de recuperação depende única e exclusivamente 1) da natureza da atividade da vítima no momento em que sofreu o dano e 2) do risco criado pelo requerido. Curioso anotar que se analisa separadamente o direito de recuperação e a obrigação de pagar. Possível se entender que a vítima tem direito de se recuperar do dano sofrido, no entanto o requerido não tem o dever de indenizar. Apesar disso, o núcleo da análise cinge-se ao dever ou não do requerido de pagar e:

se podemos ou não racionalmente distinguir o requerido como o portador de perdas, tal questão depende das nossas expectativas de quando indivíduos deveriam ser capazes de evitar riscos. (FLETCHER, 1994, p. 48).

Opondo-se, o chamado Paradigma da Razoabilidade tem como foco o bem-estar da comunidade ao se perquirir quem tem direito à compensação e quem deve pagá-la. Sob o paradigma da reciprocidade é possível ver questões

¹ “Universidades da liga de Ivy”. Disponível em: <<http://www.ivyleaguesports.com/landing/index>>. Acesso em: 27 out. 2011.

distintas – a saber, é o risco recíproco e foi ele inescusável? – aqui condensadas em um único ponto: o risco foi ou não razoável? A resposta a esse questionamento demonstra se a vítima tem ou não direito à compensação e se o requerido deve ou não pagar. A análise é mais prática:

Se o risco porta uma utilidade social (benefício), a vítima não tem direito a recuperação por parte do criador do risco; se o risco carrega uma desutilidade social (custo), a vítima tem direito à recuperação. (FLETCHER, 1994, p. 49)

O escopo de ambos paradigmas é distinguir entre riscos que representam uma violação dos interesses individuais e aqueles que são meros riscos de 2º plano, os quais devem ser suportados como parte de uma convivência em grupo. O ponto chave que diferencia ambos paradigmas é a filtragem dos riscos de 2º plano e aqueles que são reais. O autor assim resume:

O paradigma da reciprocidade mantém que pode-nos ser esperado suportar, sem indenização, os riscos que todos impomos reciprocamente um ao outro. Se todos dirigimos, devemos sofrer os custos de “direção ordinária”. O paradigma da razoabilidade, por outro lado, determina que vítimas devem absorver o custo de RISCOS RAZOÁVEIS, pois esses maximizam a utilidade composta do grupo, mesmo que possam não ser riscos de 2º plano mutuamente criados. (FLETCHER, 1994, p. 49)

Adiante se analisa separada e detalhadamente cada uma das abordagens.

2.1 O PARADIGMA DA RECIPROCIDADE

O Paradigma da Reciprocidade possui dois pilares centrais para determinação da responsabilidade: se a vítima que sofreu o dano tem direito à reparação e se o requerido deve ou não pagar. Imediatamente se percebe a distinção dessa abordagem para a brasileira, porquanto nesse sistema não se vislumbra a possibilidade de se determinar positivo o direito da vítima à reparação enquanto negativa a obrigação de reparar. Basicamente o que se vê é: compreendido que a vítima sofreu o dano perpetrado pelo Réu, naturalmente este terá de indenizar, exceto nos casos excludentes de culpabilidade. Porém,

como já apontado anteriormente, no Paradigma da Reciprocidade esses são pontos inteiramente distintos.

O direito da vítima de se ver reparada do dano sofrido depende única e exclusivamente “na natureza da atividade da vítima quando ela sofreu o dano” (FLETCHER, 1994, p. 48) em contrapartida ao risco criado pelo Réu. Ou seja, deve haver um sopesamento das atividades praticadas por ambas as partes e se a ameaça recíproca foi proporcional ou não.

Deve-se esclarecer que toda atividade gera um risco. Ao analisar os casos colocados *sub judice* tende-se a focalizar e analisar somente o perigo a que o Requerido expôs o Requerente, posto que, em verdade, a atividade deste, da mesma forma, gera riscos aos quais aquele é sujeitado – maiores ou menores, dependendo evidentemente do ato praticado, porém sempre há esse fator.

Dessa forma, fácil deduzir que nos casos em que o risco gerado pelo Requerido for desproporcional ao criado pelo Requerente, estabelecer-se-á o direito deste de se recuperar do dano sustentado, porquanto aquele seria *liable*² pelos danos perpetrados. Diametralmente oposto, vendo-se que a ameaça gerada pelo Requerente foi maior que a criada pelo Requerido – ou mesmo equânimes –, evidente que não se firmará a possibilidade de recuperação.

Ademais, além dessa primeira análise, há uma questão adicional a ser levada em conta, qual seja de equidade, ao se responsabilizar o criador do risco pelo dano perpetrado. Essa indagação é expressa “em se questionando se o fato de o requerido criar o risco relevante foi desculpado com base, digamos, em o requerido não ter como conhecer o risco latente em sua conduta” (FLETCHER, 1994, p. 48). Adentra-se na análise dos elementos excludentes de culpabilidade, como a força maior, ato de terceiro, dentre outros.

Na realidade, distinguir o Requerido da ação cível de reparação como o portador de perdas resume-se às expectativas da população em geral de quando e em que situações os indivíduos deveriam ser capazes de evitar certos riscos ou mesmo agir de maneira diferente.

² Responsável (tradução livre).

Porém, nesse paradigma, o cerne da questão de responsabilidade se restringe à diferença entre os riscos criados pelas ações do Requerente e do Requerido: aquele criador do maior risco é o responsável pela perda; em sendo esse o Requerido, materializa-se a obrigação de reparar, conquanto em sendo o Requerente, estabelece-se a impossibilidade de reparação cível.

A palavra-chave na análise do Paradigma da Reciprocidade é a proporção ou a proporcionalidade, de modo que o ponto nevrálgico na determinação de possibilidade de recuperação da vítima é de fato a ordem de grandeza dos riscos reciprocamente criados.

Fletcher (1994) menciona o caso em que um navio procurava ancorar em um porto no meio de um nevoeiro. Como a visibilidade estava reduzida, acabou por “atropelar” e destruir uma das pontes de desembarque, razão que levou a administração do porto a acionar judicialmente a empresa dona do navio. O fato foi interpretado como uma transferência implícita de riqueza, de modo que o Requerido foi ordenado a retificar tal transferência, compensando o dono do porto pela perda. O cerne da questão foi que “o Requerido criou um risco de dano ao Requerente que era de uma ordem distinta dos riscos que o Requerente impôs sobre o Requerido.” (FLETCHER, 1994, p. 51)

Exemplificando melhor a dinâmica, o professor Fletcher indica que um indivíduo é responsabilizado por danos perpetrados por um animal selvagem que esteja sob seu cuidado, mas não o seria pelos danos cometidos por seu animal doméstico, quando estritamente sob a ótica desse Paradigma³. Justifica que a maioria dos indivíduos tem animais, crianças ou amigos cuja presença cria algum risco a vizinhos e suas propriedades. “Esses são riscos que contrabalançam um ao outro – eles são, como uma classe, riscos recíprocos.” (FLETCHER, 1994, p. 51). No entanto, trazer um cavalo selvagem à cidade ultrapassa o nível de riscos aceitados e divididos quando se tem animais, crianças e amigos em sua propriedade.

³ Diferentemente do que seria no Brasil, pois se estaria diante de um caso claro de negligência ou mesmo imprudência, ensejando obrigação indenizatória.

Similarmente, de acordo com a última versão dos *Restatements of the Law*⁴, donos de aviões e pilotos são civilmente responsáveis por danos perpetrados ao solo, mas não por colisões no ar. O risco de dano ao solo é não recíproco: donos de casa, motoristas de veículos e transeuntes não criam riscos a aviões. Os riscos de colisões no ar, entretanto, são gerados reciprocamente por todos aqueles que voam em aviões ou helicópteros. Dessa forma, o limite da responsabilidade por danos resultantes de colisões aéreas é bem mais alto que mero envolvimento na atividade do voo. Para ser responsabilizado por dano emergente de colisão com outro avião, o piloto deve voar de maneira negligente ou deve manter a aeronave de maneira negligente – deve-se gerar riscos anormais de colisão a outros aeroplanos. A negligência, em específico, deve ser engendrada no curso da atividade.

A despeito de qualquer atividade criadora de riscos por parte do Requerido, a própria vítima pode eliminar seu direito à compensação. Caso ela crie um risco que indevidamente exceda a norma da reciprocidade, diz-se que a ação contribuiu negligentemente, negando-se recuperação. A ação desproporcional da vítima é denominada *Contributory Negligent*⁵.

O Paradigma da Reciprocidade é responsável pela negativa de recuperação quando a vítima impõe riscos excessivos sobre o Requerido, pois o efeito fático-jurídico da negligência contributiva é tornar o risco novamente recíproco, de modo que a tomada de ameaça do Requerido não sujeita a vítima a uma privação relativa de segurança.

Curioso anotar que boa parte da doutrina ressalta a injustiça da negligência contributiva⁶. É que se a vítima atuar de maneira levemente negligente ocorre a total negativa de compensação.

⁴ Reafirmações da Lei (tradução livre) são fontes secundárias que pretendem reexpor os princípios gerais que constituem a *Common Law* em suas áreas particulares. Eles são escritos pelo Instituto Americano de Direito (*American Law Institute – ALI*), uma organização prestigiada composta de professores, juízes e advogados notórios. Disponível em: <<http://www.kentlaw.edu/academics/lrw/tutorials/restate.htm>>. Acesso em: 25 out. 2011.

⁵ Negligentemente Contributiva (tradução livre).

⁶ Martin & Jones (disponível em: <<http://www.martinandjones.com/what-is-contributory-negligence>>. Acesso em: 25 out. 2011) e Bruce D. Jones (disponível em: <<https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&docid=6+Ind.+Health+L.+Rev.+107&srctype=smi&srcid=3B15&key=a1ec1780f5c1b67aad4f1b98b88a32a1>>. Acesso em: 25 out 2011).

Considerada ultrapassada, tal doutrina foi lenta porém gradualmente substituída pela hoje conhecida *Comparative Negligence*⁷ ou *Comparative Fault*⁸, segundo a qual o indivíduo receberá a indenização na exata proporção que o júri entender cabível pela sua parcela de culpa no fato danoso⁹. Sob a ótica da Negligência Contributiva, se a vítima for 30% responsável pelo dano sofrido, perde 100% da indenização, conquanto ao se abordar o tema no prisma da Culpa Comparativa, o Requerente ainda recebe a indenização, posto que apenas 70%, pois teve 30% de participação no desfecho que veio a lhe ser lesivo¹⁰.

Dissecou-se até o momento a questão do direito da vítima à reparação. Cuidemos agora da análise acerca da obrigação de indenizar, imposta aos Requeridos das ações de reparação civil.

Se o dano sofrido pela vítima resulta de um risco não recíproco de dano, o Paradigma da Reciprocidade infere que esta tem direito à compensação. Poder-se-ia dizer então que o Requerido está sob o dever de pagar? Como já mencionado, nem sempre.

O paradigma em questão também determina que riscos criados desproporcionalmente podem ser desculpados em determinadas situações. Escrevendo sobre *Excusing nonreciprocal risks*¹¹, Fletcher (1994) diz que se deve “determinar se há possibilidade da existência de fatores em uma situação particular que desculpariam o Requerido da obrigação de pagar a indenização.” (FLETCHER, 1994, p. 53)

Um caso emblemático e de certa forma norteador do estudo das *Excuses*¹² nos *Torts* é o de *Weaver v Ward*¹³. A narrativa fática do *case* em questão dá conta de que *Weaver* e *Ward* eram soldados militares treinados, os quais exibiam uma luta de mosquetões em frente ao rei. *Ward* acidentalmente teria aberto fogo com sua arma, atingindo *Weaver*, o qual por meio de *actio*

⁷ Negligência Comparativa (tradução livre).

⁸ Culpa Comparativa (tradução livre).

⁹ Disponível em: <<http://uniformlaws.org/ActSummary.aspx?title=Comparative%20Fault%20Act>>. Acesso em: 25 out. 2011.

¹⁰ Disponível em: <<http://www.accidentinfo.com/blog/understanding-comparative-fault-negligence-liability/>>. Acesso em: 25 out. 2011.

¹¹ Desculpando-se riscos não recíprocos (tradução livre).

¹² Desculpas (tradução livre).

¹³ Disponível em: <uwtortswikimiller.wetpaint.com/page/Weaver+v.+Ward>. Acesso em: 01 ago 2011.

judicial teria pleiteado reparação sob acusações de *assault*¹⁴ ou *battery*¹⁵. *Ward*, Requerido no procedimento, se defende sustentando que o fato foi acidental e não intencional.

O questionamento posto nesse caso em particular foi acerca da possibilidade de um Requerido ser responsável por um dano acidental de *assault* ou *battery*. A decisão determinou que um Requerido não pode ser responsável em uma ação por conta de uma violação pessoal se esta for puramente acidental, inevitável ou sem negligência, embora o fardo da prova seja da defesa do próprio Requerido.

O grande ponto desse caso em particular é que o *King's Bench*¹⁶, ao decidir o pleito, exemplificou diversos casos de exclusão de responsabilidade estrita. Um deles seria se o Requerido fosse compelido fisicamente a agir, caso em que um indivíduo pegasse a mão do primeiro e atingisse uma terceira pessoa; outro mencionado foi se o Requerente subitamente aparecesse na linha de fogo de uma arma disparada pelo Requerido que não tinha como saber que o primeiro interromperia a trajetória do projétil (FLETCHER, 1994, p. 54). A percepção em todos esses casos é que a racionalidade para se negar a existência de *liability*¹⁷ reside no fato de que o Requerido teria agido total e inteiramente “sem culpa”, o que conseqüentemente excluiria qualquer sinal de dolo.

Ambos os exemplos supramencionados, listados no *decisium* de *Weaver v Ward*, correspondem às categorias de escusas aristotélicas de compulsão e ignorância inevitável. Cada uma das mencionadas exemplificações deu origem a uma sequência incontável de casos em que foi negada responsabilidade em situações de criação de risco desordenado.

A escusa aristotélica da compulsão, *vg*, encontrou respaldo na Doutrina da Emergência, a qual perdoa riscos excessivos e não recíprocos criados em casos nos quais o Requerido é pego em uma situação inusitada e

¹⁴ Medo de conduta danosa ou agressão física imediata (tradução livre).

¹⁵ Lesão corporal (tradução livre).

¹⁶ Nome dado à Suprema Corte da Grã Bretanha, possivelmente traduzido como “Banco” ou “Assento do Rei”. Assim é chamada sempre que o monarca é do sexo masculino. Dessa forma, atualmente se tem uma “Queen’s Bench”, ou “Banco da Rainha”. Fonte: <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/King's+bench>

¹⁷ Responsabilidade no sentido legal (tradução livre).

pessoalmente perigosa. O caso emblemático, nessa situação, é *Cordas v Peerless Transportation Co*¹⁸, de 1941 (Nova Iorque). A narrativa fática do *case* em questão dá conta de que um criminoso teria entrado em um táxi e ameaçado atirar na cabeça do motorista. Este, em resposta, pulou para fora do automóvel em movimento, o qual subiu uma calçada, atingindo a mãe e as duas crianças do Requerente.

Algumas foram as conclusões contidas na decisão da *actio*: a) negligência é a falha em exercer o cuidado e a cautela que uma pessoa razoável e prudente ordinariamente exercitaria sob condições ou circunstâncias normais; e b) a Lei não pode requerer de alguém em uma situação de emergência o exercício de um julgamento maduro requerido sob circunstâncias em que há uma oportunidade para tomada de ação ponderada. O *decisium* inclui a seguinte passagem: “Quem pode ser sábio, ficar surpreso, ser temperado, ficar furioso, ser leal e neutro em um único momento? Homem algum.” (FLETCHER, 1994, p. 54)

O caso foi resolvido com base em um sopesamento entre padrão habitual de cuidado, pessoa razoável e prudente e uma situação de emergência. O resultado foi que a *motion to dismiss*¹⁹ do Requerido foi concedida, extinguindo-se o feito com julgamento do mérito.

O risco tomado pelo motorista foi excessivo, injustificado e irrazoável. Ainda assim as circunstâncias esmagadoramente coercitivas significavam que ele, pessoalmente, estava desculpado de fugir de um táxi em movimento que eventualmente veio a atropelar alguns indivíduos que nada tinham a ver com a relação de riscos entre o motorista e o criminoso.

Como é possível de se ver no caso apresentado, a escusa de compulsão e ignorância inevitável trouxeram dimensão às hipóteses traçadas em *Weaver v Ward*. “Portanto, a questão de racionalmente definir que um grupo deverá ser responsável se torna uma questão de o que se pode razoavelmente demandar de um indivíduo sob circunstâncias incomuns.” (FLETCHER, 1994, p. 55)

¹⁸ Disponível em: <uwtortswikimiller.wetpaint.com/page/Cordas+v.+Peerless+Transportation+Brief>. Acesso em: 01 ago 2011.

¹⁹ Moção para que o caso seja extinto sumariamente (tradução livre).

2.2 O PARADIGMA DA RAZOABILIDADE

Com o tempo a visão do Paradigma da Reciprocidade se tornou ultrapassada, estigmatizada por muitos estudiosos da *Tort Law* como limitada, pois se percebeu que a problemática da responsabilidade vai muito além da relação Requerente-Requerido. Ademais, a própria determinação da proporcionalidade entre o risco criado pelas partes não é objetiva, de modo a tornar os casos notavelmente pessoais, muito além do que se espera da ciência judicial.

Com efeito, até a metade do século XVIII o Paradigma da Reciprocidade dominou o ordenamento de danos interpessoais. Foi somente no curso do século XIX que os conceitos subjacentes do mencionado sistema gradualmente assumiram novos contornos, com novas bases e premissas. (FLETCHER, 1994, p. 53)

O novo paradigma desafiava a noção de que a responsabilidade sobre a reparação de danos poderia ser decidida simplesmente por uma questão de equidade, sem levar em conta a consequência que isso poderia gerar para a comunidade como um todo. Posteriormente ainda se questionou o direito da vítima à recuperação e o dever do perpetrador do dano de recuperá-la eram elementos distintos.

Basicamente ocorreu uma remodelagem na forma de se pensar e de se abordar a temática. A evolução na determinação de *liability* se fez presente através da tomada de consciência da própria jurisprudência de que os fatores relevantes na *quaestio* iam muito além do que comumente se relevava.

O núcleo dessa alteração revolucionária foi a absoluta mudança no significado técnico do termo “culpa”. Nas origens da *Common Law of Torts*, “culpa” era uma unificação de toda a miscelânea de escusas disponíveis e possíveis de gerar um veredicto de improcedência no pleito judicial de reparação. Frente ao surgimento desse novo paradigma a culpa se tornou um questionamento acerca do contexto e da razoabilidade da conduta criadora de risco do Requerido.

Transmutá-la de uma interrogação no tocante às escusas a uma discussão acerca da razoabilidade de se tomar um risco pôs bases para uma

nova abordagem acerca da responsabilidade civil. Isso estabeleceu um marco para se atar a determinação de responsabilidade à maximização da utilidade social, levando à conexão conceitual entre a questão de culpa (dever do Requerido de indenizar) e o direito da vítima de se recuperar.

Percebe-se então que o cerne dessa abordagem é basicamente que o interesse social se posta acima do privado, representando “um comprometimento ao bem-estar da comunidade como critério para determinar tanto quem tem direito a receber e quem deve pagar compensação.” (FLETCHER, 1994, p. 48)

Elementos externos à relação Requerente-Requerido agora entram na questão de se determinar a responsabilidade e o merecimento de reparação. Os dois questionamentos distintos no Paradigma da Reciprocidade – quais sejam, se o risco foi ou não recíproco e se ele foi escusável – são condensados em apenas um sob o Paradigma da Razoabilidade: o risco foi razoável?

A problemática da razoabilidade do risco vai muito além, como já mencionado, da relação entre as partes do processo. Passa-se a realmente avaliar se o perigo foi ou não razoável tendo que se levar em conta a ameaça em potencial não somente para com o Requerente, visto que também para a sociedade como um todo.

O homem razoável, o homem comum, se tornou uma figura central, praticamente indispensável no Paradigma da Razoabilidade. Ele é o norte, a margem para a atuação de todos os indivíduos, assim como a Norma Fundamental de Hans Kelsen o seria para todos os procedimentos de produção legislativa.

Homens razoáveis presumivelmente procuram maximizar a “utilidade”; portanto, perguntar o que o homem razoável faria é questionar acerca da justificabilidade do risco. É esse novo fator que vai determinar o direito da vítima, do Requerente, à compensação pelo dano supostamente suportado.

Porém o que determina se a ameaça foi de fato razoável ou não? Trata-se de um direto sopesamento de custos e benefícios. Se o perigo trouxe um benefício, uma utilidade social, então se trataria de um risco razoável, de

modo que a vítima não teria direito à reparação por parte do perpetrador. No entanto, caso a atividade geradora da ameaça traga consigo um custo, uma desutilidade social, nasce, pois, o direito do Requerente à reparação.

O caso icônico e pivotante na aplicação desse novo paradigma foi o de *Brown v Kendall*, julgado posteriormente pela Suprema Corte do Estado de Massachussets, em 1850²⁰, responsável pela aparição do homem razoável, ou homem comum. A narrativa fática do case em questão dá conta de como o cachorro de Brown estava brigando com o de Kendall. Enquanto este tentava separar os animais atacando-os com um bastão, o primeiro simplesmente observava de perto, até o momento que foi atingido no olho pelo objeto. Brown acionou Kendall judicialmente por *assault e battery*.

A instrução deu conta de vários elementos, dentre eles: 1) se o Requerido estava efetuando um ato necessário ou um que era seu dever de efetuar; fazendo-o na maneira devida, então ele não poderia ser responsabilizado pelos danos, partindo do princípio que teria lançado mão de um nível razoável de cuidado; 2) se o ato era desnecessário ou se Kendall não tivesse o dever de separar os cães, ele era responsável pelo ferimento de Brown, a não ser que sua cautela fosse extraordinária e o acidente inevitável – no entanto, Brown não poderia se recuperar, seja qual fosse a situação, se ele próprio não tivesse exercido cautela razoável para evitar o ferimento; e 3) se Kendall tivesse o dever de interferir, então Brown tinha o ônus da prova de demonstrar a negligência praticada por Kendall e que ele mesmo teria usado de cautela razoável para evitar o ferimento – se o ato fosse desnecessário, Kendall tinha o ônus de demonstrar que ele tinha lançado mão de cautela extraordinária ou que Brown não tinha sido razoavelmente cauteloso para evitar o ferimento.

São contundentes as diversas remissões ao padrão do razoável ou ao que seria ordinariamente esperado dos indivíduos, trazendo esse novo elemento como referência nas interpretações acerca de *civil liability*²¹. Ademais, a conclusão atingida acerca da responsabilidade por negligência é de que o Requerente não tem direito à recuperação se tanto ele quanto o Requerido

²⁰ Disponível em <<http://www.lawnix.com/cases/brown-kendall.html>>. Acesso em: 02 ago. 2011.

²¹ Responsabilidade na forma civil (tradução livre).

lançaram mão de cautela ordinária, ou que este estava sendo ordinariamente cauteloso enquanto aquele não, ou mesmo que nenhuma das partes estava sendo razoavelmente cautelosa.

O posicionamento tomado por Shawn, então presidente da Suprema Corte do Estado de Massachusetts, no caso em comento abriu caminhos para um novo e poderoso uso do padrão da culpa. Ele sustentava que o cerne da questão não era a escusa da criação negligente de risco, posto que possa justificar riscos de danos criados voluntariamente e com conhecimento de seus efeitos.

Consideremos os seguintes casos: a) o Requerido dirige um carro de rua, sabendo que pedestres ocasional e desavisadamente atravessam a estrada e b) o policial Requerido atira em um transgressor em fuga, sabendo que com isso arrisca acertar um espectador. Todas essas vítimas certamente teriam um veredicto em seu favor sob a luz do Paradigma da Reciprocidade, porquanto o risco criado pelos Requeridos claramente é desproporcional e não se trata de nenhum caso explícito de desculpa.

No entanto a orientação de Shawn foi recebida positivamente pelos juízes e doutrinadores do final do séc. XIX e início do séc. XX: a questão não era mais a proporcionalidade entre riscos, mas sim se o Requerido agiu com cuidado e prudência razoáveis e ordinários. O teste para se justificar riscos se tornou uma comparação utilitarista direta de custos e benefícios da atividade criadora de ameaças.

A grande conclusão foi que homens razoáveis – o homem comum – “fazem o que é justificado por um cálculo utilitário; de que a atividade justificada é lícita; e que atividades lícitas deveriam ser eximidas de responsabilidade civil.” (FLETCHER, 1994, p. 57)

Basicamente o que se vê é que o Paradigma da Razoabilidade provê um teste de atividades que devem ser encorajadas, pois entendidas como vantajosas para a coletividade. No mesmo entendimento se determina que os julgamentos, a utilização da máquina estatal do *Judiciary*²² não é o meio apropriado para encorajar tais práticas (FLETCHER, 1994, p. 57).

²² Poder Judiciário (tradução livre).

A percepção que ambos paradigmas concedem à visão do *Judiciary* sobre as questões que lhes são postas é principalmente distinguir quais os riscos que representam uma violação dos interesses individuais e quais aqueles que são meramente de segundo plano, os que devem ser naturalmente suportados como premissa para uma convivência em sociedade.

O ponto chave entre ambos os paradigmas é o teste provido por cada um deles para se determinar e filtrar os mencionados riscos de segundo plano.

O Paradigma da Reciprocidade coloca que se deve suportar sem direito à recuperação cível os riscos que todos impomos reciprocamente uns aos outros. Dessa forma, se todos dirigem veículos, deve-se sofrer os ônus e bônus da atividade de direção, comum a todos os outros cidadãos que tenham adquirido o direito de exercer essa atividade.

O Paradigma da Razoabilidade, por sua vez, determina que as vítimas devem suportar e absorver os custos de qualquer ameaça que possa ser determinada como razoável, aquela que pode ser gerada em atividades ordinárias e comuns. Dessa forma, maximiza-se a utilidade composta do grupo, da sociedade, mesmo que o perigo possa não ser aquele de segundo plano mutuamente criado, ou seja, bilateral.

Percebe-se, com o exposto, que a doutrina da *Tort Law* na atualidade possui um sentido fortemente utilitarista ou mesmo praxista. Como visto, o sopesamento de custos e benefícios leva em consideração primordialmente o custo e benefício social.

Pode-se traçar como exemplo a pacificação de comunidades no Rio de Janeiro. Se um civil inocente fosse baleado durante a invasão das tropas armadas, ante o Paradigma da Reciprocidade ele aparentemente teria direito à recuperação, visto que o perigo gerado devido ao manuseio da arma pelo soldado seria desproporcional entre ambas as partes.

No entanto, sob o Paradigma da Razoabilidade, o risco criado pelo soldado durante tal operação não somente é razoável, em se determinando que ele lançou mão de cautela ordinária, tal ameaça não é de segundo plano. O risco criado pela ação da qual resultou o dano era razoável em se tratando da conjuntura social naquele momento.

No fim das contas a interação entre cada um dos mencionados paradigmas nada mais é que o embate entre duas formas, duas estratégias para se traçar justificativas na distribuição de fardos no sistema legal. O primeiro determina que os fardos são impostos naturalmente de forma recíproca e equânime, enquanto são os indivíduos que quebram esse equilíbrio originário. O segundo, por sua vez, parte do princípio que é um direito pessoal, talvez até fundamental, de todo indivíduo desfrutar basicamente do mesmo nível de segurança que a sociedade como um todo e apela à conduta das vítimas para determinar o escopo do direito de segurança igualitária.

Os limites são extrapolados ao se vislumbrar o complexo de casos em que uma atividade socialmente útil naturalmente impõe riscos não recíprocos e totalmente desproporcionais àqueles em torno desta. Exemplos disso são as atividades de automobilismo, voo de avião, poluição do ar, explosões, resumindo: ameaças recorrentes da vida moderna.

Para que se analise o conflito formado pelo desempenho de atividades extremamente necessárias à convivência em sociedade e que por si só trazem riscos tangivelmente desproporcionais entre aqueles que se beneficiam e os que sofrem com elas a corte deve abordar a matéria atribuindo um valor social à atividade em questão.

Dessa forma, vislumbra-se uma predominância do Paradigma da Razoabilidade como um todo sobre as cortes americanas. O homem razoável (homem comum) é uma figura por demais popular para ser deixada para trás. A grande questão é que “o uso da litigância para se perseguir metas sociais é demasiado arraigado, porém o recurso ao paradigma pode muito bem ser mais por estilo do que substância” (FLETCHER, 1994, p. 57).

Pode-se dividir tanto a *Tort Law* quanto a Responsabilidade Civil em dois grandes âmbitos: a abordagem (cognição) técnico-jurídica dos casos, na qual se determina a culpa e a reponsabilidade pelo acontecimento; e a sistemática condenatória, através da qual se estipula tanto o montante *debeatur* quanto a forma indenizatória.

Com efeito, a primeira é o substrato teórico para o entendimento deste trabalho, assim como para a aplicação da segunda, que é o foco deste trabalho, a qual, portanto, será abordada a seguir.

2.3 O INSTITUTO DOS *PUNITIVE DAMAGES*

Antes de se explorar o mecanismo norte-americano de indenização, faz-se importante conceituar o que viria a ser dano. Pereira (1993) traça uma delimitação simples e abrangente, caracterizando dano como “toda ofensa a um bem jurídico.” (PEREIRA, 1993, p. 53)

Por sua vez, Cavalieri Filho (2008) o define como sendo:

A subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc. (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 71)

Ou seja, o dano pode ter efeitos distintos: sobre a esfera material e/ou moral do indivíduo. Tratando separadamente cada figura, o autor afirma que o dano material tem seu efeito sobre os “bens integrantes do patrimônio da vítima, entendendo-se como tal o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis em dinheiro.” (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 71) No que toca o dano moral, define que “assim como a febre é o efeito de uma agressão orgânica, a reação psíquica da vítima só pode ser considerada dano moral quanto tiver por causa uma agressão à sua dignidade.” (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 80)

Com efeito, ações lesivas podem ter efeito sobre o âmbito extrapatrimonial do indivíduo. Silva (1983) conceitua o dano moral como sendo as “lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural de direito em seu patrimônio ideal, em contraposição ao material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico.” (SILVA, 1983, p. 57) A jurisprudência pátria traça uma definição substancialmente mais palpável que a doutrinária:

Entende-se dano moral como sendo lesão praticada contra direitos essenciais, dentre os quais o direito à integridade moral (honra), à imagem e à intimidade, tem-se como espécie de ato ilícito, com reflexo danoso ao patrimônio imaterial da vítima. (STJ, 2003)

O indivíduo responsável pelos danos sofridos pela vítima deve, pois, recuperá-la financeiramente. Como no ordenamento brasileiro não se pode condenar ao trabalho no intuito de compensar o Requerente, na *common law*

também toda sentença indenizatória possui, via de regra, pecúnia por objeto de condenação.

A condenação é estipulada com base em dois pilares: *general damages*, que trata dos danos extrapatrimoniais, como sofrimento psicológico ou perda de reputação, e *special damages*, o qual versa acerca dos danos patrimoniais, como perda financeira imediata e diminuição de rendimentos econômicos²³.

Verificada a necessidade de indenização, seja por *special* ou por *general damages*, a materialização do mandamento judicial se dá por meio de dois mecanismos distintos, ainda que arbitrados em um único *decisio*.

O primeiro é uma gama de pagamentos intitulados *compensatory damages*, ou “danos compensatórios”. Esse instrumento indenizatório tem por finalidade o refazimento das perdas pessoais e financeiras sustentadas pela vítima²⁴, incluindo a reparação de danos emergentes e lucro cessante – ou seja, qualquer diminuição patrimonial diretamente resultante do ato danoso –, assim como de danos de ordem moral/extrapatrimonial²⁵. Portanto, vê-se que os *compensatory damages* englobam tanto os *special* quanto os *general damages*.

Por exemplo, um indivíduo tem a traseira de seu veículo atingida por um caminhão e, por resultado, sofre contusões e deve permanecer no hospital por alguns dias. A vítima pode demandar judicialmente tanto o pagamento dos danos sustentados pelo veículo, despesas médicas, perda salarial e outras implicações estritamente financeiras, assim como indenização pelo abalo psíquico proveniente do acontecimento – todos englobados na cifra de *compensatory damages*.

Frise-se aqui que os Tribunais brasileiros têm uma tendência muito forte a classificar esse tipo de acontecimento como “mero aborrecimento”,

²³ Disponível em: <<http://www.worldlawdirect.com/article/2542/compensatory-damages.html>>. Acesso em: 12 out. 2011.

²⁴ Disponível em: <<http://dictionary.law.com/Default.aspx?selected=258>>. Acesso em: 12 out. 2011.

²⁵ Disponível em: <<http://www.litigationlawfirms.com/resources/lawsuits-and-disputes/litigation/types-damages.htm>>. Acesso em: 12 out. 2011.

portanto não indenizável dentro do escopo do “dano moral”²⁶, posicionamento tangivelmente diverso daquele encontrado no Direito norte-americano, no qual facilmente uma conduta se torna indenizável.

Para ser indenizado por *compensatory damages*, o Requerente deve provar ter sofrido danos legalmente reconhecíveis e que sejam compensáveis por certa quantia em dinheiro, apurável objetivamente por um juiz ou júri²⁷. Como no Brasil não se presume o dano material e, ante a vedação de iliquidez da sentença²⁸, deve haver comprovação documental específica do dano supostamente sustentado pelo requerente, a ser levantada na fase instrutória do processo. Tal comprovação deve ser suficiente a embasar a retidão da cifra arbitrada no dispositivo da sentença ou quiçá (no Brasil) em sede de liquidação.

Porém o arbitramento indenizatório não para nos *compensatory damages*, como seria no ordenamento brasileiro. Para exemplificar o que se verá a seguir, mister citar um caso famoso nos EUA. Os Ford Mustang, por um defeito de design de engenharia, o tanque de combustível foi colocado sob o assoalho do porta-malas, logo atrás do eixo traseiro. Resultado, quando o veículo sofria colisões traseiras levemente violentas, pegava fogo ou explodia. Mais de 200 pessoas já morreram até hoje dessa forma – queimadas vivas – vítimas desse simples defeito de fabricação²⁹. Apesar de o problema ser conhecido pela empresa, por uma significativa parcela da população e pelo próprio Poder Judiciário, que já arbitrou ganho de causa para centenas de Requerentes, nada foi feito pelo fabricante para se alterar tal realidade por algumas décadas.

Como então se coage um forte conglomerado a consertar um defeito, principalmente quando há significativo potencial para tomar vidas? Torna-se caro demais não o resolver.

²⁶ Nesse sentido: TJSC – Apelação Cível nº 2010.026924-1; TJSP – Apelação nº 9174317-09.2009.8.26.0000

²⁷ Disponível em: <<http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/Compensatory+Damages>>. Acesso em: 12 out. 2011.

²⁸ Vista no artigo 459, parágrafo único, do Código de Processo Civil: “Quando o autor tiver formulado pedido certo, é vedado ao juiz proferir sentença ilíquida.”

²⁹ Disponível em: <<http://www.safetyforum.com/fordmustang/>>. Acesso em: 26 jun. 2011.

Afirma-se como necessário um instituto apto a coibir ou a desestimular certos danos particularmente graves cuja dimensão é transindividual, ou comunitária, sendo certo que a pena pecuniária é eficiente fator de desestímulo. (MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005, p.21)

Por essa razão, além dos danos compensatórios, pode sobrevir a condenação em *punitive damages*, também chamados de *exemplary damages*, *vindictive damages* ou *smart money*, cuja tradução respectiva seria “danos punitivos”, “danos exemplares”, “danos vingativos” ou “dinheiro esperto”. Na *common law* norte-americana utiliza-se preferencialmente o primeiro termo, que poderia ser traduzido de forma mais erudita como “indenização de natureza punitiva pela conduta danosa”³⁰. Como bem pontua Leal, sua aplicação é possível apenas no âmbito da *Tort Law*, ou seja, responsabilidade civil extracontratual.

Esse instituto serve exclusivamente para punir o ofensor, seja a ofensa culposa ou dolosa, fazendo desse um modelo para que outros indivíduos não incorram na mesma atividade faltosa. Seu intuito é traçar um exemplo (por isso *exemplary damages*) para que o ofensor não reitere a prática ilícita e nem que outros possíveis ofensores incorram na mesma conduta³¹, através de um aumento radical do custo de se praticar tal ato faltoso. Nota-se, com isso, que o foco da condenação deixa de ser o dano perpetrado, mas sim o ofensor e principalmente sua conduta.

Tal instituto traça um entendimento, não seguido pelo direito brasileiro, de que “a mera reparação é apta a gerar pacificação social, mesmo em âmbito privatístico. Visa, outrossim, introduzir no âmbito do direito civil, a idéia de pena ou sanção privada.” (LEAL, 2008) Bem se sabe que a punição é restrita ao âmbito criminal, porém os *punitive damages* trazem essa função ao direito civil, firmando o entendimento que punição deve, sim, integrar o âmbito civil, pois muitas condutas passíveis de admoestação não são restritas da criminalística.

³⁰ Tradução livre.

³¹ Disponível em: <<http://dictionary.law.com/Default.aspx?selected=1690>>. Acesso em: 12 out. 2011.

Há quem diga que a função dos *punitive damages* se assemelha à do Direito Penal³², conquanto o Estado não consegue aprisionar ou mesmo processar criminalmente todos aqueles que cometem atos faltosos, sua ação é de publicitar e, com isso, desencorajar a atividade tida por ilícita. Ainda, tendo em vista a dificuldade do acesso ao judiciário e do próprio trâmite processual, muitos indivíduos sequer levam suas pretensões à apreciação do Judiciário, de modo que muitos casos de atuação ilícita sequer se tornam públicos, razão pela qual a condenação em *punitive damages* teria o condão de abarcar esses fatos que nem ao menos são levados a conhecimento do Juiz.

A aplicação dos *punitive damages* é restrita aos casos de *Tort Law* em questão extracontratual, ou seja, somente em casos que estejam sob a guarda da responsabilidade civil. Nesse esteio, em outras palavras:

Os *punitive damages* só podem ser concedidos na relação extracontratual quando provadas circunstâncias subjetivas que se assemelham à categoria continental do dolo, quais seja: *malice, wantonness, willfulness, opresion, fraud*, entre outras. (MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005, p. 23).

Ainda que seja geralmente pedida, a indenização de *punitive damages* na maioria das vezes é negada pelos jurados norte-americanos³³.

Diferentemente dos *compensatory damages*, que podem ser calculados com base em notas fiscais e outros documentos relevantes, o valor dos *punitive damages* é discricionário. “The court has wide scope in determining the amount of the award; as long as the amount is reasonable the decision of the court will be upheld.”³⁴

Tal análise leva em conta apenas a conduta do ofensor e as circunstâncias do evento que desencadeou o dano. Se aquele agiu de má-fé, mediante fraude ou violência, são elementos que tornam a conduta mais repreensível, o que alavanca ainda mais o montante da cifra condenatória.

³² Nesse sentido, assevera Leo Michel Romero em seu artigo “Punitive Damages, Criminal Punishment, and Proportionality: The Importance of Legislative Limits”. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1444517>. Acesso em: 05 dez. 2011.

³³ Disponível em: <<http://dictionary.law.com/Default.aspx?selected=692>>. Acesso em: 12 out. 2011.

³⁴ A corte tem amplo escopo para determinar o *quantum* indenizatório – sendo o montante razoável, a decisão da corte será mantida. (Tradução livre) (Disponível em: <<http://www.unifiedinjury.com/content/what-difference-between-compensatory-damages-and-punitive-damages>>. Acesso em: 21 jun. 2011.)

E compete ao Júri, na maioria das vezes, a decisão de cabimento ou não de *punitive damages*, assim como o arbitramento de seu valor pois “nos Estados Unidos as ações indenizatórias são julgadas perante o tribunal do júri.” (RIBEIRO, 2006, p. 61) Casos regidos pela *Tort Law* são decididos por júris e tradicionalmente o sistema jurídico norte-americano deposita grande importância no papel do júri para decidir questões relevantes, confiando neste como um garantidor de equidade, bastião contra a tirania e fonte de valores cívicos.

Isso, apesar de terem sido (e serem) tantos e tamanhos os abusos, tão gritante a “comercialização” e a ideologização dos casos judiciais no âmbito dos *punitive damages*, que uma suspeição generalizada erodiu a histórica confiança no papel do júri para tal mister (MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005, p. 28).

Diversas são as explicações para tal suspeita, dentre elas incluem-se posturas naturalmente aversas a réus ricos, impulso natural a favor da redistribuição de riqueza, incompetência ou inabilidade de compreensão acerca da complexidade natural do processo de arbitramento de *quantum* indenizatório, e características subjetivo-psicológicas de alguns indivíduos que os predispõe ao arbitramento de *punitive damages*. (Harvard Law Review, 1997, p. 1517)

Fala-se, inclusive, que o sistema jurídico norte-americano atravessa uma chamada “indústria das indenizações milionárias”, muitas vezes chamada de *Tort Lottery*³⁵. Ainda que os *punitive damages* tenham um papel social importantíssimo, de moderação de atuações ilícitas, acredita-se que haja a possibilidade de descontrole e que o atual cenário jurídico demonstra claramente tal realidade. Daí surge um posicionamento hodierno crescente da Suprema Corte a fim de limitar o possível *quantum* adquirido pelas indenizações a título de *punitive damages*, o qual tende a alcançar cifras extraordinárias propositalmente.

Um caso emblemático foi *BMW of North America v. Gore*³⁶, de 1996. A narrativa fática dá conta de que antes do envio aos Estados Unidos, cerca de mil novas BMW foram danificadas por chuva ácida, tendo sido repintadas e

³⁵ Loteria da responsabilidade civil – tradução livre. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero28/artigo02.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2011.

³⁶ Disponível em: <<http://www.4lawschool.com/civil/bmw.shtml>>. Acesso em: 13 out. 2011.

enviadas às concessionárias sem aviso do acontecimento. Um comprador, Gore, teve conhecimento do fato e acionou judicialmente a representante da marca em nome próprio e de outros quase mil compradores.

O veredicto foi condenatório, estipulando *compensatory damages* na monta de quatro mil dólares para cada proprietário, assim como *punitive damages* na cifra de quatro milhões de dólares, em razão da ocultação. Evidentemente a marca apelou, sendo que a suprema corte de Alabama entendeu que a condenação era excessiva, reduzindo-a para dois milhões de dólares.

O posicionamento adotado pela Corte foi orientado por três pilares: a) o quão repreensível seria a omissão; b) disparidade entre o dano perpetrado (Us\$ 4 mil) e o *punitive damage* arbitrado (Us\$ 4 milhões); e c) a diferença entre penalidades cíveis e criminais à luz do remédio punitivo.

Por essa razão, atualmente diversas limitações são colocadas por muitos Estados norte-americanos para que apenas situações como grosseira negligência, intenção ou negligência motivada por razões econômicas ou fraude possam alavancar uma condenação em *punitive damages*. Ademais, alguns estados impõem um “teto” no *quantum* condenatório³⁷.

Ainda acerca das recentes limitações impostas às cifras condenatórias dos *punitive damages*, o caso *Williams v Phillip Morris USA*. já toma força jurisprudencial (ainda que pendente de decisão final) ante a determinação da Suprema Corte dos Estados Unidos. Conta a narrativa que Jesse Williams morreu de câncer de pulmão com 67 anos de idade após fumar diariamente três carteiras de Marlboro por quase sua vida toda. Sua viúva processou a fabricante dos cigarros alegando que a empresa teria efetuado uma ampla campanha de supressão de informação sobre os malefícios do tabagismo, o que qualificaria a conduta como negligente e fraudulenta. A sentença do júri foi condenatória na cifra de Us\$ 821.485,50 em *compensatory damages* e Us\$ 79,5 milhões em *punitive damages*³⁸.

³⁷ Disponível em: <http://law.freeadvice.com/general_practice/legal_remedies/damages_punitive.htm>. Acesso em: 13 out. 2011.

³⁸ Disponível em: <<http://www.law.duke.edu/publiclaw/supremecourtonline/certGrants/2006/phivwil.html>>. Acesso em: 16 out. 2011.

No entanto, o juiz do feito entendeu ser a cifra excessiva, baixando-a para Us\$ 32 milhões, apesar de o julgamento ter sido proferido pelo tribunal do júri. Sob a égide do já mencionado *BMW v. Gore* (índice de reprovabilidade da conduta), a Corte de Apelos do Oregon reformou o entendimento do juiz, trazendo o valor novamente para os Us\$ 79,5 milhões iniciais. A Suprema Corte do Estado do Oregon decidiu pela não apreciação do feito, o que o levou à Suprema Corte dos Estados Unidos, esta enviando o caso de volta para apreciação, traçando diretrizes restritivas de interpretação. Apesar disso, a Corte de Apelos do Oregon manteve a cifra de Us\$ 79,5 milhões, assim como a Suprema Corte do Estado de Oregon – dessa vez apreciando o feito.

Levado novamente o feito à apreciação da Suprema Corte dos EUA, o entendimento³⁹ se deu no sentido de que não se pode condenar um Requerido em danos punitivos por atos que teria supostamente praticado contra indivíduos estranhos à lide – grossa violação à regra do Devido Processo Legal⁴⁰ –, porém o Requerente poderia levar ao conhecimento do Juízo elementos que comprovariam ser a conduta da parte adversa danosa a outras partes, possibilitando a punição da conduta em si, não da conduta para com esses outros indivíduos⁴¹.

O questionamento que permaneceu, com isso, é: como saber se a intenção do júri, ao firmar a condenação em *punitive damages*, também busca punir atuação danosa específica contra um estranho à lide? Entendeu-se que em casos que contenham evidência de conduta lesiva a partes não litigantes, proteções são necessárias para se assegurar que os júris determinem apenas o quão repreensível é a conduta ao firmarem o valor de *punitive damages*, não utilizando-os para punir uma conduta para com um estranho à lide. O principal mecanismo que atingiria esse fim seriam as instruções dadas pelo Juiz antes da deliberação do júri⁴².

³⁹ 5 votos a 4 a favor da *Phillip Morris USA*. Disponível em: <http://www.fulcrum.com/Court_Address_Punitive_Damages.htm>. Acesso em: 16 out. 2011.

⁴⁰ Trata-se de princípio processual judicial e extrajudicial, instituído pela 14ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América. Nesse sentido, consultar: <<http://www.14thamendment.us/>>.

⁴¹ Disponível em: <http://www.fenwick.com/docstore/publications/litigation/litigation_alert_02-23-07.pdf>. Acesso em: 16 out. 2011.

⁴² Sobre as instruções ao Júri: <<http://www.saclaw.lib.ca.us/pages/jury-instructions.aspx>>. Acesso em: 16 out. 2011.

Tal *decisium* vem para firmar o que já foi mencionado anteriormente neste trabalho, a intenção dos *punitive damages* é a repreensão da conduta ilícita, não de danos perpetrados contra indivíduos estranhos à lide. Porém seu conteúdo limitador da cifra arbitrada a título de danos punitivos há de ser questionado, uma vez que a justificativa para redução nunca explorou a razão adotada pelo júri que decidiu pela aplicação da admoestação pecuniária. A despeito disso, claramente manifesta o entendimento da Suprema Corte dos EUA de que a proporção entre o valor arbitrado a título de danos punitivos e compensatórios (na razão de 97 para 1) era largamente excessiva⁴³ – clara remissão ao já mencionado *BMW v. Gore*.

Percebe-se claro que o instituto dos *punitive damages* não navega por águas mansas sequer no país em que sua evolução e aplicação são mais vistas e consagradas. Em contrapartida, é inquestionável a função de pacificação social que exerce, ao exceder os horizontes da indenização e punição civis que vemos no ordenamento brasileiro, atingindo, em grande parte dos casos, empresas e conglomerados para, através da pecúnia, restringir e retificar uma atuação faltosa e ilícita para com cidadãos de bem.

Como se sabe, no ordenamento brasileiro distingue-se o dano perpetrado com efeitos no âmbito patrimonial e extrapatrimonial da vítima. Como leciona Gonçalves (2007, p. 338), “material é o dano que afeta somente o patrimônio do ofendido. Moral é o que só ofende o devedor como ser humano, não lhe atingindo o patrimônio”. Assim, enquanto os danos materiais são facilmente apuráveis, por meio de documentos ou mesmo prova oral, a lesão moral tem caráter inerentemente subjetivo quanto à fixação do *quantum* indenizatório, tendo em vista que sua fixação não pode ser medida documentalmente.

Na *common law* norte-americana, como já visto, os *compensatory damages* cumprem o papel de refazer a vítima tanto de *special* quanto *general damages*, pois têm por finalidade o refazimento das perdas pessoais e financeiras sustentadas pelo Requerente. Estaria então correto dizer que o instituto dos *punitive damages* é algo inteiramente alheio ao ordenamento

⁴³ Disponível em: <<http://www.publications.ojd.state.or.us/A106791.htm>>. Acesso em: 16 out. 2011.

brasileiro, visto que, em tese, os *compensatory damages* seriam o correspondente à totalidade dos instrumentos indenizatórios de nosso ordenamento? De modo algum.

Ao arbitrar a indenização por danos morais, os tribunais brasileiros seguem certos parâmetros:

A indenização dos danos morais deve levar em conta os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, **para que signifique uma reprimenda ao ofensor** [...], daí porque devem ser sopesados, sob a égide da experiência e do bom senso, o grau da culpa, a gravidade da ofensa e as realidades econômicas e sociais de cada uma das partes, de acordo com o caso concreto. (TJSC, 2011, grifou-se)

Ainda, nas palavras do Pretório Excelso:

[...] o valor da indenização há de ser eficaz, vale dizer, deve, perante as circunstâncias históricas, entre as quais avulta a capacidade econômica de cada responsável, guardar uma força desencorajada de nova violação ou violações, sendo como tal perceptível ao ofensor. (STF, 2006)

Percebe-se que os *punitive damages* estão inclusos na doutrina de indenização por danos morais como um dos elementos norteadores da fixação do *quantum*, um pressuposto basal de operacionalização da ferramenta. Enquanto a indenização por danos materiais deve se restringir à perda pecuniária apurável do Requerente, a indenização por danos morais tem também o papel de reprimir e desencorajar a conduta do ofensor.

No entanto, outro parâmetro utilizado na mensuração do montante indenizatório é o grande responsável pela não aplicação da doutrina dos *punitive damages* no ordenamento brasileiro: a vedação ao enriquecimento sem causa. Nesse sentido, cumpre colacionar julgado da Corte catarinense:

Na ausência de critérios objetivos para mensuração do valor econômico da compensação pelos danos morais, deve o julgador valer-se das regras de experiência comum e bom senso, fixando essa verba de tal forma que não seja irrisória, a ponto de menosprezar a dor sofrida pela vítima, ou exagerada, tornando-se fonte de enriquecimento ilícito. (TJSC, 2011)

E:

No que concerne à fixação do quantum indenizatório, a paga pecuniária não há que representar um enriquecimento sem causa para quem pleiteia o ressarcimento, mas deverá se mostrar suficiente

a ponto de desestimular o ofensor à reiteração da prática danosa. (TJSC, 2007)

E do Superior Tribunal de Justiça:

A indenização por dano moral objetiva compensar a dor moral sofrida pela vítima, punir o ofensor e desestimular este e a sociedade a cometerem atos dessa natureza. (STJ, 2002)

E:

Nesse diapasão, levando-se em conta o silêncio da legislação no que concerne aos preceitos destinados a aferição dos valores indenizatórios em sede de dano moral, a quantificação deverá ser feita levando-se em consideração a situação financeira vivenciada pelo agente causador do ilícito e a intensidade do sofrimento enfrentado pelo ofendido em sua esfera subjetiva, agregando-se a isto o respeito aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, devendo o quantum fixado restar-se capaz de atuar como meio educativo, no sentido de desencorajar a prática de outras situações danosas, bem como forma de compensação aos transtornos vivenciados pela parte ofendida, **sem, contudo, propiciar seu enriquecimento sem causa.** (STJ, 2010. Grifou-se)

Dos excertos supramencionados percebe-se que o arbitramento da cifra indenizatória a título de danos morais obedece a quatro princípios não dispostos em qualquer diploma legal: capacidade econômica do ofensor; sofrimento da vítima; repreensão da atividade lesiva; e vedação ao enriquecimento sem causa.

E não é à toa que a vedação ao enriquecimento sem causa vem exposta anterior ao desestímulo da conduta na citada decisão da Apelação Cível nº 2007.023862-4, justamente pelo fato de esse instituto ser o grande limitador dos montantes indenizatórios. Independentemente da dor experimentada pela vítima, da capacidade financeira do ofensor ou mesmo do grau de repreensão do ato ilícito, se a capacidade econômica do ofendido for restrita, de forma diretamente proporcional também o será a cifra da indenização por danos morais.

Expõe o Superior Tribunal de Justiça que “a indenização por dano moral objetiva compensar a dor moral sofrida pela vítima, punir o ofensor e desestimular este e a sociedade a cometerem atos dessa natureza” (STJ, 2002), porém sempre limitando-se pela vedação ao enriquecimento sem causa.

É tangível, pois, que o parâmetro da vedação ao enriquecimento sem causa seja superior aos outros (capacidade econômica do ofensor, sofrimento da vítima e repreensão da atividade lesiva), sendo a grande razão pela qual o instituto dos *punitive damages* não encontra guarida no ordenamento brasileiro. E não se trata de óbice implícito, visto que a jurisprudência o admite claramente:

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 (STJ, 2008).

Precisamente o mesmo texto foi utilizado nos julgamentos do Recurso Especial nº 210.101, de 20 nov. 2008; nº 401.358, de 05 mar. 2009 e do Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 2006/0262377-1, de 24 ago. 2010. Disso se percebe que o posicionamento é pacífico nos tribunais, de modo que os *punitive damages* não encontram guarida no sistema jurídico brasileiro em razão da vedação ao enriquecimento sem causa, instituído no artigo 884 do Código Civil vigente⁴⁴.

Eis, portanto, o sistema jurídico da responsabilidade civil no direito norte-americano, bem como o funcionamento de seus mecanismos indenizatórios, um deles sendo o foco da análise desenvolvida no presente estudo, para sua aplicação à luz do Direito do Consumidor, o qual será abordado adiante.

⁴⁴ Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

3 DIREITO DO CONSUMIDOR

3.1 QUESTÕES HISTÓRICAS

É nada hodierna a existência de uma classe denominada e entendida como “consumidores”. Desde os princípios da sociedade com raízes e estrutura capitalista, que tenha a troca – financeira ou não – como um de seus pilares, sempre existiu o consumidor, indivíduo que procurava e necessitava de um bem, adquirindo-o onerosamente. O Código Civil vigente, em seu artigo 481, trata da matéria fixando que, “pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro.”

A figura da moeda como hoje se conhece também não tem raiz contemporânea, sendo de tempos antes de Cristo suas primeiras aparições. De acordo com o breve histórico disponível no *website* do Banco Central do Brasil⁴⁵, na Grécia utilizou-se por tempos moedas de prata, enquanto na Lídia, pequena região da Ásia Menor, circulavam pequenos lingotes de uma liga de ouro e prata chamados *eletro*.

Seu papel sociológico vai muito além de mero catalisador de mercado:

As moedas refletem a mentalidade de um povo e de sua época. Nelas podem ser observados aspectos políticos, econômicos, tecnológicos e culturais. É pelas impressões encontradas nas moedas que conhecemos, hoje, a efígie de personalidades que viveram há muitos séculos. Provavelmente, a primeira figura histórica a ter sua efígie registrada numa moeda foi Alexandre, o Grande, da Macedônia, por volta do ano 330 a.C.⁴⁶

Porém antes de se entender o consumidor como hoje se o vê, pretérita é a noção de devedor. Na realidade, em sociedades primitivas, não se traçava grande discernimento conceitual entre institutos diversos. Confundia-se o devedor (*status* do indivíduo) e a própria noção obrigacional que tal condição envolve. É primordialmente desses tempos que se via a existência da prisão

⁴⁵ Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/?ORIGEMOEDA>>. Acesso em: 09 out. 2011.

⁴⁶ Idem.

por dívidas e a possibilidade de o devedor (ou sua família) ser escravizado, obrigado a trabalhar para suprir a dívida.

Foi com a evolução do Direito que teve início o declínio da noção de devedor como *res* em potencial, um possível objeto de propriedade do credor, rejeitando-o como alvo do direito real “para tratar o devedor como uma pessoa (um sujeito de direitos), que deve ser e permanecer livre apesar de obrigado.” (LORENZETTI, 2003, p. 13-18) É nessa conjuntura evolutiva que se percebe o surgimento de ideias suavizadoras desses rigorosismos arcaicos e já inadequados à consecução das *executio* obrigacional – “*favor libertatis, favor debitoris, favor stipulatorem*” (LORENZETTI, 2003, p. 18).

Dessa forma, nota-se que não somente o consumidor deixa de ser o objeto da possível constrição em favor do credor, como passa a ser encarado como sujeito de direitos. Deixa-se de lado a interpretação daquele como um mero fator do mercado para ser visto como o elemento central da relação.

Da mesma forma que o consumidor já foi sujeito de incontáveis condutas hoje tidas como ilícitas, no momento em que se enquadrava meramente na condição de devedor, atualmente se vê alvo de inúmeros abusos e transgressões que não clamam por uma evolução no Direito para serem classificadas como tal.

São inúmeras as formas das condutas abusivas perpetradas pelos estabelecimentos e comerciantes no mercado, não só brasileiro. Na atual conjuntura nacional o caso substantivamente mais comum de danos perpetrados contra o consumidor é do conhecido “abalo de crédito”, o qual se consubstancia por meio da indevida negativa de concessão do benefício. “Isto acontece pelo cadastro ou pela manutenção indevida do consumidor em órgãos de restrição ao crédito, como SPC⁴⁷, SERASA⁴⁸, CADIN⁴⁹ etc. ou pelo protesto indevido de títulos nos cartórios de protesto.” (GARCIA, 2009, p. 64)

⁴⁷ “O SPC Brasil é o sistema de informações das Câmaras de Dirigentes Lojistas – CDLs, constituindo-se no maior banco de dados da América Latina em informações creditícias sobre pessoas físicas e jurídicas, auxiliando na tomada de decisão para concessão de crédito pelas empresas em todo país.” (Disponível em: <<http://www.spc.org.br/>>. Acesso em: 09 out. 2011.)

⁴⁸ “A Serasa Experian, parte do grupo Experian, é o maior bureau de crédito do mundo fora dos Estados Unidos, detendo o mais extenso banco de dados da América Latina sobre consumidores, empresas e grupos econômicos.” (Disponível em: <http://www.serasaexperian.com.br>. Acesso em: 09 out. 2011.)

⁴⁹ “Cadastro Informativo de créditos não quitados do setor público federal.” (Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/?CADINFAQ>>. Acesso em: 09 out. 2011.)

Há até mesmo aqueles que arguem a ilegalidade do conhecido “rol de maus pagadores”, como Lucas Oliveira de Almeida⁵⁰.

Porém tais abusos são tão corriqueiros, já fazendo parte natural da relação de consumo que não mais são objetos de questionamentos. Não há dúvidas que o mercado se encontra saturado de empresas desrespeitosas para com seus clientes, consumidores em geral, tornando-se até mesmo surpreendente o momento em que se depara com empresa ou profissional liberal que preza pelo cliente.

Evidentemente não se busca arguir em prol da plena erradicação de conflitos. Em se tecendo crítica não há plausibilidade em mirar o inalcançável, pois sim o possível. Ora, a relação conflituosa é nada mais que inata ao homem contemporâneo, mormente em relações tão complexas como as de consumo, tornando inevitável a existência de conflitos.

E é justamente por essa característica inata das relações de consumo que o Estado passa a ter atuação ativa na proteção do consumidor, buscando reequilibrar uma relação naturalmente desequilibrada. Tal postura somente pôde ser alcançada através de uma limitação dos poderes do credor, evoluindo, no final da primeira década do século XXI, à aberta limitação da própria oferta de crédito, assim como em uma tomada de posturas contra o superendividamento⁵¹.

Busca-se o equilíbrio na relação através de um cerceamento da liberdade de atuação dos credores e assegurando-se direitos mínimos aos devedores, com o intuito de fazer valer verdadeira isonomia, uma igualdade dos mais fracos no direito privado, não apenas formal (na letra da Lei) mas materialmente, a igualdade dos desiguais – tratar desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade. É somente com a atuação interventora e ordenadora do Estado que se reequilibra essa relação tão intrinsecamente desequilibrada, assegurando-se direitos aos mais fracos e impondo deveres aos mais fortes.

⁵⁰ Disponível em: <<http://www.webartigos.com/articles/15053/1/SPC-E-SERASA-A-INCONSTITUCIONALIDADE-DA-RESTRICAO-AO-CREDITO-NAS-RELACOES-DE-CONSUMO/pagina1.html>>. Acesso em: 01 jul. 2011.

⁵¹ Acerca do tema: *O superendividamento e o Código de Defesa do Consumidor*, de Eduardo Antonio Andrade Amorim, disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/17597/o-superendividamento-do-consumidor>>. Acesso em: 02 jul. 2011.

A ideia da proteção ativa do mais fraco não tem origem no Direito Civil, e sim no Penal, de onde nasceu a ideia do *favor libertatis*, o favorecimento do mais fraco, trazendo assim a noção de que “a liberdade que deve ser preservada e protegida pelo direito é sempre a do mais fraco, a liberdade do outro, do *alter*, do parceiro mais fraco na relação de consumo.” (MARQUES, 2008, p. 30-31)

No entanto, o modelo que se vê hoje aplicado nessa atuação proativa do Estado em relação ao consumidor nem sempre foi o mesmo. A intervenção estatal em outras épocas era reduzidíssima, passando a ser cada vez mais contundente, demonstrando o inquestionável declínio do *laissez-faire*.

No Código Civil de 1916 a concepção do contrato como um instrumento fechado, intocável e inalterável era tangível, mormente em face do reduzido número de normas de ordem pública. A possibilidade de intervenção do julgador no conteúdo e equilíbrio contratuais era praticamente inexistente, mesmo diante de manifesta injustiça ou tangível enriquecimento da parte em detrimento da outra.

Com o reforço da posição intervencionista do Estado, marcante é o enfraquecimento da *pacta sunt servanda* em toda sua carga hermenêutica e de todos os princípios fundamentalmente insculpidos com fulcro na autonomia privada. Passou-se então a relativizar as convenções à luz da cláusula geral da boa-fé objetiva⁵², do equilíbrio econômico e, mais do que tudo, da função social do contrato.

Tais mudanças ganham corpo no Brasil ante a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a qual explicitamente assume que tem como fundamento:

A dignidade da pessoa humana e os valores sociais da livre iniciativa (art. 1.º, III e IV) e declara ser objetivo da República Federativa do

⁵² Trata-se de uma das cláusulas gerais dos contratos, no sentido de que todo instrumento contratual deve seguir os trilhos da boa-fé, ainda que inexista formalização nesse sentido. É o conteúdo do artigo 422 do Código Civil vigente, efetivamente desarmando qualquer tipo de esperteza contratual que venha a macular o negócio firmado. Os Tribunais são assentes nessa questão, por exemplo: “Há determinados deveres implícitos aos contratos de adesão (como no caso da venda de vários imóveis pela CEF), entre eles o de informar corretamente os interessados da situação jurídica do imóvel que, se descumpridos, ensejam a aplicação de medidas sancionatórias como a rescisão do contrato e o ressarcimento dos prejuízos sofridos no campo patrimonial”. (TRF2 – Apelação Cível nº 9002142889. 5ª Turma, rel. Des. Fed. Guilherme Calmon Nogueira da Gama. J em 03 set. 2003)

Brasil construir uma sociedade solidária, a redução das desigualdades sociais e regionais, bem como a promoção do bem de todos. (art. 3.º) (BESSA, 2008, p. 282)

No entanto, as bases traçadas pela Constituição Federal vigente estão longe de serem as pioneiras na proteção ao consumidor ou ao devedor. Com efeito, “o Código de Hamurabi tem-se convencionado pelos doutrinadores como a primeira legislação a tutelar o adquirente por problemas nos produtos/serviços.” (DEMO, 2000, p. 200-201) Sim, pois “na Lei das XII Tábuas, tem-se que ‘se alguém colocar seu dinheiro a juros superiores a um por cento ano, que seja condenado a devolver o quádruplo’.” (DEMO, 2000, p. 217)

O primeiro passo do diploma constitucional hodierno foi reconhecer o consumidor, seja individual ou coletivo, como um novo sujeito de direitos que necessitava de ativa proteção. Tal alcançou o patamar de direito fundamental, ao ter sido inscrita no inciso XXXII do artigo 5º da CFRB/88, ao ser firmado que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

Não só isso, pois no Título VII (Da Ordem Econômica e Financeira), Capítulo I (Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica), o artigo 170 firmou que:

A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios [...] V - defesa do consumidor.

Porém foi no artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que esse novo princípio encontrou substância: o mandamento para que o legislador ordinário criasse e estabelecesse o Código de Defesa e Proteção ao Consumidor, que tomou existência em 1990, sob a forma da Lei nº 8.078.

É nesse novo *codex* que se imprimiu o implícito triplo mandamento constitucional:

1) de promover a defesa dos consumidores [...]; 2) de observar e assegurar como princípio geral da atividade econômica, como princípio imperativo da ordem econômica constitucional, a necessária “defesa” do sujeito de direitos “consumidor” [...]; 3) de sistematizar e ordenar esta tutela especial infraconstitucionalmente através de um Código (microcodificação), que reúna e organize as normas tutelares,

de direito privado e público, com base na idéia de proteção do sujeito de direitos (e não da relação de consumo ou do mercado de consumo). (MARQUES, 2008, p. 25)

Materializa-se então, em instrumento infraconstitucional, por meio de Lei Ordinária, não somente o novo posicionamento estatal em relação ao consumidor, mas também uma nova sistemática de abordagem para casos envolvendo relação de consumo. O Código de Defesa do Consumidor (CDC) teve um duplo escopo: normatização de direitos materiais e efeito sobre sistemas processuais cíveis que tenham por base a relação de consumo.

Face à sujeição do consumidor às ofertas e aos contratos elaborados em massa, prévia e unilateralmente pensados para ceifar o direito de opção do cliente, o CDC se antecipou ao Código Civil de 2002, já conhecedor das tendências a influenciarem o texto desse diploma, e previu o princípio da boa-fé objetiva, um dos grandes sustentáculos do equilíbrio contratual. Com efeito:

Os princípios contratuais clássicos (autonomia da vontade, força vinculante – *pacta sunt servanda* – e relatividade das convenções) não morreram: devem agora ser analisados sob diferente perspectiva, delineada pelos valores constitucionais de solidariedade social e proteção de dignidade da pessoa humana. Devem conviver com a boa-fé objetiva, com o equilíbrio econômico e com a função social do contrato. (BESSA, 2008, p. 282-283)

Não restam dúvidas: a completa autonomia do mercado foi deixada para trás em razão da posição desvantajosa do consumidor perante a do fornecedor. É assumindo essa premissa que o Código de Defesa do Consumidor impõe fundamentos “tendenciosos”, ao determinar a concessão de benefícios processuais a uma parte, onerando abertamente outra. Não obstante, seu direcionamento vai diretamente ao encontro do que seria justo, no seu conceito mais inato, ao vincular elementos como a indisponibilidade contratual sobre a garantia legal e responsabilidade solidária entre fornecedores.

O Código de Defesa do Consumidor foi o produto da evidente necessidade de intervenção estatal sobre o mercado, pois para a consecução da igualdade material, no melhor sentido do ideal e do justo, era necessário trazer ao direito privado “um pouco do *imperium* ou da intervenção do Estado,

típica do direito público, da hierarquia de suas normas (normas de ordem pública), e de força igualizadora dos direitos humanos.” (MARQUES, 2008, p. 33)

Não foi sem esforço e sem dificuldades que em prol da igualdade material ocorreria a limitação da liberdade de alguns, sendo imposto pelo poder governamental uma maior solidariedade, assegurando-se direitos imperativos aos mais fracos, indisponíveis, visto que personalíssimos (inatos à condição de consumidor) e portanto de ordem pública. Esta é a verdadeira natureza do Código de Defesa do Consumidor: um *codex* de parâmetros de ordem pública a nortearem a relação mercadológica.

Nesse sentido, Marques (2008, p. 33) aponta que “era necessário valorizar as desigualdades, as diferenças de poder, de informação, de especialização e de posição entre os sujeitos livres do mercado de consumo”, sem o qual não se atingiria a meta de efetivamente promover a planificação das posições entre consumidor e fornecedor.

Não se pode dizer inquestionavelmente que tal meta foi alcançada: hoje, mais do que nunca, afirma-se que grandes corporações estudam a codificação consumerista para ter ciência precisa de quais passos podem ou não tomar para expandir sua perspectiva de lucro sem ter de se importar com aquele detalhe incômodo que é o cliente. Porém, pode-se dizer: é de clareza solar o avanço que esse diploma trouxe ao mercado de consumo.

3.2 HIPOSSUFICIÊNCIA E VULNERABILIDADE

Como já discorrido, as disposições da Lei nº 8.078/1990 buscam equilibrar uma relação naturalmente desigual, porquanto o consumidor predominantemente se encontra em posição de fraqueza perante os fornecedores. Vê-se, pois, o maior pilar do direito consumerista: o princípio *favor debilis*.

Em sua vertente interpretativa, o princípio *favor debilis* significa que:

En la interpretación de situaciones que comprometen derechos en conflicto es menester considerar especialmente a la parte que, en su relación con la otra, se halla situada en inferioridad de condiciones o,

dicho negativamente, no se encuentra realmente en pie de igualdad con la otra.⁵³ (BIDART CAMPOS, 1994, p. 80)

Evidente, então, que o princípio *favor debilis* é a vertente interpretativa dos motivos que levaram a defesa do consumidor a se tornar regra constitucional, especialmente direito fundamental, insculpido no artigo 5º, inciso XXXII; e posteriormente no artigo 4º da Lei nº 8.078/1990. É a verdadeira superação da ideia de que a igualdade formal é bastante a ensejar igualdade material, pressuposto comum no Direito Civil do século XIX.

A tomada desse princípio como base da legislação consumerista denota o reconhecimento de que alguns são mais fortes ou detêm posição jurídica vantajosa. Tal condição pode decorrer de inúmeros elementos, como que os fornecedores, *verbi gratia*, “detêm mais informações, são *experts* ou profissionais, transferem mais facilmente seus riscos e custos profissionais para os outros” (MARQUES, 2008, p. 31), conquanto o consumidor predominantemente é leigo, não detendo qualquer informação sobre o produto ou serviço posto no mercado, assim como conhecimento acerca de materiais que compõem o objeto ou a maneira de utilização dos serviços.

A disparidade supramencionada, elemento intrínseco da relação de consumo, em especial quanto ao consumidor, “é a vulnerabilidade que aqui chamaremos de vulnerabilidade técnica, vulnerabilidade jurídica (ou econômica), vulnerabilidade fática (ou monopolística) e vulnerabilidade informacional.” (MARQUES, 2005, p. 320-353)

O consumidor desconhece se no prato que pediu em um restaurante há alimento estragado ou se o aparelho de som do veículo que acabou de adquirir possui defeito para reprodução apenas de rádio ondas AM, evidentemente pelo número altíssimo de elementos que desconhece quanto ao serviço que contrata ou o bem que adquire. São os inúmeros fatores que devem ser conhecidos pelo fornecedor, porquanto inerentes à atividade que exploram, fator fundamental para o exercício da atividade profissional. Não obstante, a esmagadora maioria dos consumidores não possuem

⁵³ Na interpretação de situações que abarcam direitos em conflito, mister considerar especialmente a parte que, em sua relação com a outra, esteja situada em inferioridade de condições ou, negativamente posto, não se encontra realmente em pé de igualdade com a outra. (Tradução nossa.)

conhecimentos técnicos acerca do funcionamento ou criação do bem que adquirem ou do serviço que contratam e muitas vezes sequer têm interesse em tal informação, importando-se meramente com o fim que buscam suprir.

Importante aduzir que a vulnerabilidade na maioria das vezes não se resume a uma questão de recursos financeiros. Suponha-se que Roberto Carlos, ao desembarcar em São Paulo para as gravações do “Show da Virada 2010-2011”, tome um táxi para se dirigir ao hotel em que se hospedaria. Mesmo que possivelmente detenha maior montante financeiro que o proprietário da frota, ainda assim se encontra em posição vulnerável, visto que ao embarcar no veículo fica sujeito a qualquer dano proveniente de uma má prestação do serviço. Fácil dessumir, portanto, que a vulnerabilidade é uma característica da própria condição de consumidor, não de falta de poder aquisitivo no momento da entabulação do negócio.

Essa disparidade material não é a única que segrega o consumidor do fornecedor, pois é possível encontrar a mesma falta de harmonia no âmbito processual. O desconhecimento técnico-científico acerca das características do bem/serviço não afeta apenas a relação de mercado ou a utilização do objeto da avença, mas também a capacidade de se demonstrar em juízo os motivos da irresignação.

Pode-se dizer então que o consumidor não possui, via de regra, condições suficientes para provar suas alegações em juízo. Se sustenta que foi vítima de intoxicação alimentar, não teria como auferir as condições de estocagem do produto na distribuidora ou no comerciante varejo, por exemplo; assim como se aventar que o acidente de carro que sofreu foi proveniente de um pneu de baixa qualidade que teria adquirido, não há como determinar se o processo produtivo do bem de fato respeita a inteiridade de normas e padrões de qualidade mínimos na legislação – somente os fornecedores possuem tal capacidade.

Dessa forma, diz-se que o consumidor não possui meios suficientes a embasar tecnicamente seu pleito judicial, não tem suficiência de recursos, ou seja, é hipossuficiente quando se fala em capacidade de demonstração processual. Assim como a vulnerabilidade, a hipossuficiência não se restringe à

questão de poder aquisitivo, posto que de acesso à totalidade minuciosa dos processos que lhe possibilitaram a aquisição do bem ou serviço.

Garcia (2009) explica que o conceito de consumidor hipossuficiente envolve, segundo parte da doutrina, tanto aspectos técnico-científicos quanto econômicos: ao passo que o primeiro guarda relação com desconhecimento técnico-científico que o consumidor via de regra enfrenta na aquisição da *res*, o segundo “relaciona à carência econômica do consumidor face ao fornecedor de produtos e serviços.” (GARCIA, 2009, p. 73) Não se trata, portanto, de nenhum dos fatores isoladamente, pois sim de ambos em conjunto.

Apenas para firmar com maior segurança o conceito de hipossuficiência, colaciona-se definição sustentada por Nunes (2000), de que tal elemento:

Tem sentido de desconhecimento técnico e informativo do produto e do serviço, de suas propriedades, de seu funcionamento vital e/ou intrínseco, dos moldes especiais de controle, dos aspectos que podem ter gerado o acidente de consumo e o dano, das características e do vício, etc. (NUNES, 2000, p. 183)

A jurisprudência do egrégio Superior Tribunal de Justiça também traz elementos cognitivos importantes ao se analisar o fenômeno da hipossuficiência, reconhecendo ser inconteste a posição de superioridade probatória, pelas razões já expostas, do fornecedor. Colaciona-se decisão pertinente:

Evidencia-se a hipossuficiência técnica do autor frente à ré, na medida em que a relação de consumo deriva da prestação de serviços em odontologia, **o desconhecimento do paciente acerca das minúcias dos procedimentos** a serem realizados. **A clínica**, por sua vez, **detém amplo domínio das técnicas** ligadas à confecção de próteses, tanto que se dispôs a prestar serviços nessa área. 2. A hipossuficiência exigida pelo art. 6º, VIII, do CDC abrange aquela de natureza técnica. Dessa forma, questões atinentes à má utilização da prótese deveriam ter sido oportunamente suscitadas pela clínica. (STJ, 2011. Grifou-se)

Tem-se definidos, pois, os dois grandes elementos caracterizadores do consumidor em sua relação com o fornecedor: vulnerabilidade e hipossuficiência. Dessa forma, valiosa é a definição de Bonatto (2003), ao afirmar ser a vulnerabilidade um conceito geral e de direito material, conquanto

hipossuficiência guarda particular relação com o âmbito processual. Nessa situação, em específico, vê-se “dificuldade de litigar, seja no tocante à obtenção de meios suficientes para tanto, seja no âmbito da consecução das provas necessárias para demonstração de eventuais direitos.” (BONATTO, 2003, p. 46)

3.3 INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Elemento basilar na lide judicial, a prova é a demonstração de veracidade da alegação e, pois, da existência do direito. Pode tomar três formas no ordenamento: documental, oral e pericial, não havendo disposição legal acerca de uma hierarquia entre os diferentes tipos, cabendo ao magistrado valorá-las. É a sistemática processual vigente, sendo que mera leitura do *Codex Processual Civil* denota tal realidade.

Carnelutti (2001, p. 72-73) assevera que prova em sentido jurídico é demonstrar a verdade formal dos fatos discutidos, mediante procedimentos determinados, ou seja, através de meios legais (legítimos). Com efeito, enquanto o processo penal busca a verdade real durante a instrução dos casos que se apresentam *sub judice*, a prova consubstancia-se em modo de levar a conhecimento do juiz a realidade. Invés, o processo civil mantém-se pela verdade formal: não há busca pela verdade real, fazendo-se valer apenas a formalidade impressa nos autos. Vem a tona, pois, um dos mais antigos brocardos jurídicos: *quod non est in actis non est in mundo*⁵⁴.

Ademais, não traz substância ao *case* prova de fatos externos à lide. Faz sentido única e exclusivamente a demonstração dos elementos norteadores da disputa. Nesse norte, poder-se-ia dizer que, se um consumidor propõe *actio* condenatória contra a empresa que lhe vendeu sua televisão defeituosa, não faz sentido aquele trazer aos autos demonstração documental de inexistência de débitos tributários. Com isso, evidente também dizer que “a prova seria simplesmente o instrumento (meio) utilizado para demonstrar a

⁵⁴ O que não está nos autos não está no mundo (tradução livre).

existência dos fatos pertinentes e/ou essenciais ao processo.” (HOLTHAUSEN, 2006, p. 87).

O Código de Processo Civil atualmente incumbe ao autor provar o fato constitutivo de seu próprio direito e ao réu fatos impeditivos, modificativos e/ou extintivos do direito daquele (art. 333, CPC). Vê-se a predominância de um equilíbrio preestabelecido pela legislação infraconstitucional acerca do fardo natural de se comprovar os fatos alegados. Diz-se, pois, que cada parte “tem o ônus de provar os pressupostos fáticos do direito que pretenda seja aplicado pelo juiz na solução do litígio.” (THEODORO JÚNIOR, 1998. p. 423)

Esclareça-se, inicialmente, que ônus processual não significa exatamente dever ou obrigação da parte, e sim um encargo que, se descumprido, acarreta, de regra, consequências negativas ao interessado, como a própria derrota judicial. (BESSA, 2008, p. 303)

Porém, frente à “dificuldade que um consumidor pode enfrentar quando se deparar com uma situação em que terá que comprovar determinado fato para conseguir a efetivação de seu direito” (HOLTHAUSEN, 2006, p. 109), a Lei 8.078/1990 criou um instrumento de extrema valia para a verdadeira consecução da isonomia processual. Está ele presente no inciso VIII do artigo 6º, firmando ser direito básico do consumidor:

A facilitação da defesa de seus 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 experiências. (Grifou-se)

O mencionado dispositivo nada mais é que uma adaptação legislativa daquele preexistente no Código de Processo Civil, insculpido no já mencionado artigo 333, porém no inciso II do parágrafo único, o qual firma ser nula disposição que altera a distribuição anteriormente citada quando “tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito”. Esse é o texto original da Lei nº 5.869/1973, nunca alterado, de modo que muito antes da Lei nº 8.078/1990 “criar” a conhecida “inversão do ônus da prova”, já era possibilitada a alteração do fardo processual preestabelecido.

A função da inversão do ônus da prova, como mencionado, é a de efetivação da isonomia processual, compensando os efeitos da

hipossuficiência sobre a capacidade probatória do consumidor. Pode-se dizer, então, que sua função é “restabelecer a igualdade e o equilíbrio na relação processual em razão do fornecedor geralmente dispor de melhores condições técnicas e econômicas para a disputa judicial.” (GARCIA, 2009, p. 72)

Aponta-se a produção de prova de fato negativo como o elemento mais comum a ensejar a inversão do ônus *probandi*, mesmo fora da relação de consumo. Como pode o consumidor demonstrar que o defeito em seu veículo não é proveniente de mau uso? Como pode a empresa telefônica comprovar não ter o cliente entrado em contato requerendo o cancelamento do serviço? Evidencia-se ser prova de difícil, se não impossível produção. Colaciona-se *decisium* que melhor explica o tema:

Em se tratando de fato negativo, impossível de ser provado pelo autor, o ônus da prova é do réu, ante a incidência da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, "segundo a qual a prova incumbe a quem tem melhores condições de produzi-la, à luz das circunstâncias do caso concreto. Em outras palavras: prova quem pode. Esse posicionamento justifica-se nos princípios da adaptabilidade do procedimento às peculiaridades do caso concreto, da cooperação e da igualdade [...]. (DIDIER JR., Fredie, et al. Curso de direito processual civil. Salvador: Podivm, 2007. v. 2, p. 62). (TJSC, 2009)

Curioso anotar que, apesar do padrão de automaticamente se inverter o ônus da prova ante a necessidade de produção de prova de fato negativo, a noção de sua plena e total impossibilidade encontra-se superada. É que há sim situações em que se pode provar fato negativo:

Pois há hipóteses em que uma alegação negativa traz, inerente, uma afirmativa que pode ser provada. Desse modo, sempre que for possível provar uma afirmativa ou um fato contrário àquele deduzido pela outra parte, tem-se como superada a alegação de "prova negativa", ou "impossível". (STJ, 2011)

Com efeito, se o autor se encontra em posição hipossuficiente quanto ao réu, não é necessário reconhecer a aplicação do CDC ao caso *sub judice* para somente então decretar a inversão do ônus da prova com base no inciso VIII do artigo 6º – basta fundamentar a tomada de decisão no artigo 333, parágrafo único, inciso II, do Código de Processo Civil, modificando o

mandamento padrão de que “o ônus de provar recai sobre quem tem o interesse em afirmar.” (CARNELUTTI, 2004, p. 133)

Não obstante, ainda assim “o inciso VIII do art. 6º é um dos mais citados e importantes do CDC, pois trata-se de uma norma autorizando o magistrado a inverter o ônus da prova em benefício do consumidor” (MARQUES, 2008, p. 61) quando verificadas as duas hipóteses ensejadoras: a verossimilhança das alegações (*fumus boni iuris*) ou⁵⁵ quando for o autor hipossuficiente. Tais pressupostos encontram-se insculpidos no art. 6º, inc. VIII, parte final, do CDC. Nesse sentido, forma precedente no Superior Tribunal de Justiça:

Em se tratando de produção de provas, a inversão, em caso de relação de consumo, não é automática, cabendo ao magistrado a apreciação dos aspectos de verossimilhança da alegação do consumidor ou de sua hipossuficiência, conforme estabelece o art. 6, VIII, do referido diploma legal. (Citado por STJ, 2010)

Não obstante, encontra-se na jurisprudência a possibilidade de ser invertido o ônus da prova ainda que não haja comprovação da verossimilhança das alegações. Pois, para se verificar verossímil o relato dos fatos apresentado na exordial da *actio*, naturalmente se espera a apresentação de arcabouço probatório pré-constituído, o que pode se tornar impossível em razão da hipossuficiência do consumidor. Como poderia este ter acesso ao sistema interno de bancos para comprovar ter sido vítima de saques indevidos por um terceiro mal intencionado? É exatamente o caso que se expõe:

A jurisprudência do STJ sedimentou-se no sentido da possibilidade de inversão do ônus da prova em hipóteses que versem acerca de saques indevidos em conta bancária, diante do reconhecimento da hipossuficiência técnica do consumidor, ainda que não reconhecida a verossimilhança das alegações apresentadas. (STJ, 2011)

Dessa forma, fácil de sumir que a inversão do ônus da prova não é automática, porquanto deve atravessar o crivo minucioso do julgador. Nery Júnior (2004, p. 798) explica que “não há momento para o juiz fixar o ônus da

⁵⁵ Há certa discordância doutrinária e jurisprudencial quanto aos requisitos; enquanto alguns afirmam serem necessários ambos, domina a teoria de que apenas um deles é suficiente. Nesse sentido, ver Agravo Interno no Agravo de Instrumento nº 1.247.651, 728.303 e 969.015, todos do STJ, aqueles de 2010, esse de 2011.

prova ou sua inversão (CDC 6º VIII), porque não se trata de regra de procedimento. O ônus da prova é regra de juízo, isto é, de julgamento”. Com efeito, a hipossuficiência pode demonstrar seu ônus tanto apenas no momento da instrução processual como de plano impedindo a exposição da verossimilhança das alegações, como já supradiscorrido. Assim, é possível ocorrer a inversão do ônus da prova tanto em despacho saneador quanto em sentença ou mesmo em decisão de apelação, em sede de recurso.

Apesar disso, uma questão é indiscutível: quanto antes for decretada a inversão do ônus da prova, menos se onera a parte que passa a estar incumbida da produção probatória. O exercício da advocacia depende incomensuravelmente de planejamento estratégico, de forma que ser surpreendido por uma sentença que inverte o ônus da prova para imediatamente então afirmar ter sido insuficiente a produção probatória de um dos polos da ação evidentemente traz prejuízos à parte onerada pela nova distribuição do ônus *probandi*. Por uma questão de clareza e de coerência, tal determinação processual deve ser efetivada o mais cedo possível no decurso do processo.

Por fim, cumpre apontar que o ônus da prova não pode ser alterado contratualmente. Isso porque as disposições do Código de Defesa do Consumidor “são de ‘ordem pública e interesse social’ (art. 1.º) e, portanto, inafastáveis por acordo de vontade entre consumidor e fornecedor.” (BESSA, 2008, p. 303).

3.4 PROTEÇÃO CONTRATUAL

A maior manifestação da proteção material ao consumidor é a influência da legislação constitucional e infraconstitucional sobre os contratos – sua formação, interpretação, aplicação e validade. Frente à realidade de que todo arranjo comercial não passa de um simples contrato, seja verbal ou por escrito, é nesse momento que a proteção ao consumidor se faz mais importante, porquanto poucos são os que compreendem as implicações de instrumentos contratuais como os atualmente presentes no mercado.

Percebe-se que o contrato deixa de ser um instrumento para a consecução do interesse privado, metamorfoseando-se em microssistemas de tratados que afetam diretamente a ordem pública. Seus efeitos, enquanto células de um organismo complexo que é o mercado de consumo, podem ser contundentes, além do imaginável.

O maior emblema dessa realidade é a *Subprime Mortgage Crisis*, do sistema de financiamento habitacional (SFH) norte-americano. As instituições financeiras voltaram seus olhos aos economicamente menos avantajados, entendendo-os como um novo nicho do mercado de aquisição imobiliária. Com a impressionante expansão da oferta de crédito sob estandartes como *zero percent interest* (0% de juros) ou *no-money-down* (sem entrada), esse público foi rapidamente capturado, apenas para perceberem o horror das cláusulas com letras pequenas e asteriscos com observações escondidas⁵⁶.

Uma das maiores características financeiras desse público era a falta de estabilidade, de modo que o inadimplemento extremamente comum rapidamente começou a afetar o mercado. Os casos de *foreclosure* (retomada de imóveis alienados) cresceram de maneira estrondosa: bancos deixaram de receber os pagamentos, recuperando imóveis que dificilmente eram revendidos, portanto sem liquidez alguma, enquanto deixavam o público sem dinheiro e sem moradia⁵⁷.

O pior elemento da cadeia era a *zero percent interest clause*, que consigo trazia *adjustable rates* (taxas variáveis) atadas ao “custo de se emprestar dinheiro no mercado”⁵⁸, o que subia vertiginosamente a cada dia. Num piscar de olhos essas taxas se elevaram de zero para cinco, oito, quinze por cento. O adimplemento contratual deixou de ser a regra, afundando o mercado e criando a famosa “bolha imobiliária” (conceito idealizado por Alan Greenspan⁵⁹). Imediatamente investidores recuperaram suas aplicações na

⁵⁶ Disponível em: <<http://useconomy.about.com/od/economicindicators/tp/Subprime-Mortgage-Primer.htm>>. Acesso em: 09 out. 2011.

⁵⁷ Disponível em: <<http://banking.about.com/od/mortgages/a/mortgagecrisis.htm>>. Acesso em: 09 out. 2011.

⁵⁸ Wiedemer, John P. *Real Estate Finance*. 8ª Edição. San Diego: South-Western Educational Pub, 2000, P. 99-105.

⁵⁹ Disponível em: <<http://rcesar.net/2011/10/alan-greenspan-governo-deveria-destruir-casas-peter-schiff-isso-e-uma-ideia-estupida/>>. Acesso em 21 jan. 2012.

esperança de minimizarem seus prejuízos, apenas para selarem o destino do mercado, percebendo o efeito dominó que o próprio sistema gerou.

O resultado foi avassalador: enquanto agências financeiras centenárias como o Lehman Brothers fechavam as portas, o *FED* (Reserva Federal dos EUA) teve de injetar mais de 1,25 trilhões de dólares no mercado para tampar o “sangramento”⁶⁰, dentre outras inúmeras medidas apenas para tentar evitar que o país mergulhasse na maior recessão desde o *crack* da bolsa em 1929.

A maior lição que se entendeu desse evento econômico mundial foi a inexistência da “mão invisível”; a impossibilidade de auto regulação do mercado. Após tais eventos, governos do mundo todo se posicionaram a firmemente restringir o crescimento descontrolado da oferta de crédito.

Não obstante, pode ser dito que a *Subprime Mortgage Crisis* foi a maior manifestação de que os contratos são objeto de interesse social, porquanto possivelmente afetam a vida da sociedade como um todo. Daí surge o conceito do fim social do contrato em sua plenitude, pois “até – e antes de tudo – por exigência constitucional, o contrato não é mais simples instrumento para a satisfação de interesses egoísticos” (BESSA, 2008, p. 282), mas de um mercado igualitário e equilibrado.

No entanto, antes da dura realidade bater às portas do mundo no início do século XXI, ainda persistia o pensamento basicamente utópico de que as partes de um possível contrato tinham capacidade recíproca de negociação, de ajuste e principalmente de barganha, no intuito de ajustarem os órgãos contratuais de uma forma tangivelmente mais balanceada e igualitária. Afinal de contas, qual seria o interesse de uma agência financeira no vencimento antecipado das 230 parcelas futuras de um financiamento habitacional firmado em 20 anos eivado de mora? Em realidade não há maior falácia no mercado de crédito que o vencimento antecipado de parcelas, vez que o indivíduo que necessita de crédito evidentemente não possui o numerário financeiro a quitar à vista um débito de tão alta monta. Tal fato nos remete à análise da

⁶⁰

Disponível em:
<<http://www.federalreserve.gov/newsevents/press/monetary/20090318a.htm>>. Acesso em: 21 jul. 2011.

problemática do processo de execução civil brasileiro, inerentemente pecuniário, o qual não é o objeto deste estudo.

Quando finalmente toma-se consciência de que o consumidor tem a menor força do mercado; de que o poder de escolha dele, exercendo os frutos da livre concorrência, na realidade está totalmente aprisionado pela necessidade de existência de opções; de que impera a máxima do “aceite meu produto ou procure algo diferente”, enquanto em realidade as opções são limitadíssimas; quando se percebe que os mais fortes economicamente impõem seus interesses nas mais diversas situações, em especial no mercado de consumo, é nesse momento que a proteção contratual ao consumidor deve e efetivamente toma forma.

Especificamente nas relações contratuais é que o consumidor se vê obrigado a aceitar os termos impostos. É raro, senão impossível, encontrar um contrato elaborado a partir de exaustiva discussão dos termos, condições, cláusulas e dispositivos ali elencados, de uma avaliação cuidadosa e criteriosa das diversas consequências fático-jurídicas da firma do instrumento. A esmagadora maioria dos contratos é meramente de adesão, ou seja, pré-elaborados e anteriormente prontos, definidos unilateralmente pelo fornecedor sem a possibilidade de alterações.

Toma-se por exemplo o economicamente desassistido, que necessita periodicamente de empréstimos para vencer o mês. Ele não tem outra opção a não ser se sujeitar às mais sórdidas práticas de mercado, pelas quais uma infinidade de agências financeiras traçam juros abusivos e taxas aberrantes para tomar o dinheiro do cliente. Um empréstimo de R\$500,00 exige o pagamento de doze parcelas de R\$120,00 e, em caso de inadimplemento, os juros de mora tornam exponencial o crescimento da dívida.

É nessa conjuntura que o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078 de 1990) toma o contrato por alvo no seu intuito de proteger a parte mais frágil e suscetível da relação, tirando-o de sua posição de absoluta sujeição no trato contratual, especialmente àqueles elaborados em massa.

Nesse esteio o foco legal se volta para o momento pré-contratual, entendido como a fase de aproximação das partes, de tratativas. Assim:

Há regramento específico da oferta (arts. 30 a 35), da publicidade (arts. 30, 35 a 37), dos pré-contratos (art. 48) e de aspectos de apresentação dos contratos de adesão (art. 46; art. 54, §§3.º e 3.º). Determina-se que “as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor” (art. 47) (BESSA, 2008, p. 282-283)

Dessa forma, a legislação infraconstitucional consumerista voltou seus olhos à proteção contratual no intuito de promover a lealdade, transparência e equilíbrio nas relações entre fornecedor e consumidor. Mera leitura dos dispositivos denota que “o CDC não tolera a fraude, o intuito de enganar, cláusulas obscuras, minúsculas, e contratos que coloquem o consumidor em situação de desvantagem exagerada.” (BESSA, 2008, p. 276). Cai por terra a antiga e antiquada noção de “esperteza contratual”, dando lugar à verdadeira boa-fé objetiva.

Porém, o maior direcionamento do Código de Defesa do Consumidor acerca dos contratos é a orientação hermenêutica de abordagem ao conteúdo contratual. O artigo 47 explicita: “as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”. Ou seja, havendo divergência acerca do conteúdo cognitivo do instrumento, deve sempre ser visto com menor ônus ao indivíduo.

Nesse sentido, Bessa argumenta (2008, p. 291):

Destaque-se, ainda, que a interpretação mais favorável ao consumidor, determinada pelo art. 47 do CDC, tem cabimento tanto em face de cláusulas obscuras e contraditórias como também diante de “cláusulas claras” que, em princípio, não ensejam dificuldades em sua aplicação.

Ou seja, não são apenas as cláusulas complexas e que merecem certo raciocínio hermenêutico para serem compreendidas que sofrem a incidência do mencionado dispositivo, visto que também aquelas claras e cujo conteúdo não ilide mesmo o mais leigo dos contraentes. É a interpretação *Favor Debilis* em estrita aplicação contratual – interpreta-se o instrumento particular em favor daquele mais fraco o qual, como já exaustivamente tratado, via de regra é o consumidor.

Trata-se de um mecanismo para reequilibrar as partes efetivamente desiguais no trato contratual. Empresas de grande porte como telefônicas não

mudam uma política contratual porque alguns poucos clientes mais esclarecidos se recusam a contratar os serviços e os buscam na concorrência – apenas um volume estrondoso de consumidores poderia acarretar tal acontecimento e esperar que isso aconteça em um país de iliteratos funcionais em se tratando de direitos, como é o caso do Brasil, pode não somente levar um bom tempo como muito bem nunca acontecer.

Dessa forma a vulnerabilidade é tida por afetar também esse elemento jurídico extrajudicial do trato entre consumidor e fornecedor. Não se percebe a influência da vulnerabilidade apenas na capacidade de escolha ou na incapacidade de se posicionar firmemente perante os fornecedores, visto que também no momento de se ajustar um serviço.

Como dito, pouquíssimos são os contratos frutos de uma discussão entabulada no sentido de se alcançar o consenso, de modo que a atuação do Código de Defesa do Consumidor tenta derrubar a hegemonia e força dos contratos de adesão, os quais têm por característica básica a abusividade. O intuito, pois, do legislador, é o de estabelecer que as cláusulas contratuais “devem sempre ser interpretadas de modo mais favorável a ele (consumidor), aplicando na espécie o princípio constitucional da isonomia, na qual os desiguais devem ser tratados desigualmente na medida de suas desigualdades.” (GARCIA, 2009, p. 283)

O próprio Código Civil não foi em caminho distinto, ao firmar, em seu artigo 423 que “quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.” Na realidade, é difícil de vislumbrar a utilização de contratos de adesão fora da relação de consumo. Se esta se caracteriza pelo desequilíbrio entre as partes, no âmbito privado dificilmente essa é a realidade, podendo-se então dizer que tal dispositivo é um reflexo do Código de Defesa do Consumidor em outras legislações.

É nesse sentido, portanto, que a análise dos contratos levados ao crivo do judiciário tem a discricionariedade de determinar quais cláusulas teriam efeito possivelmente abusivo sobre o consumidor, o que necessariamente enseja serem decretadas nulas de pleno direito. É sem medo

que se diz, assim, que “o juiz, ao analisar o contrato de consumo, pode negar eficácia a algumas cláusulas.” (BESSA, 2008, p. 277)

O artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor, em seus incisos, estabelece, em rol meramente exemplificativo, extenso numerário de cláusulas consideradas abusivas, de modo que nem mesmo uma exposição subversiva de peça processual possa vir a ensejar um veredicto a favor desses dispositivos contratuais. O próprio Poder Executivo já se manifestou: o Ministério da Justiça reiteradamente emite portarias – apontando-se as de nº 4, de 13 de março de 1998; nº 3, de 19 de março de 1999; e nº 3, de 15 de março de 2001 – que aditam aos incisos do mencionado dispositivo, buscando transmuta-lo em rol exaustivo.

Percebe-se, pois, que progressivamente o cerco se fecha contra as cláusulas estipuladas como abusivas, porquanto mais e mais a opinião pública, jurídica e profissional percebe o absurdo de serem mantidas condutas como as diariamente percebidas no mercado brasileiro, totalmente incompatíveis com o princípio da boa-fé objetiva e da isonomia material.

Analisou-se nesse capítulo as estruturas básicas dos mecanismos de defesa do consumidor, no que tange tanto a teoria que deu origem aos mecanismos legais infraconstitucionais, como também os mecanismos de efetiva prestação jurisdicional. Percebeu-se claramente que foi intuito do legislador utilizar o mecanismo legal para a defesa do consumidor, dada sua condição inerentemente desvantajosa frente aos comerciantes e prestadores de serviços.

A despeito disso, vislumbra-se um vácuo de dispositivos capazes de punir os fornecedores de produtos e serviços cuja atuação seja por demais onerosa ao consumidor (muitas vezes manifestando uma política interna de descaso), com isso causando tangível prejuízo a uma coletividade (*in casu*, os consumidores) inteira.

É disso que trata o mecanismo dos *punitive damages*, cuja natureza será analisada adiante, assim como a possibilidade ou não de sua aplicação no ordenamento brasileiro.

4 PUNITIVE DAMAGES E O DIREITO BRASILEIRO

4.1 VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA – A RAZÃO DE NÃO RECEBIMENTO DOS PUNITIVE DAMAGES NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

Primeiramente, imperioso apontar que o exame das transmissões patrimoniais se dá em contraste com o sistema de transferência de propriedade que orienta a sistemática jurídica de uma nação. No ordenamento brasileiro tal ocorrência necessita de uma justificativa fática – a mera aquisição de disponibilidade econômica por si só, por exemplo, não é aceita pelo Fisco, sendo que cada movimentação, acréscimo ou decréscimo deve ser pontuado na Declaração de Imposto de Renda. Ao mesmo tempo, a tradição imobiliária necessita ser justificada no Cartório de Registro de Imóveis, devendo ser declinado o motivo da mudança (compra e venda, doação etc.).

Kroetz (2005) aduz que, por tal razão, a vedação ao enriquecimento sem causa “tem potencial para ocupar um relevante espaço no direito obrigacional”, pois materializa meio idôneo ao controle da atribuição da causa à correspondente mutação patrimonial, “prestando-se, em última análise, à concreção do ideal de igualdade que permeia o contemporâneo civil atual.” (KROETZ, 2005, p. 3)

O mecanismo de proibição ao enriquecimento sem causa não era previsto no Código Beviláqua – não na orientação clara e expressa que hoje se conhece pelo enunciado supra. Tratava-se de uma interpretação do dispositivo contido no artigo 964, 1ª parte, do Código Civil revogado, no qual se lia “todo aquele que recebeu o que lhe não era devido fica obrigado a restituir” (NERY JÚNIOR; NERY, 2009, p. 983), juntamente com larga e consolidada orientação jurisprudencial. Foi somente no Código Civil vigente que o instrumento tornou-se regra, insculpido no artigo 884 *caput*: “aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.”

Seguro dizer que o Código Civil de 2002 trouxe uma proteção ainda maior ao patrimônio privado, pois na mesma via em que obriga aquele que enriqueceu ilicitamente à devolução, também blinda a restituição de tal engrandecimento patrimonial quando há a possibilidade de o lesado retornar ao *status quo ante* por outra forma também lícita. (SABOYA; ROBERTO, 2003 p. 82)

Para que se configure o enriquecimento sem causa e, pois, a obrigação de restituição, imperiosa se faz a presença de três elementos: a) enriquecimento; b) ausência de causa; e c) obtenção às custas de outrem. Ainda que a regra aparentemente seja ampla, a coexistência desses três fatores se mostra bastante reduzida, o que pode vir a explicar o diminuto número de decisões judiciais que tenham por base a restituição com lastro no enriquecimento sem causa. (ALMEIDA, 1998, p. 47)

Ainda que possa causar estranheza, o item “c” não traz em seu bojo a definição “obtenção à custa do empobrecimento de outrem” justamente por essa diminuição patrimonial ser desnecessária. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, na I Jornada de Direito Civil⁶¹, enunciou que “a expressão ‘se enriquecer à custa de outrem’ do art. 884 do novo Código Civil não significa, necessariamente, que deverá haver empobrecimento”, contrariando abertamente autores como Júlio Manuel Vieira Gomes, o qual vê no empobrecimento requisito indispensável à caracterização do enriquecimento sem causa. (GOMES, 1998, p. 384-387)

No entanto, numa visão mais praxista e precisa, há de se adotar o posicionamento firmado pelo Superior Tribunal, porquanto facilmente se conclui que não se trata de transferência patrimonial (relação bilateral), porém simples aumento de disponibilidade financeira (unilateral).

Pode-se exemplificar tal situação se um indivíduo doente busca os serviços de outrem que, na crença de o enfermo não ter condições de arcar com as despesas, emprega seus esforços de maneira gratuita e voluntária, como costumeiramente o faz. Porém, na realidade, o sujeito fisicamente debilitado tem plenas condições financeiras de arcar com gastos médicos, não

⁶¹ Promovida em setembro de 2002 pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal.

o fazendo para conservar seu patrimônio. Nesse exemplo, não se trata de empobrecimento, pois quem efetuou os cuidados praticou trabalho voluntário, sendo que, independentemente da conduta do primeiro, não teria auferido renda alguma; porém aquele, caso agisse de boa-fé, não teria conservado o patrimônio.

No entanto, via de regra, ao se vislumbrar situação de enriquecimento sem causa também se está diante de empobrecimento desarrazoado, o que é elemento assaz útil nas decisões judiciais de repetição do valor obtido, porquanto facilmente determina o *quantum debeat*, sem a necessidade de arbitramentos subjetivos – como o é na indenização por danos morais. Essas são as situações corriqueiras com as quais se deparam os tribunais ao decidir pela redução de montantes indenizatórios. Aponta-se, pois, a decisão do Recurso Especial nº 735.490, o qual versa:

Se na fixação do valor da indenização por danos morais, que tem viés pedagógico, o julgador deve observar o princípio da razoabilidade, evitando o locupletamento ilícito de um lado e o empobrecimento sem justa causa do outro. (STJ, 2006)

Verificados os requisitos para configuração do enriquecimento ilícito, opera-se o mecanismo do instituto que tem por escopo única e exclusivamente promover a entrega à vítima da vantagem patrimonial obtida pelo beneficiado. (LEITÃO, 2004, p. 29) É relegado ao âmbito da responsabilidade civil o possível arbitramento de *quantum* indenizatório por danos. A partir do exposto no capítulo anterior, pode-se concluir que, verificada a atuação ilícita do beneficiado (dolo ou culpa), o enriquecimento sem causa seria situação passível de arbitramento de *punitive damages*.

No que toca o *animus* do beneficiado, Noronha (1991) traça obrigações distintas para aquele que age de boa ou má-fé. No primeiro caso, o sujeito ignora que não tem direito ao acréscimo patrimonial, sendo que no segundo tem plena ciência de estar se locupletando por meio de atuação ilícita. Assevera o autor que no caso de boa-fé emerge mera obrigação de restituição, conquanto em atuação eivada de má-fé ocorre a obrigação de restituição cumulada com a responsabilidade civil de indenização por danos materiais e possivelmente morais. (NORONHA, 1991, p. 61-62)

Acerca do enriquecimento alcançado por atuação de má-fé e sua consequente devolução, Gomes (1998) adverte que firmar equivalentes a *quantum* do empobrecimento e aquele a ser entregue pelo beneficiado à vítima seria transmitir a mensagem de que valeria a pena praticar violações aos direitos alheios na busca por lucro ou vantagens, desde que estas sejam superiores ao prejuízo sofrido pela vítima, ou seja, sabendo usar bem aquilo que se usurpa:

Afigura-se-nos, aliás, que, em grande medida, a solução encontrada pelos nossos tribunais e que consiste em permitir a que, conscientemente, viola um direito alheio conservar o seu enriquecimento, desde que o outro não prove que também o poderia obter, repousa, ainda, na atitude presente no nosso inconsciente colectivo e que reflecte o nosso atraso económico ao nível europeu-ocidental: o que interessa é o progresso 'custe o que custar', proteger os 'criadores de riqueza', mesmo quando essa 'riqueza' é obtida à custa da violação de direitos alheios, ou com a produção de graves danos os quais nem sempre se traduzem na violação de um direito subjectivo individual [...]. (GOMES, 1998, p. 406)

Há diversas formas pelas quais o beneficiado pode enriquecer desmotivadamente. Tendo o enriquecimento sem causa como gênero, há que se delinear as cinco espécies pela qual o acontecimento se manifesta e, pois, se opera o instituto.

O enriquecimento forçado ou involuntário é a denominação das situações em que o beneficiado não desencadeia nem participa na sequência de eventos que culminam com seu engrandecimento patrimonial, de modo que este se deve única e exclusivamente à conduta do empobrecido/terceiro ou de fato da natureza. (KROETZ, 2005, p. 129)

Um caso que certamente pode trazer luz à questão é o do catarinense que, em dezembro de 1998, teve depositados R\$ 167 milhões em sua conta corrente por engano pelo Banco do Brasil. Depositados os valores em fundo de aplicação CDB, em 1999 o montante já atingia R\$ 192 milhões. Durante o desenrolar do processo judicial de usucapião de bem móvel, o enriquecido veio a falecer, de modo que o direito à fortuna passou a ser de seu espólio, como firmou o Tribunal de Justiça barriga-verde⁶². Da narrativa

⁶² Disponível em: <<http://dirfam.blogspot.com/2009/08/herdeiros-lutam-por-usucapiao-de.html>>. Acesso em: 03 nov. 2011.

facilmente se conclui que o beneficiado não teve qualquer conexão com o fato que deu origem ao enriquecimento, não dando causa ou mesmo influenciando para seu acontecimento.

E como uma subespécie do enriquecimento involuntário pode ser estudado o enriquecimento por benfeitoria de possuidor. (KROETZ, 2005, p. 132) O Código Civil vigente, em seu artigo 96, distingue os tipos de benfeitorias⁶³, traçando os efeitos da posse nos artigos 1.219 a 1.221⁶⁴, para os quais é inteiramente pertinente o exame do *animus* do possuidor ainda que na maioria das vezes o acessório passe a integrar o principal, pois apenas em uma minoria de situações poderá ser efetuado o levante sem prejuízo a algum deles. Via de regra apenas os valores referentes a benfeitorias úteis são devolvidos ao possuidor, pois se entende que o proprietário despenderia esse mesmo valor para conservar o bem ou evitar sua deterioração. (GOMES, 2004, p. 84-85)

Da mesma forma, o enriquecimento forçado por acessão de possuidor é um subtipo de enriquecimento involuntário. (KROETZ, 2005, p. 135) A acessão, por sua vez, é um modo de aquisição derivado da agregação de um bem a outro, por meio de união ou produção. O proprietário do principal passa a ser também do acessório por este se unir ou se incorporar, em razão de ação humana ou natural. (GOMES, 2004, p. 173) Em exemplo, se um possuidor edificar uma casa em um terreno, aquela passa a fazer parte deste, portanto integrando o patrimônio do proprietário do imóvel, uma vez que, apenas em exceções (casas pré-moldadas) poderia ser promovido o levante⁶⁵.

⁶³ Art. 96. As benfeitorias podem ser voluptuárias, úteis ou necessárias: §1º São voluptuárias as de mero deleite ou recreio, que não aumentam o uso habitual do bem, ainda que o tornem mais agradável ou sejam de elevado valor; §2º São úteis as que aumentam ou facilitam o uso do bem; §3º São necessárias as que têm por fim conservar o bem ou evitar que se deteriore.

⁶⁴ Art. 1.219: O possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se não lhe forem pagas, a levantá-las, quando o puder sem detrimento da coisa, e poderá exercer o direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis. Art. 1.220 – Ao possuidor de má-fé serão ressarcidas somente as benfeitorias necessárias; não lhe assiste o direito de retenção pela importância destas, nem o de levantar as voluptuárias. Art. 1.221 – O reivindicante, obrigado a indenizar as benfeitorias ao possuidor de má-fé, tem o direito de optar entre o seu valor atual e o seu custo; ao possuidor de boa-fé indenizará pelo valor atual.

⁶⁵ Nesse caso, trata-se da figura instituída no artigo 1.248, inciso V, do Código Civil: Art. 1.248. A acessão pode dar-se: V - por plantações ou construções.

Ainda podem ser citadas as formas de enriquecimento involuntário por especificação (quando um bem móvel é transformado em uma nova espécie pelo trabalho de outrem – pintura, desenho, escrita); ou comissão, confusão ou adjunção, casos em que acontece a “mescla ou união de coisas móveis de proprietários diversos, realizadas sem entendimento prévio entre eles e sem a possibilidade de separação das coisas misturadas, confundidas ou adjuntas.” (KROETZ, 2005, p. 144)

Outra espécie de enriquecimento sem causa é o pagamento indevido. Sucintamente, trata-se do momento em que um indivíduo recebe um pagamento sem que haja causa para tanto, nascendo então a obrigação de devolução, conhecida também como repetição de indébito. Uma coisa é certa: clara atecnia legislativa findou por capitular os dispositivos do Código Civil atinentes ao tema⁶⁶ em separado daqueles pertinentes ao enriquecimento sem causa⁶⁷, muito embora, como já dito, aquele seja espécie desse gênero, como bem explica Lucca (2003, p. 76).

Alerte-se para que não se confunda tal situação com aquela traçada no parágrafo único do artigo 42 do Código de Defesa do Consumidor, a

⁶⁶ Art. 876. Todo aquele que recebeu o que lhe não era devido fica obrigado a restituir; obrigação que incumbe àquele que recebe dívida condicional antes de cumprida a condição. Art. 877. Àquele que voluntariamente pagou o indevido incumbe a prova de tê-lo feito por erro. Art. 878. Aos frutos, acessões, benfeitorias e deteriorações sobrevindas à coisa dada em pagamento indevido, aplica-se o disposto neste Código sobre o possuidor de boa-fé ou de má-fé, conforme o caso. Art. 879. Se aquele que indevidamente recebeu um imóvel o tiver alienado em boa-fé, por título oneroso, responde somente pela quantia recebida; mas, se agiu de má-fé, além do valor do imóvel, responde por perdas e danos. Parágrafo único. Se o imóvel foi alienado por título gratuito, ou se, alienado por título oneroso, o terceiro adquirente agiu de má-fé, cabe ao que pagou por erro o direito de reivindicação. Art. 880. Fica isento de restituir pagamento indevido aquele que, recebendo-o como parte de dívida verdadeira, inutilizou o título, deixou prescrever a pretensão ou abriu mão das garantias que asseguravam seu direito; mas aquele que pagou dispõe de ação regressiva contra o verdadeiro devedor e seu fiador. Art. 881. Se o pagamento indevido tiver consistido no desempenho de obrigação de fazer ou para eximir-se da obrigação de não fazer, aquele que recebeu a prestação fica na obrigação de indenizar o que a cumpriu, na medida do lucro obtido. Art. 882. Não se pode repetir o que se pagou para solver dívida prescrita, ou cumprir obrigação judicialmente inexigível. Art. 883. Não terá direito à repetição aquele que deu alguma coisa para obter fim ilícito, imoral, ou proibido por lei. Parágrafo único. No caso deste artigo, o que se deu reverterá em favor de estabelecimento local de beneficência, a critério do juiz.

⁶⁷ Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários. Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido. Art. 885. A restituição é devida, não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir. Art. 886. Não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido.

devolução em dobro por pagamento excessivo⁶⁸, porquanto nesse caso seja imprescindível a ocorrência de cobrança superior ao montante efetivamente devido, ou seja, há dívida.

Também esse formato de enriquecimento sem causa sofre divisão em subespécies, quais sejam pagamento indevido objetivo (quando se dá o cumprimento à dívida inexistente) e subjetivo (quando se quita dívida alheia crendo ser sua própria ou se cumpre dívida própria e existente porém a credor errado). (KROETZ, 2005, p. 147)

Outro meio através do qual se obtém enriquecimento sem causa é por intervenção no patrimônio alheio. Tal espécie se divide em seis subespécies, as quais passam a ser tratadas sucinta e separadamente, para melhor entendimento e visualização do instituto.

Primeiramente, através do uso, consumo e/ou fruição de bens alheios sem a existência de acertamento jurídico que faculte ao beneficiado tal conduta, a ocorrência de enriquecimento sem causa se dá não através do inchaço patrimonial, porém de mera “poupança de gastos”. (KROETZ, 2005, p. 155-156)

Também se vislumbra a possibilidade de enriquecimento através da disposição de direitos alheios, por meio da qual se lança mão de prerrogativa legal de outrem, seja por qual meio for, para obter a vantagem. (KROETZ, 2005, p. 156) Pertinente exemplificar a situação com o conteúdo do artigo 879 do Código Civil vigente, no qual se lê que o indivíduo que receber imóvel indevidamente e o alienar deverá devolver a quantia obtida ao verdadeiro proprietário (em caso de má-fé, cumulativamente com perdas e danos). Percebe-se que o direito em realidade não era daquele que recebeu o imóvel, pois a transferência se verifica eivada de nulidade; porém a aparência lhe conferia possibilidade de exercício do direito de alienação que, em verdade, era de outrem, gerando assim o enriquecimento sem causa.

Além disso, há ainda a figura da prestação de serviços não contratados, a qual também pode ser chamada de fruição de serviços não solicitados. É a contraposição entre o que recebeu o serviço argumentando que

⁶⁸ Parágrafo único. O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável.

não o solicitou, sendo que se tivesse ciência da imperatividade do pagamento jamais o solicitaria, enquanto o que prestou aduzindo que empregou sua força de trabalho, perdendo energia e, portanto, carecendo de proteção jurídica. Nesse esteio, como afirma Gomes (2004, p. 283), estando o beneficiado de boa-fé, deverá entregar (note-se que não se fala em restituir, ante a inexistência de empobrecimento visível) o preço do serviço, conquanto estando de má-fé, arca com perdas e danos.

Ademais, outra forma de enriquecimento sem causa é a intervenção (ou ingerência), qual seja utilização, consumo ou alienação de bens alheios. A discussão se assemelha à da prestação de serviços não contratados, a vítima alega sua propriedade sobre os bens, a natureza ilícita da intervenção, a necessidade de se combater a intervenção ilícita e até mesmo a falta de prejuízo do beneficiado (que somente restituiria tudo aquilo que ganhou com a ação), enquanto este aventaria a questão de o lucro ser fruto de sua própria atividade, iniciativa, emprego de capital ou força de trabalho, ou mesmo a premiação da inércia ou negligência da vítima. (COELHO, 1999, p. 16-18)

Acerca da discussão, imperioso destacar o posicionamento de Campos (1974), que não destoaria da já anteriormente exposta:

O titular do direito deve ver-se atribuído todo o enriquecimento, mesmo o lucro da intromissão, não só pela razão positiva de que foi realizado com o seus bens, como pela negativa de que não há razão para se conceder ao enriquecido. Em nada tal solução entrava a livre iniciativa dos indivíduos. Dar o seu a seu dono não é com certeza, um entrave às iniciativas legítimas. (CAMPOS, 1974, p. 492)

Ainda, a violação de propriedade industrial pode levar ao enriquecimento sem causa, obtido através da exploração indevida de um bem protegido pelo direito de propriedade intelectual ou industrial. (KROETZ, 2005, p. 164) A Lei nº 9.279/1996 é o diploma legal conhecido por Lei de Propriedade Industrial e tem por finalidade a proteção das patentes de invenção, dos desenhos industriais, das marcas, das indicações geográficas, além das questões de lealdade de concorrência.

Referido diploma legal regula a possibilidade de propositura de ação judicial atinente ao refazimento de danos causados pela violação dessas

proteções⁶⁹, por meio dos quais, ainda que invocando preceitos claros de responsabilidade civil, também lança mão de fatores evidentemente atinentes ao enriquecimento sem causa – benefícios auferidos pelo autor da violação e valor que teria pagado pela lícita utilização do bem (incisos II e III do artigo 210). Mencionando as pertinentes (quijá cômicas) expressões de FERNÁNDEZ-NÓVOA (1997, p. 17), trata-se de casos de “lucros emergentes” e “danos cessantes”.

Por fim, a última subespécie pela qual se manifesta o enriquecimento sem causa por intervenção é a usurpação de direitos da personalidade. Pode um indivíduo enriquecer através do uso ilícito da imagem ou do nome alheios, direitos esses irrenunciáveis e intransmissíveis por natureza. Adverte-se, no entanto, que a proteção conferida pelo instituto da vedação ao enriquecimento sem causa a situações como a ora descrita tem suas limitações:

O ordenamento jurídico não permite que se estipule um equivalente econômico para os bens indisponíveis. A reação jurídica às ofensas aos bens indisponíveis não é feita mediante a restituição do enriquecimento sem causa, mas por outras medidas cíveis (retratação, indenização por danos morais, cessação) e penais. (KROETZ, 2005, p. 170)

Deve-se ater também às questões acerca da valoração pessoal desses direitos. Por exemplo, a utilização indevida da imagem de indivíduos célebres como Gisele Bündchen ou Barack Obama gera impactos pecuniários

⁶⁹ Art. 207. Independentemente da ação criminal, o prejudicado poderá intentar as ações cíveis que considerar cabíveis na forma do Código de Processo Civil. Art. 208. A indenização será determinada pelos benefícios que o prejudicado teria auferido se a violação não tivesse ocorrido. Art. 209. Fica ressalvado ao prejudicado o direito de haver perdas e danos em ressarcimento de prejuízos causados por atos de violação de direitos de propriedade industrial e atos de concorrência desleal não previstos nesta Lei, tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios, a criar confusão entre estabelecimentos comerciais, industriais ou prestadores de serviço, ou entre os produtos e serviços postos no comércio. § 1º Poderá o juiz, nos autos da própria ação, para evitar dano irreparável ou de difícil reparação, determinar liminarmente a sustação da violação ou de ato que a enseje, antes da citação do réu, mediante, caso julgue necessário, caução em dinheiro ou garantia fidejussória. § 2º Nos casos de reprodução ou de imitação flagrante de marca registrada, o juiz poderá determinar a apreensão de todas as mercadorias, produtos, objetos, embalagens, etiquetas e outros que contenham a marca falsificada ou imitada. Art. 210. Os lucros cessantes serão determinados pelo critério mais favorável ao prejudicado, dentre os seguintes: I - os benefícios que o prejudicado teria auferido se a violação não tivesse ocorrido; ou II - os benefícios que foram auferidos pelo autor da violação do direito; ou III - a remuneração que o autor da violação teria pago ao titular do direito violado pela concessão de uma licença que lhe permitisse legalmente explorar o bem.

maiores que de um desconhecido – ainda que este atribua valor inestimável à sua própria imagem, não deixa de ser meramente simbólico, impossível de ser medido pecuniariamente. Nesse caso a pretensão à restituição por meio dos mecanismos de prevenção ao enriquecimento sem causa não traria grande satisfação econômica.

A quarta espécie a ser estudada é o enriquecimento em razão da invalidade de negócios jurídicos. Na possibilidade de que uma avença nula ou anulável seja mesmo assim adimplida pelo fornecedor, este deve ser ressarcido, pois com a prestação nasce a pretensão à restituição. (KROETZ, 2005, p. 172 e 177)

Note-se que não se fala em remuneração, a qual somente existe enquanto vigorar o contrato, mas sim em indenização, ou seja a restauração do prejuízo sustentado pelo prestador ao desempenhar uma atividade ou pelo vendedor ao alienar produto que não verá remuneração. O pilar para tal mecanismo se encontra no artigo 182 do Código Civil vigente, que enuncia: “anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente.”

Note-se que a invalidade não precisa ser percebida por ambas as partes para que o negócio se mostre eivado. Nesse sentido, colaciona-se excerto de julgado do Superior Tribunal de Justiça assaz pertinente ao tema:

Nulidade de compra e venda em face da “insanidade mental” de uma das partes (CC, art. 5º. II), ainda que o fato seja desconhecido da outra. Hipótese, todavia, em que o status quo ante só será restabelecido, quando os herdeiros do incapaz restituírem o montante do preço recebido, corrigido monetariamente, bem assim indenizarem as benfeitorias úteis, sob pena de enriquecimento sem causa. (STJ, 2001)

Por fim, a quinta e última espécie de enriquecimento sem causa se dá por meio da deturpação dos contratos. Em situações que impossibilitam o cumprimento, maculam sua escorreita execução ou modificam suas bases negociais a um ponto que em nada relembra a avença originalmente firmada, o instrumento (ainda existente) deixa de ter respaldo jurídico na disciplina dos contratos. (KROETZ, 2005, p. 181)

Situações como drástica mutação do ambiente fático em que se insere o contrato (cláusula *rebus sic stantibus*), desvalorização da moeda, inflação, usura ou benefícios excessivos a uma das partes justificam que se invoque a disciplina da vedação ao enriquecimento sem causa para sua solução, visto que extrapolam os limites da normativa contratual⁷⁰.

Ante o princípio da relativização dos contratos, a *pacta sunt servanda* perde força frente à vedação ao enriquecimento sem causa tanto para mera interpretação de dispositivos⁷¹ quanto para a revisão do instrumento por inteiro⁷². É nessa direção que a função social do contrato sobrepõe a autonomia da vontade das partes para trazer mais segurança e proteção aos indivíduos que podem adentrar um negócio sem ter plena certeza das consequências.

Apesar disso, é de se atentar à posição contrária firmada por Gomes (1998), o qual entende que a disciplina dos contratos por si só é capaz de abarcar os casos de enriquecimento sem causa ou ilícito decorrentes da relação contratual, *in verbis*:

É que, na responsabilidade contratual, existem outros meios de dissuadir e de punir a prática de factos ilícitos danosos: além da vantagem que cada uma das partes procura obter num contrato oneroso, podem prever-se cláusulas penais e até, inclusive, cláusulas penais genuinamente sancionatórias. Até certo ponto, pode mesmo dizer-se que o grau de protecção que cada uma das partes tem, face a comportamentos oportunistas da outra parte, é o grau de protecção que ela desejou ter, e que teve o cuidado de assegurar, no contrato, para si própria. (GOMES, 1998, P. 766-767)

No entanto, não há limitação alguma de que a disciplina da vedação ao enriquecimento sem causa não seja utilizada no âmbito das relações contratuais. Nesse sentido, cumpre apontar lição de Fachin (2000, p. 296):

O enriquecimento sem causa, ligado à noção de atribuição patrimonial, ocupa espaço cada vez mais relevante no estudo dos contratos. A atribuição patrimonial corresponde ao ingresso em uma

⁷⁰ ÁLVAREZ-CAPEROCHIPI, José Antonio. **El enriquecimiento sin causa**. 3. Ed. Granada: Editorial Comares, 1993, p. 106.

⁷¹ Nesse sentido, cumpre apontar a clara correlação com o artigo 47 do Código de Defesa do Consumidor, no qual se lê: “as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.”

⁷² Novamente, materializa-se a questão nos artigos 51 e seguintes do Diploma Consumerista – “Das Cláusulas Abusivas”.

esfera jurídica de um montante ou de um bem com valor pecuniário, ou mesmo de um interesse conversível em pecúnia. Essa atribuição deve possuir uma causa, uma base na qual se assenta. Quando essa base de equilíbrio originário desaparece, há o chamado enriquecimento sem causa.

Inclusive, imperioso ressaltar que a própria *pacta sunt servanda* carrega em seu bojo ares de vedação ao enriquecimento sem causa, porquanto, sob a égide do imperativo supra, do contrato somente pode decorrer incremento patrimonial advindo do estrito cumprimento dos termos do instrumento.

Analisados os requisitos para configuração do enriquecimento sem causa, bem como as formas pelas quais pode se manifestar, cumpre apontar que o texto legal dá preferência à restituição *in natura*, ao enunciar que “será obrigado a restituir o indevidamente auferido”, ou seja, enriquecendo-se pela posse de um veículo, este deverá ser devolvido; em o sendo um imóvel, este será objeto da restituição, e, caso se trate de pecúnia, o montante obtido será o repetido. A tutela é sobre o interesse da vítima de manter intacta a composição de seu patrimônio, não somente seu valor monetário. (GOMES, 1998, p. 118-119) Somente quando impossível ou excessivamente onerosa a devolução *in natura*, promove-se a compensação financeira.

Rapidamente ainda se deve tocar na questão da possibilidade de que o enriquecimento auferido deixar de existir, o que causaria um problema ainda maior se essa constatação ocorrer no momento em que se determina a obrigação de restituição. O cerne da problemática passa a ser especificamente o montante a ser entregue.

Primeiramente tem-se que o procedimento correto a ser tomado seria uma análise econômica, não puramente jurídica, buscando-se determinar quais os efeitos do enriquecimento sem causa (se esse serviu de substrato para outro aumento patrimonial superveniente), para então se auferir qual a totalidade da devolução, pois ainda que o bem primariamente obtido pelo beneficiado tenha se perdido, possíveis aumentos patrimoniais obtidos por consequência de seu uso também devem ser objeto da restituição. (KROETZ, 2005, p. 120)

Gomes (1998, p. 827) adverte para a possibilidade de o enriquecido devedor perseguir a transferência do prejuízo ao seu credor caso ocorra o desaparecimento superveniente. É de se analisar tal questão, porquanto ainda que a disponibilidade patrimonial seja decorrente de atuação eivada de má-fé, tangível conjecturar que a perda superveniente do incremento patrimonial seja plenamente de boa-fé ou mesmo com culpa leve. Com isso, parte-se do princípio de que o conteúdo da obrigação é inalterável, sendo irrelevante a persistência ou não da vantagem econômica.

Porém, sendo a aquisição de disponibilidade patrimonial de boa-fé, “a obrigação de restituição fica mitigada e limitada ao enriquecimento patrimonial subsistente até o momento em que o enriquecido for constituído em mora” (KROETZ, 2005, p. 121-122), pelo que se evita a perpetração de prejuízos ao cumprimento da obrigação pelo enriquecido.

No âmbito judicial a vedação ao enriquecimento sem causa se manifesta mais frequentemente nos já mencionados pedidos de indenização. Em se tratando de danos materiais, de plano se verifica excesso quando a cifra pleiteada é superior ao valor dos danos provados, conquanto em sede de danos morais é a intuição do julgador que melhor fará o arbitramento do *quantum* indenizatório, aplicando a regra contida no artigo 335 do Código de Processo Civil⁷³.

Nesse sentido, a orientação traçada há tempos pelos Tribunais de superposição é no sentido de evitar o inflado arbitramento de cifras indenizatórias. Foi dito que “para evitar especulações desonestas, conta-se com o bom senso dos juízes, que haverão de rejeitar pedidos, deduzidos por quem não tenha legitimidade, e arbitrar com **recomendável moderação** o montante da reparação.”⁷⁴

Tal é a sistemática geral da vedação ao enriquecimento sem causa, a maior barreira à implementação dos *punitive damages* no ordenamento

⁷³ “Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras da experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial.”

⁷⁴ STJ – Recurso Especial nº 6.852. 3ª Turma, rel. Min. Eduardo Ribeiro. J. em 29 abr. 1991. (grifou-se).

brasileiro. No entanto, de toda a teorização já exposta, tal limitação não é coerente, como bem passa a se expor adiante.

4.2 A COMPATIBILIDADE DO INSTITUTO DOS *PUNITIVE DAMAGES* DA *COMMON LAW* NORTE-AMERICANA COM O ORDENAMENTO BRASILEIRO

Delimitada a sistemática cognitiva da responsabilidade civil na *common law* norte-americana, bem como a cinética e principiologia do instituto dos *punitive damages* e o mecanismo da vedação ao enriquecimento sem causa, atribuído como limitador da aplicação do mencionado dispositivo condenatório, deve-se analisar a coerência de tal entrave, avaliando a possibilidade ou não de sua aplicação no ordenamento brasileiro.

Antes de mais nada, cumpre pontuar a incoerência da sistemática pátria de aplicação condenatória dos institutos de responsabilidade civil no que toca a indenização. Como visto, na *common law* norte-americana tem-se os *special damages* e os *general damages* (aqueles respondendo pelos danos materiais e estes pelos morais). A aplicação dos *compensatory damages* (este sim mecanismo de indenização) responde única e exclusivamente pelo refazimento dos danos sustentados pela vítima, sendo atribuído a um mecanismo diverso, os *punitive damages*, a manifestação do caráter pedagógico da pena – sua função precípua e singular.

No Brasil, no entanto, tem-se os institutos de indenização por danos materiais recompondo os danos de ordem patrimonial da vítima (e apenas isso), bem como a indenização por danos morais utilizando-se da pecúnia no intuito de recompor os danos pessoais sustentados pela vítima bem como (visto anteriormente em análise jurisprudencial) manifestar o caráter punitivo de desaprovação da conduta, fim para o qual se utiliza dos *punitive damages* (TJSC, 2009)⁷⁵.

⁷⁵ Ementa: Na fixação do quantum indenizatório, o magistrado deve sopesar a situação financeira das partes, o abalo experimentado pela vítima, a duração do dano, a fim de proporcionar uma compensação econômica para esta, sempre em atenção ao caráter pedagógico-punitivo da medida (teoria do **punitive-damages**), impedindo a prática de tais ilícitos.

Percebe-se que a responsabilidade civil brasileira mistura e confunde finalidades. Ora, ao se falar em indenização se trata de mecanismo atinente a devolver a vítima ao seu *status quo ante* – e apenas isso. Nas palavras de Cavalieri Filho (2009, p. 3-4), “tem por finalidade tornar indemne o lesado, colocar a vítima na situação em que estaria sem a ocorrência do fato danoso.”. Se o sistema da responsabilidade civil prevê como sendo tal a função da indenização, não há que se dizer em função punitiva. Se a indenização pune, de certo que foge ao seu objeto, o qual é restrito apenas a “tornar indemne o lesado”. (CAVALIERI FILHO, 2009, p. 3-4)

Enxertar funções estranhas à natureza do mecanismo indenizatório seria a criação de um abstrato jurídico inescusável. Sim, pois indenizar e punir são intenções diversas, orientadas por princípios próprios e com finalidades distintas e que só podem ser alcançadas pela utilização de mecanismos diferentes, como se vê.

Porém, se ainda assim persiste a utilização da indenização por danos morais para punição, impende refletir o porquê do mecanismo não ser utilizável em sede de arbitramento de indenização por danos materiais. Por que não poderia esse instituto, bem como a indenização por danos morais, também ter caráter punitivo, alcançando-se assim o aumento da verba condenatória? Se o dano perpetrado tiver consequências meramente patrimoniais significa que é impossível atribuir efeito pedagógico à condenação?

Não se vislumbra razão tangível e convincente para a exclusividade da aplicação da teoria do valor do desestímulo⁷⁶ no âmbito da indenização por danos morais. Prejuízo maior pode ser praticado por meio de ato ilícito ainda mais grave com efeitos exclusivamente patrimoniais, de modo que o desestímulo deve, sim, ser utilizado como fator para levar o *quantum* indenizatório para além do prejuízo patrimonial (atribuindo-se-lhe caráter punitivo). Ou seja, se a intenção é desencorajar a reincidência na prática reprovável, a indenização por danos estritamente patrimoniais comporta o aumento com base no caráter pedagógico da indenização – desencoraja-se a praticar ilícitos com efeitos meramente patrimoniais.

⁷⁶ Acerca do tema, ler “Teoria do Valor do Desestímulo”, por Diogo Lessa Clemente de Lima. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=1225>. Acesso em: 12 nov. 2011.

Todavia, mesmo assim os tribunais utilizam a indenização por danos morais como veículo para punição (desestímulo) da conduta lesiva, sendo que o grande limitador da manifestação do caráter “pedagógico” da pena é a vedação ao enriquecimento sem causa. Trata-se de outra incoerência, porquanto se o desejo do instituto é desfazer o dano (ou apenas compensá-lo), devolvendo a vítima ao estado anterior, e também punir, como se estaria enriquecendo desmotivadamente, mormente quando a punição é deflagrada pelo órgão judicante?

Pela análise do microssistema de vedação ao enriquecimento sem causa (efetuada no item anterior), percebe-se que o arbitramento judicial de *quantum* indenizatório não esbarra em quaisquer dos “tipos ‘legais’” delineados na teoria da vedação ao enriquecimento sem causa – e nem poderia, pois sendo mecanismo atinente a regular relação jurídica estritamente privada, não há que ser utilizada para observar prestação baseada em título executivo gerado judicialmente – ou seja, com aval do poder público, cuja função é a prestação e distribuição de equidade.

O estudo do microssistema de vedação ao enriquecimento sem causa ainda é de pequeno porte dentro da academia, sendo escassa a doutrina acerca do assunto. Dessa forma, entende-se que o ordenamento “veda o enriquecimento sem causa pura e simplesmente” e por esse enunciado aplicam a teoria sem se atentar a suas especificidades a qualquer caso, o que é uma utilização equivocada.

Entende-se a intenção do judiciário, que busca coibir a formação da “indústria do dano moral”⁷⁷, que se forma em nosso ordenamento pela clara observância aos acontecimentos da *common law* norte-americana. “A razão dessa vedação reside na observação da experiência americana em que os danos punitivos assemelham-se a ganhar um prêmio da loteria.” (RIBEIRO, 2006, p. 62) No entanto, como visto, a aplicação do instituto de vedação ao

⁷⁷ “Cabe ressaltar que **o Judiciário tem a obrigação de combater a indústria do dano moral**, que vem crescendo dia-a-dia em nosso país, sempre fundamentada em aborrecimentos triviais existentes no cotidiano dos cidadãos, cabendo ao julgador identificar os verdadeiros danos merecedores de indenização, sob pena de desvirtuar a finalidade almejada pelo legislador pátrio quando da criação do aludido instituto.” Citado em Apelação Cível nº 2007.027634-9, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. 1ª Câmara de Direito Civil, rel. Des. Stanley da Silva Braga. J. em 31 mai. 2010 – grifou-se.

enriquecimento sem causa se mostra descabida, pela simples e direta ausência de liame e, pois, interatividade entre os institutos.

Apesar de todo o exposto, ainda assim se utiliza punição, mais especificamente os *punitive damages* (TJSC, 2011)⁷⁸, como um parâmetro para acertamento de montante atinente à indenização. Tal aplicação, no entanto, viola a própria principiologia do instituto. Como visto, trata-se de um mecanismo de tratamento de condutas cíveis, posto que a punição em si extravasa a esfera civil, atingindo o chamado patamar “quasi-criminal” ou “supra-cível”. Mesmo que sua origem seja a *Tort Law* (responsabilidade civil norte-americana), tal dispositivo transborda os limites do sistema justamente para punir.

Ademais, como já mencionado, percebe-se que o arbitramento de valores com fundamento exclusivamente punitivo não esbarra na vedação ao enriquecimento sem causa por não se enquadrar em qualquer das espécies tratadas no item 3.2 do presente trabalho. A “tipicidade” da vedação ao enriquecimento sem causa não contempla a prestação judicial forçada pois regula relações oriundas da esfera privada, de modo que a justificativa encontrada na jurisprudência, de que arbitrar valores punitivos seria fomentar o enriquecimento sem causa, não se mostra cabível. Ora, se esse fosse o caso, estaríamos assumindo que a atuação judicial arbitra condenações em valores ilícitos.

Figura-se lógico, portanto, que se promova a separação de tais ferramentas jurisdicionais, mantendo como função das indenizações por danos materiais e morais a pura recomposição (atingindo, assim, coerência com o vernáculo “indenizar”), e aos *punitive damages* seja outorgada a função pedagógica ou desencorajadora que a jurisprudência tanto se refere, elevando o mecanismo ao patamar de instituto próprio, deixando de ser mera orientação, mero princípio.

Também seria uma questão de lógica a proposta separação, porquanto os *punitive damages* analisam questões diferentes com finalidades

⁷⁸ Ementa: Inexistência de débito. Recurso do correntista. Quitação. Prova documental. Inscrição em cadastro de inadimplentes. Dano moral. Prejuízo presumido. Indenização. **Caráter pedagógico.** Arbitramento em valor tendente a **desencorajar novo ilícito.** Sucumbência.

distintas da abordagem indenizatória da responsabilidade civil. Para se arbitrar *quantum* indenizatório, vislumbra-se uma conduta danosa, atada a um dano por um nexo causal. Verificados os três pressupostos, arbitra-se a indenização para desconstituir o dano. Os *punitive damages*, por outro lado, têm por escopo principal a conduta do requerido, aquela que propagou o dano, desencorajando-a através da punição. A indenização não abrange⁷⁹ a conduta, os *punitive damages* sim, de forma que sua separação dos institutos indenizatórios da responsabilidade civil é a única saída para se atingir maior coerência, sinergia e funcionalidade entre os institutos do ordenamento pátrio.

Porém a proposta do presente trabalho não é a utilização do mecanismo no âmbito geral e abrangente da responsabilidade civil. O que realmente interessa à análise, neste momento, são os abusos e as atuações de má-fé propagadas por empresas, agentes econômicos que abusam de sua posição de superioridade e dominância na relação jurídica de consumo para ultrapassar os limites da licitude. Garcia (2009, p. 64) explica que “nas relações de consumo há muitas formas de abusos praticados por fornecedores de produtos e serviços e que geram dano moral”, boa parte delas com base em má-fé corporativa.

Tal premissa é nada mais que verdadeira, pois é fácil de observar na *common law* norte-americana que condutas como as supramencionadas, quando praticadas por empresas, são aquelas abatidas pelas condenações que findam por exigir pagamentos em montantes altíssimos a título de *punitive damages*, não somente pelo óbvio poderio econômico que possibilita um arbitramento de *quantum* sensivelmente maior, mas por serem praticadas através dessa superioridade – que, como visto no capítulo 2 deste trabalho, se traduz na vulnerabilidade e hipossuficiência do consumidor –, geram uma reprovabilidade muito maior, a qual, como visto no item anterior, é o ponto de análise dos *punitive damages*.

Nesse sentido, destaca-se comentário de Holthausen (2006, p. 80):

⁷⁹ E nem deveria, pois se o intuito é refazer a vítima, como já examinado, de que importa analisar os elementos que norteiam conduta, especialmente no que toca fatores que vão além do que se encontra *sub judice*?

Excetuando-se fornecedores que buscam manter-se dentro da legalidade, ou daqueles que possuem uma visão de mercado (em que o cliente é essencial à sobrevivência do seu negócio), uma parcela considerável dos fornecedores não respeita os consumidores enquanto sujeitos de direito (não obstante a proteção em nível constitucional).

Essa é a realidade do mercado de consumo brasileiro que o Código de Defesa do Consumidor, com muito boa vontade e incontestável embasamento moral, tenta regular – porém não consegue. Sua existência somente tem verdadeiro efeito na corte, nos braços do Poder Judiciário. Ciente de seus direitos o consumidor tem apenas duas opções quando busca um serviço que descobre estar eivado de abusividades: aceitá-lo como lhe é oferecido ou buscá-lo em outro estabelecimento, somente para se ver afrontado pelos mesmos absurdos.

Como já mencionado citando Garcia (2009), o caso mais comum de dano moral nas relações de consumo é o “abalo de crédito”. E não se trata de um simples “mais comum”, é um comum de índices tão alarmantes que o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento que “nos casos de protesto indevido de título ou inscrição irregular em cadastros de inadimplentes, o dano moral se configura *in re ipsa*, isto é, prescinde de prova, ainda que a prejudicada seja pessoa jurídica.”⁸⁰ Tal é o ponto em que chegou a hedionda atuação das corporações: o requerente sequer precisa provar que sustentou dano, a presunção de inocência do requerido foi inteiramente mitigada.

Citando caso específico de abuso corporativo, a desembargadora Helda Lima Meireles, da 15ª Câmara Cível do TJRJ, suspendeu a venda de qualquer produto por meio do *website* www.americanas.com.br em razão dos incontáveis atrasos nas entregas, sob pena de multa diária de R\$ 20 mil⁸¹. A ordem judicial foi violada por diversas vezes e por vários dias consecutivos, o que acarretou o bloqueio de R\$ 860 mil nas contas da empresa.

Ainda que a alta cifra tenha sido proveniente do descumprimento de decisão judicial, não de dano moral, o caso foi celebrado por consumidores país afora que já tiveram seus direitos violados pela comerciante *online*.

⁸⁰ Citado em Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.186.167/RS. Quarta Turma, Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Publicado em 21/06/2011.

⁸¹ Autos nº 0008595-03.2011.8.19.0000. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/2712164/lojas-americanas-proibidas-de-vender-pela-internet>>. Acesso em: 23 jun. 2011.

O mencionado episódio, no entanto, é inquestionavelmente atípico. Como já visto nos excertos decisórios expostos ao longo deste trabalho, a posição do Judiciário é de resistência ao arbitramento de indenizações, principalmente quando se fala em dano moral. Casos de indenização individual por dano moral apenas em situações muito peculiares ultrapassam o montante de R\$ 10 mil, especialmente no Tribunal de Justiça de Santa Catarina⁸².

Tal posicionamento passivo frente a violações que atingem não somente um indivíduo, porém toda a classe dos consumidores na forma de interesse difuso, deve ser alterado, porquanto não cumpre com os mandamentos constitucionais de ampla defesa do consumidor, tendo em vista que não possui o condão de desestimular as práticas obscenas dessas corporações. Ao invés, condenações judiciais que não trazem em seu bojo impacto suficiente para tornar desvantajosa a manutenção da conduta não podem e nem devem ser admitidas como emanantes de um sistema que busca a proteção do consumidor enquanto sujeito de direitos – e demonstram que vale a pena atuar dessa forma, pois o Judiciário não se posiciona fortemente contra a conduta.

Dessa forma, e como já afirmado anteriormente no item 4.1, a única forma de se coagir uma empresa a modificar sua conduta lesiva é tornar caro demais continuar agindo da mesma forma. Os conglomerados, enquanto organizações privadas, têm como único alvo o lucro⁸³ e é ciente desse fator que o ordenamento da *common law* atua em proteção daqueles que sofrem danos. Como visto, os *punitive damages* não são restritos a condenações deflagradas contra pessoas jurídicas, porém é contra estas que os valores sofrem alavancagem para alcançar cifras robustas.

⁸² Nesse sentido, cumpre apontar os seguintes julgados, apenas a título exemplificativo: Apelação Cível nº 2010.086401-0 (de 05/05/2011); nº 2010.020482-9 (de 17/05/2011); 2010.065807-7 (de 27/06/2011); 2009.052719-4 (de 19/07/2011); 2010.008097-5 (de 22/07/2011); 2009.052719-4 (de 02/08/2011); 2010.085363-9 (de 27/09/2011); e 2011.002141-7 (de 27/10/2011) – todos do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

⁸³ Em notícia veiculada pelo rotativo Migalhas: “A partir do enunciado 331, do TST, e da polêmica distinção entre atividade-meio e atividade-fim nos contratos de prestação de serviços especializados, o ministro Almir Pazzianotto Pinto contesta os argumentos contrários à terceirização. Ex-presidente do TST e ex-ministro do Trabalho, o ilustre capivariano traz à baila o óbvio acerca do estéril debate entre atividade-fim e atividade-meio. Para ele, não se pode fazer tal distinção porque tudo é meio para obtenção de um fim único, qual seja, o lucro.” (Disponível em: <[http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI143669,61044-Atividade-fim+da+sociedade+\(O+desafio+da+terceirizacao](http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI143669,61044-Atividade-fim+da+sociedade+(O+desafio+da+terceirizacao)>. Acesso em: 19 nov. 2011).

Um caso icônico a ser citado nesse sentido é o do vazamento de petróleo do navio Exxon Valdez, da americana Exxon Mobil na costa do Alasca. Pouco após a meia-noite de 24 de março de 1989 ocorreu o derramamento de 250 mil barris de petróleo⁸⁴, muito embora algumas fontes não oficiais apontem para um número robustamente superior, na casa de mais de um milhão de barris.

O lucro declarado pela empresa no segundo quadrimestre de 2010 foi de 7,56 bilhões de dólares⁸⁵. No entanto, ainda há um incontável número de vítimas aguardando recebimento de verba indenizatória. Estima-se que dos indivíduos que originalmente propuseram ações contra a Exxon Mobil na justiça norte-americana, cerca de oito mil já morreram sem ser indenizados⁸⁶.

Apesar das poucas condenações alcançadas, algumas delas indubitavelmente foram simbólicas. O ancoradouro de Baker propôs ação condenatória contra Exxon Mobil, obtendo, em primeiro grau, condenação de cinco bilhões de dólares em *punitive damages*, os quais foram reduzidos a dois bilhões e meio de dólares em segundo grau e, com base em particularidades do sistema legal marítimo da *common law* norte-americana, reduzidos novamente a 500 milhões pela Suprema Corte⁸⁷.

Independentemente das reduções impostas sobre o *quantum* arbitrado a título de *punitive damages*, trata-se de uma cifra que órgão algum do Poder Judiciário brasileiro imporia em condenação. Frise-se: caso esse fosse o prejuízo material sustentado, tal montante seria arbitrável, porém nunca em sede de danos morais. Isso porque o valor tido como maior já arbitrado por danos morais pelo Judiciário brasileiro⁸⁸ foi no Recurso Ordinário nº 01780-2003-117-08-00-2, do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região (julgado em 21 fev. 2006, relatoria da ministra Suzy Elizabeth Cavalcante Koury). *In casu*, condenou-se a requerida na Ação Civil Pública promovida pelo Ministério

⁸⁴ Disponível em: <http://www.exxonmobil.com/Corporate/about_issues_valdez.aspx>. Acesso em: 23 jun. 2011.

⁸⁵ Disponível em: <<http://money.cnn.com/2010/07/29/news/companies/Exxon/index.htm>>. Acesso em: 23 jun. 2011.

⁸⁶ Disponível em: <http://klobuchar.senate.gov/newsreleases_detail.cfm?id=326809&>. Acesso em: 26 jun. 2011.

⁸⁷ Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/supct/html/07-219.ZS.html>>. Acesso em: 19 nov. 2011.

⁸⁸ Disponível em: <<http://www.reporterbrasil.com.br/exibe.php?id=503>>. Acesso em 19: nov. 2011.

Público do Trabalho ao pagamento de R\$ 5 milhões em indenização por reduzir seus trabalhadores a um regime de escravidão. O montante foi confirmado depois pelo Tribunal Superior do Trabalho, que negou o Recurso de Revista interposto pela empresa⁸⁹. Ainda que a cifra seja alta, não se compara aos constantes números da justiça norte-americana.

Dessa forma, mesmo com as reduções, percebe-se que a condenação sofrida pela Exxon Mobil no caso supramencionado nunca seria arbitrada se o caso fosse processado no Brasil.

É seguro dizer que o posicionamento mantido pelos órgãos do Poder Judiciário brasileiro alberga as práticas ilícitas das grandes empresas: em vez de arbitrar condenações altas, que tenham algum impacto sobre aquele que perpetrou o ato ilícito, deve-se considerar “as condições pessoais e econômicas das partes, devendo o arbitramento operar-se com moderação e razoabilidade, [...]” (STJ, 2010). No entanto:

Ao estipular o valor do *quantum* devido parece-nos que só é levada em conta a condição econômica de quem recebe a indenização. Esse exemplo torna-se claro nas relações de consumo, uma vez que nas sociedades de massa a maioria das empresas possui grande poderio econômico. (RIBEIRO, 2006, p. 63)

Com isso, percebe-se que tal posição que poderia ser chamada de “protetiva” para com as práticas ilícitas das grandes pessoas jurídicas contraria o próprio mandamento jurisprudencial do mecanismo indenizatório, o qual deveria “servir de elemento de coerção destinado a frear o ânimo do agressor, impedindo, dessa forma, a recidiva.” (TJSC, 2009)

Dessarte, percebe-se que o mecanismo dos *punitive damages*, oriundo do sistema da *Tort Law* (Responsabilidade Civil da *common law* norte-americana), é não somente compatível como também necessário ao ordenamento brasileiro. Isso porque a vedação ao enriquecimento sem causa não é óbice à sua aplicação e a função desempenhada pelo instituto vela por uma prestação jurisdicional eficaz, condizente com seus mandamentos e orientações. Com isso, percebe-se que o excerto jurisprudencial a seguir

⁸⁹ Disponível em: <<http://www.reporterbrasil.org.br/exibe.php?id=1785>> e em <<http://www.carta-capital.com.br/sociedade/tst-confirma-dano-moral-de-r-5-mi-em-caso-de-escravidao/>>. Acesso em: 19 nov. 2011.

colacionado se mostra *in totum* incoerente com o ordenamento vigente e com as orientações éticas e morais que deveriam orientar a prestação jurisdicional:

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.(STJ, 2008 – grifou-se)

Ora, com a devida *venia*, a realidade da vida é que a grande maioria dos conglomerados não se importa com os efeitos que sua prestação têm sobre a vida dos consumidores. A má-fé corporativa reina no mercado enquanto o consumidor é vitimado, sendo presa fácil para os abusos corporativos praticados dia após dia. São essas as condutas fortemente abatidas pelos *punitive damages*, dispositivo que preza por uma atuação que vai além da relação Requerente-Requerido.

Esse efeito supraindividual tem origem na própria *Tort Law*, pois, como visto, o paradigma que orienta tal sistema prima pelo bem-estar social, não apenas singular, entendendo que os danos não têm efeito somente sobre a esfera particular do requerente, visto que afetariam também a sociedade como um todo.

E é justamente o que se busca com o presente trabalho, o efeito de remediar uma síndrome que afeta a sociedade como um todo. Produtos com defeito que não são trocados; preços cobrados a demais nas faturas de cobrança; serviços de baixa qualidade; comprar e não receber ou receber diferente do que se pediu; essas são algumas das inúmeras irresignações dos consumidores para com os fornecedores – as quais, quando postas frente ao fornecedor, comumente são respondidas de forma displicente: “busque seus direitos”.

O estudo traçado por Fletcher (1994) demonstra que o fator principal a ser relevado ao se apurar a responsabilidade do indivíduo é a razoabilidade

do perigo de dano a que ele sujeita outros – se natural à convivência social, não há que se falar em responsabilidade; conquanto, em sendo irrazoável, responsabiliza-se-o. Prima-se pelo bem-estar da sociedade, pondo o individualismo rompante no Direito brasileiro para um segundo plano.

Importante frisar que os *punitive damages* levam em consideração única e exclusivamente a conduta do causador do dano para firmar sua incidência. Em analogia, seria como a primeira fase da dosimetria penal (excluindo-se o parâmetro do comportamento da vítima), momento em que a análise do juiz ultrapassa os limites do ato danoso praticado, o qual seria o objeto da ação singular, lançando seu olhar também sobre as características atinentes à conduta social ampla e irrestrita do agente para puni-lo.

Esse é o fundamento moral e ético para a utilização dos *punitive damages*: não interessa retirar o nome do indivíduo do SERASA e indenizá-lo se a conduta violadora da empresa continuar a vitimar outros. É preciso que se tenha um efeito realmente pedagógico com verdadeiro poder de desestímulo, como preconizam os tribunais⁹⁰, mesmo que seus julgamentos aparentemente não o façam.

A título exemplificativo, os casos de veículos com defeitos, implicando massivos *recalls*⁹¹, indubitavelmente afetam e causam danos à sociedade como um todo⁹². E não são poucos: o *website* do Ministério da Justiça disponibiliza sistema de consulta a uma lista de produtos que já foram objeto de *recall*, demonstrando que não se trata de casos pontuais⁹³.

Não se busca dizer que problemas de fabricação, transporte ou distribuição não acontecem, porém com números de tal grandeza a questão clama por uma seriedade maior do que geralmente é dispensada ao tema. Enquanto isso, o sistema da responsabilidade civil se mostra leniente e o Poder

⁹⁰ Como bem frisa o acórdão do Agravo Interno nº 2009/0235074-5, do Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma, rel. Min. Luis Felipe Salomão. J. em 10 mai. 2011.

⁹¹ “procedimento, previsto em lei, e a ser adotado pelos fornecedores, de chamar de volta os consumidores em razão de defeitos verificados em produtos ou serviços colocados no mercado, evitando, assim, a ocorrência de acidentes de consumo”. Disponível em: <<http://www.procon.sp.gov.br/recall.asp>>. Acesso em: 20 nov. 2011.

⁹² Recentemente a Toyota Motor Corp. anunciou *recall* de 550 mil unidades em todo o mundo. Não são poucos os consumidores afetados. Disponível em: <<http://g1.globo.com/carros/noticia/2011/11/toyota-anuncia-recall-mundial-de-550-mil-veiculos.html>>. Acesso em: 20 nov. 2011.

⁹³ Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/Recall/>>. Acesso em: 20 nov. 2011.

Judiciário permissivo, sem procurar conter exemplos tão escancarados de descaso corporativo.

Mesmo que se tema uma alavancagem estrondosa nos montantes condenatórios caso seja “importado” o instituto dos *punitive damages* – o que parece assustar a grande parcela dos operadores –, sabe-se que mesmo nos Estados Unidos, onde as cifras condenatórias sustentadas pela tabagista Phillip Morris têm sido astronomicamente altas, induzindo seus advogados a questionarem a constitucionalidade do instituto na Suprema Corte⁹⁴, fontes informais sustentam não haver posicionamento majoritário a favor da corporação, porquanto o interesse público é sempre superior ao lucro de uma empresa, como bem mostra Fletcher (1994).

Ou seja, mesmo que se trate de “ganhar um prêmio da loteria” (RIBEIRO, 2006, p. 62), trata-se do interesse da população como um todo, pois em muitos casos se verifica ainda lesão a direitos difusos dos consumidores (RIBEIRO, 2011, p. 66) enquanto coletividade reconhecida e protegida tanto constitucional como infraconstitucionalmente (Lei nº 8.078 de 1990). Não obstante, o posicionamento do Judiciário brasileiro deveria conter arbitramento de cifras “de loteria”, não daquelas que efetivamente venham a perquirir o efeito social positivo esperado da prestação jurisdicional.

Trata-se de possibilitar ao Judiciário uma atuação sensivelmente mais corretiva que contenciosa, mormente em face da atual conjuntura em que vivemos, na qual o lucro de uma única empresa sobrepõe o interesse na convivência social pacífica e orientada pelos valores supremos da fraternidade, princípio esse insculpido no preâmbulo da Constituição Federal.

⁹⁴ Disponível em: <<http://www.fuerstlaw.com/news/supreme-court-to-review-punitive-damages>>. Acesso em: 25 jun. 2011.

5 CONCLUSÃO

A sociedade contemporânea atravessa um período jamais enfrentado em sua história, que traz consigo uma série de consequências ainda não entendidas em sua plenitude. Trata-se de momento no qual a economia, em ritmo de desenvolvimento em tempo algum visto, confere ao indivíduo a possibilidade de alcançar patamar socioeconômico de qualquer escala, deixando as classes mais baixas da sociedade para integrar uma elite de largo potencial econômico. Com isso insurge o consumo, manifestação atada à ambição e cobiça inerentes ao homem de ter ao seu alcance qualquer bem material sobre o qual puser seus olhos.

A partir de então surgem empresas comerciais cada vez maiores, especializadas nos bens que produzem e comercializam ou nos serviços que prestam, tomando em suas mãos as rédeas da sociedade classificada como de consumo para ditar as regras nessa relação bilateral que sobrepuja cada vez mais um de seus polos. A problemática com impacto generalizado na sociedade se mostra instalada, implorando pela atuação do Poder Judiciário, guardião da Justiça e da Constituição, para que distribua equidade e reequilibre o que uma vez foi uma relação igualitária.

A sistemática da *Tort Law* (Responsabilidade Civil da *common law* norte-americana), como no Direito brasileiro, é um sistema atinente à solução de conflitos oriundos de uma relação cível danosa entre partes, buscando reequilibrar a estabilidade perdida. Porém, esse universo tem uma sinergia cognitiva inteiramente diferente, ainda que a química dos ordenamentos seja a mesma.

Em tempos pretéritos o sistema norte-americano se orientava por uma via individualista, considerando a ocorrência ou não de reciprocidade nos riscos criados entre as partes da celeuma: tendo o criador do dano exposto a vítima a um risco recíproco em natureza com a atitude que teria gerado o dano, não há que se falar em obrigação reparatória, ao passo que, em se tratando de riscos não recíprocos (portanto desiguais em espécie), exsurge a obrigação indenizatória.

Grande característica do mencionado modelo é a separação das questões acerca do direito da vítima à recuperação e o dever ou não do perpetrador de danos de pagar. Apenas pela presença simultânea de ambos os requisitos se ordena o refazimento. O que importa é a relação fechada perpetrador–vítima, excluindo-se qualquer elemento alheio a essa esfera.

Não é em nada surpreendente que a referida abordagem sofreu mudanças substanciais ao ponto de hoje se dizer ultrapassada. A reciprocidade dos riscos a que as partes se submetiam no momento fático que gerava os danos deixa de ser o foco da *quaestio*, sendo substituída pelo questionamento acerca do quão razoável teria sido a exposição. Se a situação na qual a vítima foi submergida pelo requerido se mostrar razoável como um todo, tendo por vértice a atuação do homem comum e um parâmetro do que se espera de indivíduos em geral, não há que se falar em reparação.

Outra sensível evolução se deu a partir da interpretação de Shawn acerca da doutrina da *Tort Law*, presidente da Suprema Corte do Estado de Massachusetts, a qual foi muito bem recebida pelos juízes e doutrinadores do final do século XIX e início do XX, centralizando a análise da responsabilidade em uma comparação utilitarista e praxista dos ônus e bônus da atividade geradora de riscos para a sociedade como um todo. Embora tal abordagem não seja unânime, representa a realidade dominante nas cortes norte-americanas.

Ainda que se travem discussões acerca de qual paradigma se mostra dominante, é certo que a figura do homem comum é forte demais para ser deixada para trás, demonstrando a preocupação com um parâmetro do que é tido por mínimo aceitável. Percebe-se, ademais, que o sistema da *Tort Law* é fortemente voltado para o bem da sociedade, interpretando-o como o cerne da questão a ser relevada, relegando a segundo plano as pretensões meramente individuais.

No direito brasileiro a resposta para o reequilíbrio da relação crescentemente desigual entre consumidores e fornecedores, que via no diploma da Responsabilidade Civil um meio para mera perpetuação das desigualdades inerentes à relação supradelineada, face sua natureza inerentemente individualista, veio pela Constituição Federal de 1988, que

entendeu ser o consumidor um sujeito de direitos distinto que necessita de proteção especial.

Pela entrada em vigor da Lei nº 8.078 de 1990, o conhecido “Código de Defesa do Consumidor”, manifestou-se o princípio *favor debilis*, pelo qual se promove a defesa daquele que é elo frágil da relação de consumo, a parte mais sensível de uma relação que muitas vezes pode trazer sérias consequências. Ou seja, toma caráter normativo a situação de vulnerabilidade do consumidor na relação jurídica consumerista, sendo este o grande pilar da proteção conferida pelo diploma legal em toda sua orientação moral e jurídica.

Todavia, não é somente no plano material que a proteção ao consumidor se manifesta, mas também no processual. A hipossuficiência, parca capacidade probatória e, por consequência, de litigância do requerente frente à dominância técnica e de informação do fornecedor carecem também de intervenção do sistema jurídico, do que se vê a inversão do ônus da prova como instrumento precípua à redistribuição de isonomia na relação de litigância consumerista.

Porém o maior expoente da defesa do consumidor é a relativização dos contratos, manifestação de sua crescente função social. Depreende-se daí que, em razão da posição vulnerável do consumidor e de sua premente necessidade, muitas vezes firmará contratos que claramente vão contra seu melhor interesse, razão pela qual deve o instrumento materializador das vontades negociais ser interpretado em favor do indivíduo, inclusive havendo questões cuja disposição contratual é explicitamente vedada pelo diploma consumerista.

No entanto, apesar dos amplos e crescentes mecanismos de defesa dos direitos do consumidor, percebe-se que os casos de violação de seus direitos não diminuem apesar dos altos números de lides judiciais envolvendo tais transgressões. Dessa forma, nota-se que falta ao ordenamento brasileiro, em sede de direito do consumidor, um mecanismo capaz de causar grande impacto às corporações que abusam de sua posição dominante na relação consumerista e de modo recorrente agredem os direitos dessa classe de indivíduos.

Na *Tort Law* a indenização se dá através de dois mecanismos, os *compensatory damages* (danos compensatórios), que cuida da restituição de todo o prejuízo sustentado pela vítima, e os *punitive damages* (danos punitivos), cuja função precípua é a punição do ato praticado na esfera cível, com único intuito de desencorajar a reincidência na prática.

Ainda que os tribunais aceitem que a indenização por danos morais da Responsabilidade Civil brasileira tenha como parâmetro os *punitive damages*, limita-se seu alcance pela vedação ao enriquecimento sem causa, sob o argumento de que o arbitramento de cifra indenizatória de grande monta causaria engrandecimento patrimonial desarrazoado, portanto extrapolando a função do instituto.

No entanto, tal limitação se mostra de todo descabida. É que o microsistema da vedação ao enriquecimento sem causa é pertinente apenas às relações de âmbito privado, não se podendo aplicar àquelas oriundas de arbitramento judicial, cuja função precípua é a distribuição de equidade, a não ser que se admita que o Poder Judiciário possa ter arbitramentos ilícitos. Além disso, o arbitramento de cifras indenizatórias com base em *punitive damages* não esbarra em qualquer das cinco espécies de enriquecimento sem causa vedadas pelo ordenamento, do que se extrai sua plena adaptabilidade ao sistema jurídico brasileiro.

Não obstante, a função punitiva foge ao intuito dos mecanismos indenizatórios da Responsabilidade Civil, cuja intenção se restringe a refazer a vítima pelo dano sustentado, não a exercer controle social. Dessa forma, percebe-se que o mecanismo deve ser retirado da condição de substrato ao arbitramento de montantes na indenização por danos morais para alçar monta de mecanismo autônomo de controle judicial – o que não se mostra em nada impossível, porquanto as amarras aplicadas não têm o condão de limitar sua aplicação.

Dessarte, no âmbito do Direito do Consumidor, percebe-se que os *punitive damages* são o mecanismo ideal ao controle de que se necessita exercício pelo Poder Judiciário. Sendo o lucro a principal busca das sociedades empresárias, é abatendo sua possibilidade de enriquecimento, podendo gerar

enormes prejuízos através do arbitramento de cifras astronômicas de cunho condenatório, que se atinge a defesa do direito do consumidor.

Não se trata de apenas enunciar um dever ser, mas sim de agir ativamente em busca da igualdade e, mormente, da moralidade social no âmbito de consumo, acabando-se vez por todas com a cultura de que o mais forte sempre vence e de que se o consumidor está insatisfeito, ele que vá “procurar os seus direitos”.

6 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 728 p.

ALMEIDA, L. P. Moitinho. **Enriquecimento sem causa**. 2. ed. Lisboa: Almedina: 1998.

BENJAMIN, A. H. V.; MARQUES, C. L.; BESSA, L. R. **Manual de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BIDART CAMPOS, Germán J. **La interpretación del sistema de los Derechos Humanos**. Buenos Aires: Ediar, 1994.

BONATTO, Cláudio. **Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor**: principiologia, conceitos, contratos. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental em Recurso Especial nº 2010/0033109-0**. Quarta Turma, relator Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em 26 out. 2010.

_____. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 850.273**. Quarta Turma, relator Desembargador convocado Honildo Amaral de Mello Castro, publicado em 24 ago. 2010.

_____. **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 642.804**. Terceira Turma, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Julgado em 22 mar. 2011.

_____. **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 728.303**. Terceira Turma, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Publicado em 28 out. 2010.

_____. **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 906.708**. Terceira Turma, relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Publicado em 30 mai. 2011.

_____. **Recurso Especial nº 1.178.105**. Terceira Turma, relator Ministro Massami Uyeda. Publicado em 25/04/2011.

_____. **Recurso Especial nº 210.101**. Quarta Turma, relator Juiz Federal convocado da 1ª Região Carlos Fernando Mathias. Julgado em 20 nov. 2008.

_____. **Recurso Especial nº 337.225**. Segunda Turma, relatora Ministra Eliana Calmon. Julgado em 25 mar. 2003.

_____. **Recurso Especial nº 337.739**. Terceira Turma, relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Julgado em 05 fev. 2002.

_____. **Recurso Especial nº 38.353**. Terceira Turma, relator Ministro Ari Pargendler. Publicado em 23/04/2001.

_____. **Recurso Especial nº 735.490**. Primeira Turma, relator Ministro Jorge Scartezzini. Julgado em 01 ago. 2006.

_____. **Recurso Especial nº 913.131**. Quarta Turma, relator Juiz Federal convocado Carlos Fernando Mathias. Julgado em 16 set. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 447.584-7**. Segunda Turma, relator Ministro Cezar Peluso. Julgado em 28 nov. 2006.

CAHALI, Yussef Said. **Dano e indenização**. São Paulo: Ajuris, 1980.

CAMPOS, Diogo Paredes Leite de. **A subsidiariedade da obrigação de restituir o enriquecimento**. Coimbra: Livraria Almedina, 1974.

CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**. Trad. Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller, 2001.

_____. **Sistemas de direito processual civil**. 2. Ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004. I v.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. ed., revista, aumentada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2008.

COELHO, Francisco Manuel Pereira. **O enriquecimento e o dano**. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

COOLEY, M. Thomas. **Princípios gerais de Direito Constitucional nos Estados Unidos da América**. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel, 2002.

DE LUCCA, Newton. **Comentários ao Novo Código Civil, volume XII: dos atos unilaterais. Dos títulos de crédito**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2000.

FAIS, Juliana Marteli; SILVA, Leda Maria Messias. Common Law em relação ao direito brasileiro. **Iniciação Científica Cesumar**, Maringá, v. 08, n. 01, 2006.

FERNANDES NETO, Guilherme. **O abuso do direito no Código de Defesa do Consumidor**: cláusulas, práticas e publicidades abusivas. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

FERNÁNDEZ-NOVOA Y RODRÍGUEZ, Carlos. **El enriquecimiento injustificado en el derecho industrial**. Madrid: Marcial Pons, 1997.

FLETCHER, George P. In: LEVMORE, Saul et. al. **Foundations of Tort Law**. New York: Oxford University Press, 1994.

FRIEDMAN, M. Lawrence. **Law in America**. New York: Modern Library Edition, 2002.

GAGLIANO, Pablo Stolze et al. **Novo Curso de Direito Civil**: Obrigações. 11. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2010. II v.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do Consumidor**: Código Comentado e Jurisprudência. 5. ed. Niterói: Editora Impetus, 2009.

GOMES, Júlio Manuel Vieira. **O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa**. Porto: Coimbra Editora, 1998.

GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 19. ed. Rev. e Atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007. IV v.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

HARVARD LAW REVIEW ASSOCIATION. Developments in the law – the civil jury. **Harvard Law Review**, Massachusetts, v. 110, n. 7, p. 1517, mai. 1997.

HOLTHAUSEN, Fábio Zabet. **Inversão do ônus da prova nas relações de consumo** – momento processual. Tubarão: Editora Unisul, 2006.

JÚNIOR, Nelson Nery. **Código de Processo Civil Comentado**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

KRISTOL, Irving. et al. **A ordem constitucional americana**. Trad. Livio Dantas. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 1988.

KROETZ, Maria Candida do Amaral. **Enriquecimento sem causa no Direito Civil brasileiro contemporâneo e recomposição patrimonial**. 2005. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005. Disponível em: <http://www.ucc.ie/law/restitution/archive/brazil/Enriquecimento_sem_causa.pdf>. Acesso em: 2 nov. 2011.

LEAL, Bruno Bianco. **Entendendo a doutrina dos “Punitive Damages”**. Disponível em: <http://www.sosconcurseiros.com.br/direito-civil/assuntos-quentes/entendendo-a-doutrina-dos-punitive-damages_21-210_1/>. Acesso em: 15 out. 2011.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. O enriquecimento sem causa no novo Código Civil brasileiro. **Revista CEJ**, Brasília, n. 25, abr./jun. 2004.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Consumidores**. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2003.

MARINONI, L. G.; ARENHART. S. C. **Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 2 v.

MARQUES, Cláudia Lima et al. **Manual de Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: RT, 2009.

_____. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. **Usos e abusos da função punitiva** (punitive damages e o Direito Brasileiro). Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero28/artigo02.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2011.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. **Elementos de Responsabilidade Civil por dano moral**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**. 7. ed. São Paulo: RT, 2009.

NORONHA, Fernando. Enriquecimento sem causa. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 56, pp. 51-78, abr./jun.1991.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Comentários ao código de defesa do consumidor**: direito material (arts. 1º a 54). Saraiva: São Paulo, 2000.

RIBEIRO, Marcelo Marques Antunes. **“Punitive Damages”**: a Aplicação Deste Instituto no Sistema Brasileiro de Responsabilidade Civil. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de pós-graduação em Direito da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2006. Disponível em:
<http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_RibeiroMM_1.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2011.

ROCHA, Lincoln Magalhães da. **A Constituição Americana**: dois séculos de direito comparado. 2. ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1990.

SABOYA, Jorge; ROBERTO, Paulo. **Novo Código Civil Comentado**. Rio de Janeiro: JASP, 2003.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 2004.036091-5**. Quarta Câmara de Direito Civil, Rel. Des. Victor Ferreira. Julgado em 27 nov. 2009.

_____. **Apelação Cível nº 2005.022932-0**. Segunda Câmara de Direito Comercial, relator Desembargador Wilson Augusto do Nascimento. Julgado em 29 set. 2009.

_____. **Apelação Cível nº 2007.023862-4**. Terceira Câmara de Direito Civil, relator Desembargadora Salete Silva Sommariva. Julgado em 17 set. 2007.

_____. **Apelação Cível nº 2009.067451-0**. Quarta Câmara de Direito Comercial, relator Desembargador José Inácio Schaefer. Julgado em 18 fev. 2011.

_____. **Apelação Cível nº 2010.051440-7**. Sexta Câmara de Direito Civil, relator Desembargador Stanley da Silva Braga. Julgado em 07 jul. 2011.

_____. **Apelação Cível nº 2010.080251-5**. Terceira Câmara de Direito Público, relatora Desembargadora Sônia Maria Schmitz. Julgado em 15 abr. 2011.

_____. **Recurso nº 2007.200598-6**. Segunda Turma de Recursos Cíveis e Criminais, relator Juiz Rubens Schulz. Publicado em 20 abr. 2009.

SILVA, Wilson Melo da. **O dano moral e sua reparação**. 3. ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 1983.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common Law**: Introdução ao Direito dos EUA. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

TETLEY, William. **Mixed Jurisdictions: Common law vs Civil law**. Disponível em: <<http://www.unidroit.org/english/publications/review/articles/1999-4a.htm>> Acesso em: 18 jul. 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 23. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1998. I v.