

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Auro Thomás Ruschel

As condenações de natureza punitivo pedagógicas e os *punitive damages*

Porto Alegre
2013

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Auro Thomás Ruschel

As condenações de natureza punitivo pedagógicas e os *punitive damages*

Monografia apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção de grau de especialista.

Orientadora: Professora Doutora Cláudia Lima Marques

Co-Orientador: Professor Doutor Marco Fridolin Sommer Santos

Porto Alegre
2013

À Camila, minha esposa, pela compreensão e estímulo. Aos nossos filhos Olavo, Pedro e Helena pela fonte inesgotável de alegria.

Agradeço profundamente ao Professor Doutor Marco Fridolin Sommer Santos pelo apoio alcançado, privando-se de seus compromissos para atender, demasiadamente, este aluno.

Agradeço ao Professor Mestre Marcos Eberhardt pelas palavras de incentivo e, por fim, agradeço aos meus colegas do escritório Hermann Ruschel Advocacia Empresarial pelos debates de corredor.

“Consumidores, por definição, somos todos nós. Os consumidores são o maior grupo econômico na economia, afetando e sendo afetado por quase todas as decisões econômicas, públicas e privadas (...), mas são o único grupo importante da economia não eficazmente organizado e cujos posicionamentos quase nunca são ouvidos”.

John Fitzgerald Kennedy

RESUMO

Esta monografia explora a aplicação dos danos punitivos no direito brasileiro e sua interpretação frente a responsabilidade objetiva. O primeiro capítulo trata, em uma perspectiva histórica, a origem da teoria do risco, instituto que embasa a responsabilidade civil objetiva. O segundo capítulo aborda a conceituação da teoria do risco da empresa, bem como as funções deste instituto. Adiante, tem-se o estudo das decisões de natureza punitivo pedagógicas e os *punitive damages*. Ao fim, apresenta-se o posicionamento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em uma abordagem crítica e analítica.

Palavras-chave: *Punitive Damages*. Responsabilidade Civil. Condenação punitivo pedagógica.

ABSTRACT

This monograph explores the application of punitive damages in Brazilian law and its interpretation in the face of strict liability. The first chapter deals in a historical perspective, the origin of the theory of risk, institute that supports the objective liability. The second chapter discusses the concepts of the theory of enterprise risk, as well as the functions of the institute. Further, it has been the study of the nature of punitive pedagogical decisions and punitive damages. At the end, we present the position of the Supreme Court of the State of Rio Grande do Sul, in a critical and analytical approach.

Keywords: Punitive Damages. Tort Law. Sentencing punitive pedagogy.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 DA ORIGEM DA TEORIA DO RISCO.....	11
3 DA TEORIA DO RISCO DA EMPRESA.....	17
4 DAS DECISÕES DE NATUREZA PUNITIVO PEDAGÓGICAS E OS PUNITIVE DAMAGES.....	32
5 O POSICIONAMENTO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL.....	44
CONCLUSÃO.....	52
REFERÊNCIAS.....	54

1 INTRODUÇÃO

O Brasil vive uma fase de entusiasmo ao empreendedorismo, promovendo ações governamentais para que os jovens vejam que criar seu negócio é um caminho viável. O crédito, através dos bancos públicos, é facilitado, com cadastro sólido, conseguem-se valores modestos, mas suficientes para iniciar a atividade. Ainda, com um plano de negócios aliado a uma boa ideia, pode-se buscar investimentos do Governo Federal, através de suas agências de fomento e desenvolvimento a juros subsidiados ou a fundo perdido. Este cenário avança a passos largos, o que representa uma proliferação de fornecedores, quer de produtos, quer de serviços.

Em paralelo a este fenômeno, vê-se a alta concentração de *players* no mercado, isto é, por iniciativa do próprio mercado, apoiado por decisões de Estado, determinados setores estão sendo explorados por poucas empresas. Neste cenário estão as empresas de telefonia, bancos, alimentos, insumos para a construção civil, enfim, um apanhado de braços que influem diretamente na economia interna.

Estas duas vertentes, quais sejam, o apelo ao empreendedorismo e a concentração de protagonistas por setor, gera um fortalecimento dos fornecedores e, atento a isto, o Governo Federal, em recente pronunciamento da Presidente da República, por ocasião do Dia Internacional da Mulher, último, depôs que o Governo Federal está atento aos Direitos dos Consumidores.

Mas, o dia-a-dia da relação dos consumidores e fornecedores fica alheio a políticas públicas quando dos conflitos, em verdade, estes são resolvidos, ora junto ao Procon, ou diretamente ao Poder Judiciário.

Quando o fornecedor desenvolve um produto ou serviço, está ciente de que irá negociar com uma parte considerada hipossuficiente pela legislação – é um imperativo – isto implica que na análise do conflito e a busca da solução, fique alheia a discussão se o fornecedor tinha ou não culpa por eventual dano que sofra o consumidor. Este último deverá ser reparado de modo compensatório pelo dano sofrido.

Esta regra preenche a responsabilidade civil objetiva, a qual alude, em modo superficial, que para a reparação do dano ao consumidor será afastada a necessidade de demonstrar o elemento culpa. Parte-se do pressuposto que o produtor agiu com culpa, já que ao consumidor seria deveras complicado fazer esta

prova. Além desta característica, tem a responsabilidade civil a função preventiva, ou seja, relata ao fornecedor que deverá ocorrer a prevenção como modo de abrandar eventuais condenações judiciais.

E esta é a regra do jogo.

Entretanto, tem-se uma postura do Poder Judiciário em condenar os fornecedores que, aos olhos dos julgadores, tomam atitudes que não só causam dano ao consumidor, mas que fogem ao comportamento do homem médio. Estas condenações dotam-se de um caráter punitivo pedagógico e revertem-se em favor da vítima, em um claro voluntarismo jurídico.

Esta ideia, que é importada do Direito americano e utilizada entre nós como *punitive damages*, é o escopo desta monografia, que visa demonstrar que o sistema jurídico brasileiro não comporta a aplicação deste tipo de pena na forma que está sendo utilizada.

2 DA ORIGEM DA TEORIA DO RISCO

A Revolução Industrial trouxe magníficas tecnologias para uma mudança significativa na escala produtiva. Ao passo que a produção era artesanal, as máquinas a vapor, o tear e as locomotivas mudaram a forma de produzir e a logística empregada, alcançando ao que era rudimentar uma velocidade até então desconhecida.

Mas o custo desta nova era foi suportado com muito esforço pela gama de operários que se dedicavam até 18 horas por dia ao trabalho, em fábricas abafadas, sujas e mal iluminadas, sem qualquer direito trabalhista, salvo a remuneração pelas horas dedicadas¹. Sofriam castigos físicos dos patrões e quando dispensados passavam por uma precariedade triste, dada a inexistência de qualquer direito que os socorressem².

As fábricas não dispunham do melhor ambiente para o trabalho, ocasionando inúmeros acidentes, cuja indenização deveria ser apurada com base na responsabilidade civil tradicional, isto é, com a competente demonstração da culpa, nexos de causalidade e dano. Neste ponto, residia a dificuldade suprema do trabalhador, ora, não havia como produzir a prova da culpa do patrão em uma relação absolutamente hipossuficiente. Assim, ter-se-ia o seguinte, conforme lição de Evaristo de Moraes:

No sistema antigo era o operário quem na maioria dos casos suportava sozinho os percalços do empreendimento do qual o patrão tirava, entretanto, maiores vantagens. Figuremos os casos: 1ª dada a culpa do patrão, era ele responsabilizado (embora com quase insuperáveis dificuldades); 2ª dada a culpa do operário perdia este, que nada recebia; 3ª

¹ Neste particular a Revolução Francesa fixou o princípio Universal da Liberdade (*Liberté, Egalité, Fraternité*) que, logo adiante, foi avocado para o seio da Revolução Industrial, sendo que naquela ocasião remunerava-se pelo trabalho, numa visão mercantilista, ou seja, o patrão comprava algo que o operário oferecia, mesmo que o produto fosse o trabalho. O autor MORAES, Evaristo de. **Os acidentes no trabalho e a sua reparação**. Ed. fac-similada, São Paulo: LTr, 2009. p. 23: "O Código Francês e todos os demais não se preocupavam com outras condições do trabalho salariado. Dali decorria facilmente a conclusão: diante da legislação civil, era lícito fixar em 14, 15 ou 16 horas por dia o tempo do trabalho. Dir-se-ia: isto prejudicava o organismo do trabalhador. Pouco importava, era consequência da preconizada liberdade do trabalho". Ibidem, p. 5: "Realizara a Revolução Francesa, no terreno econômico, as teorias do liberalismo individualístico que a levaram, no terreno político, à declaração dos direitos do homem. Àqueles tempos libertadores cumpria, em verdade, não tolerar o operário sujeito ao despotismo da regulamentação mediável".

² Este panorama não passava despercebido pelos trabalhadores. Na Europa formaram-se as *trade unions*, que eram sindicatos para a melhoria das condições de trabalho e, em determinado período, houve dois movimentos sociais da classe trabalhadora, o Ludismo, com caráter violento manifestado em invasões de fábricas, destruição de máquinas e o movimento político chamado de Cartismo, que conquistou diversos direitos aos trabalhadores.

dadas se possível as culpas dos dois, eram divididas as perdas; 4ª dados os casos fortuitos, acidentes de origem ignorada – que constituem o maior número – era, ainda, o operário quem aguentava com todas as consequências³.

Portanto, o operário assumia o risco do empreendimento, com sua própria integridade física, no mínimo, e, por vezes, com a própria vida. Situação hoje amplamente esclarecida e inaceitável, mas naquele século possível. Este panorama histórico revelou-se em uma discussão atinente a comunidade jurídica internacional, sendo encabeçada pelos doutrinadores franceses, que brilharam na busca de uma solução apta a defender os trabalhadores.

Ocorre que o Direito codificado Francês trabalhou até o último quarto do século XIX com a culpa aquiliana⁴, não havendo dúvidas acerca da responsabilidade do patrão, aplicando a norma insculpida no artigo 1382 do Código Civil daquele país, que prevê a análise da culpa: “Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer”⁵.

Em tradução livre, o artigo diz que qualquer ato do homem que causa dano e age com culpa é obrigado a reparar. Com esta norma rígida acerca da responsabilidade, o debate exigia intelectualidade criativa dos doutrinadores à época. E assim iniciou⁶.

Raymond Saleilles⁷ iniciou o debate escrevendo que toda a atividade humana cria um risco e deste as responsabilidades pelos danos causados a terceiros. Admite que o indivíduo deva suportar as consequências resultantes da sua atividade, naturalmente, lícita. Nasce na obra deste autor a teoria do risco criado.

No mesmo ano da publicação da obra de Saleilles (1897) o autor Louis Josserand⁸ continuou o debate, propondo a teoria do risco criado pelo fato das

³ MORAES, Evaristo de. **Os acidentes no trabalho e a sua reparação**. Ed. fac-similada, São Paulo: LTr, 2009. p. 39.

⁴ Ibidem, p. 24.

⁵ FRANÇA, Código Civil, de 21 de março de 1804. Disponível em <http://www.legifrance.gouv.fr> Acesso em 30/01/2013.

⁶ FILHO, Sérgio Cavaliere. **Programa de Direito do Consumidor**. 9.ed. ver e ampl. São Paulo: Atlas, 2008. p. 142: “Na busca de um fundamento para a responsabilidade objetiva, os juristas principalmente na França, conceberam a teoria do risco, justamente no final do século XIX, quando o desenvolvimento industrial agitava o problema da reparação dos acidentes do trabalho”.

⁷ SALEILLES, Raymond. **Les accidents de travail et la responsabilité civile: Essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle**. Paris: Arthur Rosseau, 1897, p. 78.

⁸ JOSSERAND, Louis. **De la responsabilité du fait des choses inanimées**. Paris: Arthur Rosseau, 1897. p. 76.

coisas (...) construída a partir do art. 1384⁹ do Código Civil Francês¹⁰, cuja ideia fixada preconizava que o indivíduo era responsável não só pelo dano de seu próprio ato e atividade, mas também o causado pelas pessoas e pelas coisas que fosse responsável. Esta conceituação era menos aberta que a desenvolvida pelo seu contemporâneo, mas a hipótese de estudo permanecia em aberto, qual seja, por qual razão um patrão, naqueles tempos, deveria indenizar o operário por conta de um acidente? Evaristo de Moraes *apud* Josserand, o que se imagina esclarecedor¹¹:

Uma vez que a coisa que ocasionou o acidente é uma propriedade de alguém e não é uma força natural, (como um tremor de terra, uma geada, etc.) o seu dono é obrigado a indenizar. A atividade humana em progresso constante tornou-se fonte de riscos, que lhe são como outros tantos percalços. Por isto, justo é que aquele que realiza uma ação, mesmo lícita e exclusiva de toda a culpa, e que dela colhe proveitos, previstos ou imprevisos, ordinários ou fortuitos, igualmente suporte as respectivas consequências prejudiciais, embora não as provoque, nem as mereça.

Marco Fridolin Sommer Santos traça um apanhado sobre as teorias dos autores franceses:

Nas obras de Raymond Saleilles e Louis Josserand, a responsabilidade objetiva foi defendida sob a teoria do risco criado. Segundo Saleilles, o art. 1.382 referia-se a “tout fait quelconque de l’homme qui cause à autrui un dommage” de modo que, para ele, este dispositivo poderia ser interpretado objetivamente, defendendo a seguinte regra: “aquele que age deve suportar os riscos do seu fato”. A teoria do risco de Louis Josserand era menos ousada, restrita à responsabilidade objetiva pelo fato das coisas, com base no art. 1.384 do Código Civil francês. Para Saleilles, o risco profissional nada mais era do que uma aplicação especial da teoria do risco criado nos acidentes do trabalho. Ambos defenderam, como referiu criticamente

⁹ SANTOS, Marco Fridolin Sommer. **Acidente do Trabalho entre a Seguridade Social e a Responsabilidade Civil**. 2.ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 143.

¹⁰ FRANÇA, Código Civil, de 21 de março de 1804. Disponível em <http://www.legifrance.gouv.fr> Acesso em 30/01/2013: Art. 1384: On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde. Toutefois, celui qui détient, à un titre quelconque, tout ou partie de l'immeuble ou des biens mobiliers dans lesquels un incendie a pris naissance ne sera responsable, vis-à-vis des tiers, des dommages causés par cet incendie que s'il est prouvé qu'il doit être attribué à sa faute ou à la faute des personnes dont il est responsable. Cette disposition ne s'applique pas aux rapports entre propriétaires et locataires, qui demeurent régis par les articles 1733 et 1734 du code civil. Le père et la mère, en tant qu'ils exercent l'autorité parentale, sont solidairement responsables du dommage cause par leurs enfants mineurs habitant avec eux. Les maîtres et les commettants, du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés ; Les instituteurs et les artisans, du dommage causé par leurs élèves et apprentis pendant le temps qu'ils sont sous leur surveillance. La responsabilité ci-dessus a lieu, à moins que les père et mère et les artisans ne prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité. En ce qui concerne les instituteurs, les fautes, imprudences ou négligences invoquées contre eux comme ayant causé le fait dommageable, devront être prouvées, conformément au droit commun, par le demandeur, à l'instance.

¹¹ MORAES, Evaristo de. **Os acidentes no trabalho e a sua reparação**. Ed. fac-similada, São Paulo: LTr, 2009. p. 32.

Evaristo de Moraes, a possibilidade de aplicação da teoria do risco a partir dos dispositivos do Código Civil. De fato, tal pretensão restou frustrada, visto que, em 1898, apenas um ano após a publicação de suas obras, entrou em vigor a legislação acidentária na França, de tal modo que os seus reflexos sobre a jurisprudência não se fizeram sentir¹².

Já no início do século XX o autor, igualmente Francês, Paul Pic trouxe ilustre contribuição ao debate. À luz do aforismo *Ubi emolumentum ibi inus*¹³ o autor entendeu que a reparação aos trabalhadores deve compor os gastos gerais da indústria, não se discutindo eventual culpa, pois o chefe da indústria detém o proveito maior do negócio. Não se pode aumentar o patrimônio de alguém, à custa de outrem. Aqui começa a futura teoria da Justiça Distributiva, que será tratada neste artigo: “a responsabilidade civil é parte e forma de concretização da justiça comutativa e distributiva¹⁴”.

Mais uma vez o autor Marco Fridolin Sommer Santos aborda a teoria de Paul Pic:

Como se vê, na teoria do risco profissional de Paul Pic, mais do que nunca, domina o fundamento do risco-proveito, com consequências interessantes em favor dos trabalhadores, como a garantia de indenização mesmo na hipótese de culpa exclusiva da vítima¹⁵.

Anos mais tarde e pouco antes da sua morte, especificamente em 1941, Josserand escreveu o artigo a “Evolução da Responsabilidade Civil”, ocasião em que já era Conselheiro da Corte de Cassação da França. Naquele trabalho o professor traz uma narrativa conclusiva sobre a teoria do risco profissional¹⁶:

Tal bem a concepção do eminente jurista SALEILLES que a desenvolveu notavelmente na sua Brochura “*Les Accidents Du Travail et la Responsabilité Civile*” aparecida em 1897. E essa visão profética encontrou numerosas consagrações parciais de ordem legislativa. É a legislação sobre os acidentes do trabalho, que, a partir de 1898, veio a consagrar a noção de risco profissional, segundo o qual o patrão responde pelos danos ocorridos ao operário em consequência ou por ocasião do trabalho independentemente de qualquer culpa de sua parte¹⁷.

¹² SANTOS, Marco Fridolin Sommer. Os Acidentes no Trabalho e a sua Reparação: A Contribuição de Evaristo de Moraes. **Revista da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 15ª Região – Amatra XV**, São Paulo: LTr. n. 2, p. 291, 2009.

¹³ PIC, Paul. **Traité élémentaire de législation industrielle – lês lois ouvrières**. 4.ed. Paris: Arthur Rosseau, 1912. p. 868.

¹⁴ LOPES, José Reinaldo de Lima. **Responsabilidade Civil do Fabricante e a Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 93.

¹⁵ SANTOS, loc. cit.

¹⁶ JOSSERAND, Louis. Evolução da Responsabilidade Civil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro: Forense. v. LXXXVI, p. 556-557, jun. 1941.

¹⁷ JOSSERAND, Louis. Evolução da Responsabilidade Civil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro: Forense. v. LXXXVI, p. 556-557, jun. 1941: “Não é cometer uma falta fazer uma companhia ferroviária

Através deste ligeiro apanhado histórico, verifica-se que a teoria do risco da empresa nasceu por conta da sistematização das normas que regulavam o acidente do trabalho, em uma época que o indivíduo ficava a mercê dos riscos inerentes a industrialização e a produção em massa, sendo que os trabalhadores eram meros componentes da engrenagem, sem estarem sob o holofote da proteção do Estado.

Os três autores franceses acima desenvolveram, portanto, as teorias do risco criado, risco proveito e risco profissional. Sendo que tais estudos definiram que a culpa é conceito absolutamente desnecessário para a apuração da responsabilidade do empresário, outrora chamado patrão, sobre atos, coisas e pessoas que estavam vinculados a sua atividade empresarial lícita.

Cediço manifestar que através desta norma o Brasil passou a adotar a responsabilidade objetiva para os eventos de acidente do trabalho, ficando salvo o operário da prova da culpa a fim de postular reparação pecuniária¹⁸, com base nas teorias francesas de Saleilles, Josserand e Pic.

Este histórico estudo doutrinário acabou por dar azo aos tempos atuais à teoria do risco da empresa, que fundamenta a responsabilidade civil objetiva e, inclusive, alicerçou a legislação consumerista brasileira, uma vez que as figuras do patrão e do fabricante confundem-se.

transitem seus trens nos trilhos: ela obteve para esse fim uma concessão dos poderes públicos e realiza um serviço público: não obstante, se as trepidações dos trens comprometem a solidez das casas marginais, se o fumo das locomotivas enegrece uma lavanderia estabelecida precedentemente perto da via férrea, se as fagulhas das locomotivas ateiam fogo às florestas e às plantações, não será de toda justiça conceder uma reparação às vítimas desses prejuízos? Qui casse lês verres lês paye, quem cria um risco deve suportar a efetivação dele. Assim o ponto de vista objetivo toma o lugar do ponto de vista subjetivo, e o risco toma o lugar das culpas, essa espécie de pecado jurídico. Todas essas leis, e muitas outras ainda, preparam e consagram uma verdadeira revolução, dissociando completamente a responsabilidade da culpa (...) a lei impõe o princípio justo e salutar “a cada um segundo seus atos e segundo suas iniciativas” princípio valioso para uma sociedade laboriosa, princípio protetor dos fracos: a força, a iniciativa, a ação devem ser por si mesmas geradoras de responsabilidade”.

¹⁸ No Brasil, em 15 de Janeiro de 1919 foi publicado o Decreto do Poder Legislativo (DPL) 3.724 que dispunha sobre os acidentes do trabalho. Este Decreto recepcionou a teoria do risco até então desenvolvida, afastando o exame da culpa do patrão. Veja-se os artigos 1º e 2º em sua redação original¹⁸: *Art. 1º Consideram-se acidentes no trabalho, para os fins da presente lei: a) o produzido por uma causa subita, violenta, externa e involuntária no exercício do trabalho, determinado lesões corporais ou perturbações funcionais, que constituam a causa única da morte ou perda total, ou parcial, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho; b) a molestia contrahida exclusivamente pelo exercício do trabalho, quando este fôr de natureza a só por si causal-a, e desde que determine a morte do operário, ou perda total, ou parcial, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho. Art. 2º O acidente, nas condições do artigo anterior, quando ocorrido pelo facto do trabalho ou durante este, obriga o patrão a pagar uma indemnização ao operário ou á sua família, exceptuados apenas os casos de força maior ou dolo da propria vítima ou de estranhos.*

Nota-se que o Professor Eugênio Facchini Neto faz um relato acerca do Direito do Consumidor que, sem alerta prévio, poderia facilmente ser lido aos olhos da matéria de acidente de trabalho, tamanha identidade entre os assuntos:

Até o final do século XIX o sistema de culpa funcionaria satisfatoriamente como critério hábil a justificar a responsabilidade civil. Os efeitos da revolução industrial e a introdução do maquinismo na vida cotidiana romperam com o equilíbrio. A máquina trouxe consigo o aumento do número dos acidentes, tornando cada vez mais difícil para a vítima identificar uma “culpa” na origem do dano e, por vezes, identificar o próprio causador do dano. Surgiu, então, o impasse: condenar uma pessoa não culpada a reparar os danos causados por sua atividade ou deixar-se a vítima, ela também sem culpa, sem nenhuma indenização. Para resolver os casos em que não havia culpa de nenhum dos protagonistas, lançou-se a ideia do risco, descartando-se a necessidade de uma culpa subjetiva. Afastou-se, então, a pesquisa pedagógica, do íntimo do agente, ou da possibilidade de previsão ou de diligência, para colocar a questão sob um aspecto até então não encarado devidamente, isto é, sob o ponto de vista exclusivo da reparação do dano. Percebe-se que o fim por atingir é exterior, objetivo, de simples reparação e não interior e subjetivo, como na imposição da pena¹⁹.

O jurista Adalberto de Souza Pasqualotto discorre²⁰:

Se na sociedade rural a medida da responsabilidade de alguém era satisfatoriamente avaliada por um padrão de comportamento negligente, atribuível à conduta esperada de um homem médio, já na sociedade industrial esse critério entrou em crise, com a dificuldade de individualizar-se o culpado por ações perdidas no anonimato das cadeias de distribuição dos bens, estabelecida nas fases intermediárias entre a produção e o consumo. Na atual sociedade tecnológica e pós-industrial, com mais razão, não se pode conviver com modelos jurídicos pertencentes a outras épocas. A responsabilidade civil não se assenta mais na conduta culposa de uma pessoa determinada, porque terminou a era do individualismo e do voluntarismo jurídico. Ela agora encontra seu fundamento no dever de solidariedade social, base de uma responsabilidade sem culpa.

Logo, é indispensável esta análise prévia acerca da origem da teoria do risco que será, a seguir, novamente explorada.

¹⁹ NETO, Eugênio Facchini. Inovação e Responsabilidade Civil: Os Riscos do Desenvolvimento no Direito Contemporâneo. In: SAAVEDRA, Giovani Agostini; LUPION, Ricardo. (Org.) **Direitos Fundamentais, Direito Privado e Inovação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 121.

²⁰ PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. A responsabilidade civil do fabricante e os riscos do desenvolvimento. In: MARQUES, Cláudia Lima. (Org.) **Estudos sobre a Proteção do Consumidor no Brasil e no Mercosul**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994. p. 78.

3 DA TEORIA DO RISCO DA EMPRESA

Aos fornecedores impõe-se a obrigatoriedade de oferecer ao mercado produtos seguros, com prévios exames e pesquisas, cuja finalidade seja atendida e que cumpram as expectativas normais frente ao consumidor médio.

A revolução industrial trouxe como um dos efeitos para a sociedade moderna a padronização de produtos e a impessoalidade da compra. São raros os momentos que o comprador, ora consumidor, tem contato diretamente com o fabricante do bem. Aliado ao tempo escasso, dado os compromissos profissionais e pessoais na atualidade, o tempo de exame do produto na ocasião da compra também se escasseou, sendo que em inúmeros casos a compra ocorre por confiança na marca, em razão do investimento pesado em publicidade.

Por conta deste microssistema que envolve o ato de comprar, não rara às vezes o consumidor fica frente a um defeito ou vício do produto. Toda esta aura é esfacelada quando do defeito e cabe ao Direito resolver este problema, quando a confiança é frustrada²¹.

O Presidente americano John Fitzgerald Kennedy encaminhou, em 15 de março de 1962 (o que acabou por ser o Dia Mundial do Consumidor) uma mensagem (Special Message to the Congresso on Protecting Consumer Interest) ao Congresso Nacional daquele país, que foi considerado o marco dos direitos dos consumidores, nesta mensagem o Presidente afirma:

Consumidores, por definição, somos todos nós. Os consumidores são o maior grupo econômico na economia, afetando e sendo afetado por quase todas as decisões econômicas, públicas e privadas (...), mas são o único grupo importante da economia não eficazmente organizado e cujos posicionamentos quase nunca são ouvidos.

No livro de autoria de Cláudio Bonatto e Paulo Valério Dal Pai Moraes *apud* José Geraldo Brito Filomeno:

John Richard Hicks, detentor do premio Nobel de economia de 1972, o qual afirma que “quem garante todos os empregos não são os empresários, os sindicalistas ou os governantes, são os consumidores”, noção esta precisa

²¹ NETO, Eugênio Facchini. Inovação e Responsabilidade Civil: Os Riscos do Desenvolvimento no Direito Contemporâneo. In: SAAVEDRA, Giovani Agostini; LUPION, Ricardo. (Org.) **Direitos Fundamentais, Direito Privado e Inovação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 97-98.

e que traduz com perfeição a interligação harmoniosa que deve existir no mercado de consumo “²²”.

A partir deste momento histórico o consumidor foi elevado ao protagonismo do mercado e o fornecedor passou a deter outras obrigações para com isso, além do fabrico, o que importou em novos riscos na relação extracontratual com o comprador²³.

Mas o risco maximizado ao fornecedor não se encontra sozinho. A sociedade contemporânea tem em sua base um sem número de novos riscos, por conta do desconhecido, que é dia-a-dia aumentado pela pesquisa, pelo comportamento humano, pelo mercado, enfim, pelo modo que optamos em viver no mundo ocidental.

Nesta visão mais ampla, a autora Maria Alice Costa Hofmeister desenvolve em sua tese²⁴ um tópico denominado “A sociedade de risco”, de grande valia para a construção inicial do raciocínio, que assim expõe:

A vastidão do tema “risco” é assustadora. Trata-se de um assunto que afeta domínios os mais diversos, tais como história, estatística, direito, administração, dentre tantos outros. Aqui ele é trazido especialmente para compor o contexto do homem contemporâneo, do qual antes se falou, trazendo-se para o presente texto a percepção da sociedade na qual aquele vive. Risco diz respeito a futuro. É nas palavras precisas de Girogi “uma modalidade de relação com o futuro”. Não há como fugir do risco. Válida, pois, a advertência do autor supracitado quando escreve acerca do crescente interesse sobre o tema: “o motivo de tal interesse é a certeza do quão inevitável é o comportamento arriscado”. Esta constatação, acerca da inevitabilidade do comportamento arriscado, deflui do perfeito entendimento do que seja risco. Diante da falta de clareza com que o vocábulo é muitas vezes empregado, necessário se torna precisá-lo. Estabelecido que o risco diz respeito ao futuro e a um dano possível a verificar-se, convém não confundi-lo com o perigo.

²² BONATTO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Questões Controvertidas No Código de Defesa do Consumidor**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 54.

²³ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. 6.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 95: “A organização das Nações Unidas, através da Resolução n. 39/248, de 9 de abril de 1985, estabeleceu diretrizes destinadas a proporcionar aos governos um marco para a elaboração e o fortalecimento da legislação e as políticas de proteção ao consumidor. No âmbito das Comunidades Europeias, foram promulgadas as Resoluções do Conselho de 14 de abril de 1975 e de 19 de maio de 1981, para impor, a nível comunitário, uma política de proteção e de informação do consumidor. Sob o influxo desse direcionamento, a Constituição Portuguesa de 1976, com a revisão de 1982 e as modificações da Lei Constitucional de 8 de julho de 1989, estabeleceu, no artigo 60, a obrigatoriedade da implementação de medida destinadas a tornar efetiva aquela proteção. A Constituição Espanhola de 1978, no artigo 51, também impôs aos poderes públicos a obrigação da defesa dos consumidores”.

²⁴ HOFFMEISTER, Maria Alice Costa. **O Dano Pessoal na Sociedade de Risco**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 37.

Em uma manifestação menos sociológica e mais jurídica, Bruno Miragem assim diz²⁵:

O estabelecimento de uma definição jurídica de risco desafia várias disciplinas jurídicas. A rigor, os riscos não se esgotam, são um não que desencadeia a ação, na medida em que, conforme pontua Ulrich Beck “neles exprime-se um componente futuro”, baseado, em parte, na “extensão futura de danos atualmente previsíveis” e, em parte, numa “perda geral de confiança ou num suposto amplificador do risco”. No direito privado, a noção jurídica de risco compreende a associação das ideias de incerteza, futuro e dano. Suas principais transformações vinculam-se ao estabelecimento, no âmbito da responsabilidade civil, da denominada responsabilidade pelo risco, que fundamenta o afastamento da culpa como pressuposto necessário ao dever de indenizar.

Enfim, toda a atividade humana cria risco, de tal risco nasce a responsabilidade por todos os prejuízos ocasionados.

Anterior ao discurso do Presidente Kennedy em 1962, os Estados Unidos da América desenvolveram uma interessante jurisprudência no seio da Common Law que influenciou as demais legislações do mundo. Em 1916 houve um julgamento emblemático que trouxe luzes a responsabilidade do fabricante e que iniciou a mudança no entendimento até então vigente. Eugênio Facchini Neto alude:

Tratava-se do caso MacPherson v. Buick Motor Co. O caso envolvia um acidente de trânsito, em razão de defeitos no rodado veículo, que veio a quebrar, resultando lesões corporais ao proprietário do carro. A vítima não comprara o automóvel diretamente do fabricante, mas sim de um varejista. Mesmo assim Cardozo²⁶ reconheceu sua pretensão diretamente contra o fabricante do carro, afirmando que “If the manufactureris negligent where danger is to be foreseen, a liability Will follow” (se o fabricante é negligente em situações em que o perigo é previsível, disto resultará sua responsabilidade). A ideia básica então assentada era a de que em todas aquelas situações em que o fabricante deveria saber que eventuais falhas no sistema produtivo poderiam resultar em perigo para quem entrar em contato com o produto, nenhuma negligência seria tolerada, podendo as vítimas agirem, nessa hipótese, diretamente contra o fabricante²⁷.

Na visão do autor supracitado, este julgamento, que foi aceito pela jurisprudência americana, trouxe dois novos entendimentos na responsabilidade

²⁵ MIRAGEM, Bruno. Mercado, fidúcia e banca: uma introdução ao exame do risco bancário e da regulação prudencial do sistema financeiro na perspectiva do crédito. In: ESTEVEZ, André Fernandes; JOBIM, Marcio Felix. (Org.). **Estudos de Direito Empresarial: Homenagem aos 50 anos de docência do Professor Peter Walter Ashton**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 447.

²⁶ Juiz Benjamin Cardozo, enquanto membro da Corte de Apelações do Estado de Nova Iorque. Posteriormente integrou a Suprema Corte americana.

²⁷ NETO, Eugênio Facchini. Inovação e Responsabilidade Civil: Os Riscos do Desenvolvimento no Direito Contemporâneo. In: SAAVEDRA, Giovani Agostini; LUPION, Ricardo. (Org.) **Direitos Fundamentais, Direito Privado e Inovação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 113.

civil do fabricante, por primeiro, permitiu que o consumidor manejasse sua pretensão diretamente contra o fabricante do bem²⁸ e, por segundo, a ideia de que nenhuma negligência seria tolerada.

Já o autor português Carlos Ferreira de Almeida complementa mencionando que “alarga-se o entendimento sobre os deveres do empresário (...) de informação sobre as condições do seu uso ou funcionamento”, ou seja, inaugura as premissas para o direito à informação, veja-se a íntegra do raciocínio:

A correção dos princípios tradicionais, sugerida pela injustiça duma interpretação restrita do princípio da culpa, encontrou campo mais favorável nos países da common Law, como é natural. Numa primeira fase (Estados Unidos, 1916, caso *Macpherson v. Buick Motor Co.*; Inglaterra, 1932, caso *Donoghue v. Stevenson*), alarga-se o entendimento sobre os deveres do empresário de produtos lançados no mercado para consumo, com a ideia de um dever geral de diligência razoável no fabrico dos produtos (reasonable care) e de informação sobre as condições do seu uso ou funcionamento (duty of warn)²⁹.

Porém, o elemento culpa permanecia presente, embora com a ressalva de que em coisas perigosas que geram danos previsíveis, o fabricante deveria provar que não agiu com culpa. Novamente o autor português:

Mas – e esse é um passo fundamental – decide-se agora que, em relação às coisas perigosas e, si mesmas e àquelas que o são por defeito de fabrico, uma vez verificado o dano, compete ao produtor provar que não tenha agido com culpa. A coisa perigosa nos seus resultados fala por si mesma (*res ipsa loquitur*), em termos de prova de culpa³⁰.

Repisa-se que a demonstração da culpa do agente ainda era prova necessária para a reparação do dano, embora o julgamento acima tenha ventilado novas posições. Entretanto, a partir da década de 1960 delineou-se a jurisprudência moderna acerca da responsabilidade civil. Em 1962 houve o leading cases *Greenman v. Yuba Power Products*. Neste caso paradigmático o relator juiz Roger Traynor entendeu que todos os produtos defeituosos inseridos no mercado e que

²⁸ Ibidem, p. 112: Antes deste julgamento, “a jurisprudência americana estava assentada no caso *Winterbotton v. Wright: A Court of Exchequer* decidiu que mesmo agindo com culpa, o fabricante não seria responsável diante de uma vítima de seu produto, salvo se tivesse sido ela própria a adquirir o produto diretamente do fabricante. A regra criada nesse precedente, pela qual o fabricante só poderia ser responsável diante de quem com ele diretamente contratou, perdurou no direito inglês até boa parte do século XX”.

²⁹ ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Os Direitos dos Consumidores**. Coimbra: Livraria Almedina, 1982. p. 134.

³⁰ ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Os Direitos dos Consumidores**. Coimbra: Livraria Almedina, 1982. p. 135.

causassem danos aos consumidores estariam isentos da demonstração da culpa, aplicando-se a responsabilidade civil objetiva.

Trata-se do caso *Greenman v. Yuba Power Products*. O relator, Justice Traynor, sustentou nesse caso que a responsabilidade objetiva (strict liability) do produtor abrangeria todos os casos de produtos defeituosos. Tratava-se, afirmou o julgador, de uma verdadeira responsabilidade extracontratual (tort Law) e não de uma responsabilidade contratual (contract Law)³¹.

Três anos depois, este entendimento fixou-se como uniforme na jurisprudência daquele país, o qual, nas palavras de Eugênio Facchini Neto³², foi inserido no:

Restatement Second of Torts, publicado em 1965, o Prof. Prosser acolheu a ratio do Caso *Greenman* e o incorporou na seção 402-A³³ daquele Restatement, afirmando-se que se um produto é defeituoso e o defeito causa danos, responsáveis pelo mesmo é tanto o produtor quanto os distribuidores, tenham ou não agido com culpa e tenham eles ou não relação contratual com a vítima³⁴.

Neste mesmo ano de 1965 o estadunidense Ralph Nader gerou polêmica com a publicação de seu livro *Unsafe at Any Speed*, vez que questionava a indústria automobilística sobre as mortes de motoristas em acidentes, os quais poderiam ser evitados com investimentos em mecanismos de segurança. Nader sustentava que não interessava um carro que andasse em alta velocidade, mas um carro que garantisse a segurança do usuário.

Desta feita, o conceito moderno da responsabilidade objetiva iniciou nos idos dos anos 1960, desenvolvendo-se adiante a Teoria do Risco da Empresa, que fundamenta a doutrina atual.

³¹ NETO, Eugênio Facchini. *Inovação e Responsabilidade Civil: Os Riscos do Desenvolvimento no Direito Contemporâneo*. In: SAAVEDRA, Giovani Agostini; LUPION, Ricardo. (Org.) **Direitos Fundamentais, Direito Privado e Inovação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 115.

³² *Ibidem*, p. 115.

³³ O Restatement Second of Tort, na seção 402-A, inciso 2, letra a menciona que a regra aplica-se mesmo que o vendedor tenha exercido todo o cuidado na preparação e venda de seu produto.

³⁴ ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Os Direitos dos Consumidores**. Coimbra: Livraria Almedina, 1982. p. 136: “Nesta matéria, como noutras que têm que ver com a responsabilidade civil, há uma tendência moderna no sentido de introdução da responsabilidade objectiva, isto é, independente de culpa. Acabou por ser esta a resultante do processo evolutivo da jurisprudência norte-americana, que hoje assegura aos consumidores uma protecção por danos causados por produtos defeituosos, em termos de strict liability in tort. O precedente foi o caso *Greenman v. Yuba Power Products* (1962), no qual se discutia a pretensão de indemnização pelas lesões sofridas por uma pessoa atingida na cara com um pedaço de madeira dum máquina pertencente a um conjunto de ferramentas de carpintaria que a mulher lhe tinha oferecido. O princípio veio a ser recolhido na colectânea jurisprudencial Restatement (Second) of torts, seção 02-A (redacção 1965), que é aceite nos Estados Unidos como registro de uma tendência uniforme dos Tribunais”.

Pari passo, na Europa o assunto tomou assento em 1985 “a Diretiva 85/374/CEE³⁵, em seu artigo 1º, consagrou em definitivo a responsabilidade objetiva do produtor, deixando de mencionar de forma expressa o elemento culpa”³⁶.

Pois bem, no que tange a responsabilidade civil, a regra geral do Código de Defesa do Consumidor é a responsabilidade objetiva, fundada na teoria do risco da empresa³⁷, que se incompatibiliza com o sistema da responsabilidade civil subjetiva, culpa, fixada no Código Civil brasileiro, assim, quando falar-se em indenização ao consumidor aplicar-se-á a responsabilidade sem o necessário exame da culpa e o dever de reparar deverá ser integral, nos termos do artigo 6º, inciso VI do diploma consumerista.

O legislador tratou, inequivocamente, a responsabilidade civil do produtor como objetiva, positivando a teoria do risco no Código de Defesa de Consumidor (Lei 8.078/1991) através dos artigos 12 e 14³⁸. Paulo de Tarso Vieira Sanseverino preleciona que:

³⁵ Na Europa a responsabilidade civil do fabricante é objeto da Diretiva Comunitária 85/374/CEE de 25 de julho de 1985, sendo revista pela Diretiva 1999/34/CE do Parlamento Europeu de 10 de maio de 1999.

³⁶ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 190.

³⁷ Este artigo não tem o foco de desenvolver doutrinariamente a teoria do risco, mas utilizar-se dela para fundamentar as contradições com as atuais jurisprudências.

³⁸ BRASIL, Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br> Acesso em 02/02/2013: Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

§ 1º O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

- I - sua apresentação;
- II - o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
- III - a época em que foi colocado em circulação.

§ 2º O produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado.

§ 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

- I - que não colocou o produto no mercado;
- II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;
- III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

- I - o modo de seu fornecimento;
- II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
- III - a época em que foi fornecido.

§ 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

O consumidor não precisa comprovar a ocorrência de culpa do fornecedor ou o defeito no produto ou no serviço, bastando demonstrar os danos sofridos e a relação de causa e efeito com o produto ou o serviço fornecido pelo agente responsável. Portanto, a ocorrência, ou não, de culpa na conduta do fornecedor é irrelevante³⁹.

Sérgio Cavalieri Filho complementa o conceito acerca da teoria do risco:

Pela teoria do risco do empreendimento, todo aquele que se disponha a exercer alguma atividade no mercado de consumo tem o dever de responder pelos eventuais vícios ou defeitos dos bens e serviços fornecidos, independentemente de culpa. Este dever imanente ao dever de obediência às normas técnicas e de segurança, bem como aos critérios de lealdade, quer perante os bens e serviços ofertados, quer perante os destinatários dessas ofertas. A responsabilidade decorre do simples fato de dispor-se alguém a realizar atividade de produzir, estocar, distribuir e comercializar produtos ou executar determinados serviços. O fornecimento passa a ser o garante dos produtos e serviços que oferece no mercado de consumo, respondendo pela qualidade e segurança dos mesmos⁴⁰.

Veja-se que a responsabilidade do empreendimento advém da simples atividade empresária, não necessariamente o produto deve ser considerado perigoso – como no direito americano –, Paulo de Tarso Vieira Sanseverino⁴¹ *apud* Nelson Nery Júnior⁴² afirma que “a simples existência da atividade econômica no mercado, exercida pelo fornecedor, já o carrega com a obrigação de reparar o dano causado por essa mesma atividade”.

Já Eugênio Facchini Neto desenvolve em seu artigo Da Responsabilidade Civil no Novo Código⁴³ o que segue:

Todavia, um exame mais detido aponta algumas diferenças de redação entre o novo texto e o dispositivo consumerista. De fato, enquanto o art. 12 do C.D.C. faz alusão a produtos com “defeitos”, o novo art. 931 refere, de maneira simples, que os empresários respondem “pelos danos causados pelos produtos postos em circulação”, não fazendo qualquer menção a produtos defeituosos. Por isso que a Comissão que tratou do tema da “Responsabilidade Civil”, na Jornada de Direito Civil promovido pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal (S.T.J) em Brasília,

I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexistiu;

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

³⁹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 191.

⁴⁰ FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Direito do Consumidor**. 9.ed. ver e ampl. São Paulo: Atlas, 2008. p. 240.

⁴¹ SANSEVERINO, op. cit., p. 192.

⁴² JÚNIOR, Nelson Nery. Os Princípios Gerais do Código brasileiro de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo. n. 3. p. 56. set/dez. 1992.

⁴³ NETO, Eugênio Facchini. Da Responsabilidade Civil no Novo Código. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) **O novo Código Civil e a Constituição**. 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 194-195.

nos dias 11 a 13 de setembro de 2002, aprovou, por unanimidade, a proposta apresentada pelo renomado jurista gaúcho Adalberto Pasqualotto, incorporando as ponderações do notável mestre argentino Jorge Mosset Iturraspe, no sentido de que o art. 931 amplia o conceito de fato do produto existente no art. 12, do Código de Defesa do Consumidor, imputando responsabilidade civil à empresa e aos empresários individuais vinculados à circulação dos produtos.

Crível apontar o artigo 931 do Código Civil:

Art. 931. Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação⁴⁴.

Marco Fridolin Sommer Santos complementa no mesmo sentido:

Princípio do risco de atividade consagrado no Código Civil abre caminho para o acolhimento de uma teoria geral da responsabilidade objetiva, aplicável também aos regimes especiais previsto em lei, o que garante unidade ao sistema jurídico entre o regime geral do Código e os regimes especiais e/ou microssistemas⁴⁵.

Amiúde o assunto tratado, a discussão traz três elementos: mercado, consumidor e fornecedor, que deve, obrigatoriamente conviver em harmonia, tendo em vista que são, entre outros, os pilares econômicos da contemporaneidade. Por conta disto, a teoria do risco tem em seu propósito particular azeitar esta engrenagem, de modo que o fornecedor possa continuar desenvolvendo novos produtos, pesquisas, marcas, mecanismos que acabam por mudar, em muitos casos, o modo de comunicação, de transporte, de relacionamento pessoal, enfim, o modo de vida e o consumidor tenha garantido que as opções vindas serão seguras e, se não o forem, a reparação do dano será facilitada. Sendo que, por fim, o mercado será a “mão invisível⁴⁶” de Adam Smith que regulará, igualmente, esta relação.

⁴⁴ BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br> Acesso em 02/02/2013.

⁴⁵ SANTOS, Marco Fridolin Sommer. **Acidente do Trabalho entre a Seguridade Social e a Responsabilidade Civil**. 2.ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 142.

⁴⁶ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. 6.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 188: “O liberalismo pode assumir variadas formas, mas o que se sucedeu ao mercantilismo caracterizou-se pela defesa do princípio segundo o qual o desenvolvimento econômico deveria fazer-se em conformidade com as leis naturais do mercado, sem os grilhões anteriormente postos pelo Estado. Neste ponto se sobressai a doutrina de Adam Smith. Defende-se, a partir de então, a teoria segundo a qual a economia está sujeita a leis naturais que a levam fatalmente a uma situação de equilíbrio entre os integrantes do mercado, com frutos positivos para toda a sociedade, que será rica se os seus integrantes o forem. O Estado não deveria, portanto, através da lei, interferir no funcionamento do mercado”.

Os doutrinadores Cláudio Bonatto e Paulo Valério Dal Pai Moraes examinam o Princípio da harmonia do mercado de consumo na obra *Questões Controvertidas no Código de Defesa do Consumidor*, da seguinte forma:

Para que sejam atendidas as diretrizes da atividade econômica e com vista à obtenção de condições satisfatórias de desenvolvimento do País, evidencia-se como fundamental o estabelecimento da harmonia no mercado de consumo. Já não pode mais ser aceita aquela separação perniciosa que colocava o consumidor de um lado e o fornecedor de outro, como se fossem contumazes litigantes do organismo social, posto que a necessidade recíproca existente entre eles esclarece com perfeição que uma postura que os coloque em situações antagônicas é absolutamente incorreta⁴⁷.

E complementam:

Com efeito, o consumo somente tem condições de existir se for entregue ao empregado, ao funcionário, ao servidor, numerário suficiente para que ele invista no mercado de consumo, adquirindo bens ou serviços. Seguindo nesta cadeia lógica, novas empresas, novos serviços, novas atividades surgirão na exata medida em que os consumidores investirem nestas unidades de produção de bens ou de serviços, as quais tenderão a aumentar o porte, fazendo com que novos empregos surjam e, conseqüentemente, que novos consumidores ingressem no mercado de consumo, investindo cada vez mais em desenvolvimento⁴⁸.

No artigo *Inovação e Responsabilidade Civil: os riscos do desenvolvimento no direito contemporâneo*⁴⁹ o eminente Eugênio Facchini Neto explora os argumentos comuns para justificar a responsabilidade objetiva do fornecedor:

Segundo o Prof. Dobbs, os argumentos mais comuns pelos quais se costuma justificar a responsabilidade objetiva dos fabricantes são os seguintes: 1) *compensation and loss spreading* (reparação e dispersão de perdas) – a responsabilidade dos fabricantes é socialmente desejável como meio de diluir perdas e danos que individualmente poderiam ser muito pesados para as vítimas isoladas, mas que podem ser mais bem absorvidas por empresas, através de mecanismos do seguro e da internalização nos preços; 2) *deterrence and greater safety* (dissuasão e maior segurança) – afirma-se, também, que, para evitar sua responsabilização por danos causados por seus produtos, ainda que não tenham eles agido com culpa, os produtores tenderão a elaborar produtos cada vez mais seguros. Outrossim, sustenta-se que o produtor está na melhor posição para avaliar riscos e utilidades e, conseqüentemente, é o *cheapest cost avoider*; 3) *representation* – os produtores apresentam, ao menos implicitamente, seus

⁴⁷ BONATTO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Questões Controvertidas No Código de Defesa do Consumidor**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 53.

⁴⁸ BONATTO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Questões Controvertidas No Código de Defesa do Consumidor**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 54.

⁴⁹ NETO, Eugênio Facchini. *Inovação e Responsabilidade Civil: Os Riscos do Desenvolvimento no Direito Contemporâneo*. In: SAAVEDRA, Giovani Agostini; LUPION, Ricardo. (Org.) **Direitos Fundamentais, Direito Privado e Inovação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 116.

produtos como seguros e saudáveis, e o consumidor tem o direito de confiar nessa aparência.

Inobstante as quatro características citadas, com o fito de manter harmonia de mercado, a teoria do risco posiciona-se “(...) servindo tanto ao ressarcimento quanto à prevenção dos danos (...)”⁵⁰.

Mas antes de entrar neste tópico, ressalta-se, pois, que o risco é necessário para o desenvolvimento do mercado de consumo. Quantas tecnologias novas que alteraram em dimensões inimagináveis – visto da década de 1960 – o conforto das pessoas, seja nos transportes, nos medicamentos, no lazer, no trabalho, enfim, por conta dos investimentos maciços em pesquisas bancadas pela iniciativa privada, há um sem número de benefícios que estão no dia-a-dia da comunidade e que se integram aos valores sociais. Este desenvolvimento gera risco, o que é absolutamente normal, por isso, a prevenção é membro efetivo da cadeia produtiva e chancelado pelo legislador, através da normatização.

Naturalmente, o ponto de lucratividade de uma empresa singular não significa uma produção sem risco, mas uma produção economicamente lucrativa, em que os custos (aí incluídos os riscos de indenização) sejam tais que ainda permitam algum lucro. Ora, a eliminação total do risco pode significar a impossibilidade de produção lucrativa: em outras palavras, pode-se chegar até a uma produção com produtos significativamente mais seguros, mas tal produção pode deixar de ser vantajosa economicamente⁵¹.

Para fins deste trabalho, a discussão acerca da reparação fica relegada ao segundo plano, vez que é fruto natural da responsabilidade objetiva. Assim, ocupemo-nos da segunda característica da teoria do risco, qual seja, a reparação⁵².

O artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor aponta que é direito básico “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”. Em raciocínio pragmático, o legislador entendeu que o fornecedor deve envidar esforços e investimentos para a prevenção dos danos, como forma de minimizar a necessidade de reparações no futuro. A reparação é um

⁵⁰ LOPES, José Reinaldo de Lima. **Responsabilidade Civil do Fabricante e a Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 98.

⁵¹ LOPES, José Reinaldo de Lima. **Responsabilidade Civil do Fabricante e a Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 95.

⁵² BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002: Disponível em <http://www.planalto.gov.br> Acesso em 02/02/2013: Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

corolário da teoria do risco, que informa ao fornecedor que a prevenção é parte do processo produtivo, já que na apuração do dano terá posição “inferior” ao consumidor. José Reinaldo de Lima Lopes escreve:

A primeira é a função preventiva, de desestímulo (deterrence) mencionada em todos os trabalhos e textos legislativos até hoje publicados sobre a responsabilidade do fabricante. A segunda é a função reparadora. Ambas devem estar ligadas porque a perspectiva meramente ressarcidora não vem resolver a questão das relações fabricante-consumidor, uma vez que tal conflito está inserido numa situação global de poder dentro do mercado e, pois, do controle do mercado pelo público consumidor e não por conglomerados econômicos ou financeiros⁵³.

O mesmo autor complementa⁵⁴:

A responsabilidade civil apresenta dupla função: ressarcimento e prevenção. A função ressarcitória que é a preponderante, representa a necessidade de o lesado obter a reparação mais completa possível dos prejuízos sofridos, restabelecendo-se a situação patrimonial anterior ao dano. Porém, a função preventiva apresenta também significativa importância, buscando evitar a ocorrência de novos atos ilícitos semelhantes⁵⁵.

Cláudio Bonatto e Paulo Valério Dal Pai Moraes:

A responsabilidade civil possui basicamente dois objetivos primordiais, quais sejam o seu caráter pedagógico e preventivo e a sua condição de meio pelo qual é obtido o ressarcimento, a compensação decorrente de algum ato ou fato⁵⁶.

Ainda, José Reinaldo de Lima Lopes no mesmo raciocínio:

As funções da responsabilidade civil em geral são classificadas como quatro: a função de ressarcir, a função de reestabelecer o equilíbrio original (o retorno ao status quo), a função de reafirmar o poder do Estado de impor

⁵³ LOPES, op. cit., p. 94.

⁵⁴ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 232.

⁵⁵ SANTOS, Marco Fridolin Sommer. **Acidente do Trabalho entre a Seguridade Social e a Responsabilidade Civil**. 2.ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 143-144: “Sob a teoria do risco de empresa, a responsabilidade civil atua como um instrumento de internalização dos custos dos acidentes, garantindo-se uma adequada compensação de danos. Todavia, o aspecto que mais contribui para a adoção da teoria do risco de empresa, é o estímulo à prevenção, representando neste particular um grande avanço em relação às teorias do risco-proveito e do risco social”.

⁵⁶ BONATTO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Questões Controvertidas No Código de Defesa do Consumidor**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 113.

sanções e, finalmente, a de inibir ou impedir as transgressões à disciplina jurídica estabelecida⁵⁷.

Um sistema de indenização à ótica da responsabilidade objetiva – inexistência do elemento culpa – deve estimular à prevenção, com a conseqüente redução dos acidentes de consumo, mas os custos desta prevenção têm de estar dentro do preço do bem, seja produto ou serviço.

Quando a empresa precifica seu produto, já está socializando os riscos inerentes a atividade empresária a qual se dedica, de modo que eventual reparação já esteja amplamente atendida, possibilitando a perenidade do negócio. Sem falar que os custos da prevenção estão socializados, esta prática denomina-se justiça distributiva, iniciado pelo autor francês Paul Pic que, conforme supramencionado, à luz do aforismo *Ubi emolumentum ibi inus*⁵⁸ o autor entendeu que a reparação aos trabalhadores deve compor os gastos gerais da indústria, não discutindo-se eventual culpa, pois o chefe da indústria detém o proveito maior do negócio. Não pode-se aumentar o patrimônio de alguém, à custa de outrem.

Esta necessidade de prevenir gera custos, os quais compõem a precificação do bem alcançado ao mercado, bem como a reparação é socializada, de igual forma, no preço. A empresa que não consegue distribuir estas rubricas no seu fruto acaba por não atender a sua função social, que é a produção que visa o lucro, mas que previne e ressarcir o consumidor sem abandonar o mercado e o desenvolvimento de novos bens de consumo. Estas relações estão dentro do mercado.

Adalberto de Souza Pasqualotto desenvolve o tema:

Definitivamente, a responsabilidade objetiva do fabricante é o sistema de reparação adequado aos dias atuais. Primeiro, porque é o que oferece maior garantia de proteção às vítimas. Segundo, porque os custos de ressarcimento devem recair sobre o fabricante, de vez que é ele quem cria o risco e está em melhor posição para controlar a qualidade e segurança dos produtos. Terceiro, porque, ainda, que seja diligente, o fabricante tem melhores condições de suportar os riscos do produto, mediante seguro de responsabilidade cujo prêmio se incorpora ao preço de venda, distribuindo-se o custo entre os próprios consumidores⁵⁹.

⁵⁷ LOPES, José Reinaldo de Lima. **Responsabilidade Civil do Fabricante e a Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 93.

⁵⁸ PIC, Paul. **Traité élémentaire de législation industrielle – liés lois ouvrières**. 4.ed. Paris: Arthur Rossseau, 1912. p. 868.

⁵⁹ PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. A responsabilidade civil do fabricante e os riscos do desenvolvimento. In: MARQUES, Cláudia Lima. (Org.) **Estudos sobre a Proteção do Consumidor no Brasil e no Mercosul**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994. p. 77.

Encara-se a questão de frente, ao entender que a socialização dos riscos é repartida entre todos, pois os benefícios são para todos e o fornecedor reparte este risco no preço. Agora, a empresa que não desenvolve seus produtos aptos a incorporar no preço estes custos, acaba por ser derrubada pelo mercado e pelas contendas judiciais que premiarão o consumidor na reparação de seu dano. Sérgio Cavalieri Filho vai neste sentido:

O consumidor não pode assumir os riscos das relações de consumo, não pode arcar sozinho com os prejuízos decorrentes dos acidentes de consumo, ou ficar sem indenização. Tal como ocorre na responsabilidade do Estado, os riscos devem ser socializados, repartidos entre todos, já que os benefícios são também para todos. E cabe ao fornecedor, através dos mecanismos de preço, proceder a essa repartição de custos sociais dos danos. É a justiça distributiva, que reparte equitativamente os riscos inerentes à sociedade de consumo entre todos, através dos mecanismos de preço, repita-se, e dos seguros sociais, evitando, assim despejar esses enormes riscos nos ombros do consumidor individual⁶⁰.

José Reinaldo Lima Lopes não apresenta dissonância ao acima colacionado:

Entre indivíduos, de igual posição social e econômica, a técnica de prevenção funciona na medida em que seus patrimônios são equilibrados. Mas o fabricante, diante do consumidor, pode dispor de um recurso a mais: o custo da indenização pode entrar no seu cálculo de custos de produção, sendo posteriormente repassado no custo das mercadorias. Se o custo é tal que pode ser facilmente suportado pelo mercado, a responsabilidade é absorvida como risco da empresa⁶¹.

Segue⁶²:

Mesmo em termos de eficiência de cálculo econômico a responsabilização objetiva do fabricante encontra sua justificativa. O preço socialmente justo só é atingível na medida em que os danos do produto sejam pagos. Sem conhecer os verdadeiros riscos de uma coisa, os consumidores poderão subestimá-los e comprar grandes quantidades: o fabricante não se preocuparia em melhorar. Se os consumidores vierem a superestimar os riscos, comprarão menos. Os custos, mais elevados sem razão, ficarão com

⁶⁰ Filho, Sérgio Cavalieri. **Programa de Direito do Consumidor**. 9.ed. ver e ampl. São Paulo: Atlas, 2008. p. 240.

⁶¹ LOPES, José Reinaldo de Lima. **Responsabilidade Civil do Fabricante e a Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 94.

⁶² BONATTO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Questões Controvertidas No Código de Defesa do Consumidor**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 125 *apud* Antonio Herman de Vasconcelos e Benjamin: “Uma razão de justiça distributiva, sistema baseado na necessidade de correção dos efeitos do processo de produção e consumo em massa, repartindo-se, de maneira mais equitativa, os riscos inerentes à sociedade de consumo através de sua canalização até o seu criador inicial e às seguradoras. O que não se admite é despejar esses enormes riscos – e consequentes sacrifícios – nos ombros do consumidor individual”.

o fabricante. Responsabilizando-se o fabricante, o cálculo dos danos entrará para o preço do produto, como elemento de reequilíbrio do mercado⁶³.

Agora este conceito de justiça distributiva não pode ter ares extremados, pois o consumidor, ente vulnerável, não é laboratório para experimentos oriundos do desenvolvimento e correção dos defeitos do processo de produção massificado. Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin dispõem⁶⁴:

(...) uma razão de justiça distributiva, sistema baseado na necessidade de correção dos efeitos do processo de produção e consumo em massa, repartindo-se, de maneira mais equitativa, os riscos inerentes à sociedade de consumo através de sua canalização até o seu criador inicial e às seguradoras. O que não se admite é despejar esses enormes riscos – e consequentes sacrifícios – nos ombros do consumidor individual.

À luz da função preventiva, Eugênio Facchini Neto apresenta a função dissuasória⁶⁵, da seguinte forma:

Distingue-se esta da anterior por não ter em vista uma conduta passada, mas por buscar, ao contrario, dissuadir condutas futuras. Ou seja, através do mecanismo da responsabilização civil, busca-se sinalizar a todos cidadãos sobre quais condutas a evitar, por serem reprováveis do ponto de vista ético-jurídico. É óbvio que também as funções reparatória e punitiva adimplem uma função dissuasória individual e geral. Porém, esse resultado acaba sendo um “efeito colateral”, benéfico, mas não necessariamente buscado. Na responsabilidade civil com função dissuasória, porém, o objetivo de prevenção geral, de dissuasão, ou de orientação sobre condutas a adotar, passa a ser o escopo principal. O meio para alcançá-lo, porém, consiste na condenação do responsável às reparação/compensação de danos individuais.

Agora, quando o judiciário, além da reparação necessária ao consumidor e a prevenção obrigatória pela norma consumerista e advinda da teoria do risco, estende a empresa uma condenação com ares pedagógicos, está penalizando a empresa por algo que é da sua essência, ou seja, o risco. Assim, a sociedade empresária obriga-se a distribuir no preço uma nova rubrica proveniente de seu risco, que não prevista anteriormente, recaindo no consumidor um percentual desta condenação. A responsabilidade civil objetiva já tem o condão de reparar os danos

⁶³ LOPES, op. cit., 97.

⁶⁴ BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcellos e. **Comentários ao Código de Proteção do Consumidor**. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 69.

⁶⁵ NETO, Eugênio Facchini. Da Responsabilidade Civil no Novo Código. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) **O novo Código Civil e a Constituição**. 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 164.

aos consumidores, bem como prevenir que os aconteça, não havendo espaço para o Judiciário outorgar uma pena privada ao fornecedor.

4 DAS DECISÕES DE NATUREZA PUNITIVO PEDAGÓGICAS E OS PUNITIVE DAMAGES

A responsabilidade civil é um método de redistribuição de perdas entre pessoas dentro de uma conjugação social, sem olvidar seu caráter de controle social. Ainda, tem-se a função reparatória, que diz ao equilíbrio rompido, dado o ato ilícito de alguém, pregando que aquela conduta não será tolerada, sendo um instrumento pedagógico a serviço da sociedade. Já na responsabilidade civil objetiva acresce-se a função preventiva, com ares de dissuasão ao ato considerando antijurídico. Então, como amplamente demonstrado, compõe a teoria do risco a prevenção aos danos.

Além de melhorar constantemente a imagem da empresa, a prevenção evita gastos com multas aplicadas por agências reguladoras, demandas judiciais (advogados, custas judiciais, departamento jurídico) e torna a relação com o cliente, ora consumidor, saudável. Estas práticas tendem a melhorar o desempenho econômico com o atendimento satisfatório do lucro, já que, como dito, a rubrica prevenção é mais convidativa que a reparação. Inclusive, a prevenção é dimensionada com baixa margem de erro nos livros gerenciais (investimentos), na medida em que o pagamento de condenações judiciais anda em um terreno movediço, aumentando as margens de erro na quantificação do custo.

Agora, é evidente que não há táticas de prevenção absolutas, sempre haverá a necessidade de reparação ao dano. A prevenção é o propulsor que diminuirá ou aumentará o nível de reparação. A par disto, a empresa que se mantém distante destas boas práticas e, especialmente, as que atuam no mercado varejista, acabam por ter uma vida útil diminuída, quando não fundem-se com outras companhias para sobreviverem.

Todavia, não há como pretender que todos os danos sejam evitados, por primeiro, dado o elevado custo que isto acarreta e, por segundo, por trazer certo grau de subjetividade a relação do cliente com o produto. Por isto, os danos sempre ocorrerão, devendo ser eficientes, pois a empresa sabe, de antemão, de será responsabilizada ao ressarcimento.

Este dano eficiente é aquele que a empresa opta em pagar as indenizações do que investir em prevenção, utilizando contas atuariais para concluir neste sentido. Evidente que este controle gerencial é muito tênue, vez que a empresa pode não

parametrizar com correção a relação reparação x prevenção e, quando percebe, criou um passivo judicial extremamente elevado.

Através do Departamento de Pesquisas Judiciárias o Conselho Nacional de Justiça publicou no ano de 2012 o já tradicional relatório dos 100 maiores litigantes. Neste documento constam os litigantes por setor e por empresas. Tomando por base os cinco primeiros colocados, por setor, temos da iniciativa privada os bancos e o setor de telefonia, segmentos ligados ao varejo. No quadro abaixo (coluna justiça estadual) os bancos são parte em 12,95% de todos os processos ajuizados no período compreendido entre 1º de janeiro a 31 de outubro de 2011, ao passo que o setor de telefonia responde por 2,38%.

Resta solar que não há condições de avaliar se este número é elevado perante o mercado (em relação ao judiciário é), pois são segmentos com alta concentração de atores e lotados no setor varejista, abarcando a totalidade da população nacional. Ora, todos os brasileiros têm conta em banco e linha telefônica. Neste foco, é normal que haja um número alto de processos, o que não quer dizer que não seja um dano eficiente.



Tabela 1 - Listagem dos dez maiores setores contendo o percentual de processos em relação ao total ingressado entre 1º de janeiro e 31 de outubro de 2011 por Justiça.

Ordem	Setores dos Cem Maiores Litigantes							
	Total		Justiça Estadual		Justiça Federal		Justiça do Trabalho	
1	SETOR PÚBLICO FEDERAL	12,14%	BANCOS	12,95%	SETOR PÚBLICO FEDERAL	83,19%	INDÚSTRIA	2,03%
2	BANCOS	10,88%	SETOR PÚBLICO MUNICIPAL	9,25%	BANCOS	9,60%	SETOR PÚBLICO FEDERAL	1,84%
3	SETOR PÚBLICO MUNICIPAL	6,88%	SETOR PÚBLICO ESTADUAL	4,85%	CONSELHOS PROFISSIONAIS	2,76%	BANCOS	1,78%
4	SETOR PÚBLICO ESTADUAL	3,75%	SETOR PÚBLICO FEDERAL	3,11%	SETOR PÚBLICO ESTADUAL	0,56%	SERVIÇOS	1,44%
5	TELEFONIA	1,84%	TELEFONIA	2,38%	OAB	0,41%	COMÉRCIO	0,93%
6	COMÉRCIO	0,81%	SEGUROS / PREVIDÊNCIA	0,93%	SETOR PÚBLICO MUNICIPAL	0,14%	SETOR PÚBLICO ESTADUAL	0,86%
7	SEGUROS / PREVIDÊNCIA	0,74%	COMÉRCIO	0,92%	SEGUROS / PREVIDÊNCIA	0,06%	ASSOCIAÇÕES	0,80%
8	INDÚSTRIA	0,63%	INDÚSTRIA	0,44%	OUTROS	0,06%	TELEFONIA	0,60%
9	SERVIÇOS	0,53%	SERVIÇOS	0,42%	EDUCAÇÃO	0,04%	SETOR PÚBLICO MUNICIPAL	0,45%
10	CONSELHOS PROFISSIONAIS	0,32%	TRANSPORTE	0,18%	SERVIÇOS	0,02%	TRANSPORTE	0,40%

Elaboração: Departamento de Pesquisas Judiciárias/ CNJ.

O sistema da teoria do risco é solar, o empresário empreende conhecendo a regra do jogo e sabe que as reparações são obrigatórias e a prevenção necessária e, ao não fazer esta última, arca com as consequências.

Porém, quando o Judiciário brasileiro condena as empresas em danos punitivos, além da reparação à vítima, está agregando algo novo na relação da empresa com o mercado.

As condenações de natureza punitivo-pedagógicas, muito embora aceitas pela jurisprudência nacional, foge do sistema e cria nova regra, pois a empresa deve, com isso, organizar-se para reparar, prevenir e sofrer uma pena privada.

Quando da elaboração do Código de Defesa do Consumidor, a comissão responsável pela elaboração redigiu-se o artigo 16, que, a exemplo da Common Law, aceitou a aplicação de uma pena ao fornecedor que tivesse em seu produto ou serviço alta periculosidade e que gerasse dano. Nesta hipótese o consumidor, em ação individual, poderia buscar a reparação e esta multa reverter-se-ia em seu favor. Veja-se o artigo vetado pelo Presidente Fernando Collor:

Art. 16 - Se comprovada a alta periculosidade do produto ou do serviço que provocou o dano, ou grave imprudência, negligência ou imperícia do fornecedor, será devida multa civil de até um milhão de vezes o Bônus do Tesouro Nacional - BTN, ou índice equivalente que venha substituí-lo, na ação proposta por qualquer dos legitimados à defesa do consumidor em juízo, a critério do juiz, de acordo com a gravidade e proporção do dano, bem como a situação econômica do responsável⁶⁶.

Embora a doutrina e a jurisprudência aceitem a aplicação dos danos punitivos, esta figura jurídica não encontra azo na legislação. A aplicação de uma pena é de competência exclusiva de Direito Público, precipuamente o Penal, e esta pena reverte-se ao Estado em desfavor da agente, ao passo que a responsabilidade civil orbita o Direito Privado, que não propicia aplicação de penas, muito menos que se revertam em favor da vítima. E isto é o que está ocorrendo, as empresas levam condenações de caráter pedagógico que beneficiam o consumidor, em um levante justiceiro. Anota-se o magistério de José Reinaldo Lima Lopes:

Talvez o mais característico da responsabilidade civil, que marca sua diferença específica com relação quer à responsabilidade penal, quer à administrativa, é o fato de ser especialmente um instrumento de compensação. Não entra em primeira linha a vingança, a retribuição da injúria sofrida. (...) A responsabilidade civil não é a continuação pura da vingança de sangue. Seus dois objetivos, como já mencionados, são compensar perdas da vítima e impedir, ou pelo menos desestimular, a repetição de condutas semelhantes no futuro. Ela tem um caráter que se pode dizer promocional: não deseja punir simplesmente, mas promover formas determinadas de comportamento⁶⁷.

⁶⁶ BRASIL, Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br> Acesso em 02/02/2013.

⁶⁷ LOPES, José Reinaldo de Lima. **Responsabilidade Civil do Fabricante e a Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 17.

A reparação do dano deve ser objetiva, pontual e exterior, sem caracterizar-se como uma imposição de pena subjetiva, conforme ensina Eugênio Facchini Neto, já citada acima, mas relevante novamente:

Para resolver os casos em que não havia culpa de nenhum dos protagonistas, lançou-se a ideia do risco, descartando-se a necessidade de uma culpa subjetiva. Afastou-se, então, a pesquisa pedagógica, do íntimo do agente, ou da possibilidade de previsão ou de diligência, para colocar a questão sob um aspecto até então não encarado devidamente, isto é, sob o ponto de vista exclusivo da reparação do dano. Percebe-se que o fim por atingir é exterior, objetivo, de simples reparação e não interior e subjetivo, como na imposição da pena⁶⁸.

Ainda, o mesmo autor acima *apud* Karl Larenz:

Não se trata, como no direito penal, de reagir frente ao fato culpável, mas sim de levar a cabo uma justa distribuição dos danos: quem causa um dano a outrem por meio de um ato antijurídico, ainda que de modo apenas “objetivamente” negligente, está mais sujeito a ter que suportar o dano do que aquele que diretamente sofreu, sem ter contribuído para o evento⁶⁹.

Como dito, a origem disto vem do direito norte americano, no *punitive damages*⁷⁰. Sérgio Cavalieri Filho no Programa de Responsabilidade Civil anota que não há regras que permitam isto⁷¹:

A principal razão alegada por aqueles que não admitem o caráter punitivo da indenização pelo dano moral é o fato de não termos regra escrita que preveja expressamente essa espécie de sanção; pelo contrário, as que existem sinalizam no sentido oposto.

Claro que na fixação da reparação, o magistrado deve agir com razoabilidade e proporcionalidade no quantum, sem perder de vista o artigo 944 do Código Civil brasileiro⁷², que permite condenar além da simples compensação dos danos. Mas mantendo-se a natureza jurídica de reparação e não pena punitiva.

⁶⁸ NETO, Eugênio Facchini. Inovação e Responsabilidade Civil: Os Riscos do Desenvolvimento no Direito Contemporâneo. In: SAAVEDRA, Giovani Agostini; LUPION, Ricardo. (Org.) **Direitos Fundamentais, Direito Privado e Inovação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 121.

⁶⁹ Ibidem, p. 123.

⁷⁰ A jurisprudência americana consagrou a *punitive damage no leading case Grimshow v. Ford Motor Co*. Recomenda-se a leitura do Trabalho de Conclusão de Curso de graduação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul por Leonardo Freire Silveira, cuja orientação foi da professora Judith Hofmesiter Martins-Costa.

⁷¹ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e a Indenização Punitiva (Os punitive damages na experiência do Common Law e na perspectiva do Direito brasileiro)**. 2.ed. atual. E ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. Monografia produzida em ideia oposta.

⁷² BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br> Acesso em 02/02/2013: Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver

Não olvida-se que o Poder Judiciário ocupa-se em penalizar os produtores, além da reparação prevista na teoria do risco com base na boa-fé e na expectativa que aquele fornecedor utilize meios que melhor atendam aos consumidores. Entretanto, a própria carta consumerista traz em sua redação o remédio técnico para isto. O artigo 102 premia a possibilidade do Poder Público proibir a venda de produto que se revele nocivo.

Art. 102. Os legitimados a agir na forma deste código poderão propor ação visando compelir o Poder Público competente a proibir, em todo o território nacional, a produção, divulgação distribuição ou venda, ou a determinar a alteração na composição, estrutura, fórmula ou acondicionamento de produto, cujo uso ou consumo regular se revele nocivo ou perigoso à saúde pública e à incolumidade pessoa⁷³.

Neste particular, o magistrado defrontando-se com situação descrita no artigo 102, não deve penalizar o fornecedor em benefício do consumidor, mas determinar que o Ministério Público Estadual, através da Promotoria Especializada do Consumidor tome as medidas em nome da comunidade, respeitando o contraditório. E assim ocorreu no famigerado caso do Toddynho.

A empresa fabricante do produto firmou um Termo de Ajustamento de Conduta com o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul comprometendo-se em pagar a quantia de R\$ 420.000,00 (quatrocentos e vinte mil reais) como forma de sanção pela negligência operada no sistema produtivo, sendo que os valores foram destinados ao Fundo da Infância e Juventude do Rio Grande do Sul e à Fundação do Vale do Taquari de Educação e Desenvolvimento. Este caso é uma sanção clássica e reverte-se de modo difuso, não individual. Neste ponto, os consumidores podem buscar a tutela jurisdicional para reparar o bem jurídico lesado, qual seja, a vida, mas nas sentenças o correto é haver a reparação pelo dano, sem caráter punitivo-pedagógico⁷⁴.

excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

⁷³ BRASIL, Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br> Acesso em 02/02/2013.

⁷⁴ G1. **Fabricante de Toddynho pagará R\$ 420 mil por produto com detergente.** Disponível em: <<http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2012/08/fabricante-do-toddynho-pagara-r-420-mil-por-produto-com-detergente.html>.> Acesso em 04/02/2013: “Fabricante do Toddynho pagará R\$ 420 mil por produto com detergente Pelo menos 39 pessoas passaram mal ao ingerir produto em 2011 no RS. Acordo foi firmado com o Ministério Público na última segunda-feira (20). A Pepsico do Brasil Ltda pagará multa de R\$ 420 mil pela distribuição do achocolatado Toddynho com produto usado para limpeza, à base de água e líquido detergente, em setembro do ano passado no Rio Grande do Sul. O acordo foi firmado com o Ministério Público, através da Promotoria de Justiça de Defesa do

Necessário ressaltar, a este tempo, que o presente artigo não visa afastar o dano punitivo, mas elucidar que no atual sistema não há base legislativa para a sua utilização, sendo fruto da casuística e jurisprudência. A utilização da *punitive damages* é bem-vinda, mas através do mecanismo processual correto, à lume do artigo 102 do Código de Defesa do Consumidor e em benefício da coletividade e não para premiar o consumidor lesado como instrumento próximo da vingança privada, enfim, deve ser utilizado quando os danos sociais são superiores aos individuais.

Outro caso paradigmático no Rio Grande do Sul foi a loteria denominada TOTOBOLA. Os organizadores comandavam, através de sistema de informática, os números que iriam ser sorteados, tirando as chances naturais de ganho dos consumidores e locupletando-se ilicitamente de valores através de laranjas, que eram os vencedores do sorteio. Em 2006 o Departamento de Criminalística do Instituto Geral de Perícias apurou os meandros utilizados pelos infratores para lesar os apostadores:

Face ao resultado dos exames periciais realizados, constatamos que no interior do compartimento superior do gabinete do sorteio, compartimento este que não permitia a visualização externa de seu conteúdo, havia a

Consumidor, após a empresa adotar medidas para evitar ou minimizar acidentes relativos ao produto com problema.

Na indenização, R\$ 390 mil vão para o Fundo da Infância e Juventude do Rio Grande do Sul, e R\$ 30 mil serão destinados à Fundação do Vale do Taquari de Educação e Desenvolvimento e doação de equipamento à Fundação Estadual de Proteção Ambiental (Fepam). O G1 entrou em contato com a assessoria de imprensa da Pepsico pela manhã. Por volta do meio-dia, a empresa se manifestou confirmando o acordo para o pagamento da indenização, e acrescentou que "a alteração de qualidade apresentada em setembro de 2011 em cerca de 80 unidades do produto distribuídas no Rio Grande do Sul tratou-se de uma falha pontual e corrigida." Ao menos 39 pessoas de 15 municípios do Rio Grande do Sul relataram reações como sensação de queimadura, feridas na boca, náusea e cólicas ao ingerir o produto de 200 ml, do lote com numeração L4 32. Na época, a empresa informou que houve falha durante o processo de higienização dos equipamentos na fábrica em Guarulhos, na Grande São Paulo. "Houve uma falha e uma das linhas envasou algumas embalagens de Toddyinho com o produto usado para limpeza, à base de água e líquido detergente", impróprios para o consumo. Pelo acordo, após realizar recall e disponibilizar atendimento especializado aos consumidores, a Pepsico comprometeu-se a adotar medidas de implementação, alteração ou substituição de suas linhas de produção. Conforme o MP, o acordo não prejudica as ações individuais das vítimas por danos do produto. Confira a íntegra da resposta da Pepsico: "*A Pepsico, fabricante da marca Toddyinho, confirma acordo no valor de R\$ 420 mil com o Ministério Público do Rio Grande do Sul. O montante será destinado ao Fundo de Infância e Juventude em prol dos interesses das crianças e adolescentes carentes do estado. A empresa reitera ainda que a alteração de qualidade apresentada em setembro de 2011 em cerca de 80 unidades do produto distribuídas no Rio Grande do Sul tratou-se de uma falha pontual e corrigida. Na ocasião, a companhia providenciou rápido recolhimento do material, comunicou o fato em anúncios pagos nos veículos gaúchos e atendeu a todas as solicitações de imprensa. Além disso, mobilizou toda a sua força de vendas no Estado para retirar essas unidades do mercado e disponibilizou um médico para os consumidores que tiveram contato com o produto e procuraram a empresa por meio de seu Serviço de Atendimento ao Consumidor*".

presença de dispositivos que possibilitavam a leitura digital do número da esfera recém-chegada da câmara de turbilhonamento (“pipoqueira”), e também permitiam a opção de encaminhar a esfera para a saída (esfera sorteada) ou de retorná-la para o interior da câmara de turbilhonamento (esfera rejeitada), opção que poderia ser comandada, também, via programa executado em computador.

Os consumidores lesados ajuizaram ações individuais buscando o ressarcimento por danos materiais e morais. A jurisprudência dominante foi pela inexistência de danos morais e ressarcimento dos danos materiais, caracterizados pelas cartelas compradas, cujo valor era de R\$ 1,00. Contudo, ao apreciar o Recurso Inominado acerca da decisão de 1º grau que afastou a reparação por danos morais, o processo foi remetido para a 3ª Turma Recursal Cível, cuja relatoria ficou a cargo do eminente Eugênio Facchini Neto⁷⁵.

No voto proferido, o relator entendeu que a simples condenação em danos materiais era injusta perante a coletividade. Ora, contraventores exploraram uma loteria que outorgava como ganhadores laranjas da quadilha, sendo que eram vendidas cerca de 750.000 cartelas por semana, o que, percebe-se, envolvia um elevado número de consumidores lesados.

Assim, o dano social era infinitamente superior ao individual. Nesta senda, o relator entendeu que a empresa deveria ser condenada em danos punitivos, utilizando-se como referência o direito saxão e condenou o fornecedor ao pagamento da quantia de R\$ 10.400,00 (dez mil e quatrocentos reais).

A decisão foi interessante, por primeiro, observou que o dano causado não era individual, mas coletivo, com alta carga social. Esta análise subjetiva da relevância social é muito importante, pois, como sabe-se há um sem número de decisões judiciais que aplicam danos punitivos em casos de inscrição indevida em órgãos restritivos de crédito, por exemplo. Ora, isto só abarca ao interesse do lesado, sem aspecto social. E, diga-se, condenar de modo pulverizado, com o fito de “educar” o fornecedor não é o meio correto e, inclusive, não atinge-se o propósito. O relator identificou no caso o peso social:

Assim, como os danos sociais causados pela ré foram maiores do que os danos individualmente sofridos pelos autores das diversas demandas que já aportaram na justiça – e que servem de termômetro da justa indignação do

⁷⁵ RIO GRANDE DO SUL, Turma Recursal Cível. **Recurso Inominado nº 71001249796**. da 3ª Turma Recursal. Recorrente: Jucélia Nazário Oriques. Recorrido: Kater Administradora de Eventos Ltda. Relator: Eugênio Facchini Neto, Capão da Canoa, 17/04/2007. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br> Acesso em 10/01/2013.

povo gaúcho, que não tolera fraudes e desonestidades, mormente quando nela estão envolvidas pessoas oriundas de países vizinhos – é caso de aplicação da função punitiva da responsabilidade civil, condenando-se a requerida a pagar uma espécie de pena privada. (RIO GRANDE DO SUL. Turma Recursal Cível. Recurso Inominado nº 71001249796. Relator: Eugênio Facchini Neto, 2007).

Por segundo, o relator acertadamente determinou que o valor da condenação fosse direcionado ao Fundo Estadual de Defesa do Consumidor, sem reverter ao consumidor.

Todavia, considerando a dimensão coletiva do dano, não tem sentido a apropriação individual de tal valor. Com isso, evita-se a disfunção que nos Estados Unidos é denominada de *overcompensation*, ou seja, uma super compensação individual. Em outras palavras, a parte que ingressa com uma ação pode ficar milionária (em razão das cifras que são concedidas no cenário norte-americano), mesmo que o dano individualmente sofrido por ela não fosse tão expressivo assim, apenas porque o juiz resolveu usar aquele caso para punir o réu ou para dissuadir os demais cidadãos ou operadores do mercado a não agirem de forma semelhante. Nesse sentido proliferam os exemplos naquele país, como a indenização de um milhão de dólares que uma moça recebeu de Mike Tyson, por ter sido por ele “bolinada” em um night club. Por mais reprovável que fosse – e é – a conduta do ex-boxeador (esse não foi o caso que o levou à prisão), é de se convir que a indenização de um milhão de dólares representou para a vítima a mesma coisa que ganhar na loteria. Daí a referência anteriormente feita à chamada *tort lottery* – loteria da responsabilidade civil. Essa é a razão pela qual muitos Estados norte-americanos, embora continuem aceitando a figura dos *punitive damages*, criaram fundos para a destinação de tais vultosas indenizações, fundos estes que posteriormente são aplicados em projetos de relevância social. (RIO GRANDE DO SUL. Turma Recursal Cível. Recurso Inominado nº 71001249796. Relator: Eugênio Facchini Neto, 2007).

Portanto, prima-se que não é o consumidor em ação individual que deverá beneficiar-se do dano punitivo, pois esta (i) prática redundante em uma pena privada, (ii) gera enriquecimento sem causa ao consumidor, (iii) não age em benefício de todos, sem esteira social, (iv) não outorga caráter pedagógico para o fornecedor e (v) rompe com o sistema da teoria do risco, que tem no seu bojo a prevenção, tendo como consequência o seu não cumprimento, a reparação sem a análise de culpa.

Que aplique-se o *punitive damages* ao fornecedor, mas com a identificação dos aspectos sociais, ou seja, o dano punitivo tem que ser em nome da comunidade e os valores revertidos em um fundo comunitário.

Por outro lado, ao romper com o sistema de prevenção e condenar o fornecedor individualmente, o Poder Público está inserindo mais um custo na

precificação do produto e, como sabe-se, socializa-se esta despesa. Antonio Herman V. Benjamin explora estes conceitos:

A doutrina e até, muito timidamente, a jurisprudência vinham pregando a sua necessidade para não dizer urgência. Não há, realmente, outra forma de se implantar em matéria de acidentes de consumo, a justiça distributiva, aquela que se mostra capaz de redistribuir os riscos inerentes à sociedade de consumo⁷⁶.

Ora, não é o consumidor, individualmente considerado (nem, tampouco, só o vendedor-direto), que deve suportar os custos sociais da produção em massa. São prejuízos que necessitam de uma repartição entre todos os outros sujeitos do mercado. E só os fornecedores, particularmente, o fabricante, tem condições de pulverizá-los, indenizando o consumidor-vítima e incorporando no produto ou serviço o valor pago⁷⁷.

A provocação pertinente e que o leitor deve ocupar-se neste tópico é se a aplicação da *punitive damages* em ações individuais não gera um desserviço, já que a eficácia pedagógica é nula. A empresa trata com a responsabilidade objetiva, na função de reparar e prevenir, e quando tem uma condenação individual, encaixa-a em seu gerencial na rubrica reparação. Por razão disto, é que inúmeras condenações não geram a mítica prevenção, que ocorre mediante agências reguladoras, Ministério Público e entes assim equiparados.

O magistrado frente a um dano de relevância social deve agir em nome de todos, remetendo o assunto ao ente apropriado e resolvendo o dano da vítima.

De mais a mais, a aplicabilidade do conceito pela via incerta acaba por ser uma interferência do Poder Público. Luciano Benetti Timm denomina esta inserção alheia aos preceitos legislativos de “Custos de Transação”, isto é:

O problema reside quando no processo de elaboração das regras – seja no plano legislativo, no plano das disputas judiciais ou mesmo nas regras sociais de convivência conhecidas como costume – são deixadas de lado as questões econômicas, devido à baixa qualidade e pouca afirmação das instituições, as quais não desenvolvem corretamente todo o procedimento necessário para determinar e fazer cumprir as regras do jogo de forma eficiente. E é nesse momento que maiores distorções começam a aparecer, e, conseqüentemente, surgem os chamados Custos de Transação⁷⁸. (...) Ocorre, todavia, que na realidade nacional deparamo-nos com uma ineficiência da Instituição Judiciário e da legislação que ela deve aplicar. Em

⁷⁶ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima. e BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 2.tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 123.

⁷⁷ Ibidem, p. 105.

⁷⁸ TIMM, Luciano Benetti. **O Novo Direito Civil: Ensaio sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 115-116.

outras palavras, percebe-se que os incentivos que advêm da atividade jurisdicional são negativos para o ambiente econômico⁷⁹.

E conclui:

Dessa forma o Direito, bem como o Judiciário, afetam de forma clara a performance econômica e são imprescindíveis na análise econômica do direito. Ademais, o Judiciário cumpre sua função social de operacionalização das relações de mercado se estiver comprometido com aquelas instituições jurídicas que instrumentalizam seu funcionamento, como livre iniciativa e autonomia privada⁸⁰. (...) A segunda conclusão é a de que as leis da ciência econômica devem ser conhecidas pelos juristas e/ou operadores do direito; especialmente aqueles que com mais frequência se envolveram em discussões que versem sobre o mercado ou sobre sua regulação. A análise econômica do Direito, que incorporou o ferramental de análise da Economia, não pode ser mais tida como um movimento “de direito” ou de “neoliberais”, mas sim como uma legítima escola de pensamento, cujas ideias podem contribuir bastante para as discussões dos problemas sociais contemporâneos⁸¹. (...) A quinta conclusão é que a opção por um modelo que respeite o mercado (e os institutos a si tão caros, como a propriedade, contratos, etc.) é a mais eficiente socialmente, e a que, portanto, melhor atende à função social do Direito⁸².

Além de não ter base legislativa, o dano punitivo encontra barreira no próprio Código Civil. Quando a condenação punitivo-pedagógica reverte-se para a vítima, que não é legitimada para tanto, esta tem uma vantagem desproporcional, que a levará ao enriquecimento sem causa. E o conceito de enriquecimento deve ser analisado no caso concreto, pois, ao ver deste artigo, qualquer valor pago a título de reparação punitiva pedagógica a vítima gera o enriquecimento ilícito, por não ser o titular deste direito.

O Ministro convocado do Tribunal Regional Federal da 1ª Região ao Superior Tribunal de Justiça Carlos Fernando Mathias no julgamento do Recurso Especial 401.358/PB⁸³ trabalhou em seu voto sobre a limitação do *punitive damages* frente ao conceito de enriquecimento sem causa:

Ressalte-se, outrossim, que a aplicação irrestrita das "*punitive damages*" encontra óbice regulador no ordenamento jurídico pátrio que, anteriormente à entrada em vigor 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

⁷⁹ Ibidem, p. 117.

⁸⁰ Ibidem, p. 115.

⁸¹ Ibidem, p. 94.

⁸² Ibidem, p. 95.

⁸³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº. 401.358/PB**. 4ª Turma. Recorrentes: Editora Abril S/A. e Vicente Vanderlei Nogueira de Brito. Recorridos: Os mesmos. Relator: Ministro Carlos Fernando Mathias. Brasília/DF, 16/03/2009. Disponível em <http://www.stj.jus.br> Acesso em 04/02/2013.

art. 884 do Código Civil de 2002. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Resp. nº 401.358/PB, Relator: Min. Carlos Fernando Mathias, 2009).

A responsabilidade civil assenta-se no papel da vítima, no bem jurídico lesado, seja subtraído ou diminuído (dano), que traz um prejuízo seja patrimonial ou pessoal.

Quando o magistrado desloca o foco da vítima e transfere ao agente que cometeu o ato ilícito, está rompendo com a visão tradicional da responsabilidade civil, pois deixou de reparar o dano para penalizar o agente, através de pena pecuniária. Quando ocorre este fenômeno, estamos diante do dano punitivo, sendo irrelevante a nomenclatura aplicada, ou seja, entende-se que dano punitivo, reparação de caráter punitivo-pedagógica e *punitive damages* são entes jurídicos de mesma natureza e objetivo.

Em suma, toda e qualquer decisão que pretenda dar uma “lição” ao agente está aplicando uma punição, uma pena privada em favor da vítima, que acaba por obter vantagem excessiva e, repita-se, a essência da teoria do risco é fazer com que o fornecedor invista em prevenção de modo a diminuir a reparação, vez que, caindo ao tramite do Judiciário, não terá o elemento culpa em análise.

O Juiz de Direito no Estado do Rio de Janeiro André Gustavo de Andrade na monografia *Dano Moral e a Indenização Punitiva (Os punitive damages na experiência do Common Law e na perspectiva do Direito brasileiro)* comenta o sistema *punitive damages*, explorando que se trata do seguinte:

Os *punitive damages* são definidos “Indenização outorgada em adição à indenização compensatória quando o ofensor agiu com negligência, malícia ou dolo”. São também usualmente denominados de *exemplary damages*. Constituem uma soma de valor variável, estabelecida em separado dos *compensatory damages* quando o dano é decorrência de um comportamento lesivo marcado por grave negligência, malícia ou opressão. Se a conduta do agente, embora culposa, não é especialmente reprovável, a imposição *punitive damages* mostra-se imprópria”. (...) O propósito geral dos *punitive damages* ou *exemplary damages* é o de punir o ofensor, estabelecendo uma sanção que lhe sirva de exemplo para que não repia o ato lesivo, além de dissuadir comportamentos semelhantes por parte de terceiros. (...) Secundariamente, os *punitive damages* exerceriam outras funções, dentre as quais a de atuar como mecanismo para a proteção de consumidores contra práticas comerciais fraudulentas ou ofensivas à boa-fé. (...) Nos Estados Unidos da América, não existe legislação federal que determine critérios de aplicação universal dos *punitive damages*. Há, porém, diversos statutes que estabelecem ou proíbem a imposição de *punitive damages* em situações específicas. (...) Os *punitive damages* são, em maior ou menor extensão, admitidos em 45 dos 50 estados americanos. Em alguns estados vêm previstos em lei, em outros têm sua origem no common

Law. Como regra geral, não acolhem os *punitive damages* os Estados de Massachusetts, Nebraska, Washingtonm New Hampshire e Louisiana⁸⁴.

Não defende-se a ideia de afastamento do Poder Judiciário da relação consumidor/fornecedor, o que seria absolutamente impensável, já que há codificação madura regulando a relação. Todavia, entende-se que a função pedagógica deverá ser aplicada dentro dos preceitos legais e em favor da coletividade. A forma pela qual está sendo aplicada é absolutamente alheia a melhor interpretação da legislação.

⁸⁴ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e a Indenização Punitiva (Os *punitive damages* na experiência do *Common Law* e na perspectiva do Direito brasileiro)**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 186-188.

5 O POSICIONAMENTO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Inobstante a decisão proferida nos autos do Recurso Inominado nº. 71001249796 de relatoria de Eugênio Facchini Neto e que foi supracitado, a posição majoritária do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul é pela aplicação dos danos punitivos por conta da conduta do agente em benefício da vítima. Mas há entendimentos jurisprudências diversos, que chegam ao mesmo resultado.

O primeiro entendimento vem a lume através da decisão publicada em 05 de fevereiro de 2013 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. O Desembargador Tasso Caubi Soares Delabary⁸⁵ arrazoa a majoração da condenação utilizando como argumento:

O caráter punitivo pedagógico da *punitive damages* e da capacidade econômica das partes, alinho-me ao entendimento esposado pelo Procurador de Justiça Juan Carlos Duran, em majorar o valor indenizatório em R\$ 127.500,00. Este montante, além de coerente com os critérios fixados à sua quantificação, atende uma lógica de reparação já observada”. Nota-se que o julgador relaciona reparação de caráter punitivo-pedagógica e *punitive damages* como entes iguais, o que é o adequado, embora, do ponto de vista material, a decisão está alheia a técnica defendida neste trabalho, uma vez que há a aplicação do dano punitivo em benefício da vítima. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº. 70051323566. Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, 2013).

Por outro lado, observa-se o entendimento que a *punitive damages* não é aplicável no Direito brasileiro, dada a inexistência de previsão legal e, ainda, não confunde-se com o caráter punitivo pedagógico da decisão que, ao ver desta monografia, é um anacronismo, pois o fim é o mesmo, independente da nomenclatura. Portanto, o entendimento é pela inaplicabilidade do conceito, mas na prática o efeito é o mesmo. A decisão da Desembargadora Íris Helena Medeiros Nogueira no acórdão publicado em 20 de julho de 2012⁸⁶ vai neste sentido:

A parte autora pretende, ainda, a fixação de indenização (“multa”) a título de aplicação do instituto do *punitive damages*. A toda evidência, o caráter

⁸⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível em Reexame Necessário nº. 70051323566**. 9ª Câmara Cível. Apelante: Cooperativa de Consumo dos Empregados da Viação Férrea do RGS. Relator: Tasso Caubi Soares Delabary. Santa Maria, 05/02/2013). Disponível em <http://www.tjrs.jus.br> Acesso em 10/01/2013.

⁸⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº. 70049132731**. 9ª Câmara Cível. Apelante: Nestor Henn. Apelado: Brasil Telecom S.A. Relator: Íris Helena Medeiros Nogueira. Três de Maio, 20/07/2013). Disponível em <http://www.tjrs.jus.br> Acesso em 10/01/2013.

punitivo-pedagógico como um dos critérios aferidores do valor do dano moral não se confunde com o instituto do *punitive damages*; entretanto, o instituto, embora vigente no Direito Norte-Americano, é estranho ao ordenamento pátrio. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº. 70049132731. Relator: Íris Helena Medeiros Nogueira, 2012).

O mesmo entendimento⁸⁷ está esposado pelo Desembargador Osvaldo Stefanello no acórdão nº 70018626622⁸⁸:

De registrar, ademais, ante os argumentos apologeticos em favor do instituto norte-americano do *punitive damages* ostentados pela autora em suas razões recursais, afigurar-se, atualmente, inviabilizado pelo ordenamento jurídico brasileiro (em que pese existir controvérsias tanto no âmbito doutrinário como jurisprudencial acerca do possível caráter punitivo da indenização aferida a título de danos morais no Brasil), que se além à avaliar a extensão do dano e sua compensação, procurando nunca extrapolar o real prejuízo sofrido pela vítima, seja ele material ou moral. (...) Indenizar significa justamente ressarcir, compensar, função cumprida integralmente pela verba condenatória a título de danos materiais e pela verba condenatória a título de danos morais, respectivamente. Assim, o caráter punitivo das indenizações por danos morais no Brasil guarda semelhança com os "*punitive damages*" do direito norte-americano, mas deles se distingue na forma de aplicação, na substância e na eficácia, até mesmo porque nos EUA, a maioria das disputas jurídicas são resolvidas de maneira prática, sem o abarrotamento dos tribunais com os processos tradicionais, em vista da discricionariedade conferida aos júris populares, que, de ressaltar, vem sofrendo severas críticas tanto pela doutrina como jurisprudência, ante a ocorrência de distorções na fixação dos danos punitivos, que extrapolam o bom senso, havendo já estudos no sentido de tentar combater a verdadeira indústria de indenizações que parece ter se instalado em território americano, onde a "teoria do valor do desestímulo" assumiu contornos de verdadeira aberração jurídica, facilmente constatada pelos inúmeros casos de indenizações milionárias decorrentes dos fatos mais triviais e inusitados. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº. 70018626622. Relator: Osvaldo Stefanello, 2008).

O terceiro entendimento é pela possibilidade de aplicação da *punitive damages*, que ocorre através dos julgados do Desembargador João Batista Marques Tovo, nos idos de 2003. Especificamente no julgado nº 70003050531, cuja ementa trouxe a afirmativa que a "doutrina dos *punitive damages*, abrandada pelas peculiaridades da cultura nacional, deve ser aplicada quando se verifica falha de

⁸⁷ Aliado a este entendimento estão os seguintes julgados:

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº. 70030012827**. 9ª Câmara Cível. Apelante: Vivo S/A. Apelado: Rodocar Corretora de Seguros Ltda. Relator: Íris Helena Medeiros Nogueira, Porto Alegre, 03/07/2009). Disponível em <http://www.tjrs.jus.br> Acesso em 10/01/2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº. 70013361043**. 6ª Câmara Cível. Apelantes: Terra Networks S/A. e Jolelei Perdomo das Neves. Apelados: Os mesmos. Relator: Artur Arnildo Ludwig, Pelotas, 16/01/2007). Disponível em <http://www.tjrs.jus.br> Acesso em 10/01/2013.

⁸⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº. 70018626622**. 6ª Câmara Cível. Apelante: Regina Pessoal Silva dos Santos. Apelado: Banco Fininvest S/A. Relator: Osvaldo Stefanello, Porto Alegre, 27/05/2008). Disponível em <http://www.tjrs.jus.br> Acesso em 10/01/2013.

serviço decorrente de tratamento impessoal e descuidado no exercício de faculdade nociva ao interesse individual de terceiros e sem ganhos para instituição de porte considerável⁸⁹. Ainda, nas razões de voto, o relator traz interessante tese sobre o tema:

O que diz o Banco? Não sabe explicar o que houve, demonstrando total descontrole sobre processo decisório de tanta relevância. Como já disse antes, isso aumenta a responsabilidade do Banco. Penso ser caso típico de aplicação da doutrina dos *punitive damages*, timidamente importada do direito norte-americano. O desmazelo flagrante, a impessoalidade no trato de questão tão relevante para o consumidor de crédito, o desrespeito a ordem judicial e a falta de explicações revelou que, para o Banco, é mais barato suportar os riscos da falha em seus serviços do que corrigi-los. A nossa tradição, porém, não é a mesma da peculiar sociedade americana. Não se tem admitido no Brasil que a indenização promova um enriquecimento sem causa do ofendido.

Em busca de critérios para a fixação do valor, penso tê-los encontrado no Código Penal. É muito apropriado pois, se a inscrição é essencialmente difamatória e não estava legitimada no caso concreto, deve ser aplicada à doutrina dos *punitive damages*, ainda que não com a extensão do direito americano. Pois bem, considerando que a pena de multa mínima é de dez dias e o valor máximo do dia-multa, de cinco salários mínimos (art. 49, CP), concluo que a multa para a difamação não seria inferior a 50 salários mínimos, sendo este, curiosamente, o valor adotado pelo juízo de primeiro grau. Anoto que o valor do dia-multa seria máximo em razão do poder econômico do autor da ofensa. Reputo que aí esteja identificado um padrão na fixação do valor a indenizar por apontamento indevido em banco de dados de consumidores realizados por Bancos. No caso dos autos, identifiquei maior gravidade na conduta, na culpa e na extensão do dano moral e, por isso, duplico o valor da reparação. Não vou até os duzentos salários mínimos pretendidos porque desborda da jurisprudência desta Câmara, devendo o valor da reparação guardar proporção com a espécie e extensão do malefício. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº. 70003050531. Relator: João Batista Marques Tovo, 2004).

Nesta mesma linha, encontram-se julgados nas Turmas Recursais Cíveis do Estado do Rio Grande do Sul cuja entendimento é pela inserção da *punitive damage*, conforme ementado o acórdão nº 71002453892.⁹⁰

Repetição em dobro dos valores pagos, em face da ilicitude da cobrança. Inteligência do art. 42, parágrafo único, do CDC, que contempla verdadeira possibilidade de inserção da doutrina do *punitive damages* em sede de

⁸⁹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº. 70003050531**. 6ª Câmara Cível. Apelantes: Banco do Brasil S/A e Alcindo Luz Bastos da Silva Filho. Apelados: Os mesmos. Relator: João Batista Marques Tovo, Porto Alegre, 09/02/2004). Disponível em <http://www.tjrs.jus.br> Acesso em 10/01/2013.

⁹⁰ RIO GRANDE DO SUL. Turma Recursal Cível. **Recurso Inominado nº. 71002453892**. 1ª Turma Recursal. Recorrentes: Brasil Telecom S/A. Recorrido: Alcir Trevisan. Relator: Fábio Vieira Heerdt, Frederico Westphalen, 19/08/2010). Disponível em <http://www.tjrs.jus.br> Acesso em 10/01/2013.

direito do consumidor, na esfera de nosso sistema judicial⁹¹. (RIO GRANDE DO SUL. Turma Recursal. Recurso Inominado nº. 71002453892. Relator: Fábio Vieira Heerdt, 2010).

Portanto, estes julgados corroboram a tese da viabilidade jurídica da inserção do conceito norte americano no Direito brasileiro, o que, não logra êxito, pela falta absoluta de base legal.

Anderson Schreiber esclarece que a indenização com caráter punitivo não é admissível no Direito pátrio, destacando que:

A ninguém, com efeito, passa despercebido o fato de que o legislador não autorizou a elevação da indenização com base na culpa grave ou no dolo do agente, mas exclusivamente permitiu a redução equitativa da indenização quando a culpa for desproporcionalmente tênue frente ao dano provocado⁹².

Adiante, tem-se o entendimento majoritário da Corte. Ou seja, reconhece-se que o Código Civil brasileiro não abarca a aplicação da indenização com caráter punitivo, mas faz uma interpretação extensiva ao artigo 944, o que, ao cabo e ao fim, aumenta a reparação do dano através do viés pedagógico.

Admite a doutrina que a reparação do dano deverá ser majorada quando a conduta do agente destoar do que o homem médio faria⁹³. Contudo, analisando os julgados vê-se claramente que há aplicação do dano punitivo, em face do agente e em benefício da vítima, sob a nomenclatura de reparação punitivo pedagógica, sendo que este conceito, no entender dos julgadores, compõe a função reparatória, não tendo uma natureza jurídica específica. Ou melhor, o aspecto punitivo pedagógico compõe o conceito de reparação de dano moral. Em verdade, o Tribunal aplica o dano punitivo, mas sem considerá-lo como instituto jurídico próprio

⁹¹ Em consonância a este julgado estão:

RIO GRANDE DO SUL. Turma Recursal Cível. **Recurso Inominado nº. 71002675908**. 1ª Turma Recursal. Recorrentes: Brasil Telecom S/A. Recorrido: Nairo Demarchi. Relator: Fábio Vieira Heerdt, Bento Gonçalves, 08/10/2010). Disponível em <http://www.tjrs.jus.br> Acesso em 10/01/2013.

RIO GRANDE DO SUL. Turma Recursal Cível. **Recurso Inominado nº. 71003313848**. 1ª Turma Recursal. Recorrentes: Brasil Telecom S/A. Recorrido: Rita Clara Dendena. Relator: Fábio Vieira Heerdt, Rodeio Bonito, 29/11/2011). Disponível em <http://www.tjrs.jus.br> Acesso em 10/01/2013.

⁹² SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da Erosão dos Filtros a Diluição dos danos**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2013. p 44-45.

⁹³ BATTESINI, Eugênio. **Direito e João Moreno Pomar Economia: Novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil**. São Paulo: LTr, 2011. p. 263: “Delineado tal contexto, tendo em vista que o objetivo desta obra é promover a integração dos fundamentos do movimento de direito e economia à tecnologia jurídica de estudo da responsabilidade civil no Brasil, admitindo a possibilidade de aplicação dos chamados *punitive damages*, em interpretação extensiva ao Art. 944 do Código Civil de 2002, à luz dos fundamentos constitucionais, justifica-se a majoração no valor da indenização em relação ao dano quando a conduta do autor destoar sensivelmente da conduta do homem razoável”.

e, por fim, é evidente determinada confusão argumentativa entre *punitive damages* e decisão de caráter punitivo pedagógico. O voto abaixo de relatoria do Desembargador João Moreno Pomar, membro da Vigésima Terceira Câmara Cível deixa evidente a confusão mencionada, isto é, ele aplica a decisão de caráter punitivo pedagógico e, ao mesmo tempo, fundamenta informando que o caráter repressivo é de interesse público:

A quantificação indenizatória do dano moral deve observar o caráter reparatório da condenação e conter um peso que atenda à função punitiva ou repressiva que visa intimidar aos que sejam tentados a reincidir ou incorrer em conduta que ocasione dano a outrem. Mas, sem ensejar enriquecimento sem causa ou desestímulo à solução contenciosa de conflitos cotidianos que devem pautar pelos princípios de lealdade e boa-fé. O caráter repressivo é de interesse público (e por isto não deveria ser pago à parte, mas à sociedade) e o reparatório a efetiva compensação do dano⁹⁴. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº. 70052585916. Relator: João Moreno Pomar, 2013).

Em outra decisão a relatora Ana Maria Nedel Scalzilli, integrante da Décima Sexta Câmara Cível deixa claro que o ofensor deva ser punido, a fim de evitar a reincidência da conduta, mas encara esta decisão como “observância ao caráter punitivo pedagógico”. Logo, aplica o dano punitivo”.

Com efeito, no que tange ao valor da indenização, em observância ao caráter punitivo e pedagógico da condenação ao pagamento de indenização por danos morais e, atenta ao critério da razoabilidade, e, ainda, o fato de que o dano moral deve ser fixado considerando a necessidade de punir o ofensor e evitar que repita seu comportamento, a condição social e econômica do lesado, a repercussão do dano face às circunstâncias do caso concreto, estou em manter o quantum de R\$ 5.000,00 arbitrado na decisão singular que, ao meu ver atingirá, com razoabilidade, os objetivos da indenização⁹⁵. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº. 70037842242. Relator: Ana Maria Nedel Scalzilli, 2012).

E outra decisão, o relator José Aquino Flôres de Camargo, integrante da Décima Segunda Câmara Cível segue a mesma linha de entendimento, utilizando vocabulário diverso:

⁹⁴ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº. 70052585916**. 23ª Câmara Cível. Apelantes: Banco Itaucard S/A.e Jonathan Doering Darcie. Apelados: Os mesmos. Relator: João Moreno Pomar, Porto Alegre, 22/03/2013). Disponível em <http://www.tjrs.jus.br> Acesso em 10/01/2013.

⁹⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº. 70037842242**. 16ª Câmara Cível. Apelante: Gustavo Luiz Scussel. Apelado: Brasil Telecom S/A.. Relator: Ana Maria Nedel Scalzilli, Porto Alegre, 18/12/2012). Disponível em <http://www.tjrs.jus.br> Acesso em 10/01/2013.

O valor não pode ser excessivo a ponto de ensejar o enriquecimento sem causa, nem inexpressivo a ponto de ser insignificante. Devem ser sopesados, de forma objetiva, a gravidade potencial da falta cometida, por tratar-se de dano moral puro, além das circunstâncias do fato e o duplo caráter da indenização, que é punitivo-pedagógico⁹⁶. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº. 70051952455. Relator: José Aquino Flôres de Camargo, 2012).

Ora, há a aplicação do dano punitivo em favor da vítima, todavia, com outra roupagem conceitual. Curioso, ainda, a conduta do relator do Julgado a seguir esposado. O relator, frente ao convencimento de que o fornecedor não ajusta sua relação com o cliente propositalmente dados os aspectos econômicos, decide por condenar o agente em favor da vítima. Pois bem, se o magistrado está convicto que fornecedor toma atitudes frontais aos direitos dos consumidores, não deve aplicar nenhuma condenação punitiva somente em favor da vítima, já que, pelo convencimento, o problema é comunitário, ensejando que todos beneficiem-se da condenação. Então, deveria o julgador condenar na reparação dos danos, pelo viés ressarcitório/compensatório e determinar a remessa dos autos do Ministério Público estadual para as medidas cabíveis.

A questão é de singelo entendimento: mais custa financeiramente a organização e prestação do serviço, do que o pagamento das indenizações judiciais. Mais ganha a operadora com esse serviço sem qualificação nenhuma, do que criar um aparato organizacional compatível com os anseios dos consumidores. O dano decorre objetivamente do fato, sendo inaceitável que o consumidor esteja obrigado a suportar aquilo que chamam de mero dissabor, ou simples incômodos do cotidiano⁹⁷. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº. 70052621638. Relator: Victor Luiz Barcellos Lima, 2013).

O doutrinador já citado André Gustavo Corrêa de Andrade entende absolutamente pertinente a aplicação do instituto em debate e está em consonância aos julgados majoritários do Tribunal de Justiça.

O Código Civil brasileiro não contempla expressamente a aplicação da indenização com caráter punitivo. Ao contrário, como já observado em mais de uma passagem, a regra geral acerca da matéria é a do art. 944, que estabelece que a extensão do dano constitui a medida e o limite da indenização. A exceção trazida pelo parágrafo único do art. 944, pelo qual o

⁹⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº. 70051952455**. 12ª Câmara Cível. Apelante: Brasil Telecom S/A. Apelado: Jadir da Silva Goulate. Relator: José Aquino Flôres de Camargo, Pelotas, 17/12/2012). Disponível em <http://www.tjrs.jus.br> Acesso em 10/01/2013.

⁹⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº. 70052621638**. 19ª Câmara Cível. Apelantes: Brasil Telecom S/A. e Airton Luiz Ami. Apelados: Os mesmos. Relator: Victor Luiz Barcellos Lima, Santa Rosa, 27/02/2013). Disponível em <http://www.tjrs.jus.br> Acesso em 10/01/2013.

juiz poderá reduzir equitativamente a indenização em caso de excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, rompe com longa tradição civilista pátria, conferindo relevância à culpa do agente como critério para a estimativa do montante indenizatório. Contudo, não afeta o caráter estritamente compensatório do quantum indenizatório, já que a falta de simetria entre o dano e a indenização se dá em prejuízo do dano, que pode deixar de ser reparado em parte. Não se prevê a possibilidade de o montante indenizatório superar o dano, o que, aí sim daria colorido punitivo à indenização (...). De todo o modo, a exceção trazida à regra da reparação integral constitui uma inclinação, ainda que inconsciente, em direção às finalidades preventiva e punitiva da responsabilidade civil, uma vez que se reconhece que a imposição do dever de indenizar parcialmente a vítima pode constituir medida suficiente para o causador do dano cuja culpa seja menos grave (...) Independentemente de qualquer previsão legal, a indenização punitiva do dano moral é aplicável em nosso ordenamento jurídico, porque retira seu fundamento diretamente de princípio constitucional. É, no princípio da dignidade humana, estabelecido no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, que se encontra a sua base lógico-jurídica. A aplicação dessa forma especial de sanção constitui, também, consectário lógico do reconhecimento constitucional dos direitos da personalidade e do direito da indenização do dano moral, encartados no art. 5º, incisos V e X, da Constituição brasileira⁹⁸.

Por outro lado, o igualmente doutrinador Anderson Schreiber opõe-se ao entendimento aplicado:

No Brasil, como em outros países de tradição romano-germânica, vive-se uma situação claramente anômala, na qual os *punitive damages* não vêm admitidos com parcela da indenização, mas aparecem embutidos na própria compensação por dano moral (...) Grande parte das cortes brasileiras não só tem chancelado o duplo caráter do dano moral, como tem aplicado, na sua quantificação, critérios deliberadamente punitivos (...) A orientação jurisprudencial, a rigor, contaria expressamente o Código Civil de 200, que, em seu art. 944, declara: “a indenização mede-se pela extensão do dano” (...) A única exceção ao art. 944 está em seu parágrafo único e vai no sentido da redução equitativa da indenização quando houver “excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano”. Neste particular, é inevitável concluir que, tendo previsto expressamente apenas a possibilidade de redução, e não de aumento, o novo Código Civil repeliu a ideia de indenização punitiva (...) Ao combinar critérios punitivos e critérios compensatórios, chegando-se a um resultado único, a prática brasileira distancia-se do modelo norte-americano, que distingue claramente *compensatory damages* e *punitive damages*. Com isso, cria-se, no Brasil, uma espécie bizarra de indenização, em que ao responsável não é dado conhecer em que medida está sendo apenado, e em que medida está simplesmente compensado o dano, atenuando, exatamente, o efeito dissuasivo, que consiste na principal vantagem do instituto⁹⁹.

⁹⁸ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e a Indenização Punitiva (Os *punitive damages* na experiência do *Common Law* e na perspectiva do Direito brasileiro)**. 2.ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. P. 236-237.

⁹⁹ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da Erosão dos Filtros a Diluição dos danos**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2013. p 212-213.

O entendimento pelo dano punitivo em um sistema que não encontra amparo legal e, por isso, sem aprofundado estudo sobre as indenizações impostas, gera o risco de condenações alheias a realidade, pois o agente, por vezes, carece de valor alto para ter efeito em sua estrutura financeira uma condenação pedagógica. Isto, além de enriquecer a vítima, cria uma “indústria” e, em nome do direito comparado deve-se olhar para o caso norte americano.

Naquele país há a *overcompensation*, ou seja, uma elevada compensação individual. O já citado Eugênio Facchini Neto na nota de referência nº 70 aborda o tema, explorando que a vítima pode ficar milionária através de um dano diminuto, pois pode ser escolhida pelo juiz para que aquele caso seja utilizado como balizador preventivo, dissuadindo os demais cidadãos. Novamente André Gustavo Corrêa de Andrade aborda a problemática:

A preocupação com os montantes indenizatórios e com a definição das situações em que seria cabível a imposição dos *punitive damages* tem levado vários estados americanos a estabelecer medidas restritivas ou regulatórias. Assim, por exemplo, muitos estados exigem, para a imposição indenização punitiva, a apresentação, pelo autor, de prova clara e convincente (*clear and convincing proof*) dos comportamentos que ensejam essa espécie de indenização. (...) Os valores das indenizações estabelecidas a título de *punitive damages* têm sido objeto de acirrada controvérsia entre partidários e opositores da *tort reform*. Os primeiros sustentam que os montantes indenizatórios estão “fora de controle”, o que é atribuído, de um lado, a um excessivo poder discricionário entregue ao júri e, de outro, à falta de preparo dos jurados para estabelecer esses valores. Convencidos do acerto desses argumentos, muitos estados americanos têm fixado limites aos *punitive damages*¹⁰⁰.

¹⁰⁰ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e a Indenização Punitiva (Os *punitive damages* na experiência do *Common Law* e na perspectiva do Direito brasileiro)**. 2.ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 198.

CONCLUSÃO

Esta monografia buscou demonstrar que a aplicação do *punitive damages* do modo vigente afrontam ao instituto da responsabilidade civil objetiva, além de não encontrar guarida legislativa. Demonstrou-se neste escrito que o dano punitivo aplicado na seara das discussões judiciais caracteriza-se como uma pena privada, vez que alarga o conceito de reparação e prevenção, pois aplica uma sanção que se reverte para a vítima.

Hoje o Judiciário aplica o *punitive damages* quando identifica que a conduta do fornecedor ultrapassa o razoável, onde a dimensão da culpa toma ares exagerados. Esta interpretação, segundo os julgadores, encontra sorte no art. 944 do Código Civil de 2002 e, uma vez identificado, o fornecedor é condenado na reparação e, também, no viés punitivo pedagógico.

Notadamente, esta condenação punitiva pedagógica é aplicada em absoluto favor da vítima. O julgador tira o foco do dano e sua conseqüente reparação e alça a vítima em um patamar de elevada consideração e, por óbvio, sanciona o fornecedor em uma rubrica a mais, já que a responsabilidade civil traz ao produtor a necessária prevenção. Reitera-se. Quando o magistrado desloca o foco da vítima e transfere ao agente que cometeu o ato ilícito, está rompendo com a visão tradicional da responsabilidade civil, pois deixou de reparar o dano para penalizar o agente, através de pena pecuniária. Quando ocorre este fenômeno, estamos diante do dano punitivo, sendo irrelevante a nomenclatura aplicada, ou seja, entende-se que dano punitivo, reparação de caráter punitivo-pedagógica e *punitive damages* são entes jurídicos de mesma natureza e objetivo.

Não olvida-se e sequer busca-se afastar tal instituto, em verdade, visou-se demonstrar que a forma pela qual o verbete é aplicado não segue a melhor forma.

Veja-se.

No entender deste autor o *punitive damages* deve ser aplicado ao fornecedor quando o magistrado identifica na conduta uma afronta difusa, com aspectos sociais e reiterados. Frente a este diagnóstico o julgador deve determinar que o Ministério Público fosse oficiado para que promova a competente Ação Civil Publica e aplique, agora sim, o *punitive damages*, mas em favor da coletividade, à luz do artigo 102 do Código Consumerista.

Conforme desenvolvido no corpo deste trabalho, prima-se que não é o consumidor em ação individual que deverá beneficiar-se do dano punitivo, pois esta (i) prática redundaria em uma pena privada, (ii) gera enriquecimento sem causa ao consumidor, (iii) não age em benefício de todos, sem esteira social, (iv) não outorga caráter pedagógico para o fornecedor e (v) rompe com o sistema da teoria do risco, que tem no seu bojo a prevenção, tendo como consequência o seu não cumprimento, a reparação sem a análise de culpa.

Quando o magistrado defronta-se em uma ação cujos danos são reiterados naquela comarca e há inúmeras condenações acerca do mesmo assunto, deverá identificar a relevância social e determinar que o Ministério Público tome o caminho que entender pertinente. O que não pode haver é um voluntarismo jurídico e escolher aquele consumidor como o “sorteado” para que receba um valor que nada mais é que uma pena ao fornecedor e que todos deveriam receber. Assim, relata-se o já mencionado, quando a condenação punitivo-pedagógica reverte-se para a vítima, que não é legitimada para tanto, esta tem uma vantagem desproporcional, que a levará ao enriquecimento sem causa. E o conceito de enriquecimento deve ser analisado no caso concreto, pois, ao ver deste artigo, qualquer valor pago a título de reparação punitiva pedagógica a vítima gera o enriquecimento ilícito, por não ser o titular deste direito.

Se não bastasse isto, a condenação desta natureza não trará o benefício esperado, pois haverá nova socialização dos custos, seja direto, o próprio pagamento da condenação e o indireto, a condução de diversos processos acerca do mesmo tema.

Portanto, entende-se que a função pedagógica deverá ser aplicada dentro dos preceitos legais e em favor da coletividade e não em benefício de uma única pessoa, devendo esta, tão somente, ser reparada de modo compensatório dentro da extensão de seu dano.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Os Direitos dos Consumidores**. Coimbra: Livraria Almedina, 1982.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e a Indenização Punitiva (Os *punitive damages* na experiência do *Common Law* e na perspectiva do Direito brasileiro)**. 2.ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BATTESINI, Eugênio. **Direito e Economia: Novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil**. São Paulo: LTr, 2011.

BENJAMIN, Antônio Herman V. Benjamin; MARQUES, Cláudia Lima Marques e BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 2.tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcellos e. **Comentários ao Código de Proteção do Consumidor**. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

BONATTO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Questões Controvertidas No Código de Defesa do Consumidor**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Direito do Consumidor**. 9.ed. ver e ampl. São Paulo: Atlas, 2008.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. 6.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010,

HOFFMEISTER, Maria Alice Costa. **O Dano Pessoal na Sociedade de Risco**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

JOSSERAND, Louis. **De la responsabilité du fait des choses inanimées**. Paris: Arthur Rosseau, 1897.

_____. Evolução da Responsabilidade Civil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro: Forense. v. LXXXVI, p. 556-557, jun. 1941

JÚNIOR, Nelson Nery. Os Princípios Gerais do Código brasileiro de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo. n. 3. p. 56. set/dez. 1992.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Responsabilidade Civil do Fabricante e a Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MIRAGEM, Bruno. Mercado, fidúcia e banca: uma introdução ao exame do risco bancário e da regulação prudencial do sistema financeiro na perspectiva do crédito. In: ESTEVEZ, André Fernandes; JOBIM, Marcio Felix. (Org.). **Estudos de Direito Empresarial: Homenagem aos 50 anos de docência do Professor Peter Walter Ashton**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Evaristo de. **Os acidentes no trabalho e a sua reparação**. Ed. fac-similada, São Paulo: LTr, 2009.

NETO, Eugênio Facchini. Da Responsabilidade Civil no Novo Código. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) **O novo Código Civil e a Constituição**. 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. Inovação e Responsabilidade Civil: Os Riscos do Desenvolvimento no Direito Contemporâneo. In: SAAVEDRA, Giovani Agostini; LUPION, Ricardo. (Org.) **Direitos Fundamentais, Direito Privado e Inovação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

PIC, Paul. **Traité élémentaire de législation industrielle – îles lois ouvrières**. 4.ed. Paris: Arthur Rosseau, 1912.

PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. A responsabilidade civil do fabricante e os riscos do desenvolvimento. In: MARQUES, Cláudia Lima. (Org.) **Estudos sobre a Proteção do Consumidor no Brasil e no Mercosul**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

SALEILLES, Raymond. **Les accidents de travail et la responsabilité civile: Essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle**. Paris: Arthur Rosseau, 1897,

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Marco Fridolin Sommer. **Acidente do Trabalho entre a Seguridade Social e a Responsabilidade Civil**. 2.ed. São Paulo: LTr, 2008.

_____. Os Acidentes no Trabalho e a sua Reparação: A Contribuição de Evaristo de Moraes. **Revista da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 15ª Região – Amatra XV**, São Paulo: LTr. n. 2, p. 291, 2009.

SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da Erosão dos Filtros a Diluição dos danos**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

TIMM, Luciano Benetti. **O Novo Direito Civil: Ensaio sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.