

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL**

ANDRÉ PINHEIRO CRUZ

**VERBAS PUNITIVAS: UMA PERSPECTIVA SOBRE A PROTEÇÃO
CONSTITUCIONAL DO CONSUMIDOR**

Brasília – DF

2013

ANDRÉ PINHEIRO CRUZ

**VERBAS PUNITIVAS: UMA PERSPECTIVA SOBRE A PROTEÇÃO
CONSTITUCIONAL DO CONSUMIDOR**

Monografia de Conclusão do
Curso de Pós-Graduação em
direito Constitucional do Instituto
Brasiliense de Direito Público -
IDP

Brasília - DF

2013

BANCA EXAMINADORA

Prof., _____, Dr.

Orientador

Prof., _____, Dr.

Examinador

Prof., _____, Dr.

Examinador

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a proteção do consumidor em seus aspectos constitucionais. Busca encontrar um modo de otimizar a legislação concernente ao tema, estudando o instituto das verbas punitivas como solução à contenção de condutas reprováveis por parte de fornecedores.

O conceito de verbas punitivas surge como uma hipótese de alteração nas condutas espúrias de fornecedores que trabalham com o cálculo de custo benefício, ensejando a possibilidade de aplicação de indenizações compensatórias concomitantemente com indenizações preventivas, as quais mexeriam na equação empresarial e fomentariam a adequação dos fornecedores aos riscos de sua atividade.

Palavras-chave: Constituição. Direito das Relações do Consumo. Verbas Punitivas. Condutas reprováveis. Indenizações compensatórias. Indenizações preventivas.

ABSTRACT

This study aims to analyze consumer protection in its constitutional aspects. Seeks to find a way to optimize the legislation concerning the topic, studying the institute of punitive damages as a solution to contain reprehensible conduct on the part of suppliers.

The concept of punitive damages comes as a hypothesis to change the behavior of spurious suppliers who work with the cost-benefit calculation, allowing for the possibility of applying compensatory damages concurrently with preventive compensation, which would impact the equation in business and promote the suitability of suppliers the risks of their activity.

Keywords: Constitution. Consumer Law. Punitive damages. Reprehensible conducts. Compensatory indemnities. Preventive indemnities.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	pg. 3
2. CONSIDERAÇÕES SOBRE O CDC.....	pg. 5
2.1 PRINCÍPIOS.....	pg. 5
2.2. CONCEITO DE FORNECEDOR E CONSUMIDOR.....	pg. 8
2.3. DIREITOS COLETIVOS LATO SENSO.....	pg. 13
2.3.1. DIREITOS DIFUSOS.....	pg. 15
2.3.2. DIREITOS COLETIVOS EM SENTIDO ESTRITO.....	pg. 18
2.3.3 DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS.....	pg. 21
2.3.3.1. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO.....	pg. 23
2.4. DIRIGISMO CONTRATUAL NO CDC.....	pg. 25
2.5. SUBSISTEMAS.....	pg. 26
2.6. A RESPONSABILIDADE NO CDC.....	pg. 30
3. VERBAS PUNITIVAS.....	pg. 33
3.1. ORIGEM.....	pg. 35
3.2. PARÂMETROS.....	pg. 41
3.3. APLICABILIDADE NO BRASIL À LUZ DO CDC.....	pg. 48
4. CONCLUSÃO.....	pg. 72
5. REFERÊNCIAS	pg. 73

1. INTRODUÇÃO

O artigo 1º do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, o CDC, traz a informação de que este diploma legal é de ordem pública e interesse social, identificando as bases constitucionais da proteção e defesa do consumidor (artigo 5º, XXXII, artigo 170, V e artigo 48 do ADCT).

É interessante notar que o CDC devia ter sido editado em 180 dias após a promulgação da CF/88. Ocorre que sua edição só veio a acontecer dois anos depois, após rígidos debates políticos e choques ideológicos no Poder Legislativo, dos quais surgiu a Lei ordinária 8.078/90.

Porém, o legislador fez questão de consignar no artigo 1º que é uma norma de ordem pública e interesse social, ou seja, Lei Ordinária com status de Lei Complementar.

Assim, o artigo 1º chama a atenção para a natureza da norma, de ordem pública, de validade cogente imperativa e interesse social que já ilustra a desigualdade jurídica que o Estado assume formalmente em favor do consumidor. Apresenta claramente a finalidade da lei como a norma que vai pragmatizar os dispositivos constitucionais.

Observa-se, portanto, uma lei que já nasce respaldada na Constituição, ou seja, o Brasil tem como marco na tutela do consumidor o plano constitucional para alcançar regramento infraconstitucional.

O legislador estrategicamente apresentou uma tutela jurídica diferenciada, não com desestímulo à atividade produtiva, mas sim uma compatibilização entre a tutela do consumidor e a livre iniciativa, criando condições para que no plano infraconstitucional essa relação aparentemente antagônica entre consumidor e fornecedor pudesse ser harmonizada.

Ocorre que essa harmonia não nasce sem esforço, muito menos sem a ajuda da doutrina e dos Tribunais. A inventividade dos empresários e a inércia dos consumidores prejudicados culminam na incidência contínua de abusos perpetrados em desfavor dos consumidores.

Como dito, os empresários almejam lucro e vão em busca disso a qualquer custo, desde que possível. Exemplo são as empresas de telefonia. Dia após dia, são ofertados diversos planos, a priori, para caber no bolso do consumidor. Porém, para a

surpresa do adquirente, a sua fatura sempre é acrescida de taxas de serviços supostamente já inclusos no pacote.

Diversas vezes, acontece de um plano custar R\$59,90 com 100 minutos para falar com outras operadas, chamadas ilimitadas para a mesma operadora, mensagens ilimitadas para qualquer operadora. Até aí tudo ótimo, a questão é quando chega a fatura e se observa mais R\$9,90 para as mensagens serem para outras operadoras, mais R\$9,90 para chamadas em deslocamento, mais R\$9,90 para enviar mensagens com arquivos, além de chamadas interurbanas não estarem dentro dos seus primeiros 100 minutos. Ou seja, não importa se você não usou nenhum minuto para falar dentro de sua unidade da federação, cada minuto em ligações para outros estados é cobrado à parte.

Isso significa que você acredita estar contratando um serviço por R\$59,90, mas na verdade pagará mais de R\$100,00. Pura publicidade enganosa, e valide-se, um engenho criativo dos fornecedores, já que a maioria não cobrará judicialmente o abuso, o que gera um coeficiente de ilegalidade maior do que a simples observância dos limites codificados.

Além disso, vê-se com frequência a cobrança indevida, inscrição nos cadastros de inadimplência e, pior, sem a comunicação ao consumidor. Ora, é uma situação demasiadamente vexatória adentrar em um estabelecimento comercial, esperar em filas, fazer o negócio e, na hora de fechar, seu cadastro é rejeitado por uma pendência inscrita no SERASA, a qual é indevida é você não fazia ideia de que existia.

A verdade é que as empresas trabalham com uma escala de ilegalidade, é uma conta simples: Pago mais agindo corretamente ou pagando pequenas indenizações nos Juizados Especiais? A resposta para essa questão é mais simples ainda. Muitas pessoas sofrem o abuso, indignam-se sozinhas e esquecem sozinhas, não tentam soluções judiciais. Buscar seus direitos, por menor que pareçam ser, é um dever do cidadão. Se mais pessoas buscassem na justiça indenizações, mesmo que irrisórias, as empresas teriam de mudar a variável de sua equação. Como dito, buscar seus direitos é um dever de cidadania.

O CDC reserva um Capítulo inteiro (V) para proteger os consumidores das práticas comerciais nocivas ao mercado. Nada desse esforço parece amedrontar os fornecedores, indivíduos criativos e engenhosos. Não há ninguém mais fácil de se interpretar do que o empresário, o objetivo sempre é o lucro, não importa como, se puder burlar burla. Quanto mais consumidores souberem de seus direitos e persegui-los, melhor a

lei do mercado caminhará. A lei mais moderna e o judiciário mais eficaz sucumbirão à inércia. A mudança de postura é um papel que só a sociedade poderá desenvolver.

É nesse ponto que surge a ideia de verbas punitivas, os *punitive damages*, observados na tradição do *common Law* ou danos punitivos utilizados em países integrantes do Mercosul. São as punições exemplares, engendradas contra fornecedores que perpetram condutas reprováveis. O objetivo é indigesto, expurgar da realidade fática, aquilo que a proteção ao consumidor não permite, porém as grandes empresas insistem em fazer, com base na equação já comentada, taxa de ilegalidade menos a taxa de legalidade, qual a mais vantajosa financeiramente? Diante disso, objetiva-se neste ensaio, analisar brevemente a viabilidade da aplicação desse conceito no Brasil, observando a origem do instituto e seus aspectos benéficos ao mercado nacional, concretizando assim a proteção constitucional ao consumidor.

2. CONSIDERAÇÕES SOBRE O CDC

2.1 PRINCÍPIOS

Diversos princípios observados no CDC podem ser considerados básicos no sistema jurídico consumerista brasileiro. São eles: Igualdade; liberdade; boa fé objetiva; vulnerabilidade; repressão eficiente aos abusos; ampla e efetiva reparação dos danos; solidariedade passiva. Além de princípios relacionados com a atividade empresarial da publicidade, como: legalidade; liberdade; identificação; informação; vinculação e veracidade.

O princípio da igualdade tem duas diferentes acepções. Reconhece a obrigação do Estado em criar a relativização do direito de igualdade, pois não há igualdade absoluta. Precisa criar desigualdades jurídicas de tratamento para chegarmos à igualdade fática. A outra acepção é a da isonomia de tratamento. O CDC não admite o tratamento discriminatório perante os consumidores.

O princípio da liberdade indica que esta liberdade é relativa. A manifestação de vontade é conduzida, vinculada pelo CDC. Além do que, o consumidor se vincula pela necessidade do consumo, o que mitiga a sua liberdade em manifestar vontade.

O princípio da boa-fé objetiva preconiza uma presunção que milita em favor do consumidor. Os produtos devem atender as necessidades básicas do consumidor. Parte-se do princípio de que os produtos e serviços postos no mercado de consumo alcancem a qualidade que deles se espera.

O princípio da vulnerabilidade é uma presunção absoluta de que o sujeito é economicamente inferior em relação ao fornecedor. Característica geral de todos os consumidores. Adstrita ao aspecto econômico, inferioridade econômica. Neste ponto, importa destacar que nem todos os consumidores são hipossuficientes. Característica pessoal de alguns consumidores especialmente considerados, os quais merecerão tratamento processual diferenciado. É uma presunção relativa, concernente ao aspecto técnico e jurídico.

O princípio da repressão eficiente aos abusos pode ser identificado nos artigos 37, 39, 42, 51 e, principalmente no artigo 4º, VI, do CDC. Com o objetivo precípuo de evitar excessos.

O princípio da ampla e efetiva reparação dos danos pode ser visto no artigo 6º, VI, do CDC. Deve ser observado em caráter duplice: repressivo e pedagógico. A busca por uma indenização ao ofendido que enseje uma satisfação atenuadora do dissabor suportado e, ao mesmo tempo, castiga-se o ofensor, causador do dano, desestimulando a reiteração de sua prática lesiva. A indenização não pode ser, em conformidade com este entendimento, estabelecida de tal forma que seja preferível para o causador do dano persistir com suas práticas abusivas, assim como não pode gerar ao consumidor a percepção de que é melhor receber a indenização do que não sofrer o dano. Nesse sentido, requer uma justa indenização capaz de minorar os efeitos do evento danoso.

O princípio da solidariedade passiva transmite a idéia de responsabilidade civil. Em decorrência da lei, compete ao consumidor informar os legitimados passivos que concorreram para a conduta ofensiva perpetrada, ou indicar qualquer um deles. Há expressa disposição no artigo 7º, parágrafo único do CDC.

O CDC inaugurou a tutela normativa da publicidade, dessa forma são as regras legais nele previstas que funcionarão como referencial normativo, eis o princípio da legalidade. O CDC disciplina como o fornecedor poderá apresentar as qualidades, características, quantidade e as informações necessárias à apresentação do produto. A vinculação a lei faz com que o controle desse procedimento seja restrito, o fornecedor

está vinculado a parâmetros objetivos e bastante delimitados em relação ao exercício de sua liberdade.

O princípio da liberdade está diretamente relacionado ao princípio da legalidade. O CDC, em que pese exercer controle e impor submissão restrita da conduta do fornecedor aos dispositivos legais, confere a este a liberdade de expressar as qualidades, as características do seu produto, do seu serviço, a partir das regras do marketing de venda, da criatividade da agência, de parâmetros os quais sendo considerados legítimos e lícitos são admitidos. Sendo assim, há necessária compatibilização entre esses dois princípios – a legalidade que restringe e a liberdade que faculta à atuação do fornecedor de lançar mão dessa regra de marketing empresarial para vender, ampliar ou divulgar as qualidades e natureza de seus produtos e serviços.

O princípio da identificação surge porque O CDC veda de forma expressa toda e qualquer campanha publicitária subliminar, oculta, que não se apresente de tal maneira em que o consumidor a identifique como tal, ou seja, muitas vezes o consumidor é levado a adquirir produtos ou serviços em razão de uma campanha que vendeu as supostas vantagens daquele bem sem que isso fosse perceptível.

Por exemplo, o consumidor assiste a uma personagem tomando determinada marca de refrigerante em uma novela, na qual aparece diretamente a marca. Ocasão em que mesmo sem fazer parte da trama, há considerações positivas sobre as qualidades daquele produto. Em tal situação, o consumidor não está sendo realmente informado sobre a intenção do fornecedor de vender as qualidades do bem de consumo. É quando surge o princípio da informação.

O CDC fomenta a informação no mercado de consumo em diversos momentos, como por exemplo nos artigos 4º e 6º, depreende-se daí o princípio da informação. Além de incutir no mercado de consumo a informação sobre os produtos e serviços, tal princípio obriga a empresa a fazer anúncios em que o consumidor, clara, fácil e objetivamente, identifique essa intenção mercantil, por expressa determinação do artigo 36 CDC.

Art. 36. A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.

Parágrafo único. O fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem.

O princípio da vinculação é comum à tutela da oferta, o fornecedor se vincula aos exatos termos da mensagem publicitária. O legislador vincula o fornecedor à proposta que vem a ser divulgada ao público consumidor, intentando não haver frustração ou quebra de confiança na relação consumerista. Dessa forma, o consumidor pode buscar, por via judicial, o adimplemento da promessa feita pelo fornecedor.

Por fim, o princípio da veracidade é inerente ao próprio princípio da boa-fé objetiva das relações de consumo. O fornecedor tem de vincular informações verdadeiras sobre a natureza dos bens de consumo os quais ele pretende divulgar. Tem de esclarecer quais as finalidades daquele produto. Não se admite a falsa expectativa de consumo ou que o fornecedor se locuplete da própria torpeza e se utilize da vulnerabilidade do consumidor para induzir a erro com relação à funcionalidade daquele bem, frustrando a expectativa inicial sobre a fruição daquele bem. Então, a veracidade estará presente no âmbito do controle principiológico do código, permeando as relações de consumo.

2.2. CONCEITO DE FORNECEDOR E CONSUMIDOR

Consumidor para o artigo 2º do CDC é a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza o produto ou serviço como destinatário final, ou seja, não só quem compra, mas quem usa e sofre um dano em razão daquele produto ou serviço. Além dessa condição, o consumidor tem de conjugar as características da vulnerabilidade com a extinção do ciclo econômico do bem. Este é o conceito *standard*.

Há de se fazer alguns apontamentos. Existe uma discussão quanto ao conceito de destinatário final, alguns afirmam esta condição ser unicamente daquele que adquire ou utiliza o bem como atividade final, sendo hipossuficiente. Estaria limitado ao âmbito doméstico, pessoal, privado (para si ou para sua família) do consumo. A pessoa jurídica estaria então desconsiderada como consumidora na relação processual, pois não seria hipossuficiente, critério de admissão para tal corrente, denominada finalista, capitaneada por Cláudia Lima Marques e Fábio Ulhôa.

Outros afirmam que o conceito de destinatário final é mais abrangente, abarcando aqueles que adquirem ou utilizam o bem não só como atividade final, mas como também como atividade meio, Ada Pellegrini Grinover afirma isso, corrente

denominada maximalista. Dessa forma, destinatário final não se limita ao âmbito privado e deve ser utilizado na sua origem eminentemente econômica, portanto encerrando o ciclo econômico do bem. O atributo definidor de consumidor é a vulnerabilidade e não a hipossuficiência, o que justifica a criação de um rol de desigualdade entre consumidor e fornecedor. Nesse sentido, a pessoa jurídica também pode ser sujeito ativo de tal relação.

Pela primeira, o entendimento seria de que escritórios de advocacia que adquirissem impressoras, por exemplo, não estariam insertos nas relações protegidas pelo CDC, pela segunda estariam.

Ultrapassado isso, resta explicar o que seria vulnerabilidade e a extinção do ciclo econômico do bem. A segunda consiste em dizer que o produto ou serviço está disponível no mercado de consumo, ou seja, não são insumos, como por exemplo, as máquinas de exames médico de clínicas, as quais não podem ser compradas por qualquer um. Insumo não é uma atividade final, é a combinação de fatores de produção, diretos (matérias-primas) e indiretos (mão-de-obra, energia, tributos), que entram na elaboração de certa quantidade de bens ou serviços.

Já a vulnerabilidade é a discrepância econômica verificada na relação, na qual, via de regra, há entre uma empresa de amplo capital e um consumidor, a princípio, inferior economicamente.

Diante destes primeiros aspectos, denote-se que o CDC apresenta os conceitos em momentos diferentes. O artigo 2º, caput, apresenta o conceito *standard*, o seu parágrafo único, traz à baila os consumidores através de interesses individuais homogêneos e coletivos em sentido estrito. Já o artigo 29, inaugurando o capítulo das práticas comerciais, apresenta a proteção aos direitos difusos.

Por fim, o artigo 17, preconiza o chamado consumidor *bystander*, sendo o único caso de consumidor por equiparação no CDC. Assim, pessoas que, por sofrerem os efeitos negativos do produto são equiparados a destinatário final para fim de pleitear danos. Exemplo: pessoas que sofreram danos em virtude da queda do avião no condomínio em São Paulo, logo, os moradores daquele condomínio podem pleitear uma indenização contra aquela empresa de vôo. Sofrem com o acidente de consumo, mesmo que não tenham uma relação jurídica com o fornecedor. Compromete o bem estar físico e/ou psicológico do consumidor.

Já houve e, ainda há, diversas discussões acerca de quem é ou não consumidor para fins do CDC, as quais algumas merecem considerações, são elas: a

relação condominial, as cooperativas e cooperativados, as relações de previdência privada, as relações com o Estado e as associações sem fins lucrativos.

Quanto à relação condominial, o STJ já se manifestou no sentido de que não são açambarcadas pelo âmbito de proteção do CDC, já que possui lei específica que deve ser seguida.

CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. ACÓRDÃO. FUNDAMENTAÇÃO. INSPIRAÇÃO. DECISÃO. ANTERIOR. POSSIBILIDADE. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. INTUITO PROCRASTINATÓRIOS. MULTA. CONDOMÍNIO IRREGULAR. TAXAS CONDOMINIAIS. COBRANÇA. LEGITIMAÇÃO ATIVA. MULTA MORATÓRIA. PREVISÃO. CONVENÇÃO DO CONDOMÍNIO. CDC. INAPLICABILIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. AFERIÇÃO. SÚMULA 07/STJ. INCIDÊNCIA

1. A utilização, pelo Tribunal a quo, dos mesmos fundamentos adotados pela sentença, com sua transcrição integral no corpo do acórdão, não representa mácula ao art. 458 do CPC. 2. Diante da manifestação expressa, no acórdão recorrido, de todas as matérias devolvidas, inexistindo qualquer omissão, contradição, obscuridade ou ponto pendente de prequestionamento, deve ser mantida a multa aplicada prevista no parágrafo único do art. 538 do CPC. Precedente

3. As relações jurídicas existentes entre condomínio e condôminos são regidas por lei específica, sendo inaplicável o Código de Defesa do Consumidor, o que permite a fixação, pela convenção de condomínio, de multa moratória superior ao limite estatuído no parágrafo primeiro do art. 52 da Lei 8.078/90. Precedentes. 4. A aferição da quantidade em que autor e réu saíram vencidos na demanda, bem como da existência de sucumbência mínima ou recíproca, encontra inequívoco óbice na súmula 07/STJ, por revolver matéria eminentemente fática. Precedentes. 5. Recurso Especial não conhecido. (REsp 265534 / DF RECURSO ESPECIAL 2000/0065455-8, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, T4 - QUARTA TURMA, julgamento em 20/11/2003, DJ 01/12/2003 p. 358) – (GRIFEI)

Já a relação entre cooperativas e cooperativados foi considerada abarcada pelo CDC segundo a mesma Corte Judicial. Quando as cooperativas estiverem gerindo bem comum, não há relação de consumo, porém quando estiverem prestando serviços aos cooperativados, aí sim estará caracterizada a relação de consumo.

TRIBUTÁRIO. COOPERATIVA. IMPOSTOS E CONTRIBUIÇÕES FEDERAIS. INCIDÊNCIA. ATOS NÃO-COOPERATIVOS. ART. 79, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N.º 5.764/71. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA N.º 07/STJ.

I - Incidem os impostos e contribuições federais sobre os atos não-cooperativos praticados pela cooperativa, eis que estes geram lucro e são estranhos a seu objeto social, não se beneficiando tais atos da imunidade tributária, em respeito ao princípio da legalidade. II - **A afirmativa da agravante, no sentido de que os atos praticados por ela se caracterizam como cooperativos, não se enquadrando como**

operações de mercado ou de compra e venda para consumidores, vai de encontro ao que decidiu o acórdão recorrido, baseando-se em parecer do Parquet Federal, quando entendera que tais atos são não-cooperativos. III - Infirmar tal posicionamento, levaria esta Corte a ter de apreciar o conjunto fático-probatório contido nos autos, o que é incabível, ante a Súmula n.º 07/STJ. IV - Agravo regimental improvido. (AgRg nos EDcl no REsp 512876 / DF AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL 2003/0042367-6, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, T1 - PRIMEIRA TURMA, julgamento 27/04/2004, DJ 31/05/2004 p. 187). (GRIFEI)

Nas relações jurídicas decorrentes de empresa de previdência privada e seus clientes, não há dúvidas quanto à aplicação do CDC. O STJ também já se manifestou nesse sentido.

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDÊNCIA PRIVADA. APLICAÇÃO DO CDC. FORO DE ELEIÇÃO. RELAÇÃO DE CONSUMO. COMPETÊNCIA ABSOLUTA. DECLARAÇÃO DE OFÍCIO. 1. Firme a jurisprudência do STJ ao afirmar que as entidades de previdência privada estão sujeitas às normas de proteção do consumidor. 2. A competência do juízo em que reside o consumidor é absoluta, devendo ser declarada de ofício pelo juízo. (AgRg no Ag 644513 / RS AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 2004/0171375-4, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, T3 - TERCEIRA TURMA, julgamento 24/08/2006, DJ 11/09/2006 p. 253) (GRIFEI)

Explique-se que o Estado é sim fornecedor para fins do CDC, em diversos momentos do códex isso fica claro, como por exemplo os artigos 3º, 4º, VII e 6º, X. Ocorre que há divergência em relação a alguns aspectos. O STF já se manifestou quanto à aplicação do CDC no caso das concessionárias de serviço público, portanto, quanto a elas, não há dúvidas.

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. ACIDENTE EM RODOVIA. RELAÇÃO DE CONSUMO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. CONTROVÉRSIA DECIDIDA À LUZ DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL E DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. 1. Não é possível, em recurso extraordinário, reexaminar a legislação infraconstitucional aplicada ao caso, bem como analisar fatos e provas. 2. Agravo regimental desprovido. (AI 651340 AgR / PR – PARANÁ, AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO Relator(a): Min. AYRES BRITTO Julgamento: 13/12/2011, Órgão Julgador: Segunda Turma). (GRIFEI)

Além disso, o STJ já engendrou raciocínio no sentido de que serviços públicos prestados mediante taxa têm de ser regidos pelo CTN, enquanto que os prestados por empresas privadas e remunerados mediante tarifa ou preços públicos são regidos pelo CDC.

ADMINISTRATIVO E DIREITO CIVIL - PAGAMENTO DE SERVIÇO PÚBLICO (ENERGIA ELÉTRICA), PRESTADO POR CONCESSIONÁRIA. 1. **Os serviços públicos prestados pelo próprio Estado e remunerados por taxa devem ser regidos pelo CTN, sendo nítido o caráter tributário da taxa. 2. Diferentemente, os serviços públicos prestados por empresas privadas e remuneradas por tarifas ou preço público regem-se pelas normas de Direito Privado e pelo CDC.**

3. Repetição de indébito de tarifas de energia elétrica pagas "a maior", cujo prazo prescricional segue o Código Civil (art. 177 do antigo diploma). 4. Recurso especial provido. (REsp 463331 / RO RECURSO ESPECIAL 2002/0110093-5, Rel. Ministra ELIANA CALMON, T2 - SEGUNDA TURMA, julgamento 06/05/2004, DJ 23/08/2004 p. 178). (GRIFEI)

Por último, mencione-se a questão se as associações sem fins lucrativos podem ser consideradas fornecedores para o CDC. Há de se fazer alguns apontamentos. Já houve discussão quanto a esse aspecto, pois o sujeito da relação representado pela Associação sem fins lucrativos não seria, a priori, fornecedor nos moldes do CDC. Ocorre que ficou consignado que as associações são sim fornecedoras para o CDC, mesmo que sem fins lucrativos, desde que prestem serviços. Há exemplos de associações que apenas gerem bens comuns, esse tipo de associação não estaria abrangida pelo CDC, porém, como dito, as que prestam serviços são sim fornecedoras para o CDC. Destaque-se que o entendimento é de que as relações de consumo são caracterizadas pelo objeto e não pelo sujeito das relações. O STJ já se manifestou nesse sentido.

CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL CUMULADA COM PEDIDO DE RESSARCIMENTO DE DESPESAS HOSPITALARES. ASSOCIAÇÃO. RELAÇÃO DE CONSUMO RECONHECIDA. LIMITAÇÃO DE DIAS DE INTERNAÇÃO EM UTI. ABUSIVIDADE. NULIDADE. I. A 2ª Seção do STJ já firmou o entendimento no sentido de que é abusiva a cláusula limitativa de tempo de internação em UTI (REsp n. 251.024/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, por maioria, DJU de 04.02.2002). II. **A relação de consumo caracteriza-se pelo objeto contratado, no caso a cobertura médico-hospitalar, sendo desinfluyente a natureza jurídica da entidade que presta os serviços, ainda que se diga sem caráter lucrativo, mas que mantém plano de saúde remunerado.**

III. Recurso especial conhecido e provido. Ação procedente. (REsp 469.911/SP Rel. Aldir Passarinho Junior, 4ª Turma, julgamento 12/02/2008, DJ 10/03/2008)

Processual Civil. Civil. Recurso Especial. Competência do juízo. Foro de eleição. Domicílio do devedor. Execução. Contrato de compra e venda de imóvel e financiamento. SFH. **Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Empréstimo concedido por associação a associado.** - Deve ser afastada a aplicação da cláusula que prevê foro de eleição diverso do domicílio do devedor em contrato de compra e venda de imóvel e financiamento regido pelo Sistema Financeiro de Habitação, quando importar em prejuízo de sua defesa. - **Há relação de consumo entre o agente financeiro do SFH, que concede empréstimo para aquisição de casa própria, e o mutuário.** - **Ao operar como os demais agentes de concessão de empréstimo do SFH, a associação age na posição de fornecedora de serviços aos seus associados, então caracterizados como consumidores.** - Recurso Especial não conhecido. (REsp 436815 / DF RECURSO ESPECIAL 2002/0062085-9, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, T3 - TERCEIRA TURMA, julgamento 17/09/2002, DJ 28/10/2002 p. 313, RSTJ vol. 163 p. 329) (GRIFEI)

Já o conceito de fornecedor foi bem esclarecido no texto do código.

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

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Portanto não há dúvidas quanto a quem seja fornecedor, são todas as pessoas físicas ou jurídicas, inclusive as de direito público que realizam as atividades descritas no artigo 3º do CDC, mediante remuneração, com a ressalva da relação trabalhista.

2.3. DIREITOS COLETIVOS LATO SENSO

Primeiramente, antes de definir o que são e quais são os interesses metaindividuais, é importante esclarecer o porquê das palavras interesses e direitos serem adotadas como sinônimas, já que os direitos metaindividuais transcendem os

interesses unicamente individuais. São de ordem pública e, portanto, indisponíveis, tendo do CDC os conceituado no artigo 81.

Sobre o caso em testilha, destaco o posicionamento de Fred Didier e Hermes Zanetti, vejamos:

o termo interesse é expressão equívoca, sendo que não são pouco os juristas que apontaram a questão, seja porque consideram não existir diferença prática entre direitos e interesses, seja porque os direitos difusos e coletivos foram constitucionalmente garantidos.¹

Em que pese este entendimento contrario, ambos reconhecem que é coerente o uso destas palavras como expressões de igual sentido, porquanto que “interesses configuraria uma maior amplitude de tutela também para situações não reconhecidas como direitos subjetivos”².

Neste mesmo sentido Kasuo Watanabe prescreve que:

os termos ‘interesses’ e direitos foram utilizados como sinônimos, certo é que, a partir do momento em que passam a ser amparados pelo direito, os ‘interesses assumem o mesmo status de ‘direitos’, desaparecendo qualquer razão prática, e mesmo teórica, para a busca de uma diferenciação ontológica entre eles.³

Ainda sobre o tema, Rizzato Nunes preleciona que:

tem-se que entender ambos os termos como sinônimos, na medida que “interesse” semanticamente em todos os casos, tem o sentido de prerrogativa e esta é o exercício de direito subjetivo. Logo, direito e interesse tem o mesmo valor semântico: direito subjetivo ou prerrogativa, protegidos pelo sistema jurídico.⁴

Consoante os posicionamentos expostos, é clarividente que não há razões relevantes que obstem o uso das respectivas palavras como sinônimas, visto que o emprego de uma não interfere no uso da outra, porquanto que as mesmas são “expressões de igual sentido”, como bem explicitado por Didier.

¹ DIDIER JR, Fredie; Zanetti Jr, Hermes. Curso de Direito processual Civil: Processo coletivo. 3ªed. 4ªV. Salvador: Jus Podivim, 2008.p.87.

² Ibidem, p.92.

³ WATANABE, Kasuo. Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 9ª ed. Rio de Janeiro. Forense, 2007.p.819

⁴ NUNES, Rizzato. As ações coletivas e as definições de direito difuso, coletivo e individual homogêneo. Processo civil coletivo. Coord. Rodrigo Mazzei e Rita Nolasco. São Paulo: Quartier Latim, 2005.p. 86.

Passada essa questão, cumpre-nos definir o que são os interesses metaindividuais. Hugo Mazzilli explica muito bem o assunto ao elencar que:

Situados numa posição intermediária entre o interesse público e o interesse privado, existem os interesses transindividuais (...), os quais são compartilhados por grupos, classes ou categorias de pessoas (como condôminos de um edifício, os sócios de uma empresa, os membros de uma equipe esportiva, os empregados do mesmo patrão). São interesses que excedem o âmbito estritamente individual, mas não chegam propriamente a constituir interesse público.⁵

Em outros dizeres, os interesses transindividuais são todos aqueles interesses pertencentes a coletividade – titulares determinados ou indeterminados – cuja responsabilidade de salvaguardá-los é do Estado em prol da sociedade.

Os direitos metaindividuais ou transindividuais compõe o gênero ao qual pertencem os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, espécies, consoante disposição do CDC, esse é o entendimento do STF.

2.3.1. DIREITOS DIFUSOS

No que diz respeito à definição dos interesses difusos, o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) se incumbiu de defini-los no art. 81, inciso I do parágrafo único, nos seguintes termos: “interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.

Nessa linha Hugo Mazzilli preleciona que:

Difusos são interesses ou direitos 'transindividuais', de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. Compreendem grupos menos determinados de pessoas, entre as quais inexistente vínculo jurídico ou fático preciso. São como um conjunto de interesses individuais, de pessoas indetermináveis, unidas por pontos conexos.(...).

Há interesses difusos: a) tão abrangentes que coincidem com o interesse público⁶ (como o meio ambiente); b) menos abrangentes que

⁵ MAZZILLI, Hugo. A defesa dos interesses difusos em juízos: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. São Paulo: Saraiva, 2004.p. 48.

⁶ Além do interesse público, a doutrina alude a existência do Interesse social e do interesse geral, estes que por vezes coadunam-se, haja vista o interesse social seria aquele pertinente a toda a sociedade civil, nos quais estão contidos os bens de valores mais importantes para a coletividade que comumente tem-se denominado de “bem comum”; o interesse geral, numa larga acepção, possui similitudes ao interesse social, uma vez que este equivale ao interesse aferível às necessidades da coletividade, tais como: segurança, transporte e outros; e o

o interesse público; c) em conflito com o interesse da coletividade como um todo; d) em conflito com o interesse do Estado, enquanto pessoa jurídica; e) atinentes a grupos que mantêm conflitos entre si. Neles, o objeto do interesse é indivisível.(...) Assim, por exemplo, a pretensão ao meio ambiente hígido, posto compartilhada por número indeterminável de pessoas, não pode ser quantificada ou dividida entre os membros da coletividade.⁷

Em outras palavras, interesses difusos seriam todos aqueles direitos indivisíveis pertencentes a uma multiplicidade de indivíduos, oriundos de relações de fato interdependentes.

Suas, principais, características advém da indeterminabilidade dos sujeitos e da origem da lesão, que advém de uma situação de fato.

No que tangencia essas distinções, Rizzatto Nunes assevera que:

Os chamados direitos difusos são aqueles cujos titulares não são determináveis. Isto é, os detentores do direito subjetivo que se pretende reger e proteger são indeterminados e indetermináveis.

[...]

Aliás, diga-se que é exatamente essa característica da indeterminabilidade da pessoa concretamente violada um dos principais aspectos dos direitos difusos.⁸

Ainda sobre as características dos interesses difusos, quanto a origem da lesão ele aduz que:

Em matéria de direito difuso, inexistente uma relação jurídica base. São as circunstâncias de fato que estabelecem a ligação.

Entenda-se bem: são os fatos, objetivamente considerados, o elo de ligação entre todas as pessoas difusamente consideradas e o obrigado.⁹

Rodolfo de Camargo Mancuso, no que atine a indeterminação dos sujeitos assevera que:

deriva, em boa parte, do fato de que não há um vínculo jurídico a agregar os sujeitos afetados por esses interesses: eles se agregam ocasionalmente, em virtude de certas contingências, como o fato de habitarem certa região, de consumirem certo produto (...).¹⁰

Público, abrange as demais categorias, porém com a peculiaridade que esses interesses serem geridos pelo estado, em favor dela.

⁷ MAZZILLI, Hugo Nigro. op. cit.p.50-51

⁸ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. Curso de direito do consumidor.São Paulo:Saraiva, 2004.p.688/689

⁹ Ibdem,p.690

¹⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesses difusos: conceito e legitimação para agir. São Paulo: RT, 1997.p.81

Nesse toar, tomemos por exemplos de direitos difusos, oriundos de relações de fato, o meio ambiente ecologicamente equilibrado e, no campo das relações de consumo, o exemplo citado por Pedro da Silva Dinamarco:

No campo da relação de consumo, tem-se, por exemplo, a proteção de interesses difusos na vedação à propaganda enganosa nos meios de comunicação. Basta uma única prática enganosa, tal como qualificada nos parágrafos do art. 37 do Código de Defesa do Consumidor, para que todos os potenciais consumidores daquele produto ou serviço, espalhados pela sociedade, possam ser atingidos. E, reflexamente, não há como impedir tal prática em relação a um consumidor e não obstar em relação aos demais¹¹.

Em ambos os exemplos vê-se claramente que o dano causado ao meio ambiente e aos potenciais consumidores de determinado produto projetam sobre a coletividade toda sua influência real, efetiva e objetiva em razão dos danos advirem de circunstâncias factuais.

Dessa forma, a eventual propositura de ação coletiva para tutela desses interesses, em caso de procedência, beneficiará a todos indistintamente, ou seja, toda a população difusamente considerada.

Devesse repisar que devido sua abrangência, por possuírem como titulares um número indeterminado de indivíduos, estes direitos inserem-se entre os direitos fundamentais de terceira geração dos direitos fundamentais.

Vale, ainda, ressaltar que a tutela dos interesses difusos encontra-se positivadas no código de proteção ao consumidor, e a nível constitucional no art. 5º, inciso LXXIII, e no art. 129 e seu inciso III, ambos da CF.

Em resumo, os interesses difusos são os transindividuais, indivisíveis, sendo titulares indeterminadas pessoas ligadas por circunstâncias de fato. Os interesses difusos são os interesses que se encontram espalhados na sociedade, de maneira a não ser possível uma determinação dos sujeitos titulares, a indeterminabilidade dos sujeitos é característica precípua e distintiva dos interesses difusos em relação às demais categorias dos interesses metaindividuais, observa-se que esses interesses difusos têm no art. 29, do CDC, uma previsão específica. Momento no qual, o legislador inaugura um capítulo das práticas comerciais abusivas, colocando o controle abstrato dos procedimentos abusivos do fornecedor como referência do alcance abstrato desse conceito, então a tutela difusa é a tutela de maior amplitude no âmbito do Direito do

¹¹ DINAMARCO, Pedro da Silva. Ação Civil Pública. São Paulo: Saraiva, 2001. p.54

Consumidor. Além dessa indeterminabilidade dos sujeitos, verifica-se que o objeto da tutela difusa é indivisível, ou seja, ele não admite qualquer espécie de fracionamento, porque quando o Código reconhece um dano potencial, quando o Código reprime em abstrato uma determinada conduta ele o faz em favor da coletividade indeterminada.

2.3.2. DIREITOS COLETIVOS EM SENTIDO ESTRITO

No que tange a definição dos interesses coletivos, igualmente como nos interesses difusos, o CDC encarregou-se de defini-lo em seu art. 81, no parágrafo único, em seu inciso II, *in verbis*:

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.

Em outros dizeres, os interesses coletivos seriam todos aqueles direitos indivisíveis de um grupo específico de pessoas – sejam classes, grupos ou categorias de pessoas –, vinculados por uma relação jurídica comum.

Para melhor compreensão sobre o que seria um grupo determinado de pessoas, podemos considerar a título exemplificativo um grupo de trabalhadores urbanos, na área de transporte coletivo, submetidos a cláusulas contratuais que ensejassem num determinado prejuízo a esse grupo específico.

Assim, sabendo que a cláusula (relação jurídica comum) só acarretará danos entre os trabalhadores, poder-se-á propor ação coletiva em prol destes, para defender interesse coletivo indivisível, visto que o dano tem sua origem numa relação jurídica base, que no caso na presente situação seria o contrato de trabalho no qual aquele grupo é signatário.

Importante frisar que embora estejamos falando de um grupo determinado de pessoas é possível também aduzir que:

Tais titulares são também indeterminados, mas também determináveis. Isto é, para a verificação da existência de um direito coletivo não há necessidade de se apontar concretamente um titular específico e real. Todavia, esse titular é facilmente determinado, a partir da verificação do direito em jogo¹².

¹² NUNES, Luiz Antonio Rizzatto.op.cit.p.691

Destarte, não será errado afirmar que em sede de direitos coletivos os sujeitos ativos também poderão ser indeterminados, todavia, com a ressalva de serem determinados.

No que atine a relação jurídica base, Rizzato ensina que devesse antever que são duas relações jurídicas-bases que irão unir o sujeito ativo e passivo, vejamos:

Aquela em que os titulares (sujeito ativo) estão ligados entre si por uma relação jurídica. Por exemplo, os pais e alunos pertencentes a Associação de Pais e Mestres (...).

Aquela em que os titulares (sujeito ativo) estão ligados com o sujeito passivo por uma relação jurídica. Por exemplo, os alunos de uma mesma escola, os clientes de um mesmo banco, os usuários de um mesmo serviço público essencial como o fornecimento de água, etc.¹³

Visto isto, há de se considerar algumas semelhanças entre as duas últimas categorias de interesses abordadas.

Tanto o interesse difuso quanto o coletivo possuem objeto de natureza indivisível, uma vez que “não é possível proteger um indivíduo sem que essa tutela não atinja automaticamente os demais membros da comunidade que se encontram na mesma situação”¹⁴, ou seja, devido a indivisibilidade ocorre uma “vinculação” entre os titulares, na qual é impossível desfazê-la a fim de resguarda um indivíduo isoladamente, tendo em vista que eles encontram-se num patamar de igualdade.

Isto fica patente na Adin. 2522, julgada em 08/06/2006, requerida pela CNPL – Confederação Nacional das Profissões Liberais – em que fora questionada a inconstitucionalidade do art. 47 do estatuto da OAB que isenta os profissionais inscritos em seus quadros de pagar a contribuição sindical:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 47 DA LEI FEDERAL N. 8.906/94. ESTATUTO DA ADVOCACIA E DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. CONTRIBUIÇÃO ANUAL À OAB. ISENÇÃO DO PAGAMENTO OBRIGATÓRIO DA CONTRIBUIÇÃO SINDICAL. VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 5º, INCISOS I E XVII; 8º, INCISOS I E IV; 149; 150; § 6º; E 151 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. NÃO OCORRÊNCIA. 1. **A Lei Federal n. 8.906/94 atribui à OAB função tradicionalmente desempenhada pelos sindicatos, ou seja, a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria.** 2. A Ordem dos Advogados do Brasil ampara todos os inscritos, não apenas os empregados, como o fazem os sindicatos. Não há como traçar relação de igualdade entre os sindicatos de advogados e os demais. As funções que deveriam, em tese, ser por eles desempenhadas foram atribuídas à Ordem dos Advogados. 3. O texto

¹³ Ibidem.p.692

¹⁴.DINAMARCO, Pedro da Silva. op.cit.p.53.

hostilizado não consubstancia violação da independência sindical, visto não ser expressivo de interferência e/ou intervenção na organização dos sindicatos. Não se sustenta o argumento de que o preceito impugnado retira do sindicato sua fonte essencial de custeio. 4. Deve ser afastada a afronta ao preceito da liberdade de associação. O texto atacado não obsta a liberdade dos advogados. Pedido julgado improcedente. (grifo nosso).¹⁵

Na presente situação, é clarividente a indivisibilidade do objeto e a indeterminabilidade dos sujeitos, uma vez que a decisão vincula automaticamente todos os advogados inscritos na OAB, ou seja, a decisão deve ser aproveitada por todos indistintamente, visto que essa categoria encontra-se num mesmo patamar de igualdade vinculados por uma relação jurídica base, que consubstanciava através do estatuto da advocacia e da ordem dos advogados do Brasil. Dessa forma a OAB não poderia agir em prol de um membro em face dos demais, haja vista que todos estão unidos por uma relação jurídica base.

Importante repisar que tais direitos estão elencados conjuntamente com os interesses difusos nos artigos 5º, inciso LXXIII e 129, em seu inciso III, da carta maior e no estatuto de defesa do consumidor, no artigo supracitado.

Em síntese, interesses coletivos são os transindividuais, indivisíveis, sendo titulares grupos, categorias ou classes de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. Em sentido estrito porque são um desmembramento da tutela coletiva *latu sensu*, a qual pode ser compreendida de forma a reconhecer expressões sinônimas pela defesa dos interesses transindividuais ou metaindividuais, estes podem ser utilizados na idéia de interesse coletivo em sentido amplo, entretanto o objeto discutido é o interesse coletivo em sentido estrito, já que, ao contrário do interesse difuso, o âmbito da tutela é limitado, não é a coletividade de consumidores que terá a tutela reconhecida e sim um grupo dentro desta coletividade. Por tal razão, esses interesses vão representar a síntese dos interesses jurídicos de um grupo de consumidores e, portanto, verifica-se que esse grupo de consumidores pode ser identificado de maneira clara e objetiva, presente a determinabilidade. Dessa forma, o que se diz com direito coletivo em sentido estrito é que há abrangência circunscrita àquela categoria, determinada no universo de consumidores. Como dito, a tutela coletiva em sentido estrito vai se diferenciar dos interesses difusos, tanto pela determinabilidade quanto pelo vínculo jurídico entre fornecedor e consumidor, aquilo

¹⁵ ADIN 2522 / DF - DISTRITO FEDERAL/AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

que o legislador chama de relação jurídica base, ou seja, uma relação obrigacional, contratual, preexistente à lesão ao direito ou preexistente à própria ameaça de lesão. Exemplos de grupo: sindicato, associação de bairro, associação de pais e mestres.

2.3.3. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

Coube ao CDC definir em seu art. 81, no inciso III, de seu parágrafo único, os interesses individuais homogêneos, como sendo “interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”.¹⁶

Aludidos direitos seriam todos aqueles divisíveis cujos titulares são pessoas determinadas, que compartilham prejuízos decorrentes de situações comuns.

Pedro Lenza aduz que:

(...) os interesses individuais homogêneos caracterizam-se por sua divisibilidade plena, na medida em que, além de serem os seus sujeitos determinados, não existe, por regra, qualquer vínculo jurídico ou relação jurídica-base ligando-os, sendo que, em realidade, a conexão entre eles decorre de uma origem comum, como, por exemplo, o dano causado à saúde individual de determinados indivíduos, em decorrência de emissão de poluentes no ar por uma indústria. Diante disso, é perfeitamente identificável o prejuízo individual de cada qual, podendo-se dividir (cindir) o interesse, efetivando-se a prestação jurisdicional de maneira correlacionada ao dano particular.¹⁷

Nas ações que tem por objeto este tipo de tutela abrisse a possibilidade de ser proteger um indivíduo sem que essa tutela atinja automaticamente os demais membros da comunidade, haja vista que o vínculo existente entre os titulares advém da origem comum (relação jurídica base, anterior a lesão) do dano e não do prejuízo, que é divisível, que poderá ser verificado individualmente.

Rodolfo de Camargo Mancuso assevera que os interesses individuais homogêneos “recebem tratamento processual coletivo pelo modo uniformizado como se exteriorizam”.¹⁸, uma vez que estes direitos são direitos individuais tratados de forma coletiva.

¹⁶ BRASIL. Art. 81, parágrafo único, III, da Lei. n. 8078/90. Código de defesa do consumidor. Vade Mecum Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 727.

¹⁷ LENZA, Pedro. Teoria Geral da Ação civil pública. 2.ed. São Paulo: RT, 2005. p. 76.

¹⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesses Difusos e Coletivos. Revistas dos Tribunais, São Paulo, v 87, n 747, 71, jan, 1998.

Neste sentido, José Marcelo M. Vigliar aduz que: “em sentido lato, os interesses individuais homogêneos também são interesses coletivos (...). Contudo, essa metaindividualidade não é da essência de tais interesses que, como o próprio *nomem iuris* sugere, são interesses individuais”.¹⁹

Posto isto, vejamos alguns exemplos de interesses individuais homogêneos: a) os compradores de computadores de um lote com o mesmo defeito de fabricação – neste caso o vínculo existente entre os compradores advém do fato destes terem comprado computadores com defeitos de série; b) danos sofridos em razão do descumprimento de obrigação contratual relativamente a muitas pessoas, como: em contratos de financiamento habitacional de abrangência nacional; c) moléstia grave, contraída em hospitais de campanha, onde o número de atendimentos é excessivo; d) aquisição de remédios com alteração em sua composição e etc.

Em todos esses exemplos, além dos danos compartilhados por um número determinado de pessoas, é possível visualizar que a pretensão advém da origem comum do dano, entretanto, devesse salientar que, numa eventual ação coletiva na defesa destes interesses, essa vinculação jurídica base, anterior a lesão, seria enquadrada como a causa de pedir da ação, sob pena de mudar o foco da ação, que passaria da esfera dos interesses individuais homogêneos para a dos interesses coletivos.

A previsão constitucional destes direitos encontra-se inserida nos artigos 5º e 8º, inciso III, da constituição federal e infraconstitucional na lei de ação civil pública – lei nº 7347/85, em seu art. 21 ao dispor que “na defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do título III da lei que instituiu o código de defesa do consumidor” e no estatuto de defesa do consumidor.

Diante disso, interesses individuais homogêneos são divisíveis e de origem comum, ou seja, começam individuais, porém transcendem ao status de metaindividuais. Tais conceitos foram criados pelo CDC, mas exatamente nos artigos 91 e 92, vê-se que são ontologicamente individuais subjetivos. Assim, permitem que o sujeito titulado do mesmo possa dispor da possibilidade de ajuizar sua defesa ou não, porque são interesses disponíveis. Na hipótese de um consumidor lesado por uma prática abusiva de uma determinada instituição financeira, de uma seguradora ou de um plano de saúde, sentido-se prejudicado, tem a liberdade de exercer o seu direito público

¹⁹ VIGLIAR, José Marcelo Meneses. Ação Civil Pública. 5º Ed. São Paulo: Atlas, 2001.p.54

subjetivo de ação. Ou seja, não é obrigado a litigar contra sua vontade, pode compor a demanda, renunciar o direito, já que é um disponível. Agora, o CDC prevendo que a prática abusiva pudesse espalhar efeitos negativos para um grande número de consumidores, julgou conveniente estipular a hipótese de que os titulares desses direitos abrissem mão da defesa direta em favor de uma substituição processual. Nesse sentido, conferiu a determinadas autoridades a legitimação para agir na defesa coletiva, garantindo aos consumidores uma série de vantagens, entre as quais, isenção de custas, ausência de ônus sucumbenciais, desnecessidade de pagamento de honorários, prazos em dobro para recorrer.

Observa-se que na tutela desses direitos individuais homogêneos o CDC, a semelhança do que o CPC já tinha feito no art. 485, quando criou uma modalidade de relativização da coisa julgada (ação rescisória), o CDC precisamente no § 2º, do art. 103, nas hipóteses de uma decisão desfavorável, de uma demanda envolvendo interesses individuais homogêneos, dispôs que a decisão não faz coisa julgada, isto é, relativizam-se os efeitos subjetivos da coisa julgada. O consumidor pode pleitear seus direitos individualmente, independentemente da natureza da ação, ou seja, com essas vantagens todas não há dúvida que o Código fez uma apologia à defesa metaindividual, e aí, a tutela dos direitos individuais homogêneos vai estar autorizada no art. 81, III, CDC.

2.3.3.1 – LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Muito se discutiu a legitimidade do Ministério Público - MP para defender os direitos individuais homogêneos, alguns afirmando que não e outros que sim. Em que pese essa dinâmica, tal categoria de direitos pode sim ser defendida pelo Ministério Público. A discussão cingia-se sobre a natureza disponível desses direitos e, portanto, não poderiam ser objeto de defesa do Ministério Público. Porém, a possibilidade de defesa de direitos individuais homogêneos pelo Ministério Público é absoluta, na medida em que esses interesses, quando postos em Juízo, adquirem natureza indisponível.

Isso ocorre, porque no momento em que os consumidores renunciarem à prerrogativa de propor as suas respectivas ações em favor de um substituto processual, tornam o direito em metaindividual subjetivo, acidentalmente coletivo, passando a ser inserido no processo de coletivização de interesses.

Existe quem argumente que o Ministério Público não teria uma autorização constitucional para defender os interesses individuais homogêneos e muito menos interesses disponíveis, no exercício de suas prerrogativas institucionais.

A tese é de que o artigo 127 da Constituição Federal não autoriza.

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Os interesses individuais homogêneos ontologicamente são interesses individuais subjetivos, disponíveis, portanto, o Ministério Público não teria legitimidade para defendê-los.

Além disso, o art. 129, III, da CF, não menciona os direitos individuais homogêneos.

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

Interpretando o dispositivo de maneira restritiva, realmente não haveria legitimidade ativa para o Ministério Público, o qual estaria violando o direito público subjetivo de ação e obrigando os consumidores a litigar contra sua vontade.

Ocorre que, mesmo que na origem sejam disponíveis, quando são instrumentalizados na via processual se tornam indisponíveis, ou seja, a partir do momento em que há a instrumentalização desses interesses, alcança-se um nível de metaindividualidade em relação ao qual não poderá haver a disposição por parte da entidade autora, nem do Ministério Público. Tanto assim o é, que se os outros legitimados da defesa coletiva não derem prosseguimento ao feito, o Ministério Público tem que assumir a condução do processo.

A interpretação restritiva do art. 127 em relação à suposta disponibilidade do interesse individual homogêneo não se aplica. Assim como no caso art. 129, III, a referência do constituinte a outros interesses coletivos tem de ser interpretada de

extensivamente, sendo compreendida no seu sentido amplo, abarcando os interesses individuais homogêneos. Dessa forma, não há nenhuma limitação para o Ministério Público agir como substituto processual. Assim também entende o STF.

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. ALEGAÇÃO DE CONTRARIEDADE AO ATO JURÍDICO PERFEITO. CONTROVÉRSIA INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA. CONSTITUCIONAL. **O MINISTÉRIO PÚBLICO TEM LEGITIMIDADE PARA PROPOR AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM DEFESA DE DIREITOS INDIVIDUAIS E HOMOGÊNEOS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO.** PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (AI 613465 AgR / PR – PARANÁ, AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA Julgamento: 18/05/2010, Órgão Julgador: Primeira Turma) **(GRIFEI)**

A construção argumentativa do STF, já comentada, foi no sentido de que os direitos coletivos que podem ser protegidos pelo MP são as três categorias de direitos mencionadas alhures, tendo em vista haver a existência de direitos coletivos em sentido lato, estes subdivididos em direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos, não havendo impedimento do MP em defender esta última categoria.

2.4. DIRIGISMO CONTRATUAL NO CDC

Dirigismo contratual é a imposição estatal nas avenças privadas. O CDC veda práticas abusivas (art. 39) e cláusulas abusivas (art. 51). É o Estado guiando a prática das relações de consumo.

A vontade vai ser administrada, conduzida pela lei. O CDC vai exercer esse dirigismo contratual, vai estabelecer de forma exemplificativa condições contratuais excessivamente onerosas, as quais submetem o consumidor a uma situação de iniquidade ou de desvantagem exagerada.

Dessa forma, retira do âmbito de disposição do consumidor aqueles direitos, a partir do momento que o código diz que são direitos básicos do consumidor a proteção as cláusulas contratuais abusivas, aquele direito se torna irrenunciável. Vinculando o fornecedor a pautar suas relações jurídicas pelo Código.

Na relação de consumo, para que haja uma liberdade plena, tem de se conjugar dois atributos condicionados: o querer e o poder. O consumidor pode até querer mudar o conteúdo do contrato, mas não pode e em não podendo, não há liberdade, identifica-se, portanto, uma necessidade de consumo, a qual faz com que o consumidor se vincule a um contrato não avençado em razão de sua liberdade, ou seja, não age por um ato livre de vontade. Infere-se que a liberdade é meramente ilusória na relação de consumo, é um direito relativizado pela lei em razão da necessidade do consumidor.

Segundo Maria Helena Diniz:

"A expressão dirigismo contratual é aplicável às medidas restritivas estatais que invocam a supremacia dos interesses coletivos sobre os meros individuais dos contraentes, com o escopo de dar execução a política do Estado de coordenar os vários setores da vida econômica".²⁰

Diante desse contexto, o dirigismo contratual teve origem na própria evolução dos direitos fundamentais. Quando se fala em direitos civis e políticos, remonta-se a ideia de liberalismo, intervenção mínima do Estado na vida privada do cidadão. A partir disso, o que importava na relação contratual era o vício de consentimento, em não o observando, a liberdade de contratar estava intacta e, portanto, a avença hígida.

Ocorre que com o surgimento das novas dimensões de direitos fundamentais, notadamente os direitos sociais e de solidariedade, o senso de coletividade se expande e a simples noção de vício de consentimento não pode mais permear absolutamente a teoria contratual.

Assim, o dirigismo estatal é corolário da evolução da sociedade, a qual já não aceita as manifestas desigualdades jurídicas entre contratantes, impondo às relações privadas a intervenção do Estado, no sentido de mitigar as realidades opostas, verdadeira consequência dos direitos de terceira dimensão.

2.5. SUBSISTEMAS

²⁰ DINIZ, Maria Helena. Teoria das obrigações contratuais e Extracontratuais. 3º volume. São Paulo. Editora.

O CDC possui diversos subsistemas no bojo de seus dispositivos. Exemplo é a preocupação com as práticas comerciais no Capítulo V, a proteção contratual no Capítulo VI. Há de se ressaltar as diferenças entre os conceitos tradicionais de contrato e a regulamentação no CDC.

O conceito tradicional de contrato pode ser manifestado pela vontade de dois ou mais agentes com o intuito de instituir, regulamentar, modificar ou extinguir uma relação jurídica de impacto patrimonial.

Villaça Azevedo assevera que:

O Código Civil italiano, de 1942, em seu art. 1.321, muito bem conceituou o contrato como “o acordo de duas ou mais partes para constituir, regular ou extinguir, entre si, uma relação jurídica patrimonial”.

Posso, assim, esboçar um conceito de contrato, como a manifestação de duas ou mais vontades, objetivando criar, regulamentar, alterar e extinguir uma relação jurídica (direitos e obrigações) de caráter patrimonial²¹

Orlando Gomes preceitua que contrato é uma espécie de negócio jurídico e, portanto, contém todas as suas características, sendo um negócio jurídico bilateral, ou plurilateral.

Nessa perspectiva, o contrato é uma espécie de negócio jurídico que se distingue, na formação, por exigir a presença pelo menos de duas partes.²²

Esse mesmo autor ainda afirma que os contratos “são instrumentos jurídicos para a constituição, transmissão e extinção de direitos na área econômica”²³. Ora, o tradicional conceito de contrato já não consegue englobar todas as manifestações de vontade hodiernas. A hermenêutica jurídica conceitual não consegue acompanhar o avanço tecnológico, muito menos a criatividade empresarial.

Villaça Azevedo coaduna com esse pensamento, quando afirma que a evolução da sociedade leva a um complexo imbróglgio de relações jurídicas.

O progresso é, assim, uma força incontrolável que, alimentada pelas necessidades socioeconômicas, não pode parar, caminhando, mais e mais, para um emaranhado de situações.²⁴

²¹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos: curso de direito civil**. 3. Ed. – São Paulo: Atlas, 2009. Pg. 9

²² GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro, forense, 2008. Pg 4.

²³ Id. *Ibidem*.

²⁴ Op. Cit. Pg. 110.

Diante da vinculação do fornecedor à oferta, estampada no art. 30 do CDC, resta claro que o CDC protegerá o consumidor em uma relação jurídica baseada na manifestação unilateral, qual seja, a do fornecedor. Sendo assim, já que este fornecedor está manifestando vontade através da oferta, terá de cumpri-la integralmente, não podendo se locupletar de sua própria torpeza ou frustrar a expectativa do consumidor.

Tanto é assim, que o CDC estabelece no artigo 49, a possibilidade do consumidor desistir de compra realizada à distância, o que abrange os contratos firmados pela internet. Tal disposição é clara ao proteger o consumidor de produtos e serviços que, a priori, teriam ótima qualidade, mas quando são verificados pessoalmente, não cumprem com o que deles se espera.

Dessa forma, o tradicional conceito de contrato, o qual prega a observância de manifestação de vontade bilateral, assim como afetação patrimonial, já não consegue alcançar as diversas formas de relações jurídicas existentes no nosso mundo globalizado e informatizado.

Observa-se, ainda, que o CDC traz uma concepção de oferta diferente da concepção civilista de proposta. A proposta na definição civilista é representada pela iniciativa ou manifestação de vontade com o intuito de constituir um contrato, dirigida a alguém com o objetivo de conseguir a adesão do destinatário. Certamente é o impulso decisivo para a avença contratual.

Na proposta deve haver todos os elementos que perfazem a pretensa relação jurídica contratual, vinculando o proponente, devendo ser clara, precisa e em linguagem simples que facilite a compreensão.

O artigo 427 do CC preconiza que não há obrigatoriedade ao proponente se, dos termos da proposta não resulte contrariedade à natureza do negócio ou das circunstâncias do caso. Assim, entende-se que, desde que arrazoada e cônica, a proposta vincula o proponente.

Nem toda iniciativa ou manifestação de vontade no sentido de dar vida a um contrato é oferta em sentido técnico, mas só a declaração de vontade dirigida por uma parte à outra com a intenção de provocar uma desão do destinatário à proposta.

(...)

A oferta é um negócio jurídico receptício, pois a sua eficácia depende da declaração do oblato. Não tem, entretanto, força absoluta, gerando desde

logo direitos e obrigações. Não se pode assim dizer que equivale ao contrato.²⁵

Nesse ínterim, fica claro que não é toda proposta que se torna obrigatória na concepção civilista, tem de haver o aceite.

Já as exigências básicas em relação à oferta no artigo 30 do CDC, vem no sentido de orientar um dever de vinculação ao anúncio, a mensagem veiculada. Quando o legislador trata da oferta, produz a mesma importância que deu ao contrato, quando reconhece que a informação apresentada na base preliminar integra o contrato que vier a ser consumado. É estabelecido que pré-acordos ou informações contidas nos anúncios publicitários tem de estar no contrato, havendo a possibilidade do consumidor exigir o cumprimento forçado dessa informação.

Ocorre que o CDC se preocupa com à contratação em massa e, por isso, traz uma concepção de oferta mais ampla, no sentido de proteger a indeterminabilidade de consumidores, os consumidores difusos (art. 29).

O Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) regulamenta, nos arts. 30 a 35, a proposta nos contratos que envolvem relações de consumo. Preceituam eles que deve ser séria, clara e precisa, além de definitiva, como também o exige o Código Civil. Entretanto, naquele a oferta é mais ampla, pois normalmente dirige-se a pessoas indeterminadas, a distinção básica é a destinação do Código de Defesa do Consumidor à contratação em massa, como regra geral²⁶

Nesse contexto, o consumidor poderá exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade, aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente ou rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos, conforme o artigo 35 do CDC. Verifica-se, portanto, diferenças explícitas nas duas concepções.

Outra noção, quanto aos subsistemas, diz respeito ao fato de a Lei 7.347/85 remeter no que couber ao CDC em seu artigo 21, assim como o CDC remete à lei no artigo 90, no que não lhe for contrário. Isso cria um sistema integrado concernente ao processo coletivo. Sendo assim, todo tipo de Ação Civil Pública segue os ditames do CDC.

É o que se depreende de Nelson Nery:

²⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil brasileiro, volume III: contratos e atos unilaterais. 5 ed. São Paulo, Saraiva, 2008. Pg 51-52.

²⁶ Id. Ibidem

Embora a LACP, 1º, IV, mencione apenas os direitos difusos e coletivos, aplicam-se as disposições processuais da LACP, bem como do Título III do CDC, às ações coletivas que versem sobre outros direitos individuais homogêneos como é o caso, por exemplo, da lide dos contribuintes em relação ao fisco no tocante a determinado imposto, como se trata da ação coletiva, proposta por qualquer dos legitimados da LACP, 5º. E do CDC 82, o procedimento aplicável é o da LACP e do CDC, V. coment. 23 LACP 1º. IV²⁷

Isso demonstra um subsistema de processo coletivo, tendo o CDC surgido como uma legislação inovadora ao positivizar diversos conceitos inerentes aos interesses coletivos.

2.6. A RESPONSABILIDADE NO CDC

A dicotomia clássica entre responsabilidade contratual e extracontratual não é visualizada com clareza na responsabilidade pelo fato do produto e do serviço e na responsabilidade por vício do produto e do serviço no CDC.

A responsabilidade por vício diz respeito à fruição do bem, enquanto que a pelo fato consiste na reparação em casos de danos à incolumidade do consumidor. Só aí já há uma miscelânea entre conceitos, o que confunde o operador do direito, com a disposição do artigo 17 e 29, a coisa fica pior ainda.

O artigo 29, inaugurando o capítulo das práticas comerciais, apresenta a proteção aos direitos difusos. Já o artigo 17 preconiza o chamado consumidor Bystander, sendo o único caso de consumidor por equiparação no CDC. Assim, pessoas que, por sofrerem os efeitos negativos do produto são equiparados a destinatário final para fim de pleitear danos.

Diante disso, fica complicado falar em responsabilidade contratual e extracontratual, já que não há necessidade de haver um contrato para que seja imposta responsabilização aos fornecedores. Por isso, a dicotomia tradicional entre

²⁷NERY JUNIOR, Nelson, Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante – 11 ed. Revisada, ampliada e atualizada até 17.02.2010. São Paulo, editora, RT, 2010. Rosa Maria de Andrade Nery, pg. 1482.

responsabilidade contratual e extracontratual não se faz muito bem delineada na acepção do Código.

Observe-se, ainda, que o parágrafo terceiro do artigo 12 estabelece o seguinte:

§ 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.

Para que haja a responsabilidade objetiva prevista no CDC tem de haver o ato ilícito, o nexo causal e dano propriamente dito, ou seja, não há aferição de culpa.

Dessa forma, as excludentes previstas neste dispositivo visam abarcar as hipóteses de ruptura do nexo causal, isto é, a não congruência de conduta do fornecedor para que haja o surgimento do evento danoso.

Ainda cumpre salientar que, quando o CDC fala da inadequação, refere-se à responsabilidade pelo vício (art. 18); e quando fala de insegurança, refere-se à responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço (art. 12).

Vício seria a idéia de inadequação, relacionada ao comprometimento da funcionalidade do bem, da capacidade em satisfazer às expectativas iniciais do consumidor quanto ao seu uso e fruição. Já o fato do produto e do serviço seria um conceito de defeito. Desse modo, todo produto defeituoso atingiria a segurança do consumidor, mas o fato de atingir a segurança não afasta o seu vício ao ter frustrado a expectativa do adquirente. Defeito é o vício de insegurança acrescido de uma circunstância extrínseca ao produto que causa um dano maior que o simples mau funcionamento.

DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL.
RELAÇÃO ENTRE BANCO E CLIENTE. CONSUMO.
CELEBRAÇÃO DE CONTRATO DE EMPRÉSTIMO
EXTINGUINDO O DÉBITO ANTERIOR. DÍVIDA DEVIDAMENTE
QUITADA PELO CONSUMIDOR.

INSCRIÇÃO POSTERIOR NO SPC, DANDO CONTA DO DÉBITO
QUE FORA EXTINTO POR NOVAÇÃO. RESPONSABILIDADE
CIVIL CONTRATUAL. INAPLICABILIDADE DO PRAZO

PRESCRICIONAL PREVISTO NO ARTIGO 206, § 3º, V, DO CÓDIGO CIVIL.

1. O defeito do serviço que resultou na negativação indevida do nome do cliente da instituição bancária não se confunde com o fato do serviço, que pressupõe um risco à segurança do consumidor, e cujo prazo prescricional é definido no art. 27 do CDC.

2. É correto o entendimento de que o termo inicial do prazo prescricional para a propositura de ação indenizatória é a data em que o consumidor toma ciência do registro desabonador, pois, pelo princípio da "actio nata", o direito de pleitear a indenização surge quando constatada a lesão e suas consequências.

3. A violação dos deveres anexos, também intitulados instrumentais, laterais, ou acessórios do contrato - tais como a cláusula geral de boa-fé objetiva, dever geral de lealdade e confiança recíproca entre as partes -, implica responsabilidade civil contratual, como leciona a abalizada doutrina com respaldo em numerosos precedentes desta Corte, reconhecendo que, no caso, a negativação caracteriza ilícito contratual.

4. O caso não se amolda a nenhum dos prazos específicos do Código Civil, incidindo o prazo prescricional de dez anos previsto no artigo 205, do mencionado Diploma.

5. Recurso especial não provido.

(REsp 1276311/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 20/09/2011, DJe 17/10/2011)(grifos nossos)

Zelmo Denari assim se pronuncia quanto à responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço:

A responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço decorre da exteriorização de um vício de qualidade, vale dizer, de um defeito capaz de frustrar a legítima expectativa do consumidor quanto à sua utilização ou fruição.²⁸

²⁸ DENARI, Zelmo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária Biblioteca Jurídica, 2007, pg. 183.

Enquanto que sobre a responsabilidade pelo vício, o autor do anteprojeto do CDC explica que:

A relação de responsabilidade, nesta hipótese, não tem similaridade com a anteriormente versada, por isso que se ocupa somente dos vícios inerentes aos produtos ou serviços.²⁹

Resta claro, portanto, que todo produto defeituoso é viciado, mas nem todo produto viciado é defeituoso. Ambas as situações geram o dever de indenizar por parte do fornecedor, claro que o fato do produto ou do serviço é uma circunstância mais grave que o simples vício, o que enseja uma reparação de ordem mais ampla.

3. VERBAS PUNITIVAS

Ultrapassadas estas considerações sobre o ambiente consumerista brasileiro, insta conhecer do que se trata o conceito de verbas punitivas. Esse instituto surge como um mecanismo de desestímulo às condutas reprováveis, as quais, infelizmente, fazem parte da atuação empresarial no país.

Em que pese as tradições anglo-saxônica e romanista terem raízes diferenciadas e, ainda, o Brasil ter herdado o civil law e as verbas punitivas terem encontrado guarida no common law, é perfeitamente cabível a aplicação desse tipo de condenação no nosso ordenamento jurídico. A inobservância, muitas vezes verificadas, das disposições do CDC pelos fornecedores, ensejam dia a dia, danos aos consumidores, os quais recebem indenizações ínfimas concernentes a danos muitos maiores.

Ugo Mattei afirma:

que los remedios punitivos de carácter civil pueden tener diversa naturaleza. Por un lado, ellos pueden ser remedios privados, introducidos por las partes en los contratos, como La cláusula penal. Y a su vez, pueden ser, por otra parte, remedios creados por El juez civil para punir

²⁹ Id. Ibidem. Pg. 209

a uma de las partes, cuando su comportamiento es particularmente reprobable.³⁰

Os tribunais brasileiros vêm fundamentando condenações irrisórias no enriquecimento ilícito, o que é altamente plausível. Realmente, ninguém deve receber quantias altas em dinheiro senão por merecimento. Ocorre que as condenações baixas não ensejam o impacto necessário para que as grandes empresas mudem sua forma de atuar. É por isso que penso que os punitive damages podem ser utilizados para amenizar essa situação, surgindo como uma válvula de escape aos tribunais para aplicarem condenações mais altas e efetuem o verdadeiro efeito pedagógico. A ideia é que a condenação em verbas punitivas seja revertida ao Fundo de que trata a Lei da Ação Civil Pública e que esse Fundo possua regulamentação clara para a aplicação das verbas.

Judith Martins-Costa e Mariana Pargendler ao analisar o instituto aduzem que as verbas punitivas surgem como um estandarte para os estudiosos que buscam soluções para o confronto com as empresas que insistem agir lesivamente.

Afirmar-se ser necessário um instituto que seja apto a coibir ou a desestimular certos danos particularmente graves cuja dimensão é transindividual, ou comunitária, sendo certo que a pena pecuniária é eficiente fator de desestímulo. Daí a razão pela qual as características funcionais dos punitive damages (a punição e a exemplaridade) têm atraído os estudiosos, insatisfeitos com a linearidade do princípio da reparação na sociedade atual, sabendo-se que muitas empresas cujos produtos são danosos em escala massiva amparam a continuidade de sua produção (e doo danos causados) numa espécie de raciocínio por custo/benefício entre o lucro auferido pela disposição do produto no mercado e o custo da indenização a ser paga aos indivíduos que ingressarem em juízo, buscando ressarcimento pelos danos individualmente sofridos.³¹

³⁰ MATTEI, Ugo, La parte generale Del Diritto Civile, t. 2, II diritto soggettivo, em SACCO, Rodolfo, Trattato di Diritto Civile, Utet, Torino, 2001, p. 169, N° 23, apud MAYO, Jorge A. e CROVI, Luis Daniel, Penas civiles y daños punitivos, Revista de derecho de daños 2011-2: daño punitivo / dirigido por Jose Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzzetti – 1ª Ed. – Santa Fé: Rubinzal, Culzoni, 2011, p. 9.

³¹ MARTINS-COSTA, Judith e PARGENDLER, Mariana Souza, Usos e abusos da Função Punitiva (“Punitive Damages” e o Direito Brasileiro), Revista da AJURIS / Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul – v. 32, n. 100. – Porto Alegre: AJURIS, 1974- ano de 2005. p. 232-233.

Até há julgados que se referem aos punitive damages, porém observa-se um pouco de insegurança nessa aplicação por parte do magistrado e até certo desconhecimento do verdadeiro intuito dessa teoria. Há confusão na aplicação da teoria, classificando-a como o caráter pedagógico já existente no nosso ordenamento na aplicação do dano moral, a teoria do desestímulo.

Diante disso, é importante saber de onde veio esse instituto, quais são seus critérios e que tipo de evolução possui e qual o seu potencial de desenvolvimento dentro da doutrina brasileira.

3.1. ORIGEM

Primeiramente, há de se falar que o termo para o instituto não possui cognição exauriente no Brasil, poderia ser chamado de danos punitivos, remédios punitivos, indenização exemplar, todos provenientes do termo em inglês “punitive damages” e do termo em espanhol “daños punitivos”. Neste trabalho será adotada a expressão “verbas punitivas”.³²

Como já mencionado, as verbas punitivas surgem como uma forma de coibir condutas reprováveis, os valores irão além do dano, no intuito de causar ao condenado prejuízo significativo para que não aja semelhantemente posteriormente.

Para acceder a una primera definición aproximativa sobre los daños punitivos podría decirse que, agregados a los daños compensatorios, son concebidos para castigar al demandado – El sujeto dañante – por haber cometido, en una posición subjetiva que podría ser definida como de mala fe, un hecho particularmente grave y reprochable – en la casi generalidad de los casos se trata de un *tort* (ilícito) -, con la consiguiente función de desalentar una acción del mismo tipo. Esas dos funciones,

³² Edgardo Lopez Herrera, ao falar do termo em espanhol, afirma que: “La expresión más común para llamarlos es daños punitivos, que es La traducción literal de *punitive damages*, por lo que la ley argentina há utilizado terminología aceptada. También existen otras expresiones que aluden al mismo tipo de indemnización que se concede además de La que se concede por La pérdida real. Pueden considerarse como sinónimos, salvo matices de menor importancia, las expresiones *aggravated damages*, *exemplary damages*, *non compensatory damages*, *multiple damages*, *presumptive damages*, *vindictive damages*, *treble damages* y *smart Money*. (Los daños punitivos em el derecho angloamericano, Revista de derecho de daños 2011-2: daño punitivo / dirigido por Jose Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti – 1ª Ed. – Santa Fé: Rubinzal, Culzoni, 2011, p. 278.)

sancionar y desalentar, son constantemente empleadas por los jueces americanos.³³

O instituto teve origem na Inglaterra, porém não houve grande desenvolvimento naquele país, tendo perdido espaço e migrado para os Estados Unidos da América.

La figura de los daños punitivos nace en el common law, en Inglaterra, pero rápidamente se transfiere a los Estados Unidos, donde a partir de la mitad del siglo XIX encuentra un fértil terreno de aplicación, pues es allí donde há conocido una mayor difusión.³⁴

Judith Costa e Mariana Pargendler também afirmam que a visão embrionária do que seria o punitive damages hoje surgiu na Inglaterra.

A primeira previsão de indenização múltipla no direito anglo-saxônico foi o Statue of Councester, da Inglaterra, que data de 1278. Aí está a raiz de uma tradição que veio a ser especialmente desenvolvida no séc. XVIII quando se criou a doutrina do exemplary damages como um meio para justificar a atribuição de indenização quando não havia prejuízo tangível, ou seja, no caso de danos extrapatrimoniais.³⁵

Observa-se que as autoras suso mencionadas referem-se às verbas punitivas como um modo de se impor indenizações quando o prejuízo real não seja tangível, palpável, ou seja, de natureza extrapatrimonial, a qual enseja uma resposta mais efetiva do Estado no sentido de repreensão.

Outro que menciona o *Statue of Councester* como origem emblemática dos *punitive damages* é Adalmo Oliveira dos Santos Júnior.

Os punitive damages são um instituto de origem britânica e teria a sua origem com a introdução nesse ordenamento da indenização por meio de

³³ MAYO, Jorge A. e CROVI, Luis Daniel, Penas civiles y daños punitivos, Revista de derecho de daños 2011-2: daño punitivo / dirigido por Jose Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti – 1ª Ed. – Santa Fé: Rubinzal, Culzoni, 2011, p. 10

³⁴ Id. Ibidem. P. 9

³⁵ Op. Cit. 239

múltiplos financeiros do dano. O autor do dano era castigado pela imposição da reparação em um múltiplo do valor do dano sofrido pela vítima. A primeira previsão no direito anglo-saxão foi o Statute of Councester, na Inglaterra em 1278. O instituto se aperfeiçoou no século XVIII quando se criou a doutrina do exemplary damages, e era aplicado em casos de danos extrapatrimoniais. Em 1763, a justiça inglesa fazia uso dos punitive damages nos termos atuais. O caso era de um ilícito de invasão de terras e danos à propriedade promovidos intencionalmente. Em razão dos danos ocasionados e o dolo que se dirigia em prejudicar terceiros resolveu-se então em punir mais severamente os autores desses danos.³⁶

Os casos mais antigos na Inglaterra que são comumente lembrados e relacionados às verbas punitivas são “Wilkes VS. Wood” e “Huckle VS. Money”, ambos no século XVII, nos quais houve a obrigação de indenizar em valor maior que o dano efetivo. Além deles, como afirma Julio Kelly, há precedentes na Inglaterra que remontam a 1275.³⁷

No primeiro caso inglês, um periódico denominado Nort Briton publicou panfletos endereçados às casas dos cidadãos com afirmações contraproducentes ao reinado do Rei Jorge II e alguns de seus ministros. Diante disso, Lord Halifax, secretário de Estado, ordenou que as publicações fossem destruídas, o que para acontecer, necessitava de requisição nas casas dos súditos. Quando da chegada à casa de Wilkes, este ingressou em juízo e pediu indenização, ponderando que valores irrisórios não poriam fim às violações de seus direitos civis. Sua argumentação foi acolhida e fora imposta indenização com intuito de dissuadir novas condutas nefastas.

O segundo caso inglês é correlacionado ao primeiro, na medida em que, pela mesma ordem de Lord Halifax, Huckle que era apenas um empregado, foi retido policialmente e tentou indenização, a qual beiraria vinte libras, seu prejuízo real.

³⁶ JÚNIOR, Adalmo Oliveira dos Santos. A indenização punitiva em danos patrimoniais: a viabilidade jurídica da aplicação dos *punitive damages* norte-americano no direito brasileiro. Revista de Direito Privado, ano 8, n. 30. Abr.-jun./2007. Coordenação: Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery. p. 17

³⁷ KELLY, Julio, Los daños punitivos em el derecho de los estados unidos da américa, Revista de derecho de daños 2011-2: daño punitivo / dirigido por Jose Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti – 1ª Ed. – Santa Fé: Rubinzal, Culzoni, 2011, p. 265.

Porém, o tribunal inglês aplicou condenação de trezentas libras. Os motivos das condenações foram a necessidade de se repreender condutas reprováveis.

Con estos fallos, las bases en Inglaterra para obtener una indemnización por daños punitivos estaban dadas para los casos en que hubiera malicia, opresión o un fraude grosero. Sin embargo, en Inglaterra nunca tuvieron La misma importância ni La magnitud que en Estado Unidos.³⁸

Como se vê, na Inglaterra não existiu um ambiente fértil para o desenvolvimento da ideia, pelo que o instituto ganhou força nos Estados Unidos, sempre com o objetivo de sancionar o causador de um dano inadmissível no ordenamento jurídico. Exemplos são “Grimshaw vs. Ford Motors Co.” e “Anderson vs. General Motors”.

A Suprema Corte estadunidense assumiu um papel emblemático ao determinar critérios e requisitos para a aplicação das verbas punitivas. Lembre-se que, neste país, a construção jurisprudencial tem uma característica tendente ao interpretativismo, o que enseja novos sentidos aos ditames constitucionais-legais mesmo sem modificar o texto propriamente dito.

Um dos casos que ficou marcado nesse sentido foi o “BMW of North America, Inc. VS. Gore” de 1996. Este caso é marcado por ser paradigmático na aplicação dos punitive damages nos Estados Unidos. Gore havia comprado um automóvel zero quilômetro da BMW e, posteriormente, descobriu que o veículo tinha sido reparado e já não poderia ser vendido como novo. Ato contínuo, ingressou em juízo alegando fraude, sustentando ter sido lesado e perquirindo indenização. A empresa se defendeu alegando que a reforma foi em apenas 3% do valor carro, porém não informava aos distribuidores, que por sua vez, não passavam a informação aos revendedores, o que fazia a desinformação ser repassada ao consumidor.

O julgador de primeira instância constatou a fraude e impôs à BMW uma indenização de US\$ 4.000 (quatro mil dólares) em favor de Gore, bem como condenou a empresa em US\$ 4.000.000 (quatro milhões de dólares) a título de verbas punitivas. A

³⁸HERRERA, Edgardo López, Los daños punitivos em el derecho angloamericano, Revista de derecho de daños 2011-2: daño punitivo / dirigido por Jose Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti – 1ª Ed. – Santa Fé: Rubinzal, Culzoni, 2011, p. 278

corte do Alabama manteve a decisão, porém reduziu o montante de danos punitivos pela metade, decisão contestada na Suprema Corte, a qual considerou a condenação em cifras estratosféricas inconstitucional, pelo que a corte do Alabama reduziu para U\$ 50.000 (cinquenta mil dólares).

Diante desse caso, a Suprema Corte americana, preocupada com a possibilidade de somas punitivas astronômicas, constituiu alguns critérios e requisitos para a aplicação de condenações em danos punitivos, os quais serão denotados mais tarde.

Outro caso em que foi aplicada sanção em verbas punitivas foi o “State Farm Mutual Automobile Insurance Co. VS. Campbell” também na década de noventa. Neste caso, Campbell sofreu um acidente de carro e acionou o seu seguro para o pagamento, o qual cobria sinistros no valor de U\$ 50.000 (cinquenta mil dólares). Ocorre que restou configurado que a culpa pelo acidente teria sido toda de Campbell, o que ensejou um prejuízo de U\$ 185.849 (cento e oitenta e cinco mil e oitocentos e quarenta e nove dólares), pelo que a seguradora, State Farm, não quis arcar com os custos.

A partir daí, o segurado engendrou ações judiciais alegando danos morais, obtendo uma indenização de U\$ 2.600.000 (dois milhões e seiscentos mil dólares), bem como U\$ 145.000.000 (cento e quarenta e cinco milhões de dólares) a título de verbas punitivas, sendo que esse valor foi reduzido para U\$ 25.000.000 (vinte e cinco milhões de dólares) pela Corte de Utah.

Tal corte fundamentou sua decisão sustentando os parâmetros apresentados pela Suprema Corte no caso Gore, afirmando que a prática contumaz da State Farm não era condizente com os ditames sociais consagrados pela sociedade, sendo dotados de reprovabilidade. Em que pese esse sustentáculo, a Suprema Corte não ratificou a decisão da Corte de Utah, tendo consignado que não foram utilizados os parâmetros conferidos ao caso Gore.

O conceito foi disseminado ao mundo, tendo aceitação em países como o Canadá (Quebec), Austrália, Nova Zelândia, Irlanda do Norte e Escócia³⁹. Inclusive em

³⁹ HERRERA, Edgardo Lopex, Introducción a la responsabilidad civil. Revista Jurídica, n. 34. Universidad Nacional de Tucumán, Facultad de Derecho e Ciencia Sociales, out. 2004, p. 36, apud JÚNIOR, Adalmo Oliveira dos Santos. A indenização punitiva em danos patrimoniais... cit. p. 18

Quebec, a legislação incorporou o instituto, sendo expresso no artigo 1621 do Código Civil, o seguinte:

1621. Lorsque la loi prévoit l'attribution de dommages-intérêts punitifs, ceux-ci ne peuvent excéder, en valeur, ce qui est suffisant pour assurer leur fonction préventive.

Ils s'apprécient en tenant compte de toutes les circonstances appropriées, notamment de la gravité de la faute du débiteur, de sa situation patrimoniale ou de l'étendue de la réparation à laquelle il est déjà tenu envers le créancier, ainsi que, le cas échéant, du fait que la prise en charge du paiement réparateur est, en tout ou en partie, assumée par un tiers.⁴⁰

Dessa forma, além de se estabelecer na jurisprudência pelo mundo, o instituto das verbas punitivas foi ganhando espaço na legislação de muitos países, sendo a tradição anglo-saxônica ou romano-germânica, tanto é verdade que da América do Norte, a aplicabilidade das verbas punitivas migraram ao sul, onde encontrou espaço no cenário latino.

Ao chegar à América Latina, o conceito ganhou destaque no direito argentino. No país vizinho, é possível notar alguns casos de interesse ao tema proposto. O primeiro deles diz respeito a uma pessoa portadora de necessidades especiais, a qual andava de cadeira de rodas, foi impedida de adentrar em um estabelecimento comercial com o intuito de apresentar reclamações contra os serviços prestados. Ocorre que a empresa não possuía um prédio equipado com requisitos de acessibilidade, diante disso, essa pessoa se sentiu lesada e ingressou em juízo pleiteando indenização.

Isso ocorreu em maio de 2009 em Mar del Plata, tendo a corte local optado por impor indenização de trinta mil pesos por dano moral e igual valor a título de verbas punitivas. A base argumentativa da decisão girou em torno da gravidade da conduta em relação aos direitos humanos, notadamente os direitos das pessoas necessidades especiais, englobando-se a isso o princípio da dignidade da pessoa

⁴⁰ Código Civil de Quebec. Disponível em < <http://ccq.lexum.org/ccq/section.do?lang=fr&article=1621> > acesso em 19/06/2012. Tradução livre: Quando a lei previr a obrigação de indenizações punitivas, estas não poderão exceder o valor suficiente para cumprir sua finalidade preventiva.

A análise do indenização punitiva será efetuada tendo em conta todas as circunstâncias relevantes, incluindo a gravidade da culpa do causador do dano, a sua situação patrimonial, a extensão da indenização a que ele já é responsável perante o credor e, se adequado, analisar se o dano foi total ou parcialmente suportado por um terceiro.

humana. No caso, a Corte de Mar del Plata aplicou condenação em verbas punitivas mirando a não reincidência da atitude danosa.

Outro caso ocorreu na Província de Río Negro, na qual alegou-se inadimplemento contratual por parte de uma empresa de cartão de crédito, tendo sido imposta condenação em verbas punitivas. Além deste, a Câmara Civil e Comercial de San Isidro aplicou sanção em verbas punitivas a um plano de saúde que colocava cláusula incontestável em seu contrato de adesão, a qual impunha aumento de mensalidade por avanço de idade. No caso, os autores foram compensados no valores pagos a mais e ainda houve condenação em quinze mil pesos a título de verbas punitivas.

3.2. PARÂMETROS

Nesses casos apresentados alhures, pode se observar alguns critérios para a aplicação de condenação em verbas punitivas, os quais serão consignados a partir de agora.

O Restatement of the Law 2, American Law Institute estabelece alguns aspectos das verbas punitivas, é ao que se refere Julio Kelly.

Según el artículo 908 del Restatement “(1) los daños punitivos son daños, distintos a los daños compensatorios o nominales, que se ponen a cargo de una persona para penalizarla por su conducta escandalosa y para disuadir a ella y a terceros como ella de conductas similares en el futuro. (2) Los daños punitivos pueden ser otorgados por conducta que es escandalosa debido a los motivos malvados del demandado o su temeraria indiferencia respecto de los derechos de terceros. Para fijar los daños punitivos, el juez de los hechos puede tener en cuenta el carácter de los hechos Del demandado, la naturaleza y tipo de los daños ocasionados o que se pretendió ocasionar al actor y la riqueza del demandado.”⁴¹

⁴¹ Op.cit. p. 263

Eis então alguns critérios para se identificar a necessidade da aplicação de condenação em verbas punitivas. O instituto é aplicável a repreender condutas à margem do direito, no sentido de dissuadir o sujeito para que não aja mais assim, bem como servir de exemplo a terceiros. É o verdadeiro efeito pedagógico que tanto se busca no Brasil, através do dano moral, sem que surta muito efeito.

Jorge A. Mayo e Luis Daniel Crovi ainda apontam que, de uma análise jurisprudencial norte-americana, é possível chegar à identificação da necessidade de condenação em verbas punitivas a partir de: conduta fraudulenta; violação à segurança dos consumidores; negligência na manutenção de serviços e produtos; falta de informação sobre perigos; além de responsabilidade dos fornecedores por não terem expedido esforços para a mitigação dos efeitos colaterais de produtos e serviços postos no mercado de consumo.

Un análisis de la jurisprudência norteamericana nos lleva a sintetizar en cinco casos típicos el reconocimiento de esta categoría: (1) Conducta comercial fraudulenta; (2) Violación de previsiones concernientes al estándar de seguridad de los productos; (3) Inadecuada verificación y control de los mismos; (4) falta de um adecuado ávido sobre los peligros conocidos de maercaderías o productos; (5) Responsabilidad de la sociedad productora o fabricante por no haber eliminado los daños conocidos o conocibles.⁴²

Isso faz com que se saiba reconhecer uma ocasião para se aplicar condenações em verbas punitivas. Além disso, é necessários saber como se chegar a um determinado valor que seja compatível com a retaliação de uma conduta flagrantemente reprovável.

Como dito anteriormente, o caso Gore nos Estados Unidos fez com que a suprema Corte estabelecesse alguns parâmetros por ocasião da condenação por parte do julgador, refletindo sobre diferentes critérios, quais sejam, fórmula, quantia e proporção. Fórmula para que haja e se saiba o limite das verbas punitivas, quantia para que se encontre um teto valorativo e proporção, no sentido de as etapas para chegar à quantia final estarem diretamente relacionadas ao efetivo prejuízo.

⁴² Op. Cit. p. 12

El primero de ellos es el de definir una fórmula verbal que indique cuál es el límite de los daños punitivos. La Corte descarta este criterio señalando que cualquiera fuere la fórmula que se siga, no se podrá llegar a un lenguaje libre de dudas y ambigüedades que ayude a los jurados a fijar los montos.

El segundo criterio que se analiza es el de fijar una cifra límite. Esta alternativa es desechada ya que las circunstancias de los casos pueden variar y la cifra que guarda relación con un caso puede no tenerla en otros.

Finalmente La Corte considera que el mejor criterio es el de fijar una proporción. Para ello reitera lo que surge de los estudios que se han realizado sobre el tema de los cuales surge que, en los casos en que fijaron daños punitivos, su relación promedio con los daños compensatorios es menor a 1:1. Siendo así se inclina por que esta proporción entre daños compensatorios y punitivos sea el límite que la Corte reconoce.⁴³

Percebe-se, portanto, que a Suprema Corte americana não adotou fórmula de valores ou uma importância limite, e sim desenvolveu um critério de proporção entre o bem lesado e o valor a ser pago a título de verbas punitivas.

Outra coisa que ficou clara, principalmente na reforma do caso Campbell, afirmando-se que a análise do caso Gore havia sido mal feita, é que as verbas punitivas não deveriam ser aplicadas com base no dano que poderia ser causado a terceiros, apenas utilizando como base o diagnóstico do dano *in casu*. Por mais que se discorde, a Suprema Corte estabeleceu um critério, a proporção, a qual realmente não tem como ser feita diante de possíveis danos, somente perante danos concretos.

Judith Martin-Costa e Mariana Pargendler ainda consignam que o caso Gore estabeleceu o que se segue:

(i) o grau de reprovabilidade da conduta do réu (the degree of reprehensibility of the defendant's misconduct). Para aferir quão repreensível é a conduta, é importante, segundo a Corte, atentar aos seguintes fatores: (1) se o prejuízo causado foi físico ou meramente

⁴³ Op. Cit. p. 270

econômico; (2) se o ato ilícito foi praticado com indiferença ou total desconsideração com a saúde ou a segurança dos outros (the tortious conduct evinced na indifference to or a reckless disregard of the health or safety of others); (3) se o alvo da conduta é uma pessoa com vulnerabilidade financeira; (4) se a conduta envolveu ações repetidas ou foi um incidente isolado; (5) se o prejuízo foi o resultado de uma ação intencional ou fraudulenta, ou foi um mero acidente;

(ii) a disparidade entre o dano efetivo ou potencial sofrido pelo autor e os punitive damages;

(iii) a diferença entre os punitive damages concedidos pelo júri e as multas civis autorizadas ou impostas em casos semelhantes.⁴⁴

Interessa destacar ainda que as verbas punitivas não podem ser um mecanismo “Robin Hood” moderno. A ideia não é retirar dos grandes empresários para satisfazer pessoas menos favorecidas, o objetivo é limitar condutas danosas para regular uma regra de mercado. Não há desiderato de promover justiça distributiva.

Sostener que el daño debe cargarse a los ricos (con lo cual la riqueza vendría a constituirse em um factor de atribución) es francamente ridículo. El daño se coloca a la cuenta del dañador sin tener en mira la posición econômica de las partes.⁴⁵

Apesar da sobriedade desse pensamento, não parece ser esse o intuito das verbas punitivas, além do que o enriquecimento ilícito é combatido veementemente pelos nossos Tribunais, assim como no mundo afora.

Os mesmos autores das palavras citadas acima, ainda fincam que a responsabilidade civil não serve para prevenir condutas lesivas, pelo que a categoria ora estudada não merece maiores alongamentos.

La prevención no es función normativa de la responsabilidad civil, pues ninguna de las notas características de ésta se compadecen con aquélla, a

⁴⁴ Op. Cit. p. 243.

⁴⁵ BUERES, Alberto J. e PICASSO, Sebastián , La función de la responsabilidad civil y los daños punitivos, Revista de derecho de daños 2011-2: daño punitivo / dirigido por Jose Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti – 1ª Ed. – Santa Fé: Rubinzal, Culzoni, 2011, p. 21

saber/. El juez no está autorizado para graduar la indemnización de acuerdo con la mayor o menor necesidad prevenir la conducta dañosa, ni con la mayor o menor peligrosidad de dicha conducta, ni con la situación económica del autor. Tampoco la mayor Oe menor probabilidad de evitar la sanción indemnizatoria se há contado entre los criterios de imputación objetiva del daño. Y lo único que puede tener algún parecido Ed el juicio de probabilidad ex ante del criterio de adecuación, que em rigor, se predica del evento y no de las consecuencias dañosas. Tampoco el juez está autorizado para imponer um resarcimiento si no existe daño, por más peligrosa que haya sido la conducta (que no ló caso), por “cifra negra que ese tipo de conducta tenga o por más potentado que sea el dañador.⁴⁶

Não há que se falar em impossibilidade de caráter preventivo pela responsabilidade civil. O raciocínio apresentado acima é importante, no sentido de notar que, quando não houver dano, o magistrado não terá instrumentos sólidos para a aplicação de uma indenização, disso não há dúvida. Agora, imaginar que não se deve prevenir com indenização é distorcer a realidade fática e a necessidade social, a prevenção advém da própria indenização compensatória. O que os mesmos autores concordam e denominam a prevenção como subproduto da compensação.

A la vista de ló expuesto, la compensación es la única función de responsabilidad civil. Y la prevención, con el alcance examinado, solo resulta um deseable aunque poço frecuente en la realidad, subproducto fáctico de la compensación.⁴⁷

Portanto, há de se discordar desse posicionamento.

Importa comentar que, na Argentina, além dos casos apresentados, o que caracteriza uma aplicação jurisprudencial do instituto, a legislação prevê a incidência da aplicação das verbas punitivas em caso de afronta dos fornecedores.

⁴⁶ Id. Ibidem, p. 46

⁴⁷ Id. Ibidem, p. 46

Trata-se do artigo 52-bis da Lei 24.240/93, tendo este artigo sido incorporado ao ordenamento argentino pela Lei 26.361/08. O artigo tem a seguinte redação:

Artículo 52 bis:

Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley.

(Artículo incorporado por art. 25 de la Ley N° 26.361 B.O. 7/4/2008)

Portanto, a primeira coisa a se constatar é que o país vizinho consagrou as verbas punitivas na lei, condicionando sua aplicação ao máximo do artigo 47, b, e impondo solidariedade aos fornecedores quanto ao pagamento da multa.

Pois bem, o artigo 47, b, tem a seguinte redação:

Artículo 47.- Sanciones. Verificada la existencia de la infracción, quienes la hayan cometido se harán pasibles de las siguientes sanciones, las que se podrán aplicar independiente o conjuntamente, según resulte de las circunstancias del caso:

(...)

b) Multa de quinientos pesos (\$ 500) a quinientos mil pesos (\$ 500000), hasta alcanzar el triple de la ganancia o beneficio ilegal obtenido por la infracción;

(...)

En todos los casos, se dispondrá la publicación de la resolución condenatoria, a costa del infractor en el diario de mayor circulación de la jurisdicción donde se cometió la infracción.

Por sua vez, da leitura do artigo 47, depreende-se a obrigação de divulgar o ocorrido às custas do infrator. O que enseja a seguinte conclusão: a legislação

consumerista argentina prevê a possibilidade de condenação em verbas punitivas, condicionada a um valor limite e albergada no princípio da publicidade.

Jorge Mosset Iturraspe faz uma leitura muito adequada referente a norma em comento. Primeiramente, ele parte da análise econômica do direito, afirmando que todos os danos são indenizáveis, diferentemente da dogmática americana que tende a reparar o dano efetivamente sofrido, como vimos acima. Assim, define que existem as indenizações ressarcitórias, relativas aos prejuízos sofridos, sendo a condenação de caráter compensatório e os danos que não se ressarcem, pelo que se impõe o castigo pecuniário.

Creemos conveniente comenzar por el enfoque que al AED (análisis económico del Derecho) hace de los “daños punitivos”. Partiendo de admitir que “hay daños que se indemnizan y daños que no se indemnizan”, la dogmática americana ubica entre los primeros a los daños qui son ciertos, subsistentes, personales y se refieren a um interes legítimo. El AED clasifica por el criterio negativo, partiendo de la premisa de que no todos los daños son indemnizables. Luego distingue: daños que se indemnizan – actual damages, perjuicios efectivamente sufridos, frente a los cuales la condena persigue um fin resarcitorio – y daños que no se resarcen, sino que se punen o castigan, por lo cual se alejan del concepto de daños em matéria de responsabilidad civil.⁴⁸

O autor ainda discorre sobre a finalidade da condenação posta no dispositivo legal: “es obvio que se trata de una sanción ejemplificadora, que sólo se aplicará em casos juzgados de trascendencia social o bien frente a actitudes reiteradas”.⁴⁹

Daí se percebe a preocupação em não apenas punir causadores de danos efetivamente sofridos, mas também repreender condutas maléficas reiteradas, as quais, no caso concreto podem ser de menor monta, mais ao se analisar o todo, são extremamente nocivas à sociedade.

Sendo assim, fica clara a distinção entre a figura compensatória e a finalidade punitiva, as quais não guardam recalços, podendo ter cifras diferenciadas, apesar de alertar o autor que não seria o natural de acontecer.

⁴⁸ ITURRASPE, Jorge Mosset, El dano punitivo y la interpretación económica del derecho, , Revista de derecho de daños 2011-2: daño punitivo / dirigido por Jose Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti – 1ª Ed. – Santa Fé: Rubinzal, Culzoni, 2011, p. 154.

⁴⁹ Id. Ibidem, p. 156

La norma del artículo 52 bis se limita a señalar que “se graduará em función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso”, siendo razonable pensar que se deberá atender a los efectos dañosos em las personas y em los bienes de la víctima; a la comoción o relevância social del hecho originário; a la decisión recaída em la causa penal, si existire; al lucro buscado o persegudio el dañador; a SUS actitudes anteriores em relaciones semejantes, etcétera; “independientemente de otras indemnizaciones que correspondan”, continúa diciendo el texto legal, lo que equivale a decir que la decisión punitiva no debe guardar concordância o relación com la sanción reparatoria, pudiendo ser baja la indemnización y alta la “multa” civil. No será esto lo normal habitual;⁵⁰

Iturraspe ainda avisa que esta responsabilidade do fornecedor perante o consumidor tem uma bifurcação doutrinária a respeito de qual teoria aplicar. Existem os subjetivistas, os quais sustentam que a reparação tem de ser aferida através da culpa, contrastando com os objetivistas, os quais pugnam pela responsabilidade objetiva dos fornecedores, ou seja, sem verificação de culpa, corrente a qual se filia.

Por tudo isso, é possível imaginar no Brasil a aplicabilidade desse instituto. Não apenas isso, é crível vislumbrar a sua previsão legal, logicamente adaptando sua utilização às realidades nacionais, fazendo-se uma análise de como influenciará a lei de mercado e qual seria sua função tanto preventiva, quanto aplicativa da verba arrecada.

3.3. APLICABILIDADE NO BRASIL À LUZ DO CDC

Como visto, o CDC é uma norma moderna e de aplicação imediata, claro que sempre há a necessidade de aperfeiçoamento de seus institutos, com o intuito de açambarcar as novas relações jurídicas que surgem na linha temporal. Uma das formas de aprimoramento é a positivação da condenação em verbas punitivas.

O CDC traz uma série de conceitos analíticos e o legislador optou por ser prolixo e dirigente. É possível notar várias passagens de confirmação do já infirmado, bem como o reforço da finalidade da norma. Exemplos são: a política nacional das relações de consumo; a responsabilidade; a proteção contratual, na qual foi regulado o momento pré-

⁵⁰ Id. Ibidem, p. 157

contratual, pós-contratual e contratual propriamente dito e a defesa do consumidor em juízo.

O código procura fechar um circuito como um todo, uma forma holística de se expressar um desejo de regular as relações de mercado inerente ao nosso sistema de sobrevivência.

Já foi exposto que há uma regra de responsabilidade bastante cônica, bem como um regramento de práticas comerciais, no sentido de evitar ilegalidades. Por isso, observa-se o artigo 39 (práticas abusivas) e o artigo 51 (cláusulas abusivas), tentando minimizar a criatividade nociva dos empresários.

O sistema de defesa do consumidor brasileiro tem condições de impor a condenação em verbas punitivas, pelo seu próprio sentido teleológico. Tanto é assim que há julgados iniciando prognoses sobre a aplicabilidade dos “punitive damages”, ao que denominam de teoria do desestímulo e, consigne-se, confundem um pouco o que seriam as verbas punitivas, já que confundem com a própria teoria do dano moral.

O significado de dano moral é ensinado por Yussef Said Cahali:

É da própria lei, portanto, a previsão de reparabilidade de danos morais decorrentes do sofrimento, da dor, das perturbações emocionais e psíquicas, do constrangimento, da angústia, do desconforto espiritual por bem ou serviço defeituoso ou inadequado fornecido.⁵¹

O mesmo autor ainda leciona;

dano moral é "tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado. ⁵²

A concepção do dano moral, na doutrina brasileira, já traz o entendimento de desestímulo ao perpetrador de condutas desonrosas.

Lembre-se que já há um subsistema consumerista impondo a responsabilidade dos fornecedores de forma objetiva. Luciana Rodrigues Atheniense⁵³ ao comentar acerca da responsabilidade nas relações de consumo, mais precisamente, a responsabilidade pelo fato do serviço, ensina que:

⁵¹ CAHALI, Yussef Said. Dano Moral. Revista dos Tribunais, 2000, pg. 520

⁵² CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, p. 20.

⁵³ ATHENIENSE, Luciana Rodrigues. A responsabilidade jurídica das agências de viagem. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 16

“a responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço é também denominada como ‘acidente de consumo’, que se concretiza por meio da repercussão externa do defeito do produto/serviço, atingindo a incolumidade físico-psíquica do consumidor ou o seu patrimônio”.

Em que pese a posição doutrinária sólida quanto ao dano moral, nota-se confusão na aplicação dos conceitos desse com o de verbas punitivas. É o que se depreende de algumas ementas Brasil afora.

PROCESSUAL CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. NOTÍCIA EM PERIÓDICO.

DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO CARACTERIZADO. PROCURAÇÃO. JUNTADA AOS AUTOS DE EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. POSSIBILIDADE. ART. 254, DO CPC.

INDENIZAÇÃO ARBITRADA PELO MAGISTRADO A PEDIDO DA PARTE. INTERESSE DE RECORRER. CUMULAÇÃO PEDIDO DE RESPOSTA COM INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS. POSSIBILIDADE. PEDIDO DE RESPOSTA EXTRAJUDICIAL. PRESSUPOSTO DESNECESSÁRIO. FORMATO. ARTIGO 30 DA LEI DE IMPRENSA. PRAZO DECADENCIAL. INEXISTÊNCIA. TARIFAÇÃO INDENIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

DANO MORAL. REVISÃO DA OCORRÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

VALOR DA INDENIZAÇÃO. ADEQUAÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. A ressalva trazida pelo inciso II do artigo 254, sabidamente, alcança os incidentes processuais que são processados em apenso aos autos principais, como, in casu, a exceção de incompetência.

2. No tocante ao dissídio jurisprudencial, verifica-se que não foi realizado o necessário cotejo analítico afim de identificar a presença da similitude fática.

3. "Já decidiu a Corte, sem discrepância, que se o autor 'pediu que o juiz arbitrasse a indenização, era lícito ao autor, inconformado com o arbitramento, pedir ao Tribunal que revisse o valor arbitrado pelo juiz. Em tal caso, não faltava, como não falta, interesse para recorrer (Cód. de Pr. Civil, art. 3º e 499)' (REsp nº 123.523-SP, Relator o Senhor Ministro

Nilson Naves, DJ de 28/6/99 [...]".(REsp 330256 / MG, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, DJ 30/09/2002 p. 255).

4. O magistrado não está obrigado a julgar a questão submetida a seu exame de acordo com o pleiteado pelas partes e, sim, com o seu livre convencimento, utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicáveis ao caso (REsp 677.520/PR, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 21.2.2005).

5. "É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;" (Constituição de 1988, artigo 5º, inciso V).

6. Não há necessidade de anterior investida extrajudicial, nem tampouco, comprovação nos autos de resposta negativa, ao pedido do autor, para que seja legitimado o ingresso em Juízo, uma vez que está assegurado o acesso ao Judiciário, sempre que houver lesão ou ameaça a direito no art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988. (cf. REsp 469285 / SP, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, DJ 04/08/2003 p. 372).

7. Nos termos do artigo 30 da Lei de Imprensa, o direito de resposta consiste na publicação da resposta ou retificação do ofendido, no mesmo jornal ou periódico, no mesmo lugar, em caracteres tipográficos idênticos ao escrito que lhe deu causa, e em edição e dia normais.

8. Relativamente ao prazo decadencial previsto na Lei de Imprensa, sabidamente ele não mais prevalece no atual ordenamento jurídico, uma vez que a Constituição de 1988, ao prever indenização por dano moral por ofensa à honra, pôs fim àquele prazo, que previa sistema estanque, fechado, de reparabilidade dos danos praticados pela imprensa.

9. "Guiou-se a jurisprudência das Turmas integrantes da 2ª Seção do STJ, no sentido de que, em face da Constituição de 1988, não mais prevalece a tarifação da indenização devida por dano moral, decorrente de publicação considerada ofensiva à honra e dignidade das pessoas." (REsp 226.956/RJ, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, DJ:25/09/2000).

10. O Tribunal de origem é soberano na análise do acervo fático-probatório dos autos, para aferir a ocorrência da ofensa alegada, sendo defeso a esta Corte Superior revisar tal entendimento, uma vez que demandaria o revolvimento de matéria fático-probatória, circunstância que encontra óbice no enunciado da Súmula 7/STJ.

11. É possível majorar ou reduzir o valor fixado como indenização por dano moral, em sede de recurso especial, por se tratar, nessa hipótese, de discussão acerca de matéria de direito e não de reexame do conjunto fático-probatório.

12. O critério que vem sendo utilizado por essa Corte Superior, na fixação do valor da indenização por danos morais, considera as condições pessoais e econômicas das partes, devendo o arbitramento operar-se com moderação e razoabilidade, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de forma a não haver o enriquecimento indevido do ofendido, bem como para que sirva de desestímulo ao ofensor na repetição de ato ilícito.

13. Ressalte-se que a aplicação irrestrita das "punitive damages" encontra óbice regulador no ordenamento jurídico pátrio que, anteriormente à entrada do Código Civil de 2002, já vedava o enriquecimento sem causa como princípio informador do direito e, após a novel codificação civilista, passou a prescrevê-la expressamente, mais especificamente, no art. 884 do Código Civil de 2002.

14. Assim, cabe a alteração do quantum indenizatório quando este se revelar como valor exorbitante ou ínfimo, consoante iterativa jurisprudência desta Corte Superior de Justiça.

15. In casu, o Tribunal a quo condenou à empresa ré em R\$ 90.000,00 (noventa mil reais) corrigidos, valor que, considerados os critérios utilizados por este STJ, se revela excessivo.

16. Dessa forma, considerando-se as peculiaridades do caso, mormente o grau de ofensa causada à honra do autor, ante as acusações constantes do publicado, bem como os padrões adotados por esta Corte na fixação do quantum indenizatório a título de danos morais, reduz-se a indenização para o valor de R\$ 20.750,00 (vinte mil, setecentos e cinquenta reais).

17. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, parcialmente provido. Recurso adesivo não provido.

(REsp 401.358/PB, Rel. Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ FEDERAL CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 05/03/2009, DJe 16/03/2009)(grifos nossos)

JUIZADOS ESPECIAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL
CONTRATUAL. CELULAR COM DEFEITO. PRÁTICA ABUSIVA

DA EMPRESA. DANO MORAL PUNITIVO. RECURSO PRETENDE
CONDENAÇÃO EM DANOS MORAIS.

Há comprovação nos autos que a recorrida figura como a empresa que
mais sofreu reclamações por defeitos nos celulares por ela produzidos,
conforme prova juntada aos autos.

Caráter punitivo dos danos morais é aceito pela Jurisprudência pátria
muito embora ainda não haja lei específica que o defina.

.(20080110865615ACJ, Relator ARILSON RAMOS DE ARAUJO, 1ª
Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal, julgado em
30/08/2010, DJ 02/09/2010 p. 263) (20110710015349ACJ, Relator
DEMETRIUS GOMES CAVALCANTI, 1ª Turma Recursal dos
Juizados Especiais do Distrito Federal, julgado em 23/08/2011, DJ
25/08/2011 p. 237)

Também o STJ já reconheceu o efeito pedagógico do dano moral, o que
nada mais é que a indenização punitiva, sanção do direito civil aplicável
do direito pátrio.

A partir de inúmeros julgados do STJ e STF percebe-se a preocupação
em fixar o "efeito pedagógico do dano moral" do que se depreende a
existência da indenização punitiva na área cível, ainda que não exista
uma disposição específica do Código Civil. Trata-se de uma lacuna que
vem sendo colmatada (integrada) pela jurisprudência.

Cito precedentes do STJ: (REsp 1134677/PR, Rel. Ministra NANCY
ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/04/2011, DJe
31/05/2011), (REsp Nº 1.182.100/MA (2010/0033288-4) RELATOR :
MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO Ministro LUIS FELIPE
SALOMÃO, 02/08/2010)

Cito precedentes do STF- (AI 558656, Relator(a): Min. CEZAR
PELUSO, Decisão Proferida pelo(a) Ministro(a) CEZAR PELUSO,
julgado em 01/09/2005, publicado em DJ 21/09/2005 PP-00050), (AI
450413, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, julgado em
10/08/2004, publicado em DJ 31/08/2004 PP-00022)

A indenização punitiva existe no direito brasileiro por força de
precedentes jurisprudências do STJ e STF, ainda que sob a denominação
genérica de efeito pedagógico do dano moral.

**Presente o dano que deve ser reparado pela fixação de uma
indenização punitiva (punitive damage), com fins pedagógicos no
valor de R\$ 2000,00 (dois mil reais).**

Doutrina sobre a indenização punitiva: Usos e abusos da Função Punitiva (Punitive Damages e o Direito Brasileiro) Recurso conhecido e provido para condenar a recorrida ao pagamento de danos morais (indenização punitiva) com efeitos pedagógicos no valor de R\$ 2000,00 (dois mil reais). (Acórdão n. 548660, 20111010046735ACJ, Relator JOÃO FISCHER, 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal, julgado em 11/10/2011, DJ 18/11/2011 p. 446)

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - REITERAÇÃO DE COBRANÇA DE DÉBITO JÁ CONSIDERADO INDEVIDO POR DECISÃO JUDICIAL - INTERRUÇÃO DO FORNECIMENTO DE ENERGIA, INSCRIÇÃO DO NOME DOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO OU DIVULGAÇÃO DOS FATOS NO MERCADO OU MEIO SOCIAL - HIPÓTESES NÃO CONFIGURADAS - DANO MORAL - DESCABIMENTO - AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO BOM NOME, À CREDIBILIDADE OU À IMAGEM DA PESSOA JURÍDICA. TEORIA DO PUNITIVE DAMAGES OU DO DESESTÍMULO - LIMITES - APLICAÇÃO ISOLADA - IMPOSSIBILIDADE. - Ainda que reprovável o erro cometido pela concessionária de energia, que, mesmo após o trânsito em julgado da decisão que reconheceu a nulidade do débito, continuou lançando 'reaviso de débito anterior' nas faturas de energia da consumidora, há de se considerar que a simples cobrança ilegítima do débito, sem a interrupção no fornecimento do serviço, sem a inscrição do nome nos órgãos de proteção ao crédito e sem a divulgação dos fatos, não tem o condão de gerar indenização por danos morais, porquanto não atingido, nesse caso, o bom nome, a credibilidade ou a imagem da pessoa jurídica/consumidora. - **Ainda que se reconheça a função pedagógica, de desestímulo do dano moral, não se admite a sua aplicação isolada, desacompanhada na finalidade compensatória, sob pena de enriquecimento ilícito, rechaçado pelo ordenamento jurídico brasileiro. Precedentes do STJ. (Real. Eduardo Andrade, 07/06/2011, 0034650-22.2010.8.13.0637)**

Cível. Consumidor por equiparação. Empréstimo consignado. Falecimento da devedora. Implantação de pensão previdenciária por morte daquela em prol do autor. Descontos efetuados pelo banco, das prestações do contrato, nesta verba. Pretensão de ressarcimento e de indenização por danos morais. Procedência parcial do apelo. Apelos recíprocos. Agravo retido interposto pelo réu. Não reiteração dos mesmos em sede recursal. Não conhecimento dos mesmos. Inteligência do art. 528 do CPC. Ilegitimidade ativa. Tese que se confunde com o mérito, por envolver discussão da relação contratual então existente e discussão acerca de inexistência de vínculo entre partes. Rejeição da mesma. Inversão do ônus da prova. Consumidor por equiparação. Titulação à qual o autor faz jus, decorrente de sua condição de evidente impossibilidade de acesso ao contrato e domínio, desta situação, por parte do banco réu. Manutenção e aplicação dos seus efeitos. Empréstimo por consignação. Extinção da obrigação, ex facto, pela morte da devedora. Aplicação da lei no. 1.046/50, em seu art. 16, à matéria. Impossibilidade de transferência desta obrigação para herdeiros ou sucessores, à conta da característica sui generis, deste contrato. Conduta do banco que implica em apossamento, ilegal e manu militari, de verba alimentar de quem não é parte no negócio. Conduta que se reprova. Danos materiais reconhecidos com obrigação de restituição in integrum dos valores descontados, devidamente corrigidos. Danos morais decorrentes do abuso do poder econômico da parte ré. Punitive damages. Fixação em montante adequado ao evento e à condição das partes. Desprovimento do primeiro apelo, provimento do segundo recurso e modificação das verbas de sucumbência. Decisão monocrática e liminar nos termos do art. 557, § 1º-A, do CPC. (0122560-58.2008.8.19.0001 – APELACAO, DES. PEDRO FREIRE RAGUENET - Julgamento: 27/04/2012 - SEXTA CAMARA CIVEL) (Grifos nossos)

Apesar da confusão ora comentada, Judith Martins-Costa e Mariana Pargendler sustentam que a condenação em verbas punitivas não merecem prosperar no ordenamento brasileiro, afirmam que a jurisprudência já traz com eficiência a figura do desestímulo, evidenciando a função punitiva e compensatória representados pelo dano moral. Na visão das autoras, o instituto é semelhante a argumentação “o que vem de fora é melhor” ou “a grama do vizinho é mais verde”. Tanto que defendem uma análise

mais detalhada e minuciosa do instituto, para não se confundir com o direito comparado e cair em manigâncias do senso comum, pelo que sustentam a “dessacralização de ‘verdades’ decorrentes do apego às palavras sonoras e aos estereótipos jurídicos”.⁵⁴ Julgando que a doutrina e jurisprudência brasileiros já amparam a função preventiva concomitantemente a função compensatória da indenização civil.

Ao acolher-se a função punitiva ou a função mista (satisfação/punição) da indenização, a jurisprudência utiliza, para a fixação do quantum indenizatório, a combinação de dois, por vezes, de três distintos critérios: (i) o grau de culpa do ofensor; (ii) a condição econômica do responsável pela lesão; e (iii) o enriquecimento obtido com o fato ilícito. A estes fatores, os defensores da teoria mista, em acrescentam, em geral, mais dois (por vezes desdobrados em três): (iv) intensidade e a duração do sofrimento experimentado pela vítima, assim como a perda das chances de vida e dos prazeres da vida social ou da vida íntima, e (v) as condições sociais e econômicas do ofendido, tendo em vista a vedação ao enriquecimento sem causa. Como se vê, o quarto critério apresenta caráter marcadamente compensatório/satisfativo. O quinto critério, por sua vez, não obstante a sua fragilidade, também tem sido frequentemente aplicado pela jurisprudência.⁵⁵

O problema é que, por mais que se aplique esses critérios, há de se notar que são, por natureza, incompatíveis, não tem como conciliar a fixação de valor através da capacidade financeira do ofensor com a do ofendido. Na maioria das vezes, o ofendido não possui um poder aquisitivo avantajado, assim como a empresa tem um capital que supera invariavelmente o do consumidor, expressão da vulnerabilidade deste. Diante dessa realidade fática, ou o ofensor indenizará menos do que devia ou o ofendido receberá menos do que merecia e esta última hipótese vem sobrevivendo nos julgados.

Ora, se em demandas em que há óbvia culpa grave do causador do dano, tendo uma condição financeira privilegiada e, ainda, auferiu lucro intenso com a conduta, como se pode reduzir a indenização para salvaguardar o enriquecimento ilícito da vítima? Ao não contemplar a vítima para não enriquecê-la, os tribunais enriquecem o

⁵⁴ Por.cit. 262

⁵⁵ Op. Cit. p. 256.

ofensor, situação extrema ao nosso sistema jurídico, a qual resulta na sensação de impunidade.

Há trecho na obra de Adalmo Oliveira dos Santos Júnior que exprime muito bem esse raciocínio.

A aplicação da indenização punitiva no Brasil ocorre atualmente de uma maneira tão cheia de regras desconexas que é rebarbativo. A jurisprudência teve a cautela de fazer uma massa amálgama composta de normas de institutos diversos que resulta numa construção teratológica. Entende que o juiz, na fixação do quantum indenizatório, observar-se-á o seguinte: deve fixar a indenização com o fito de compensar o dano suportado pela vítima, mas concomitantemente de punir exemplarmente o ofensor de modo que o iniba de praticar condutas análogas, e ainda por cima, o valor do montante não pode fazer a vítima enriquecer. Uma elucubração cerebrina fantasmagórica, pois na mesma equação deve conciliar o inconciliável. Resulta que uma regra anula a outra, até que se chega ao nada.⁵⁶

Some-se a isso, a confusão da fundamentação dos acórdãos. Para um esclarecimento sobre essa miscelânea de conceitos, transcreva-se as partes grifadas das ementas transcritas acima. No primeiro acórdão, destaque-se o trecho abaixo:

13. Ressalte-se que a aplicação irrestrita das "punitive damages" encontra óbice regulador no ordenamento jurídico pátrio que, anteriormente à entrada do Código Civil de 2002, já vedava o enriquecimento sem causa como princípio informador do direito e, após a novel codificação civilista, passou a prescrevê-la expressamente, mais especificamente, no art. 884 do Código Civil de 2002.

Conforme debatido alhures, a aplicação das verbas punitivas nada tem a ver com enriquecimento ilícito, é uma forma de combater condutas reprováveis no nosso sistema fático-jurídico. No acórdão seguinte, importa destacar o seguinte trecho:

⁵⁶ Op.cit. p. 44

Presente o dano que deve ser reparado pela fixação de uma indenização punitiva (punitive damage), com fins pedagógicos no valor de R\$ 2000,00 (dois mil reais). Doutrina sobre a indenização punitiva: Usos e abusos da Função Punitiva (Punitive Damages e o Direito Brasileiro) Recurso conhecido e provido para condenar a recorrida ao pagamento de danos morais (indenização punitiva) com efeitos pedagógicos no valor de R\$ 2000,00 (dois mil reais).

Observa-se que a teoria foi utilizada nos mesmos moldes do dano moral, ao afirmar que a aplicação da indenização surge para fins pedagógicos, o que dá a entender que é apenas isso. Não se pode concordar com isso, tendo em vista que o fim pedagógico já é uma etapa cognitiva da aplicação de indenização por dano moral.

Por fim, destaque-se o aludido no terceiro acórdão:

Ainda que se reconheça a função pedagógica, de desestímulo do dano moral, não se admite a sua aplicação isolada, desacompanhada na finalidade compensatória, sob pena de enriquecimento ilícito, rechaçado pelo ordenamento jurídico brasileiro. Precedentes do STJ.

Observa-se que o julgador se considera de mão atadas por não haver finalidade compensatória na indenização, olvidando que as verbas punitivas possuem caráter pedagógico e não necessitam do efetivo dano para que sejam aplicadas.

É aí que vejo a maior falha na concepção brasileira das indenizações por falha na prestação do serviço ou do produto. Esbarra-se demais no enriquecimento ilícito, como se a conduta reprovável do fornecedor não merecesse rechaço pelo simples fato de uma pessoa lesada ser restituída em parte do que perdeu.

É necessário que haja uma compostura legislativa que auxilie o magistrado no momento de aplicar a sanção adequada ao caso concreto. Pelo que entendo que a inclusão normativa do instituto das verbas punitivas é necessária para que

se abram elementos ao mundo jurídico, no sentido de desenvolver essa categoria no direito brasileiro.

As autoras suso mencionadas, por mais cautela que tenham no estudo do tema, não são completamente avessas à condenação em verbas punitivas. Citam o exemplo da possibilidade das indenizações em sede de ACP irem a um fundo gerido pelo Estado. No caso, consideram um meio-termo entre a aplicação irrestrita das verbas punitivas e a não aplicação.⁵⁷

Ocorre que aplicação irrestrita não pode ser comparada a aplicação sem parâmetros. A proposta é adequar o instituo para que seja consagrado na legislação e autorize e/ou obrigue o magistrado a aplicar.

Caso interessante, no cenário brasileiro, foi o da empresa SOUZA CRUZ S/A, STANDART OGILVY & MATHER LTDA E CONSPIRAÇÃO FILMES. O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios ajuizou Ação Civil Pública – ACP contra a referida companhia, intentando a suspensão de veiculação de publicidade de tabaco. Foram argumentados os malefícios oriundos do tabaco, mormente em crianças, e ressaltado que esse vício é estimulado em pessoas dessa faixa etária mediante propaganda.

Além disso, ficou consignado que a propaganda era veiculada em horário inadequado, configurando abusividade consistente na afronta aos valores éticos e sociais da pessoa e da família, dado o seu discurso anti-social que apregoa a atitude de irresponsabilidade social, ferindo assim, o art. 221 da CF/88, desrespeitando valores éticos e sociais.

Ademais, foi demonstrada afronta ao art. 37 do CODECON, pois a publicidade tabagista abusava da inexperiência da criança, sendo argumentado que foi ferido o princípio da identificação da mensagem publicitária, em decorrência do uso de estímulos subliminares.

A sentença fixou indenização a título de dano moral coletivo o valor de R\$ 14.000.000,00 (quatorze milhões de reais), tendo como fundamento a ocorrência dos fatos descritos na ACP, quais sejam, propaganda veiculada em horário não permitido por lei; utilização de técnicas que visavam ao público infante-juvenil; utilização de

⁵⁷ Op. Cit. 261

mensagens subliminares; e abusividade da propaganda, tendo em vista a afronta a valores éticos-sociais.

Registre-se o teor da parte final da sentença, a qual interessa aos planos desse ensaio:

Nesses termos, evidencia-se que a peça publicitária objeto da presente ação civil pública explorou a inexperiência e a falta de conhecimento e dissennimento do público infanto-juvenil e, usando de técnica escusa que ofendeu a liberdade de escolha pelos receptores, incutindo-lhes, sem que pudessem perceber, aspirações emanadas pela publicidade enganosa. Desse modo, resta patente que houve uma ofensa moral de natureza difusa, que merece ser reparada, mediante indenização pecuniária, que também terá escopo preventivo, pois embora a propaganda de cigarro esteja legalmente proibida nos meios de comunicação, nada obsta que as rés possam repetir ofensa da mesma natureza, caso em que a reparação aqui fixada terá o objetivo de reprimir essa conduta.

Para a fixação desse quantum reparatório/preventivo, que será revertido em prol do fundo de que trata o art. 13 da Lei nº 7347/85, tomarei por parâmetro o valor gasto na produção e veiculação da propaganda em questão, que foi apontado pelo Ministério Público, e não refutado pelas rés, qual seja, a quantia de sete milhões de dólares americanos.

Levando-se em conta a dimensão dos direitos difusos atingidos, fixo a indenização por danos morais em R\$ 14.000.000,00 (quatorze milhões de reais).

Posto isso, conheço da ação e, no mérito, JULGO PROCEDENTES OS PEDIDOS, tudo para determinar às rés que promovam a veiculação da contrapropaganda elaborada pelo Ministério da Saúde e que se encontra por fita VHS nos autos, às custas das rés solidariamente, nas mesmas emissoras, na mesma frequência, nos mesmos horários e pelo mesmo tempo que veicularam a publicidade "Artista Plástico II", fazendo-se constar tratar-se de contrapropaganda judicialmente ordenada, devendo observarem as rés solidárias a alternância de todos os quadros publicitários do Ministério da Saúde constantes da fita que integra os

autos sem repeti-los, antes de passá-los na seqüência da fita de forma que a contrapropaganda seja clara e a mensagem integralmente passada para o público, aplicando-se o § 2º do art. 3º C, da Lei 9294/96, incluído por força a Lei 10702 de 14/07/03, ou seja, que o intervalo mínimo seja de 15 minutos e que cada contrapropaganda conste as advertências estabelecidas na norma ora mencionada. Para o caso de descumprimento da presente ordem judicial, fixo a incidência de astreinte no valor de R\$ 2.000.000,00 por dia de inadimplência até que efetivamente a contrapropaganda seja exaurida. Desde já, estabeleço que a incidência da astreinte será revertida e cobrada pelo autor da ação em proveito do fundo de que trata o art. 13 da Lei 7347/85. Nesse mesmo ato, condeno as rés solidariamente ao pagamento de indenização pelos danos morais difusos decorrentes da propaganda em questão, no valor de R\$ 14.000.000,00 (quatorze milhões de reais), a ser corrigida monetariamente e acrescida de juros de mora a contar da presente data, que será revertida em favor do fundo de que trata o art. 13 da Lei 7347/85. Custas pelas rés. Sem honorários. (PROCESSO Nº 102028-0/2004, AÇÃO: AÇÃO CIVIL PÚBLICA AUTOR: MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. RÉ: SOUZA CRUZ S/A E OUTRAS. Juiz ROBSON BARBOSA DE AZEVEDO, 03/03/2006)

Nessa decisão, denotam-se as condições para que o magistrado tenha condenado a ré em verbas punitivas. Primeiro, fica claro o reconhecimento da reprovabilidade da conduta, ou seja, atitude inesculpável. Segundo, utilizou-se critérios claros de quantificação valorativa, qual seja, o custo de produção da publicidade. E, por fim, o julgador demonstra a finalidade pedagógica da sanção, com o objetivo de expurgar da realidade fática a conduta desonrosa.

A nota ruim é que o Tribunal do Distrito Federal e Territórios reduziu o quantum indenizatório para R\$4.000.000,00 (quatro milhões de reais), pelas razões apresentadas abaixo:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO MORAL COLETIVO.
PROPAGANDA ILÍCITA. INDENIZAÇÃO.
I - O Ministério Público tem legitimidade e interesse processual para ajuizar ação civil pública na qual postula indenização por dano moral

coletivo em face da exibição de propaganda pela mídia televisiva.

II - A apelante é parte legítima para compor o pólo passivo, pois pertence ao mesmo grupo empresarial e sucedeu a empresa que emitiu a nota fiscal relativa à propaganda.

III - A petição inicial é apta, pois o inquérito civil não é documento obrigatório para instruí-la e a causa de pedir está devidamente declinada.

IV - A inversão do ônus da prova foi impugnada por meio do recurso próprio e julgado, portanto operada a preclusão.

V - Inexiste violação aos princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, se o fato que se pretendia provar é irrelevante para a resolução do mérito, a teor do disposto no art. 130 do CPC.

VI - A condenação em valor pecuniário a ser revertida ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos observou, estritamente, os limites da demanda proposta, portanto não há julgamento extra petita, tampouco violação ao art. 460 do CPC.

VII - Constatada a ilicitude da propaganda, impõe-se às rés a responsabilidade solidária de indenizar os danos morais coletivos dela decorrentes.

VIII - A condenação à veiculação da contrapropaganda improcede, tendo em vista o tempo decorrido e o advento da Lei 10.167/00. Nessa parte, providas as apelações.

IX - O dano moral coletivo ocorre quando a violação a direito metaindividual causa lesão extrapatrimonial, como a que decorre da propaganda ilícita, que lesiona a sociedade em seus valores coletivos.

X - A valoração da compensação à lesão coletiva deve observar as finalidades punitiva e preventiva, consideradas a repercussão lesiva da propaganda, o grau de culpa na sua produção e veiculação e os malefícios causados à população. Valor reduzido.

XI - Agravos retidos improvidos. Preliminares rejeitadas. Apelações parcialmente providas. Unânime.(Acórdão n. 270851, 20040111020280APC, Relator VERA ANDRIGHI, 4ª Turma Cível, julgado em 14/03/2007, DJ 10/05/2007 p. 125)

Apesar de a respeitável decisão parecer sóbria, há de se falar que não houver qualquer fundamentação consistente para a redução, apenas consignou-se

vagamente sobre a culpa na produção das imagens, esquecendo-se que a responsabilidade no âmbito do CDC é objetiva, isto é, sem aferição de culpa, razão pelo que há de se discordar da redução imposta no acórdão supra.

Interessa salientar, que, neste caso, o instituto das verbas punitivas foi nomeado de dano moral coletivo. Como já retratado acima, a nomenclatura não segue uma linha perene no Brasil, sendo os traços da categoria mais importantes para se alinhar se é ou não condenação em verbas punitivas, o que ficou bem claro neste caso.

Porém, a título de informação, é possível chegar a conclusão de que já existe no CDC a possibilidade de aplicação de condenação em verbas punitivas. Partindo-se do pressuposto de que a nomenclatura dano moral coletivo seria a mais adequada, é crível extrair do artigo 6º da norma, a fundamentação legal para a condenação.

O artigo 6º, VI, tem a seguinte redação:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e **morais, individuais, coletivos e difusos; (grifos nossos)**

Ora, se são direitos básicos do consumidor, a efetiva prevenção e reparação dos direitos morais, individuais, coletivos e difusos, por óbvio, estaria o dano moral coletivo açambarcado pelo ordenamento jurídico, não havendo razão lógica para os julgadores não aplicarem a punição em razão do enriquecimento ilícito, já que há o permissivo legal. Não se podendo olvidar que, em não se admitindo a tese do STF de interesses coletivos lato sensu, haveria a possibilidade de se intentar ações com o intuito de resguardar dano moral difuso, dano moral coletivo e dano moral individual homogêneo.⁵⁸

Em que pese a força dessa argumentação, o STJ não aceita bem essa posição. O Ministro da 1ª Turma, Teori Albino Zavascki, proferiu voto no REsp 598.281-MG, de 01/06/2006 nesse sentido: “Não parece ser compatível com o dano moral a ideia de *transindividualidade* (= da indeternabilidade do sujeito passivo e da indivisibilidade da ofensa e da reparação) da lesão. É que o dano moral envolve,

⁵⁸ O professor Guilherme Fernandes Neto pensa desta forma.

necessariamente, dor, sentimento, lesão psíquica, afetando ‘ a parte sensitiva do ser humano, como a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas’.

Há de se discordar desse entendimento, *data máxima vênia*, a forma de assimilação pessoal de condutas violentas, sejam simbólica⁵⁹ ou explícitas, cabe a cada ser humano em sua individualidade. Não se precisa sentir dor ou lesão psíquica grave para que se caracterize a lesão por dano moral. Aí confronta-se mais uma vez a resposta do Judiciário na fundamentação da aplicação do dano moral. Há inequívoca miscelânea de conceitos para justificar as indenizações impostas ou não impostas. Existe a teoria do desestímulo, a vedação do enriquecimento ilícito, a função pedagógica, a função preventiva, o grau de culpa do agressor, o tamanho do lucro auferido com a ilicitude e continua a se patinar na confusão sem que haja uma padronização estabelecida em lei que ajuste o mérito da indenização.

Recorde-se que, além da ampla e efetiva reparação dos danos, há o princípio da repreensão eficiente aos abusos. Desses dois princípios, confirma-se o princípio da máxima efetividade possível, o qual semeia que na tutela jurídica, impõe-se que a máquina judiciária perquiria a máxima efetividade de suas ações, objetivando proferir a melhor resposta possível, sendo a mais adequada ao caso concreto. Gregório Assagra ensina que:

Por força desse princípio deve ser alcançada a verdade processual em seu grau máximo de probabilidade sobre os fatos alegados na demanda coletiva. Assim, o juiz, para alcançá-la, deverá determinar de ofício a produção de todas as provas pertinentes, para que a tutela jurisdicional se esgote de forma legítima. O interesse social, sempre presente nas variadas formas de tutelas jurisdicionais coletivas, faz com que se esgotem, no processo coletivo, todos os meios de provas, no sentido de enfrentar o mérito, com a pacificação social com justiça.⁶⁰

Autores como Alexandre Amaral Gavronski, Sergio Shimura e Daniel Cárnio também aponta este princípio como fundamental na tutela coletiva hodierna. É o que fica claro das resenhas propostas por Bruno Freire e Silva e Carla Maria Frantz de Vasconcelos Oliveira.

⁵⁹ BOURDIEU, Pierre. O Poder Simbólico, 1989, Ed. Bertrand Brasil. RJ. Tradução: Fernando Tomaz.

⁶⁰ ALMEIDA, Gregório Assagra de. Codificação do Direito Processual Coletivo Brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 65-66.

O capítulo 6 aponta o foco na efetividade gerada pela perspectiva e princípios da tutela extraprocessual coletiva, discorrendo sobre: (...) b) os princípios gerais informadores da tutela extraprocessual coletiva, citando e explicando os princípios da máxima efetividade possível.⁶¹

Enfim, o ponto forte da obra é a sua excelente sistematização e, certamente, o leitor poderá se atualizar sobre o importante tema da execução tratado sob o ponto de vista de um competente e experiente magistrado, comprometido com a busca de efetividade do processo.⁶²

Diante disso, é imperioso começar a estudar o instituto das verbas punitivas com mais afinco, com o objetivo de adaptar a realidade brasileira e positivar na norma consumerista, a fim de que os tribunais não fujam do dever de aplicar sanções com o intuito de combater condutas reprováveis.

Até é possível, a partir de uma análise perfunctória, crer na permissão legal para aplicação dos punitive damages. Inclusive, vetou-se o artigo 16 o qual trazia a ideia alienígena ao direito brasileiro.

Em relação ao Código de Defesa do Consumidor, mister se faz consignar que, a priori, houve a intenção do legislador em consagrar como regra geral a possibilidade de utilização dos punitive damages em seu art. 16, que acabou vetado.

Porém, o veto não pode ser interpretado como o banimento completo da ideia de utilização da indenização civil com efeito de pena.⁶³

Luiz Cláudio Carvalho de Almeida aduz que a legislação brasileira não proíbe a condenação em verbas punitivas, tanto que há julgados nesse sentido. Daí

⁶¹ Revista de Direito Ambiental, ano 16, vol. 63, jul.-set./2011. Fundador: Antônio Herman V. Benjamin. Coordenadores eméritos: Antônio Herman V. Benjamin. Coordenação: Eladio Lecey e Sílvia Cappelli. Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva – A efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial, de Alexandre Amaral Gavronki, resenhado por Carla Maria Frantz de Vasconcelos Oliveira. p. 494.

⁶² Revista de Processo, ano 33, n. 164, out./2008, Diretor: Arruda Alvim. Coordenadora: Teresa Arruda Alvim Wambier. CARNIO COSTA, Daniel. Execução no processo civil brasileiro. Curitiba: Juruá, 2007 – resenha por Bruno Freire e Silva. p. 387

⁶³ ALMEIDA, Luiz Cláudio Carvalho de. A repetição do indébito em dobro no caso de cobrança indevida de dívida oriunda de relação de consumo como hipótese de aplicação dos *punitive damages* no direito brasileiro. Revista de Direito do Consumidor, n. 54, abril-junho, 2005. Fundador: Antônio Herman V. Benjamin. Diretora: Cláudia Lima Marques. p. 168

admitir o parágrafo único do artigo 42, permissivo legal para a aplicação dos *punitive damages*.

Em primeiro lugar, até mesmo em função da proliferação de acórdãos nesse sentido, entender-se-á que o direito pátrio não proíbe de forma peremptória a utilização da indenização civil com a finalidade de pena. Todavia, para que tal utilização possa ser feita há que haver previsão legal expressa nesse sentido.

Caso contrário, estar-se-ia violando o princípio basilar da legalidade (*nulla poena sine lege*).

Fixadas ditas premissas, é possível vislumbrar no dispositivo legal do parágrafo único do art. 42 do CDC verdadeira hipótese de *punitive damages* autorizada previamente em lei.⁶⁴

Apesar da sensatez estampada no aludido alhures, não é o que se vê nos acórdãos Brasil afora, os quais não aplicam a repetição em dobro com base na boa-fé, sem especificar as diretrizes cognitivas necessárias para se constatar o engano justificável explícito na norma. O próprio autor remete a essa consternação ao citar Cláudia Lima Marques.

Como bem assevera Cláudia Lima Marques “estes pequenos erros de cobrança só podem ser combatidos com maior eficiência e só haverá a maior diligência e perícia exigida dos fornecedores pelo CDC, se a jurisprudência entender o art. 42 como uma sanção exemplar (*exemplary damages*), que – certo – beneficia um, mas que leva a mudança da prática de mercado”.⁶⁵

Outra hipótese de aplicação das verbas punitivas com base na lei brasileira é apresentada pelo já mencionado Adalmo Oliveira dos Santos Júnior⁶⁶. Trata-se da previsão do artigo 82 do CDC, a qual ilustra a possibilidade de ação intentada pelo

⁶⁴ Id. *Ibidem*. p. 169.

⁶⁵ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de defesa do Consumidor*. 4ª edição. São Paulo: RT 2002 apud ALMEIDA, Luiz Cláudio Carvalho de. *A repetição do indébito em dobro no caso de cobrança indevida de dívida oriunda de relação de consumo como hipótese de aplicação dos *punitive damages* no direito brasileiro*. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 54, abril-junho, 2005. Fundador: Antônio Herman V. Benjamin. Diretora: Cláudia Lima Marques. p. 171.

⁶⁶ Op. Cit. p. 42.

Ministério Público em benefício de consumidores lesados, na qual não se habilite nenhum cidadão atingido. Nesse caso, já há condenação, porém não haverá ressarcimento ou compensação, já que não existem consumidores habilitados.

Dessa forma, a verba auferida com a condenação será revertida ao fundo previsto na Lei 7347/85 (LACP), o que a doutrina denomina de *fluid recovery*. Realmente, é de se imaginar que se está diante da aplicação de condenação em verbas punitivas. Ora, há condenação pecuniária, porém não haverá compensação dos danos efetivamente sofridos, o que enseja a retirada do lucro da empresa que praticou conduta perniciosa.

Além desses casos, a reforma do CDC abastece um pouco a ideia das verbas punitivas em alguns artigos. É o que se observa na proposta do artigo 49, § 9º e do artigo 90-G.

Art. 49. O consumidor pode desistir da contratação a distância, no prazo de sete dias a contar da aceitação da oferta ou do recebimento ou disponibilidade do produto ou serviço, o que ocorrer por último.

(...)

§ 9º O descumprimento dos deveres do fornecedor previstos neste artigo e nos artigos da Seção VII do Capítulo V do Título I desta lei enseja a aplicação pelo Poder Judiciário de multa civil em valor adequado à gravidade da conduta e suficiente para inibir novas violações, sem prejuízo das sanções penais e administrativas cabíveis e da indenização por perdas e danos, patrimoniais e morais, ocasionados aos consumidores. (NR)

Pois bem, a proposta fala em multa civil em valor adequado à gravidade da conduta e suficiente para inibir novas violações, sem prejuízo das sanções nas outras esferas. É visível a tentativa de positivar tudo aquilo que está sendo comentado neste ensaio. Porém, o artigo é claro ao determinar esta imposição aos que desvirtuarem as normas da Seção VII do Capítulo V do Título I do CDC, a qual se refere ao comércio eletrônico, razão pela qual da abertura interpretativa suficiente para os tribunais não aplicarem em todos os casos.

A proposta do artigo 90-G possui a seguinte redação.

Art. 90-G. Na ação reparatoria referente a interesses e direitos difusos e coletivos, a condenação, independentemente de pedido do autor, consistirá:

I - na prestação de obrigações destinadas à reconstituição específica do bem e à mitigação dos danos;

II – em medidas para minimizar a lesão ou evitar que se repita; e

III - na indenização pelos danos, patrimoniais e morais.

Da leitura, a mesma interpretação aposta alhures se faz. Está explícita a intenção de restituição do dano causado ou sua mitigação, a preocupação de evitar que novas condutas violadoras se reiterem. Dessa forma, é possível chegar à conclusão de que o legislador está atento para a problemática apresentada neste trabalho, ao tentar solucionar tanto no âmbito individual como no coletivo. Basta saber se os julgadores absorverão essa necessidade, caso vire legislação.

Um ponto conveniente a se consignar é para onde iria a verba arrecada por ocasião de condenações em verbas punitivas. É importante que o montante arrecadado a título de verbas punitivas não vá inteiramente ao particular. Há de se indenizar o dano e efetivo prejuízo sofrido, porém esse é o caráter compensatório, ao qual está adstrito ao autor da ação. A condenação em verbas punitivas é outra indenização imposta, mesmo que pelo mesmo fato, a qual deve ser destinada a um fundo destinado a melhora do ambiente consumerista nacional, seja jurídico ou relacional mercantilista.

No caso brasileiro, há a facilidade de que já existe um fundo previsto pela Lei 7347/85 que trata de ação civil pública, em seu artigo 13.

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

§ 1o. Enquanto o fundo não for regulamentado, o dinheiro ficará depositado em estabelecimento oficial de crédito, em conta com correção monetária.

Portanto, a perquirição do ressarcimento do dano sofrido é uma coisa e a indenização proveniente deve reverter ao prejudicado. Porém, a moléstia de condutas reprováveis e seu contra-ataque é problema do Estado, é a própria sociedade que se beneficiará com o alijamento de condutas nocivas inesculpáveis. Sendo assim, nada mais justo que a quantia angariada por verbas punitivas sejam destinadas ao fundo de que trata a lei da ação civil pública, o que resolve o problema do enriquecimento ilícito alegado pelos julgadores para reduzirem as indenizações impostas aos fornecedores que perpetraram atitudes malélicas.

Iturraspe também pensa dessa forma.

La discrepancia nuestra, ya insinuada – más Allá de aspectos que pudieron perfilarse con más claridad o justeza – estriba en el “destino de la multa”. No nos parece que debe ir en su totalidad al dañado, ya indemnizado, que la solicita, como si esta iniciativa Le otorgara un título de enriquecimiento;

Preferimos que la suma de dinero que expresa la multa tenga un destino compartido; una parte – que puede ser la mitad – para la víctima ya compensada y a la vez peticionante, y otra para “un fondo” que atienda a funciones preventivas o reparatorias de daños no enjugados;⁶⁷

Porém, percebe-se da leitura do trecho acima transcrito que o autor se posiciona no sentido de que, além do recebido a título compensatório, o prejudicado deveria receber metade do valor da condenação em verbas punitivas. Apesar de ser um entendimento da mais alta sabedoria, não enxergo aplicabilidade no Brasil, pois nota-se aqui um desvio muito grande ao considerar indenizações por danos sofridos enriquecimento ilícito.

Diante disso, acredito que a melhor forma seria separar de vez as condenações, sendo uma de caráter ressarcitório, no intuito de reparar o prejuízo do autor da ação e outra de caráter punitivo, com função preventiva, interesse do Estado em expurgar da realidade fática condutas reprováveis. Assim, a condenação em verbas punitivas seria totalmente revertida ao fundo de que trata a Lei 7347/85.

É cediço que o empresário trabalha com uma taxa de legalidade subtraída da taxa de legalidade e assim prevê seu lucro. O fornecedor é a pessoa mais fácil de se

⁶⁷ Op.cit. p. 159

ler sem precisar buscar apoio na psicologia, todo e qualquer empresário busca lucro. Portanto, afetando a variável dessa equação lucrativa, cambia-se a lei de mercado, o qual se adaptará para sobreviver.

Essa leitura é importante e significativa, pois se o instituto das verbas punitivas exerce o mais puro caráter preventivo através da punição, o empresário se importará em minimizar suas falhas na prestação de serviços ou as falhas apresentadas nos produtos postos no mercado de consumo.

Estamos convencidos de que el instituto – venido de otras latitudes y de otra vición del Derecho de Daños – contempa a la sociedad civil, a la alteración de la paz social, al peligro sufrido por el bien común y la seguridad de las personas o ciudadanos. Y semejante modo de ver las cosas se compadece muy bien com una multa que sea, a la vez, de destino individual y social.⁶⁸

Ora, a condenação em verbas punitivas surge como uma forma de controle social através de indenização civil, tudo em busca da reiteração de condutas socialmente desejáveis e atropelo ao burlador da norma.

Ademais, convém dizer que o instituto da indenização civil punitiva pode servir como um importante mecanismo de proteção ético da sociedade contra práticas fraudulentas ou ofensivas à boa-fé praticadas por qualquer legitimado passivo, tendo em vista que a hodierna concepção da responsabilidade civil busca a promoção de condutas socialmente desejáveis. Estaria, assim, o instituto exercendo verdadeiro e evidente controle ético das condutas praticadas, sinalizando que, se desrespeitados valores maiores, de interesse de toda a coletividade, sendo que os legitimados para cá estão atentos e autorizados pela Carta Magna para a defesa dos interesses difusos ou coletivos.⁶⁹

Andréa Gouthier defende ainda a aplicação de condenação em verbas punitivas em Ação Civil Pública, sendo a arrecadação destinada ao fundo de que trata a

⁶⁸ Op.cit. p. 159

⁶⁹ GOUTHIER, Andréa. A Possibilidade de Aplicação da Teoria dos *Punitive Damages* nas Ações Cíveis Públicas: uma Abordagem do Artigo 13 da Lei nº 7.347/1985. *Direito Público*. – v. 1, n. 1 (jul./set. 2003). Porto Alegre; Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2005 – v. 7, n. 34. p. 94.

LACP, enfatizando o caráter preventivo e desabonador de condutas nocivas semelhantes, em busca da promoção do controle social.

Entende-se que o instituto da responsabilidade civil punitiva, ao permitir a aplicação da teoria da punitive damages no ordenamento jurídico pátrio, deve observá-la como de uma teoria de cunho ético, com função pedagógica-preventiva, quando ela busca dissuadir o ofensor de qualquer prática ofensiva ou de grande potencial lesivo que possa ser praticados contra a dignidade da pessoa humana, coletivamente.

Deste modo, defende-se neste artigo ser possível a aplicação da teoria da indenização civil punitiva na ação civil pública, quando o legislador infraconstitucional estabeleceu que a indenização será revertida em favor do fundo previsto no art. 13 da Lei 7.347/1985, ficará desestimulado a praticar qualquer ato ou conduta que importe em risco de dano ou cause dano efetivo para toda a coletividade, pois sentirá em suas finanças o valor de sua irresponsabilidade.⁷⁰

O problema dessa aplicação é a dificuldade em estimular os consumidores lesados a ingressarem em juízo. Imagine-se que uma empresa de cartão de crédito cobre R\$0,10 (dez centavos) a mais por cliente, lesando 20.000.000 (vinte milhões) de pessoas por dez meses. O consumidor que ingressar em juízo será reembolsado em R\$2,00 (dois reais) atualizados, conforme o artigo 42, parágrafo único, do CDC, isso se conseguir tal aplicação. Enquanto que a empresa terá auferido R\$2.000.000,00 (dois milhões de reais).

Nesse caso, conseguindo-se uma condenação em verbas punitivas, a empresa diminui sua margem de lucro, mas o consumidor ganhará apenas R\$2,00 (dois reais) atualizados. Dificilmente haverá consumidores com vontade de ingressar em juízo e terem toda a dor de cabeça que isso proporciona.

Apesar dessa dificuldade, acredito que a separação das verbas é necessária para que se fuja à vedação ao enriquecimento ilícito. Existem dois fatores na equação lucrativa dos fornecedores. Um é a variável da ilegalidade, representada pelo valor das indenizações e outro é o número de pessoas que ingressam em Juízo. A mudança na variável já é um ganho enorme para a sociedade e prevenirá novas condutas lesivas. A questão do estímulo aos cidadãos para que cumpram seu dever cívico de

⁷⁰ Id. Ibidem. p. 95

denunciar abusos pode ser postergada a um outro momento, caminhando com a evolução e aperfeiçoamento do instituto e passando por muita educação à população.

É notório que a aprimoração desse conceito e a positivação no ordenamento jurídico consumerista brasileiro é um ganho social e transformará uma lei que é de aplicabilidade universal, a lei do mercado.

Por todo o apresentado, estou convencido que está na hora da legislação brasileira albergar esse instituto e evoluí-lo, dando-lhe mais consistência teórica dentro da dogmática doutrinária, o que refletirá positivamente na ascensão da categoria por ocasião da aplicação nos órgãos julgadores.

4. CONCLUSÃO

Após navegar no ambiente consumerista brasileiro, constata-se a falta de uma imposição legislativa que respalde a pretensão do CDC de reprimir eficientemente os abusos e promover a ampla e efetiva reparação de danos, concretizando o direito constitucional do consumidor à proteção.

O instituto das verbas punitivas surge como uma hipótese de alteração nas condutas espúrias de fornecedores que trabalham com o cálculo de custo benefício, ensejando a possibilidade de aplicação de indenizações compensatórias concomitantemente com indenizações preventivas, as quais mexeriam na equação empresarial e fomentariam a adequação dos fornecedores aos riscos de sua atividade.

É cediço que as empresas não podem repassar o custo de seu negócio aos consumidores, mas muitas vezes é observado esse repasse, de forma que o consumidor fica desamparado e não vê utilidade no ingresso em juízo para reparar eventuais danos.

Diante dessa problemática é necessário mudar dois fatores, quais sejam, a variável da equação empresarial, representada pelo valor imposto em indenizações e a quantidade de consumidores que efetivamente busquem seus direitos no Judiciário.

Da análise histórica da aplicação do conceito, bem como da sua evolução no mundo, é possível imaginar a sua aplicabilidade no cenário brasileiro. De forma que faça o fornecedor pensar duas vezes antes de perpetrar condutas reprováveis, além de se esforçar para mitigar os acidentes de percurso inerentes a atividade empresarial.

Já existem em lei, notadamente o CDC, hipóteses de aplicação de indenizações com caráter punitivo, as quais promovem a ruptura da repetição de condutas análogas. Ocorre que os julgadores brasileiros, ao tentarem conciliar elementos inconciliáveis, como o levantamento do lucro auferido do fornecedor com a vedação ao enriquecimento ilícito do consumidor, tendem a impor obrigações irrisórias às grandes empresas, as quais não veem positividade na mudança de conduta.

Porém, com a aposição de condenação em verbas punitivas, nos moldes elencados neste trabalho, a vedação ao enriquecimento ilícito será respaldada, já que as indenizações verterão ao Fundo de que trata a Lei 7347/1985. Isso faz com que tanto os consumidores, individualmente, possam sentir-se motivados a entrar em Juízo, como representa um ganho à tutela coletiva ao amparar o Ministério Público no intento de defender a sociedade e contrapor os percalços impuros promovidos pela atividade comercial. Nesse sentido, a proteção constitucional ao consumidor estará respaldada como nunca.

Diante do exposto, resta clara a necessidade de a legislação consagrar esse instituto já difundido pelo mundo, adequando-o à realidade brasileira e desenvolvendo-o conforme o construindo que é o direito.

5. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Luiz Cláudio Carvalho de. **A repetição do indébito em dobro no caso de cobrança indevida de dívida oriunda de relação de consumo como hipótese de aplicação dos punitive damages no direito brasileiro.** Revista de Direito do Consumidor, n. 54, abril-junho, 2005. Fundador: Antônio Herman V. Benjamin. Diretora: Cláudia Lima Marques.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos: curso de direito civil.** 3. Ed. – São Paulo: Atlas, 2009.

ATHENIENSE, Luciana Rodrigues. **A responsabilidade jurídica das agências de viagem.** Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Codificação do Direito Processual Coletivo Brasileiro.** Belo Horizonte: Del Rey, 2007,

BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico,** 1989, Ed. Bertrand Brasil. RJ. Tradução: Fernando Tomaz.

BRASIL. **Código de defesa do consumidor**. Vade Mecum Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2009.

BUERES, Alberto J. e PICASSO, Sebastián , **La función de la responsabilidad civil y los daños punitivos**, Revista de derecho de daños 2011-2: daño punitivo / dirigido por Jose Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti – 1ª Ed. – Santa Fé: Rubinzal, Culzoni, 2011.

CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. Revista dos Tribunais, 2000,

Código Civil de Quebec. Disponível em <
<http://ccq.lexum.org/ccq/section.do?lang=fr&article=1621>> acesso em 19/06/2012.

DENARI, Zelmo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária Biblioteca Jurídica, 2007.

DIDIER JR, Fredie; Zanetti Jr, Hermes. **Curso de Direito processual Civil: Processo coletivo**. 3ªed. 4ªV. Salvador:Jus Podivim, 2008.

DINAMARCO, Pedro da Silva. **Ação Civil Pública**. São Paulo:Saraiva, 2001.

DINIZ. Maria Helena. **Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 3º volume. São Paulo. Editora.

GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro, forense, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro**, volume III: contratos e atos unilaterais. 5 ed. São Paulo, Saraiva, 2008.

GOUTHIER, Andréa. **A Possibilidade de Aplicação da Teoria dos Punitive Damages nas Ações Cíveis Públicas: uma Abordagem do Artigo 13 da Lei nº 7.347/1985**. Direito Público. – v. 1, n. 1 (jul./set. 2003). Porto Alegre; Síntese; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2005 – v. 7, n. 34.

HERRERA, Edgardo López, **Los daños punitivos em el derecho angloamericano**, Revista de derecho de daños 2011-2: daño punitivo / dirigido por Jose Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti – 1ª Ed. – Santa Fé: Rubinzal, Culzoni, 2011.

_____, **Introducion a la responsabilidad civil**. Revista Jurídica, n. 34. Universidad Nacional de Tucumán, Facultad de Derecho e Ciencia Sociales, out. 2004.

ITURRASPE, Jorge Mosset, **El dano punitivo y la interpretación econômica del derecho**, , Revista de derecho de daños 2011-2: daño punitivo / dirigido por Jose Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti – 1ª Ed. – Santa Fé: Rubinzal, Culzoni, 2011,

JÚNIOR, Adalmo Oliveira dos Santos. **A indenização punitiva em danos patrimoniais: a viabilidade jurídica da aplicação dos punitive damages norte-**

americano no direito brasileiro. Revista de Direito Privado, ano 8, n. 30. Abr.-jun./2007. Coordenação: Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery.

KELLY, Julio, **Los daños punitivos em el derecho de los estados unidos da américa,** Revista de derecho de daños 2011-2: daño punitivo / dirigido por Jose Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti – 1ª Ed. – Santa Fé: Rubinzal, Culzoni, 2011.

LENZA, Pedro. **Teoria Geral da Ação civil pública.** 2.ed.São Paulo:RT, 2005.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos e Coletivos.** Revistas dos Tribunais, São Paulo, v 87, n 747, 71, jan, 1998.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de defesa do Consumidor.** 4ª edição. São Paulo: RT 2002

MARTINS-COSTA, Judith e PARGENDLER, Mariana Souza, **Usos e abusos da Função Punitiva (“Punitive Damages” e o Direito Brasileiro),** Revista da AJURIS / Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul – v. 32, n. 100. – Porto Alegre: AJURIS, 1974- ano de 2005.

MATTEI, Ugo, **La parte generale Del Diritto Civile,** t. 2, II diritto soggettivo

MAYO, Jorge A. e CROVI, Luis Daniel, **Penas civiles y daños punitivos,** Revista de derecho de daños 2011-2: daño punitivo / dirigido por Jose Mosset Iturraspe y Ricardo Luis Lorenzetti – 1ª Ed. – Santa Fé: Rubinzal, Culzoni, 2011.

MAZZILLI, Hugo. **A defesa dos interesses difusos em juízos: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses.** São Paulo:Saraiva, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson, **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante** – 11 ed. Revisada, ampliada e atualizada até 17.02.2010. são Paulo, editora, RT, 2010. Rosa Maria de Andrade Nery.

NUNES, Rizzato. **As ações coletivas e as definições de direito difuso, coletivo e individual homogêneo. Processo civil coletivo.** Coord. Rodrigo Mazzei e Rita Nolasco. São Paulo: Quartier Latim, 2005.

Curso de direito do consumidor. São Paulo:Saraiva, 2004.

Revista de Direito Ambiental, ano 16, vol. 63, jul.-set./2011. Fundador: Antônio Herman V. Benjamin. Coordenadores eméritos: Antônio Herman V. Benjamin. Coordenação: Eladio Lecey e Sílvia Cappelli. **Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva – A efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial,** de Alexandre Amaral Gavronki, resenhado por Carla Maria Frantz de Vasconcelos Oliveira. p. 494.

Revista de Processo, ano 33, n. 164, out./2008, Diretor: Arruda Alvim. Coordenadora: Teresa Arruda Alvim Wambier. CARNIO COSTA, Daniel. **Execução no processo civil brasileiro.** Curitiba: Juruá, 2007 – resenha por Bruno Freire e Silva.

SACCO, Rodolfo, **Trattato di Diritto Civile**, Utet, Torino, 2001, p. 169, N° 23

VIGLIAR, José Marcelo Meneses. **Ação Civil Pública**. 5º Ed. São Paulo: Atlas, 2001.

WATANABE, Kasuo. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9ª ed. Rio de Janeiro. Forense, 2007.