

# Economic Analysis of Law Review

## Danos Sociais e *Punitive Damages*: Instrumentos Para a Correção da Seleção Adversa e do Risco Moral na Responsabilidade Civil

*Social Damages And Punitive Damages: Instruments For Correcting Adverse Selection And Moral Hazard Problems in Civil Liability*

Tomás Tenshin Sataka Bugarin<sup>1</sup>  
Universidade de Brasília

Maurício Soares Bugarin<sup>2</sup>  
Universidade de Brasília

### RESUMO

O presente artigo analisa duas categorias jurídicas atinentes à responsabilidade civil: os danos sociais e os *punitive damages*, sob a ótica da análise econômica do direito. De inestimável serventia à efetividade da responsabilidade civil – assim acautelando a paz social –, os institutos em comento promovem, sobremais, a correção da seleção adversa e do risco moral, conforme demonstraremos. Para tanto, inicia-se com a análise do dano social, por meio de um delineamento conceitual. Ressalta-se a sua inofuscável compatibilidade com o ordenamento jurídico, bem assim o seu préstimo à concretização da dignidade humana e proteção da segurança. Em seguida, volta-se à análise de um modelo de teoria da decisão de um produtor que pode exercer maior ou menor precaução em seu processo produtivo. Mostra-se que, na ausência de dano social e de *punitive damage*, o produtor tende a escolher um nível de precaução socialmente subótimo. Quando o dano social é instituído, o produtor opta pela maior precaução. No entanto, o instituto do dano social não consegue coibir atos deliberadamente abusivos quando há má-fé do produtor. Daí a necessidade dos *punitive damages*, investigados em seguida, tanto sob o paradigma estadunidense, quanto à luz do modelo jurídico brasileiro. Pontua-se, a distinção entre danos sociais e *punitive damages*, acentuando-se a necessidade da regulamentação dos *punitive damages* para que a responsabilidade civil possa exercer efetiva função preventivo-dissuasória. Com esse móvel, propõe-se um parágrafo a ser acrescentado ao artigo 944

### ABSTRACT

This article seeks to analyse two civil liability legal institutes, social and punitive damages, in the light of Law and Economics. Not onely useful to foster liability effectiveness – thereby protecting social welfare and peace –, we show that both institutes help correct adverse selection and moral hazard problems. We first define social damages and show that it is compatible with the Brazilian legal system and helps safeguarding human dignity and safety. In order to better understand the incentive effects of social damages we build a decision-theoretic model in which a producer may exert low or high precaution in his productive technology and show that the institute induces the producer to switch from a low-precaution to a high-precaution technology, maximizing social welfare. Therefore, social damages may play an important role of solving an adverse selection problem in production. Furthermore, the model shows that social damage is not sufficient to restrain illegal lucrative behavior of a premeditated abusive agent, a moral hazard problem. A premeditated abusive agent finds it optimal to take a social-welfare-reducing decision in expectation of profit. That is why punitive damages are required. To enable a comprehensive understanding of the mechanism, we undergo a comparative analysis of the American legal system and the Brazilian model. After pointing out the differences between social and punitive damages, we propose to add a paragraph to the Brazilian Civil Code in order to enable punitive damages convictions. Finally, a second decision-theoretic

<sup>1</sup> E-mail: : [tomas.bugarin@gmail.com](mailto:tomas.bugarin@gmail.com).

<sup>2</sup> E-mail: [bugarin.mauricio@gmail.com](mailto:bugarin.mauricio@gmail.com)

do Código Civil. Finalmente, uma análise econômica revela que o instituto de *punitive damage* tem o potencial de reprimir atos ilegais, tornando-os não-lucrativos para a firma malintencionada. Conclui-se que ambos os institutos – danos sociais e *punitive damages* – constituem instrumentos idôneos e complementares para assegurar a efetividade da responsabilidade civil e essenciais para a adequada tutela civil de bens jurídicos no contexto da sociedade de consumo de massa.

**Palavras-chave:** Danos sociais; *Punitive Damages*; Análise Econômica da Responsabilidade Civil; Seleção Adversa; Risco Moral.

**JEL:** K13, K42

model shows that the institute of punitive damages takes away the firm's profit expectation, thereby curbing the social-welfare-reducing abusive-behavior, thereby solving the moral hazard problem. We conclude that both social and punitive damages are complementary legal institutes that promote civil liability effectiveness, are compatible with Civil Law systems, and are essential for adequate protection of legal goods in today's mass consumption society.

**Keywords:** Social Damages; Punitive Damages; Economic Analysis of Civil Liability; Adverse Selection; Moral Hazard.

**R:** 07/07/15 **A:** 31/03/16 **P:** 30/06/16

## 1. Introdução

Como bem prelecionou Adam Smith (1843, p. 274) em seu clássico, *Wealth of Nations*: “*Consumption is the sole end and purpose of all production...*”. O avanço do capitalismo cumpriu bem este desiderato, consagrando, entre nós, a cognominada *mass consumption society*. É inofuscável o enraizamento cultural do fenômeno econômico-social formatador de uma sociedade de consumo de massa, a produzir importantes reflexos jurídicos.

Como consequência natural dessa intensificação das relações sociais, houve aumento significativo de ofensas não só a direitos individuais, mas principalmente a direitos titularizados por uma coletividade de pessoas. Por essa razão, sofreu profundas alterações o instituto da responsabilidade civil, cuja finalidade é justamente imputar a determinado sujeito a obrigação de indenizar a violação a um dever jurídico preexistente, de modo a submeter o seu patrimônio à força expropriatória do Estado, em prol do lesado, caso não haja espontânea reparação do dano.

A noção da responsabilidade é concebida como contrapartida a condutas malquistas, causadoras de distúrbio à ambiência harmônica de convívio intersubjetivo. O que se pretende por meio da responsabilidade civil, destarte, é criar um mecanismo para se exigir a recomposição do dano injustamente causado.

Um olhar cauteloso permite constatar o duplo escopo do instituto em comento: um individual – assegurar a restauração do patrimônio injustamente dilapidado –, e outro metaindividual – resguardar a pacífica convivência social, porquanto, nas palavras de Venosa (2012, p 1), “*Um prejuízo ou dano não reparado é um fator de inquietação social*”.

A questão, portanto, é saber em quais situações será possível exigir a reparação, imputando-se *responsabilidade* ao agente causador do dano. Para respondê-la, a doutrina erigiu quatro elementos dogmáticos a serem aferidos casuisticamente, para fins de aferição da responsabilidade civil: (i) a prática de uma *conduta* pelo agente; (ii) a ocorrência de um *dano* experimentado pela vítima; (iii) a existência de *relação de causalidade* entre a conduta e o dano; e (iv) a *culpa lato sensu*, a revestir a atuação do agente causador do dano (sendo este último elemento dispensado nas hipóteses de responsabilidade objetiva).

A evolução teórica acerca da responsabilidade civil centrou-se nesses quatro elementos, lapidados em seu conteúdo e, por vezes, alargados. O presente artigo abordará dois institutos correlatos ao segundo elemento – *dano* –, quais sejam, o *dano social* e os *punitive damages*.

A propósito, embora sejam antigas as reflexões relativas aos danos indenizáveis, tanto o dano social quanto o *punitive damages* foram reconhecidos apenas em estudos mais recentes.

Tradicionalmente, a academia se pautou em um fracionamento dicotômico do dano: *material x moral*. Essa doutrina revelou-se suficiente durante a era *pré-industrial*, na qual as relações intersubjetivas eram eminentemente individuais e personalizadas. Todavia, a contemporaneidade demandou o redimensionamento, para admitir como indenizáveis outros danos concernentes a direitos próprios das relações coletivas e dinamizadas da era pós-industrial, especialmente os direitos *transindividuais* ou mesmo individuais, porém *homogêneos*.

Para ilustrar uma dificuldade própria dos tempos atuais, basta imaginar um dano ao meio ambiente, uma propaganda enganosa, uma prática comercial abusiva ou a cartelização, condutas causadoras de danos a uma pluralidade (muitas vezes indeterminada) de pessoas.

O presente artigo buscará demonstrar, primeiramente, que a admissão de uma nova categoria de dano – o *dano social* –, não só é compatível com o ordenamento jurídico, mas, sobretudo, desejável como forma de evitar reiteradas violações a direitos, possuindo inestimável serventia protetiva à paz social. Secundariamente, tentar-se-á comprovar que atribuir à responsabilidade civil uma função punitiva é, no panorama atual, essencial para conferir a essa categoria do Direito Privado maior eficácia. Em suma, a presente reflexão terá por objeto dois institutos: (i) *dano social* e (ii) *punitive damages*.

Para tanto, inicia-se com a conceituação do *dano social*, a fim de delimitar o primeiro objeto do presente artigo. Apontam-se as justificativas para concluir pela sua feição eminentemente reparatória/compensatória e, conseqüentemente, a sua inserção, embora implícita, na disciplina conferida à responsabilidade civil pelo Código Civil. Em seguida, analisa-se, por meio de uma abordagem teórica, a tutela constitucional dos bens salvaguardados pela obrigação de se indenizar o dano social.

Avançando, lança-se mão do instrumental da economia da informação e dos incentivos para construir um modelo econômico que tem por objetivo melhor entender as decisões de uma firma quanto à sua estratégia produtiva, tanto na ausência de indenização por danos sociais, como em sua presença. Constrói-se, portanto, um modelo de teoria da decisão em que um produtor pode exercer maior ou menor precaução em seu processo produtivo. A precaução aumenta o bem-estar social agregado, mas lhe é custosa. O equilíbrio do modelo mostra, primeiramente, que na ausência de dano social o produtor tende a escolher um nível de precaução abaixo daquele socialmente ótimo. Quando o dano social é instituído, o produtor é induzido a optar pela maior precaução.

Passa-se, então ao estudo dos *punitive damages*, principiando com a desconstrução do dogma segundo o qual o Direito civil não pode exercer função punitiva. Firmada essa premissa, procede-se a uma análise do *punitive damages* na experiência estadunidense, delineando as condições para a sua aplicação. Desvela-se, após, a clara distinção entre essa categoria e o dano social.

Lapida-se a reflexão através do uso da análise econômica do Direito. No ponto, mostra-se que o instituto do dano social não é suficiente para coibir atos deliberadamente abusivos quando há má-fé do produtor. Nesse caso, o modelo de decisão revela que o instituto da prestação punitiva tem o potencial de reprimir tais atos ilegais, tornando-os não-lucrativos para a firma mal intencionada.

Compreendidos os benefícios decorrentes do *punitive damages*, sugere-se a inclusão de um parágrafo ao art. 944 do Código Civil, com o intuito de regulamentar essa responsabilização civil punitiva.

Por fim, apresentam-se as conclusões, com especial destaque à relevante função a ser desempenhada pelos danos sociais na atual sociedade de consumo de massa e aos proveitos que poderiam advir da regulamentação da prestação punitiva, sendo certo que ambos – *danos sociais* e *prestação punitiva* – se apresentam como importantes instrumentos de otimização da efetividade da tutela civil de bens jurídicos.

Os questionamentos abordados neste escrito, longe de superados, desvelam a importância da reflexão que será empreendida, a fim de aprimorar o sistema jurídico de países que adotaram o modelo do *civil law* e que, por essa razão, impescindem da intermediação legislativa (ao menos em tese). Análises como as que seguem poderão reforçar e orientar os parlamentos nacionais, para sensibilizá-los acerca da necessidade de sua atuação, bem assim motivar os órgãos judiciários a, dentro de sua esfera de liberdade exegética, conferir a melhor interpretação aos dispositivos legais, de modo a atualizar a letra da lei à realidade posta.

Em virtude da concisão própria do artigo, não foram abordadas questões processuais, a exemplo da legitimidade *ad causam* para o pleito ressarcitório de danos sociais ou *punitive damages*, bem como a destinação do respectivo *quantum* indenizatório. Assim, a análise se limitou às matérias estritamente de ordem de direito material, acompanhadas das respectivas análises econômicas.

## 2. Dos Danos Sociais

### 2.1. Uma Proposta Conceitual

Enneccerus (*apud* Gonçalves, 2006, p. 545) forneceu-nos um conciso, porém irretocável, conceito de *dano*, enquanto gênero: “*toda desvantagem que experimentamos em nossos bens jurídicos (patrimônio, corpo, vida, saúde, honra, crédito, bem-estar, capacidade de aquisição etc.)*”.

O *dano social*, enquanto espécie, é igualmente uma lesão a um bem jurídico: a paz social. Quando uma conduta é capaz de hostilizá-lo, de modo a abalar a tranquilidade e a confiança da sociedade no regular comportamento de terceiros ou na esperada evolução de uma relação jurídica (que devem ser orientados pela boa-fé objetiva), estará caracterizado o dano social.

Significa dizer que na eventualidade de uma ação ou omissão ocasionar, no meio social, uma impressão juridicamente abaladora da segurança *lato sensu*, haverá um dano social.

Nessa senda, como bem advertiu Junqueira de Azevedo:

...a responsabilidade civil deve impor indenização por danos individuais e **por danos sociais**. Os danos individuais são os patrimoniais, avaliáveis em dinheiro – danos emergentes e lucros cessantes –, e os morais – caracterizados por exclusão e arbitrados como compensação para a dor, para lesões de direito de personalidade e para danos patrimoniais de quantificação precisa impossível. Os danos sociais, por sua vez, são lesões à sociedade, no seu nível de vida, tanto por rebaixamento de seu patrimônio moral – principalmente a respeito da segurança – quanto por diminuição de sua qualidade de vida. (2004, p. 216 – negrito original)

Um exemplo auxiliará na compreensão: suponha que uma grande empresa procede à inscrição indevida do nome de seu cliente nos cadastros de proteção ao crédito. Por esse motivo, o cliente não obtém empréstimo necessário para quitar um débito, o que gera a incidência de multa moratória e juros. Ao lado desse *dano emergente*, a anotação irregular maculou sua honra objetiva, pois ele se torna publicamente conhecido como “mau pagador”. Neste caso, estará presente o dano material e o dano moral. Imagine, ainda, que no curso do processo judicial movido pela vítima se comprove que a empresa tem por hábito inscrever indevidamente o nome de pessoas nos sistemas de restrição ao crédito, em pequenos valores, seja com má-fé (dolo – pretensão de obter indevida vantagem econômica) ou mesmo em razão da ineficiência de gerenciamento (culpa). Imagine, ainda, que estes lesados comumente pagam o montante, sem recorrer à justiça, em virtude da baixa quantia necessária para “limpar” o nome e da dificuldade, morosidade e onerosidade de se levar o caso ao Judiciário. Nesta hipótese, estaria configurado, ao lado dos sobreditos danos material e moral, o dano social, pois toda a sociedade está exposta a essa prática ilícita deterioradora da confiança de todos em relação às empresas e aos cadastros de proteção ao crédito. Por certo, a prática ilícita violenta a tranquilidade social e a segurança jurídica.

Da narrativa é possível extrair que o dano social, embora figure como lesão extrapatrimonial, não se confunde com o dano moral, pois não resulta da ofensa a um direito da personalidade individualmente titularizado. Cuida-se, em verdade, da violação a um bem jurídico de titularidade metaindividual e incindível, qual seja, a segurança jurídica, a paz e tranquilidade social, o bem-estar coletivo (que pode ora se apresentar como direito difuso, ora como direito coletivo *strictu sensu*). Acrescente-se a isto que o dano social é apurável com maior objetividade que o dano moral, porquanto aquele, diferentemente deste, independe de uma dor íntima, abalo psicológico, frustração grave, exigindo tão somente a deterioração do bem-estar da sociedade, considerada como um todo<sup>3</sup>.

Sinteticamente, podemos conceituar o *dano social* como a lesão à paz social, à segurança ou à tranquilidade, enquanto interesse transindividual e incindível, titularizado por toda a sociedade ou por uma coletividade determinável ou determinada de pessoas, de modo a ora se apresentar como um direito difuso, ora como um direito coletivo em sentido estrito.

Disso resulta patente o caráter reparatório/compensatório da indenização. Não se busca *punir* o agente causador do dano, senão reflexamente. Pretende-se, isto sim, tornar a sociedade *indemne*, o que somente ocorrerá com a *restitutio in integrum*.

Assinale-se que, acolhida a conceituação proposta, por extensão lógica estaremos jungidos à conclusão de que os danos sociais se inserem na previsão do art. 944 do Código Civil (“A indenização mede-se pela extensão do dano”). Afinal, se há um dano, ele não pode quedar irressarcido; mais ainda, não é admissível conceber uma injusta lesão a direito juridicizado que esteja imune à sindicância jurisdicional.

A bem ver, tal ilação é extraída diretamente do princípio da reparação integral, contido no art. 6º, VI, do CDC (“São direitos básicos do consumidor: [...] a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”), preceptivo aplicável à grande maioria dos casos de danos sociais nas relações próprias da *mass consumption society*.

<sup>3</sup> Tal ilação revela a inaplicabilidade, no que tange aos danos sociais, do entendimento consagrado pela 1ª Turma do STJ, que resiste à aceitação de danos morais coletivos (REsp 971.844 e AgRg no REsp 1305977 – *supra*). Isso porque o dano social tem como característica a indeterminação do sujeito passivo e a indivisibilidade da ofensa. Inclusive, permite concluir pela possibilidade de veicular-se o pedido de indenização por danos sociais em ação civil pública, conforme se verá adiante.

Mesmo para as relações que não sejam consumeristas, a *restitutio in integrum* se impõe como decorrência da aplicação direta da Carta Constitucional, conquanto elenca, como fundamento da República Federativa, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e estatui a segurança como direito fundamental (art. 5º, *caput*), bem assim do já mencionado art. 944 do Código Civil, posto que a indenização deve corresponder ao dano experimentado pela vítima, inserindo-se aí o dano social.

Insta acentar que, se a própria Constituição da República consigna a fundamentalidade do direito à segurança (art. 5º, *caput*) e elenca como sustentáculo republicano a dignidade da pessoa humana, não há dúvida de que a interpretação de todo o ordenamento jurídico, no qual se insere o Diploma civilista, deve ser inspirado em tais ditames superiores, e aplicado de acordo.

De mais a mais, o Direito Civil passa, atualmente, por uma *repersonalização*, cuja centralidade passa a ser ocupada pela pessoa e sua dignidade, como bem acentuam Rodolfo Pamplona Filho e Luiz Carlos Vilas Boas (2015, pp. 5 a 9). Dessa feita, qualquer ato que viole seus direitos de personalidade passa a ser alvo da responsabilidade civil.

Acrescente-se que a *Magna Carta* também prevê o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV). Desse modo, o Poder Judiciário está constitucionalmente imbuído do exercício da função de tutela de direitos violados, ou seja, está investido do poder-dever de afastar lesões efetivas ou potenciais, quando provocado para tanto. É insensato crer que o dano social estaria à margem de sua cognição e sindicância.

Não é outro o escólio do Professor Junqueira de Azevedo:

O art. 944 no Código Civil, ao limitar a indenização à extensão do dano, não impede que o juiz fixe, além das indenizações pelo dano patrimonial e pelo dano moral, também – esse é o ponto – também uma indenização pelo **dano social**. A ‘pena’ – agora, entre aspas, porque no fundo, é reposição à sociedade –, visa restaurar o nível social de tranquilidade diminuída pelo ato ilícito (2004, p. 215, negrito original).

A bem da verdade, ao não se admitir o dano social, acaba-se por negar a própria existência de condutas violadoras da confiança de modo difuso, deteriorando a qualidade de vida do corpo social, que passa a desconfiar das instituições, desacreditar que as pessoas adotarão as cautelas necessárias no proceder e duvidar da boa-fé alheia. Ou pior, contesta-se que a segurança, de forma ampla, constitua bem jurídico tutelado pelo ordenamento e, conseqüentemente, passível de violação.

Dessa sorte, não há causar perplexidade a dedução de que, havendo ato ilícito violador da segurança (e, indiretamente, da dignidade da pessoa humana), o ordenamento deve oferecer algum instrumento reativo que reequilibre a situação jurídica do(s) lesado(s). A responsabilidade civil, por sem dúvidas, se afigura como instituto idôneo a alcançar este fim.

Daí afirmar ser o dano social expressão da função reparatória e, indiretamente, preventiva/dissuasória da responsabilidade civil. Não consubstancia, *a priori*, a função punitiva da responsabilidade civil.

Portanto, com o devido respeito, não concordamos com a posição adotada pelo STJ no julgamento da Reclamação 12.062, sob relatoria do Ministro Raúl Araújo (2014, p. 3), reatificada na decisão monocrática do Ministro Luis Felipe Salomão (2014, p. 13) na Reclamação 13.200, na parte em

que afirma que "*a referida condenação em danos sociais, 'data venia', não parece encontrar respaldo nos artigos 186, 187, 404, parágrafo único e 927 do Código Civil*".

A leitura dos dispositivos legais supracitados, conjugada com a dicção do art. 944, *caput*, do Código Civil, conduz à intelecção de que os danos sociais estão albergados pelo ordenamento jurídico.

## 2.2. Do Abrigo Constitucional dos Bens Jurídicos Que, Violados, Produzem Danos Sociais

Convém ressaltar, desde logo, a compatibilidade existente entre o instituto dos danos sociais e a Carta Política de 1988. Como é cediço, a Lei Maior conferiu à *segurança* estatura de direito fundamental, inscrita que está no *caput* de seu art. 5º.

Diante da máxima efetividade a se emprestar às normas constituidoras de direitos e garantias fundamentais (art. 5º, §§ 1º e 2º), é indubitável merecer interpretação ampliativa o termo "segurança", a abrigar a segurança *jurídica*, protetora da tranquilidade, da previsibilidade e das legítimas expectativas.

Oportuno ressaltar que o neoconstitucionalismo pós-positivista robustece a tese ora defendida. Afinal, contempla a Constituição não só como norma hierarquicamente superior, mas, sobretudo, merecedora de suprema estima axiológica. Os valores nela contemplados devem ser realizados na maior medida possível e permear todo o ordenamento jurídico. Reconhece-se aos princípios, inclusive à segurança, força normativa máxima.

Paralelamente, a atual quadra jurídico-constitucional afasta qualquer dúvida quanto à necessidade de se prover adequada tutela a bens transindividuais. Não é demais recordar a pletora de direitos difusos (v.g. o direito ao equilíbrio ecológico do meio ambiente, a probidade administrativa etc.) e coletivos (v.g. a gratificação natalina assegurada aos segurados da previdência social, vários direitos trabalhistas, tal como a greve etc.) contemplados pela Constituição Cidadã, a conduzir à insofismável conclusão de que o ordenamento jurídico deve fornecer, também para a segurança, instrumento de salvaguarda apropriado.

Se não bastasse, o resguardo da paz materializa o princípio da dignidade da pessoa humana, enunciado como fundamento da República brasileira (art. 1º, CF). Nítida é a indignidade de uma vida desprovida de tranquilidade, de confiança recíproca, da legítima expectativa de boa-fé na atuação de terceiros.

Resulta dessas considerações o amparo constitucional do *dano social*, na medida em que concretiza escolhas políticas fundamentais: a preservação da segurança *lato sensu* e a dignidade da pessoa humana.

Formuladas as observações necessárias à adequação técnico-jurídica dos danos sociais à luz do Direito positivo brasileiro, passa-se a uma análise da conveniência pragmática de sua aceitação, por meio do instrumentário da *análise econômica do direito*.

## 3. Análise Econômica Dos Danos Sociais

### 3.1. Danos Sociais e a Seleção do Nível Ótimo de Precaução

Nesta seção lançamos mão da Economia da Informação e dos Incentivos para melhor entender os incentivos com os quais se defronta uma firma<sup>4</sup> no momento de decidir o nível de precaução a ser usado em seu processo produtivo, presente ou ausente o dano social.

### 3.1.1. As Primitivas do Modelo

Considere uma firma produzindo um bem que, na ausência de defeitos, gera uma benefício a um consumidor típico medido, em termos de utilidades, por  $U$ .

A tecnologia de produção a ser escolhida pela firma ditará a probabilidade de um defeito ocorrer. Por simplicidade, existem apenas dois níveis de precaução no processo produtivo, *alto* ( $a$ ) e *baixo* ( $b$ ). O processo que usa o nível *alto* de precaução implica custo  $c_a$  por unidade de bem produzido. Já o processo que usa o nível *baixo* de precaução implica custo  $c_b$  por unidade de bem produzido. Evidentemente, é mais custoso produzir com elevado nível de precaução; ademais, para que possa existir mercado é necessário que o custo de produção seja inferior ao benefício gerado pelo bem ao consumidor, de forma que postulamos a relação entre os custos unitários a seguir.

$$U > c_a > c_b \quad (1)$$

O nível de precaução afeta diretamente a probabilidade do produto vir a ser defeituoso. O objeto defeituoso, no lugar de gerar a utilidade (positiva)  $U$  para o consumidor, lhe gera uma desutilidade  $-A$ ,  $A > 0$ . A probabilidade do defeito quando a firma adota alto nível de precaução é  $\pi_a$ , enquanto essa probabilidade é  $\pi_b$  quando adota o baixo nível de precaução. Como decorrência lógica, postulamos que:

$$0 < \pi_a < \pi_b < 1 \quad (2)$$

Por essa razão dizemos que um bem produzido com a tecnologia de alta precaução é um bem de elevada qualidade, enquanto um bem produzido com a tecnologia de baixa precaução é um bem de pior qualidade. Assim, chamaremos  $t = a, b$  indistintamente de “nível de precaução na produção do produto” ou de “qualidade do produto”<sup>5</sup>.

Note que o custo de oportunidade total esperado para um consumidor que adquire um bem de qualidade  $t = a, b$  é dado por  $\pi_t(U + A)$ ,  $t = a, b$ , pois, além de não desfrutar da utilidade  $U$ , presente o defeito, o consumidor também amarga o custo adicional  $A$ .

Finalmente, supomos que o total dos custos envolvidos tanto na produção como no consumo do produto, incluindo-se o custo de oportunidade do defeito, é menor quando se usa a maior precaução, ou seja:

$$\pi_a(U + A) + c_a < \pi_b(U + A) + c_b < U \quad (3)$$

<sup>4</sup> Nesta seção utilizamos a terminologia própria da ciência econômica em que *firma* representa o agente produtor. No âmbito jurídico, *firma* seria o empresário individual ou sociedade empresária que desenvolve a empresa (atividade econômica organizada para a produção e circulação de bens ou serviços, no qual estão articulados quatro fatores de produção: mão de obra, capital, insumos e tecnologia).

<sup>5</sup> O termo “nível de precaução” é mais comumente usado na literatura de Direito e Economia enquanto a locução “qualidade do produto” é mais comumente utilizada na literatura de Economia da Informação e dos Incentivos. EALR, V. 7, nº 1, p. 88-117, Jan-Jun, 2016



A condição acima garante, em primeiro lugar, que se torne desejável do ponto de vista do bem-estar social produzir o bem  $e$ , em segundo lugar, que seja eficiente fazê-lo usando a tecnologia que envolve alto nível de precaução, apesar dessa tecnologia ser mais cara<sup>6</sup>.

No que se segue discutiremos a decisão da firma e seu efeito sobre o bem-estar social considerando diferentes possíveis configurações da informação, da relação entre a firma e o consumidor, e do ambiente legal de proteção ao consumidor. Por simplicidade, supomos no decorrer desta análise que a firma é monopolista, de forma que tem poder de escolher o preço de seu produto no mercado. Em todas as situações estudadas a seguir as primitivas do modelo aqui descritas são preservadas; por essa razão, nos enunciados das proposições nos referiremos simplesmente ao “mercado descrito em 4.1.1”.

### 3.1.2. Informação Completa e Ausência de Reparo Pelo Defeito

Suponha, em primeiro lugar, para efeito de comparação futura, que o consumidor possa observar exatamente qual foi a tecnologia usada no processo produtivo. Ademais, suponha que a lei não preveja qualquer tipo de compensação ao consumidor em caso de falha no produto.

Nessa situação, o consumidor internalizará o custo esperado do defeito e considerará sua utilidade esperada da aquisição do produto como sendo:

$(1 - \pi_a)U - \pi_a A = U - \pi_a(U + A)$  caso, tenha sido usada a tecnologia de alta precaução na produção  $e$ ,

$(1 - \pi_b)U - \pi_b A = U - \pi_b(U + A)$  caso, tenha sido usada a tecnologia de baixa precaução na produção.

Portanto, o valor máximo que o consumidor estará disposto a pagar pelo bem será:

$p_a = U - \pi_a(U + A)$  no caso do produto de alta qualidade  $e$ ,

$p_b = U - \pi_b(U + A)$  no caso do produto de baixa qualidade.

Neste cenário, o lucro obtido pela firma ao cobrar o preço  $p_t, t = a, b$  será:

$l_a = p_a - c_a = U - \pi_a(U + A) - c_a$  se escolher produzir o bem de alta qualidade  $e$ ,

$l_b = p_b - c_b = U - \pi_b(U + A) - c_b$  se escolher produzir o bem de baixa qualidade.

Note agora que, pela condição (3),  $l_a > l_b$ .

Destarte, no caso de informação completa, a firma escolherá produzir o bem de elevada qualidade, que é a decisão ótima do ponto de vista social. Trata-se de resultado esperado na Economia da Informação e dos Incentivos em que as fontes de ineficiência se devem à informação assimétrica; havendo informação completa, chega-se a um resultado eficiente<sup>7</sup>.

Vale notar que, neste caso, o consumidor internaliza o custo esperado do defeito, reduzindo assim sua disponibilidade a pagar pelo bem, sendo a redução maior se a tecnologia de baixa precaução for usada.

A proposição a seguir sumariza o resultado encontrado.

<sup>6</sup> Vale notar que se a tecnologia de alta precaução for demasiadamente cara, poderia ser ótimo produzir o bem de baixa qualidade. Isso ocorreria se, no lugar da condição (3), valesse, por exemplo, a condição:  $\pi_b(U + A) + c_b < \pi_a(U + A) + c_a < U$

<sup>7</sup> Veja, a esse respeito, Laffont e Martimort (2002).

**Proposição 1.** *Considere o mercado descrito em 4.1.1 e suponha que os consumidores consigam observar perfeitamente a decisão da firma quanto ao nível de precaução usado em seu processo produtivo. Suponha ainda que não exista qualquer exigência legal de reparo dos danos associados aos produtos defeituosos.*

*Então a firma maximizará seu retorno usando a tecnologia socialmente ótima,  $a$ , que produz bens de elevada qualidade.*

### 3.1.3. Informação Completa e Exigência de Reparo Pelo Defeito

Note que o resultado anterior, na prática, independe da hipótese de ausência de reparo pelo defeito. De fato, suponha que exista previsão legal de reparo integral do defeito pela firma ao consumidor. Suponha ainda que não exista custo legal para se garantir o ressarcimento da perda. Então, o consumidor estará disposto a pagar pelo bem o valor máximo  $p = U$ , pois sabe que em caso de defeito receberá de volta esse valor bem como o ressarcimento do custo adicional  $A$ . Por outro lado, o custo esperado para a firma passa a ser, agora:

$\pi_a(U + A) + c_a$  se escolher produzir o bem de alta qualidade e,

$\pi_b(U + A) + c_b$  se escolher produzir o bem de baixa qualidade.

Mas, então, cobrando do consumidor o preço máximo  $U$ , seu lucro esperado continua sendo:

$l_a = p_a - \pi_a(U + A) - c_a = U - \pi_a(U + A) - c_a$  se optar por produzir o bem de alta qualidade e,

$l_b = p_b - \pi_b(U + A) - c_b = U - \pi_b(U + A) - c_b$  se optar pelo bem de baixa qualidade.

Novamente, tomará a mesma decisão eficiente de produzir o bem de alta qualidade, que lhe trará maior lucro, devido à condição (3).

Vale notar que neste caso o produtor internaliza o custo associado ao defeito. Como esse custo é maior no caso do uso da tecnologia de baixa precaução, a condição (3) garante a escolha da tecnologia socialmente ótima.

A proposição a seguir sumariza os resultados aqui encontrados.

**Proposição 2.** *Considere o mercado descrito em 4.1.1 e suponha que os consumidores consigam observar perfeitamente a decisão da firma quanto ao nível de precaução usado em seu processo produtivo. Suponha ainda que exista previsão legal de reparo integral do defeito pela firma ao consumidor e que não exista nenhum custo legal para se garantir o ressarcimento da perda.*

*Então a firma maximizará seu retorno usando a tecnologia socialmente ótima,  $a$ , que produz bens de elevada qualidade.*

A análise deste caso mostra que se a legislação proteger integralmente o consumidor e se não houver qualquer custo para recorrer à Justiça, então obter-se-á novamente o resultado eficiente em que o produtor escolhe o maior nível de precaução. O que acontece nos dois casos estudados é que um dos agentes envolvidos no processo arca com a integralidade dos custos associados ao defeito, seja ele o consumidor (no primeiro caso) ou o produtor (no segundo caso), de forma que esse agente internaliza totalmente os custos envolvidos nos dois processos produtivos, induzindo uma produção eficiente.

### 3.1.4. Informação Incompleta e Ausência de Reparo Pelo Defeito, Relacionamento Estático

Suponha agora que o consumidor não possa observar a verdadeira qualidade do bem antes de adquiri-lo. Naturalmente, o produtor poderá propagandear a qualidade do produto, com vistas a vendê-lo pelo maior preço  $p_a = U - \pi_a(U + A)$ . No entanto, como não há reparo em caso de defeito, e como o relacionamento entre o produtor e o consumidor é estático, ou seja, acontece uma única vez, mesmo que o consumidor acredite na alta qualidade do bem e esteja disposto a pagar o preço  $p_a$ , o produtor optará por produzir um bem de menor qualidade, que lhe renderá a mesma receita, mas que lhe imporá menor custo de produção. Todavia, prevendo essa estratégia do produtor, o consumidor somente estará disposto a pagar o preço mais baixo,  $p_b$ , antecipando a baixa qualidade do produto. Em equilíbrio, a firma produzirá um bem de baixa qualidade e o consumidor pagará o menor preço por ele.

O jogo aqui descrito, bem como seu equilíbrio, encontra-se explicitado em maiores detalhes no Apêndice deste trabalho. Trata-se do equilíbrio previsto para o mercado de carros usados no famoso artigo Akerlof (1970). Assim como naquele artigo, a informação assimétrica leva a um equilíbrio ineficiente, em que apenas produtos de baixa qualidade são transacionados<sup>8</sup>. O que acontece aqui é um problema típico de economia da informação, o “problema do carona”. Com efeito, o produtor vislumbra a possibilidade de “tomar carona” na boa-fé do consumidor, oferecendo-lhe um produto de alta qualidade mas produzindo um de baixa qualidade. Como o consumidor antecipa essa estratégia, chega-se ao equilíbrio ineficiente.<sup>9</sup>

A proposição a seguir sumariza o resultado encontrado nesta seção.

*Proposição 3. Considere o mercado descrito em 4.1.1 e suponha que os consumidores não consigam observar a decisão da firma quanto ao nível de precaução usado em seu processo produtivo, ou seja, há informação assimétrica quanto à qualidade do bem produzido. Suponha ainda que não exista qualquer exigência legal de reparo dos danos associados aos produtos defeituosos e que o relacionamento entre a firma e o consumidor seja estático, de forma que não há oportunidade de se construir um equilíbrio reputacional.*

*Então a firma maximizará seu retorno usando a tecnologia socialmente inferior, b, que produz bens de baixa qualidade.*

Note que, neste caso, fica evidenciada uma falha de mercado, devido à informação assimétrica e ao comportamento estratégico dos agentes. Surge, portanto, espaço potencial para a intervenção do Poder Público no sentido de se resolver a ineficiência<sup>10</sup>. Vejamos, na próxima seção, como a exigência

<sup>8</sup> No modelo de Akerlof os compradores de carros usados antecipam que um proprietário de carro usado de baixa qualidade tem interesse a afirmar que seu carro é de alta qualidade de forma a obter um melhor preço de venda e, portanto, não estão dispostos a pagar mais que o preço de um carro de baixa qualidade. Mas então os proprietários de carros de alta qualidade recusam-se a vender seus carros, restando apenas o mercado de “lemons”, carros de baixa qualidade.

<sup>9</sup> Embora este artigo tenha como foco as relações consumeristas, o modelo não se cinge a elas, tendo aplicabilidade em variegados casos, inclusive de relações puramente civis e empresarias. Acerca da aplicação do “modelo dos limões” a relações empresariais, confira a substancial reflexão de Gonçalves e Ribeiro (2015, pp. 152-191) em artigo intitulado “O ‘Modelo dos Limões’ aplicado ao contrato sob o regime jurídico de transferência de estabelecimento empresarial: uma análise econômica do Direito”.

<sup>10</sup> Aliás, a intervenção estatal já é percebida na atualidade, havendo diversas normas restritivas da autonomia privada. Esse fenômeno, denominado no meio jurídico de *dirigismo contratual*, é especialmente sentido nas disposições do Código de Defesa do Consumidor. O preceptivo inaugural do referido diploma normativo preceitua, *verbis*: “Art. 1º O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias” (itálico nosso), de modo que as previsões legais não constituem *normas dispositivas*, mas, ao contrário, estabelecem direitos e deveres *cogentes*.

legal do reparo ao defeito pode nos conduzir de volta a um equilíbrio eficiente.

### **3.1.5. Informação Incompleta e Exigência de Reparo Pelo Defeito, Relacionamento Estático**

Suponha ainda que o consumidor não possa observar a verdadeira qualidade do bem antes de adquiri-lo. Suponha, no entanto, que agora exista previsão legal de reparo integral do defeito pela firma ao consumidor. Suponha, por fim, que não exista custo legal para se garantir o ressarcimento da perda. Então a informação sobre a qualidade do produto se torna essencialmente irrelevante para o consumidor, uma vez que ele será devidamente indenizado em caso de defeito. Neste cenário o consumidor estará disposto a pagar o preço  $p = U$  pelo bem. Do ponto de vista da firma, este caso é idêntico àquele estudado em 4.1.3., em que a firma internaliza os custos associados ao defeito e opta pela tecnologia de produção  $a$ .

A proposição a seguir sumariza o resultado obtido neste caso.

*Proposição 4. Considere o mercado descrito em 4.1.1 e suponha que os consumidores não consigam observar a decisão da firma quanto ao nível de precaução usado em seu processo produtivo, ou seja, há informação assimétrica quanto à qualidade do bem produzido. Suponha ainda que exista previsão legal de reparo integral do defeito pela firma ao consumidor e que não exista nenhum custo legal para se garantir o ressarcimento da perda.*

*Então a firma maximizará seu retorno usando a tecnologia socialmente ótima,  $a$ , que produz bens de elevada qualidade.*

Temos, novamente, um equilíbrio eficiente em que o bem de alta qualidade é produzido, apesar da informação assimétrica quanto à qualidade do bem. Este resultado justifica o princípio da reparação integral e a sistemática da responsabilidade objetiva introduzidos em nosso Código de Defesa do Consumidor. Vale ressaltar, no entanto, que para que esse equilíbrio seja atingido, é necessária uma relação direta entre defeito e compensação, ou seja, há a condicionante de ausência de custo para se conseguir a indenização.

Quando, pelo contrário, há custos, judicial e outros, envolvidos na demanda pelo ressarcimento, então uma parcela dos consumidores preferirá não recorrer à Justiça. Isso acontecerá especialmente quando o preço original do produto,  $p$ , for baixo relativamente aos custos envolvidos na ação de reparação.

Veremos na próxima seção que, nesse último caso, é provável que se recaia no equilíbrio ineficiente.

### **3.1.6. Informação Incompleta, Exigência de Reparos, Mas Presença de Custos Para o Consumidor**

Considere novamente as hipóteses feitas em 4.1.5. de informação incompleta e exigência de reparo pelo defeito. Suponha, no entanto, que, devido aos custos processuais, apenas uma parcela  $\pi \in (0,1)$  dos consumidores que adquirirem produtos que se revelam defeituosos, realmente pleiteiem à Justiça a devida indenização.

Uma forma de se explicitar essa hipótese no modelo é supor que os consumidores são heterogêneos quanto ao custo individual de um processo por indenização. Essa heterogeneidade pode ocorrer por diferentes razões, tanto pecuniárias como psicológicas ou técnicas. Um consumidor, por exemplo,

pode ter um advogado na família, o que torna menos custoso para ele o processo. Outro pode morar em cidade do interior, o que eventualmente onera mais seu custo. Além disso, alguns consumidores podem detestar participar de processos judiciais, o que aumenta seus custos psicológicos, enquanto outros podem ter um senso agudo de justiça que os induz a litigar mesmo que os custos envolvidos sejam elevados.

Assim, podemos supor que um consumidor do tipo  $i$  sofra um custo  $c_i$  para instaurar um processo judicial. Então o consumidor comparará o benefício  $U + A$  com o custo  $c_i$  de levar adiante o processo judicial e, caso  $c_i > U + A$ , desistirá do processo. Do ponto de vista da firma,  $\pi$  corresponde ao percentual dos consumidores que adquiriram o bem para os quais  $c_i < U + A$ .

Dessa forma, ao decidir que qualidade de bem produzir, a firma comparará os seguintes lucros:

$l_a = p_a - \pi\pi_a(U + A) - c_a = U - \pi\pi_a(U + A) - c_a$  se escolher produzir o bem de alta qualidade e,

$l_b = p_b - \pi\pi_b(U + A) - c_b = U - \pi\pi_b(U + A) - c_b$  se escolher produzir o bem de baixa qualidade.

Note que, agora, o custo esperado do reparo diminuiu para firma, qualquer que seja a qualidade escolhida, uma vez que esse custo passa a ser multiplicado pelo fator  $\pi < 1$ . Quando  $\pi$  é pequeno, esse custo é consideravelmente reduzido.

Considere os dois valores limites para  $\pi$ .

Em um caso extremo,  $\pi = 1$ , todos os consumidores lesados requererão à Justiça a respectiva indenização. Esse caso é equivalente àquele estudado na seção anterior, de forma que a firma escolherá produzir eficientemente, ou seja, o bem de alta qualidade.

No outro extremo,  $\pi = 0$ , nenhum consumidor lesado litigará judicialmente. Observe que nesse último caso as expressões para o lucro da firma se reduzem a:

$l_a = p_a - c_a = U - c_a$  se escolher produzir o bem de alta qualidade e,

$l_b = p_b - c_b = U - c_b$  se escolher produzir o bem de baixa qualidade.

Como  $c_a > c_b$ , a firma escolherá produzir o bem de qualidade inferior.

Em geral, haverá um valor para  $\pi$ ,  $\pi_0 = \frac{c_a - c_b}{\pi_b - \pi_a} \frac{1}{U + A}$ , tal que:

Se  $\pi < \pi_0$ , então a firma produzirá o bem de qualidade inferior.

Se  $\pi > \pi_0$ , então a firma produzirá o bem de qualidade superior.

Se  $\pi = \pi_0$ , então a firma será indiferente entre produzir o bem de qualidade inferior ou superior.

Vale notar que, pela condição (3), temos, de fato,  $0 < \pi_0 < 1$ .

A proposição a seguir sumariza o resultado encontrado.

*Proposição 5. Considere o mercado descrito em 4.1.1 e suponha que os consumidores não consigam observar a decisão da firma quanto ao nível de precaução usado em seu processo produtivo, ou seja, há informação assimétrica quanto à qualidade do bem produzido. Suponha ainda que exista previsão legal de reparo integral do defeito pela firma ao consumidor, mas que exista custo para o consumidor garantir o ressarcimento da perda. Ademais, suponha que esse custo dependa de cada consumidor, sendo mais elevado para alguns e mais baixos para outros.*

*A presença de custos diferenciados fará com que apenas um percentual  $0 < \pi < 1$  dos con-*

*sumidores que adquirirem produtos defeituosos de fato exigirá na Justiça o ressarcimento de sua perda.*

Seja  $\pi_0 = \frac{c_a - c_b}{\pi_b - \pi_a} \frac{1}{U + A}$ . Então, a decisão da firma com relação à tecnologia de produção a ser empregada no processo produtivo dependerá da relação entre os parâmetros  $\pi$  e  $\pi_0$ , conforme descrito a seguir.

*Se  $\pi < \pi_0$ , então a firma produzirá o bem de qualidade inferior.*

*Se  $\pi > \pi_0$ , então a firma produzirá o bem de qualidade superior.*

*Se  $\pi = \pi_0$ , então a firma será indiferente entre produzir o bem de qualidade inferior ou superior.*

Em conclusão, a simples exigência de ressarcimento do prejuízo causado pelo defeito não é suficiente para garantir a produção de bens de elevada qualidade quando consideramos a situação mais realista em que existe custo para o consumidor, associado ao processo judicial em que se reivindica a justa indenização.

O que acontece no caso em que  $\pi < \pi_0$  é que a firma, prevendo que muitos dos consumidores lesados não irão às últimas consequências para reaver na justiça seus prejuízos, optará por produzir um bem de menor qualidade, mesmo sabendo que pagará a indenização àqueles que realmente fizerem uso do sistema judicial. A firma, de fato, aposta no reduzido número de processos judiciais que se materializarão na prática.

Vale ressaltar aqui que quanto mais ineficiente for o sistema judicial em um país, ou seja, mais caro for recorrer à Justiça, mais provável se torna o equilíbrio socialmente inferior, pois menos consumidores escolherão recorrer ao Judiciário para ressarcimento de seus prejuízos, de forma que menor será o valor do parâmetro  $\pi$ . Temos aqui um claro exemplo de como uma Justiça cara pode contribuir para a manutenção de um equilíbrio econômico ineficiente.

Conforme veremos na próxima seção, o instituto do dano social se apresenta como um instrumento poderoso no sentido de resolver o problema da produção ineficiente de bens de baixa qualidade, ao alinhar os incentivos da firma com a maximização do bem estar social.

### **3.1.7. Os Efeitos de Bem-Estar Social do Instituto do Dano Social**

Suponha agora que nos encontremos na situação anterior de informação assimétrica quanto à qualidade do produto, com previsão legal de reparo dos prejuízos causados pelo defeito, mas com custos diferenciados entre os consumidores para obter na justiça o ressarcimento do prejuízo, de forma que apenas um percentual  $\pi$  dos consumidores que comprarem produtos defeituosos realmente solicitarão indenização à Justiça. Suponha ainda que a condição abaixo seja satisfeita.

$$\pi < \pi_0 = \frac{c_a - c_b}{\pi_b - \pi_a} \frac{1}{U + A} \quad (4)$$

Suponha, agora, que ao julgar um pedido de ressarcimento de prejuízos por defeito, o Juiz analise não apenas a situação sofrida pelo consumidor em questão, mas avalie o potencial de prejuízos causados à sociedade como um todo, conforme discutido na análise do dano social. Então o Juiz determinará ao produtor o pagamento do valor equivalente não somente a  $U + A$ , que corresponde à compensação exclusiva do consumidor que recorreu à Justiça, mas de um montante adicional  $ds$ , como reparo ao dano social causado. O montante adicional será encaminhado ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos.

Neste cenário os lucros esperados respectivos da firma passam a ser:

$$l_a = U - \pi_a \pi [(U + A) + ds] - c_a \text{ se escolher produzir o bem de alta qualidade e,}$$

$$l_b = U - \pi_b \pi [(U + A) + ds] - c_b \text{ se escolher produzir o bem de baixa qualidade.}$$

Comparemos as expressões acima para melhor entender o efeito da existência de dano social.

Por um lado, vimos na seção anterior que, como  $\pi < \pi_0 = \frac{c_a - c_b}{\pi_b - \pi_a} \frac{1}{U + A}$ , então,

$$U - \pi \pi_a (U + A) - c_a < U - \pi \pi_b (U + A) - c_b$$

Portanto, a firma escolheria a tecnologia de baixa precaução em ausência de dano social, conforme visto anteriormente. No entanto, a introdução de dano social aumenta o custo para a firma quando um processo judicial é iniciado. Esse encargo adicional tem o efeito de compensar a redução no custo trazida pelo parâmetro  $\pi$ . De fato, é imediato verificar que se a condição (5) a seguir for satisfeita, então a presença do dano social fará com que a firma escolha a tecnologia de alta precaução.

$$ds > \frac{\pi_0 - \pi}{\pi} [U + A] \quad (5)$$

Destarte, a presente análise mostra que, ainda que o objetivo do instituto do *dano social* seja a compensação por um dano efetivamente causado à segurança, ao bem-estar coletivo, à confiança social, sua implantação tem o potencial, de fato, de reduzir a ocorrência dessas lesões ao bem-estar social, uma vez que estimula os agentes causadores dos danos a adotarem medidas que minimizem sua ocorrência, em face das elevadas compensações que terão lugar caso eles se realizem. Na linguagem do modelo aqui apresentado, o maior benefício social associado a esse instituto é a redução da probabilidade de ocorrência de defeitos de  $\pi_b$  para  $\pi_a$  devido ao uso da tecnologia de alta precaução  $a$ , reduzindo, portanto, o dano social inerente a esse mercado.

A proposição a seguir sumariza o resultado encontrado nesta seção, enquanto a tabela que a sucede apresenta de forma resumida todos os resultados encontrados até o momento.

*Proposição 6. Considere o mercado descrito em 4.1.1 e suponha que os consumidores não consigam observar a decisão da firma quanto ao nível de precaução usado em seu processo produtivo, ou seja, há informação assimétrica quanto à qualidade do bem produzido. Suponha ainda que exista previsão legal de reparo integral do defeito pela firma ao consumidor, mas que exista custo para o consumidor garantir o ressarcimento da perda. Ademais, suponha que esse custo dependa de cada consumidor, sendo mais elevado para alguns e mais baixos para outros, de forma que apenas um percentual  $0 < \pi < 1$  dos consumidores que adquirirem produtos defeituosos de fato exigirá na Justiça o ressarcimento de sua perda.*

*Considere, ademais, que, caso um consumidor exija na Justiça o ressarcimento de seu prejuízo, o magistrado, ao julgar o caso, exigirá da firma o pagamento adicional do montante  $ds$  como forma de ressarcir a sociedade pelo dano social causado.*

*Suponha finalmente que as condições (4) e (5) abaixo replicadas sejam satisfeitas.*

$$\pi < \pi_0 = \frac{c_a - c_b}{\pi_b - \pi_a} \frac{1}{U + A} \quad (4)$$

$$ds > \frac{\pi_0 - \pi}{\pi} [U + A] \quad (5)$$

*Então a presença do instituto do dano social fará com que a firma adote a tecnologia de alta precaução em seu processo produtivo, maximizando assim o bem-estar social.*

Vale notar que, na Tabela 1, apenas as duas últimas linhas correspondem à situações plausíveis no mundo real e no estágio de desenvolvimento institucional de nosso país. De fato, as duas primeiras linhas se referem à situação hipotética de informação completa. As 4 linhas seguintes adotam a premissa realista de informação assimétrica. No entanto, a linha 3 prevê inexistência de exigência legal de reparo, o que não coaduna com nossa legislação atual. Já a linha 4, apesar de prever a exigência legal de reparo, postula a inexistência de custo para o consumidor requerer seu direito ao reparo. Portanto, apenas as linhas 5 e 6 correspondem a situações realistas e mostram o benefício potencial do instituto do dano social na indução de um equilíbrio econômico que maximiza o bem-estar social.

Tabela 1-Efeitos sobre o bem-estar social da informação assimétrica, da exigência legal de reparo a produtos defeituosos e do dano social

Informação	Exigência legal de reparo de bens defeituosos	Custo para obter reparo na Justiça	Dano social	Tecnologia de produção socialmente ótima?
Completa	Não	N/A	Não	Sim
Completa	Sim	Não	Não	Sim
Assimétrica	Não	N/A	Não	Não
Assimétrica	Sim	Não	Não	Sim
Assimétrica	Sim	Sim	Não	Não
Assimétrica	Sim	Sim	Sim	Sim

Fonte: Elaboração própria

A análise desenvolvida até o momento considera basicamente os trade-offs associados à escolha do produtor entre o uso de uma tecnologia geradora de maior bem-estar social, mas mais cara, e uma tecnologia mais barata mas de menor retorno social. Mostramos que o instituto do dano social tem o potencial de alinhar incentivos, fazendo com que o produtor escolha a tecnologia que gera maiores benefícios sociais.

O resultado obtido parte do pressuposto de modelagem segundo o qual há boa-fé por parte da empresa, ou seja, a empresa quer produzir e permanecer no mercado, renovando sua relação com o consumidor, ficando, como única fonte de possível desalinhamento entre produtor e consumidores a qualidade final do bem produzido, que pode ser maior ou menor. No entanto, podem existir situações nas quais há real má-fé da firma produtora, em cujo caso o instituto do dano social poderá vir a ser insuficiente para controlar o comportamento abusivo da firma.

A rigor, quando se verificar a insuficiência do mero ressarcimento para fins de dissuasão do agente à prática do ato ilícito, poderemos concluir que a tutela civil do bem jurídico não foi adequada.

Nesta perspectiva, assume grande relevância o papel punitivo da responsabilidade civil, fundamento dos *punitive damages*, objeto de estudo da seção seguinte.

## 4. Da Prestação Punitiva

### 4.1. Prestação Suplementar Punitiva: Justificativa Terminológica



Optamos por traduzir *punitive damages* para “prestação suplementar punitiva”. Não nos parece correto falar em *danos punitivos*, tradução rígida e literal de *punitive damages*, conquanto não são os danos, os quais podem mesmo inexistir ou serem diminutos, que serão punitivos. *Dano* é fato-causa; *indenização*, obrigação-consequência. Reconhecidos os danos, surge o dever de reparação. Somente faria sentido falarmos em *dano punitivo* se entendêssemos que se está a aplicar um dano ao infrator, a título punitivo. Todavia, não é este o caso, pois não há um dano (que denotaria uma atribuição vingativa dos *punitive damages*), mas obrigação pecuniária (em regra) imposta ao infrator, a fim de desestimular a recidiva. No ponto, fazemos coro à reflexão do Min. José Ramón Cossío Díaz:

... me parece fundamental no centrarnos en el aspecto vindicativo y generar elementos que objetivamente constituyan incentivos negativos para que se actúe con la diligencia debida. Lo que debe perseguir el juez no es la retaliación, sino un verdadero efecto inhibitor (voto no *amparo directo* 30/2013, p. 11).

Tampouco se nos afigura correta a expressão *indenização punitiva*, uma vez que a vítima já estará *indemne*. A função dos *punitive damages* não é ressarcir prejuízos, mas punir o infrator, obrigando-lhe a desembolsar quantia superior ao dano causado.

Note que nos EUA o termo *damages* é polissêmico, de modo a expressar tanto *loss* ou *harm* (dano) quanto *monetary compensation* (compensação pecuniária), o que não se dá no vernáculo brasileiro. Por isso, é aceitável o termo *punitive damages*, *exemplary damages* e *vindictive damages*, expressão consagrada pela doutrina estrangeira e pátria, embora, de qualquer modo, melhor seria o emprego de *punitive liability*, a nosso sentir. “*Liability*”, entendido como “*an obligation to do or to refrain from doing something; a duty which eventually must be performed; an obligation to pay money; signifies money owed, as opposed to an asset; also used to refer to one’s responsibility for his conduct...*” (Gifis, 2003, p. 295), melhor desvela o conteúdo, a finalidade e os fundamentos da obrigação pecuniária suplementar à indenização, a nosso sentir.

## 4.2.O Direito Civil Punitivo

Registre-se, de início, que é falacioso o argumento de que o Direito Civil não se ocupa da punição. Uma reflexão ponderada acerca da disciplina jurídica conferida a diversas categorias do Direito Civil permitirá concluir ser falaciosa a tese segundo a qual este ramo não cuida de *punições*.

Exemplificativamente, é uníssona a doutrina em afirmar a natureza de *pena civil* dos institutos da indignidade (arts. 1.814 a 1.818 do CC) e deserdação (1.961 a 1.965 do CC), no campo do direito sucessório; no direito das obrigações, o Diploma civilista é expresso ao caracterizar as sanções dos arts. 939 e 940 como *penas* (art. 941). Logo, evidentemente, a punição não constitui matéria reservada ao Direito Administrativo e Penal.

Mencione-se, em tempo, que invocar o Direito Penal para qualquer situação em que se precisasse aplicar punições implicaria excessos injustificados. Aliás, à luz do princípio da tipicidade dos crimes culposos, em muitos casos de culpa grave nem mesmo seria possível a condenação criminal do agente.

Sobremais, a dogmática moderna prestigia o princípio da intervenção mínima, apontando-o como norteador do Direito Penal. Assim sendo, de rigor admitirmos que outros ramos possam desempenhar função punitiva.

Somente faz sentido concebermos o Direito Criminal como *ultima ratio* se, apesar da incidência de outros ramos, se verifique a insuficiência da tutela ao bem jurídico da mais alta relevância; e somente haverá possibilidade de adequada tutela se atribuirmos a essas esferas jurídicas função pre-

ventiva, que muitas vezes só é alcançada punindo-se o infrator.

Note que caso releguemos, com exclusividade, ao Direito Administrativo e ao Direito Penal a função punitiva, como defendem alguns, sempre que não se pudesse aplicar aquele ramo, haveria necessidade de invocar-se o Direito Criminal para punir aquele que agride um bem jurídico; à evidência, tal proceder suplanta qualquer significado atribuível ao princípio da subsidiariedade.

Todos esses argumentos se fortalecem diante da constatação de que o Direito é, deveras, uno, sendo sem sentido restringir a efetividade da tutela de bens jurídicos a um ou outro ramo.

Destarte, inexistente empecilho constitucional ou legal para que institutos do Direito Civil desempenhem função punitiva.

Nessa esteira, o Direito norte-americano consagrou, de longa data, um instituto próprio do Direito Privado que desempenha função eminentemente punitiva, a saber, o *punitive damages*.

### 4.3. A Experiência Norte-Americana: *Punitive Damages*

O *punitive damages*, também denominado *exemplary damages*, *vindictive damages* ou *smart money*, consiste na imposição da obrigação de pagar uma quantia superior ao efetivo dano causado, com a finalidade específica de punir o infrator, para dissuadi-lo a repetir a prática lesiva, e sinalizar à sociedade que não adirão quaisquer benefícios de condutas antijurídicas.

Nesse sentido, Jonathan Law e Elizabeth Martin (2009, p. 218) assim conceituam o instituto: “*Damages given to punish the defendant rather than (or as well as) to compensate the claimant for harm done*”.

A tradição do *common law* firmou entendimento segundo o qual somente devem ser admitidos *punitive damages* quando o agente atua com dolo ou culpa grave, devendo-se constatar, ainda, que uma indenização restrita ao valor dos “danos compensatórios” não desestimularia a conduta suficientemente.

A respeito, no caso *Exxon Valdez*<sup>11</sup>, o corpo de jurados de Anchorage, do District Court of Alaska nos Estados Unidos, foi instruído a conceder *punitive damages* apenas se provado que o réu havia obrado com malícia ou grave imprudência. A *malícia* equivaleria ao dolo, isto é, consciência e vontade de prejudicar terceiro; a *grave imprudência* consistiria na consciência de um risco sério de dano a outrem ou no conhecimento de informações que possibilitariam, ao homem médio, ter ciência de um perigo grave a que expunham terceiros.

Estas foram as orientações dadas aos jurados, *in litteram*:

Plaintiff has the burden of proving that punitive damages should be awarded by a preponderance of the evidence. You may award punitive damages only if you find defendant’s conduct:

(1) was malicious; or

(2) manifested reckless of callous disregard for the rights of others.

<sup>11</sup> A respeito, conferir: *The Supreme Court Sets New Punitive Damage Limits Under Federal Common Law* (Thomson & Scolnick, 2008), e *case briefing of Ap. n.º. 04-35182, filled before the United States Court Of Appeals For The Ninth Circuit* (disponível em: <http://www.faegeb.com/webfiles/20080924%20Pltf%20Brief.pdf>).

Conduct is malicious if it is accompanied by ill will, or spite, or if it is for the purpose of injuring another.

In order for a conduct to be in reckless or callous disregard of the rights of others, four factors must be present. First, a defendant must be subjectively conscious of a particular grave danger or risk of harm, and the danger or risk must be a foreseeable and probable effect of the conduct. Second, the particular danger or risk of which the defendant was subjectively conscious must in fact have eventuated. Third, a defendant must have disregarded the risk in deciding how to act. Fourth, a defendant's conduct in ignoring the danger or risk must have involved a gross deviation from the level of care which an ordinary person would use, having due regard to all circumstances<sup>12</sup>.

Dessarte, não se confundem os *punitive damages*, de aplicação restrita a casos graves e não condicionados ao dano efetivo, com os *compensatory damages*, amplamente admitidos e dependentes da prova de lesão.

A propósito, esclarecem Robert Cooter e Thomas Ulen (2007, p. 100): “... *compensatory damages are to be distinguished from punitive damages, which are money damages over and above compensatory damages assessed against the defendant. The purpose of punitive damages is to punish the defendant, not to compensate the plaintiff*”.

Não se pretenderá propor critérios de quantificação dos *punitive damages*, uma vez que o tema é controvertido até mesmo nos países que os aceitam<sup>13</sup>. Aliás, os supracitados autores criticam a inconsistência na aplicação do instituto, geradora de decisões conflitantes em relação ao *quantum indenizatório*, a que denominam *liability disparity*<sup>14</sup>.

Queremos, tão somente, colocar em evidência a aceitação, no Direito estrangeiro, de um instituto próprio da responsabilidade civil que possui função punitiva e visa à dissuasão do agente, tudo para que o Direito privado possa efetivamente repreender e prevenir práticas que violam a lei, causam danos a terceiros e trazem ínsita alta carga de abusividade, motivo pelo qual merecem especial reação jurídica.

Afinal, como bem pontuou Wertheimer (*apud* Diamond, 1997, pp. 8-9), “*It seems reasonable to want a punishment to ‘fit the crime’ and it seems reasonable to use that punishment that will maximize utility*”.

#### 4.4. Punitive Damages X Danos Sociais

Feita essa breve análise, deve-se enfatizar que os danos sociais não se confundem com os *punitive damages*.

<sup>12</sup> Phase I Jury Instructions No. 28, Clerk's Docket No. 5309.

<sup>13</sup> Cumpre-nos anotar, entretanto, que os critérios propostos pelo projeto de Código Civil argentino, posteriormente rejeitados, parecem constituir um bom ponto de partida. Seriam eles: (i) a gravidade da conduta sancionada; (ii) a sua repercussão social; (iii) os benefícios potenciais ou efetivamente auferidos; (iv) o efeito dissuasivo da medida; (v) o patrimônio do sancionado; e (vi) a possível aplicação de sanções penais ou administrativas. MITCHELL POLINSKY e STEVEN SHAVELL (1998, pp. 869-962) propõe outros critérios, ao lado dos já referidos, tal como a probabilidade de que o infrator deixe de ser responsabilizado pelo dano que causou (se houver alta chance de “fugir” à responsabilidade, os *punitive damages* devem ser altos, e vice-versa). Ademais, indicam requisitos adicionais já acolhidos por alguns Tribunais, tal como os *litigation costs*, a existência de outras ações privadas em curso etc.

<sup>14</sup> Vide Cooter & Ulen, 2007, Chapter 9, pp. 367-412.

Os *punitive damages* somente são cabíveis no caso de dolo ou culpa grave. Ademais, o seu arbitramento necessariamente superará o valor do dano, porquanto somente têm lugar quando os *compensatory damages* se revelarem insuficientes à realização da função preventiva da responsabilidade civil. No mais, ostentam função eminentemente punitiva, como bem indica a sua denominação.

Doutro lado, os danos sociais não se prestam a *apenas* o infrator da ordem jurídica, mas recompor um dano efetivamente causado à segurança, ao bem-estar coletivo, à confiança social, conforme se afirmou acima. Por essa razão, cingem-se à lesão efetivamente experimentada pelo corpo social.

Aliás, é justamente por não se confundirem *punitive damages* e *danos sociais* que estes, ao contrário daqueles, não devem ser restritos aos casos de *malicious intent* (dolo) e *reckless disregard* (culpa grave).

Tomemos um exemplo para aclarar o quanto exposto. Suponha que a ciência evolua e descubra, estreme de dúvidas, que o consumo de alimentos transgênicos causa doenças graves. Embora tal descoberta possa ensejar um distúrbio social generalizado, por ocasionar a quebra da confiança dos consumidores nas empresas que vendem tais produtos, não seria justo imputar a estes agentes econômicos a obrigação de indenizar a sociedade por *punitive damages*. A injustiça decorreria da ausência de culpa das empresas, aplicando-se *punição* em situações nas quais inexistente *culpabilidade*, ao lado do desincentivo que se criaria à inovação científica, a obstar a livre iniciativa. Todavia, seriam cabíveis, segundo abalizada doutrina, indenização por danos materiais e morais aos consumidores, com base na *teoria do risco do desenvolvimento*, sendo caso de responsabilidade objetiva<sup>15</sup>.

E quanto aos danos sociais? Temos que eles também serão cabíveis, conquanto, de fato, houve efetiva intranquilidade social, quebra de confiança, prejuízo sentido pela comunidade dos consumidores efetivos e potenciais. Em complemento, a lesão a tais bens se afiguraria como decorrência direta de uma conduta imputada aos fornecedores desses produtos perigosos, que tinham o dever de conhecer os riscos a que expunham os consumidores antes de colocar o seu produto no mercado. Note que a questão da culpa ou dolo do fornecedor nem entra em cena ao tratarmos da responsabilidade civil do fornecedor, eis que ela é objetiva (art. 12 do CDC), inclusive em relação aos danos sociais.

Passaremos, em seguida, à análise do instituto sob a ótica econômica, expondo os incentivos a serem considerados, bem assim as variáveis relevantes.

## 5. Punitive Damages e o Controle de Comportamento Ilícito

### 5.1. Um Exemplo Ilustrativo

Considere uma firma que deseja adquirir capital para investimento em projeto de alto risco. Para simplificar, suponha que ela deseja investir em valores mobiliários, tal como ações, altamente voláteis em curto espaço de tempo. Não dispondo de recurso para esse investimento, resolve oferecer pela internet um produto simples de se comprar e com preço bem abaixo da referência de mercado<sup>16</sup>. A

<sup>15</sup> Foi esta a conclusão a que se chegou na I Jornada de Direito Civil, aprovando-se o enunciado nº 43: “Art. 932: a responsabilidade civil pelo fato do produto, prevista no art. 931 do novo Código Civil, inclui os riscos do desenvolvimento”.

<sup>16</sup> Um exemplo poderia ser o produto de plástico que, acoplado ao celular, funciona como um autofalante. Esse produto estrangeiro, muito popular, tornou-se difícil de se encontrar no mercado brasileiro. EALR, V. 7, nº 1, p. 88-117, Jan-Jun, 2016

firma, de fato, não fabrica nem importa esse produto. Após recolher todos os pedidos com seus respectivos pagamentos, a firma investe a totalidade da receita na dita ação. Ignora as reclamações dos clientes até o (curto) prazo do investimento.

Terminado o prazo do investimento, uma de duas situações podem ocorrer.

Se o investimento rendeu elevado lucro, a firma consegue devolver aos clientes os valores pagos, alegando que, por razões alheias à sua vontade, não conseguiu importar o produto.

Caso contrário, a firma declara falência, devolvendo aos clientes (e outros credores) o reduzido recurso remanescente.

Note que nessa situação de má-fé, uma confluência de fatores torna o instituto do dano social um instrumento incapaz de controlar o abuso da firma. Em primeiro lugar, devido ao baixo valor cobrado pela firma, muitos consumidores não se darão ao trabalho de levar o caso à Justiça, simplesmente assumindo o prejuízo correspondente. Em segundo lugar, mesmo que o caso seja levado à Justiça, por se tratar de artigo barato e de uso acessório (como o exemplo do autofalante de plástico para celular), dificilmente um Juiz encontrará prejuízo acima do simples ressarcimento do valor pago (no modelo anterior:  $p$ , não havendo o adicional  $A$ ). Finalmente, mesmo que o Juiz adicione sua estimativa do dano social, como a firma não teve qualquer custo de produção, se ela tiver sucesso no seu investimento, muito provavelmente terá retorno bem maior que o total investido, o que permitirá não só o ressarcimento dos valores pagos pelos clientes, como também o pagamento do dano social arbitrado pelo juiz. Naturalmente, caso esteja falida, a empresa não poderá restituir esses valores aos consumidores nem pagar o dano social, ainda que condenada judicialmente.

Assim, dada a oportunidade de gerar receita com recurso alheio e obter lucro suficiente para cobrir todos os custos envolvidos no processo ilegítimo, a firma decidirá agir de má fé, oferecendo à sociedade um produto que não irá nem produzir nem comprar para revenda, mesmo em presença do instituto do dano social.

Este exemplo encontra-se modelado na próxima seção, que buscará desnudar a lógica sobre o qual se apoiou o Ministro da Suprema Corte de Justiça da Nação mexicana Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, ao afirmar:

... limitar el pago de los daños sufridos a su simple reparación, en algunos casos significaría aceptar que el responsable se enriqueciera a costa de su víctima. Lo anterior en tanto las conductas negligentes, en muchas situaciones, pretenden evitar los costos de cumplir con los deberes que exigen tanto la ley, como los deberes generales de conducta (voto no *Amparo Directo 30/2013*, p. 88).

## 5.2.O Modelo e o Seu Equilíbrio em Presença de Dano Social

Uma firma anuncia a venda de um produto que vale (gera utilidade)  $U$  reais para um consumidor típico. Existem  $N$  consumidores interessados no produto. O preço do produto,  $p$ , é muito menor que  $U$ , o preço de mercado desse produto.

Não havendo informação completa por parte dos consumidores a respeito da firma, e conhecendo a proteção da lei, os  $N$  consumidores decidem adquirir o produto. Nesta etapa do modelo é suposta certa ingenuidade por parte dos consumidores, que não antecipam a possibilidade da firma vir a falir, frustrando-lhes a devolução dos valores pagos. Ou, ainda, os consumidores estimam que a probabilidade de isso acontecer é muito baixa e, como o preço do produto é também muito baixo, conclu-

em que vale a pena efetuar a compra.

A firma recebe então o a receita total de  $Np$  reais que aplica no investimento que terá alto retorno  $R \gg 1$  com probabilidade  $\lambda$ , e baixo retorno  $r \ll 1$  com probabilidade  $1 - \lambda$ . A firma não entrega o produto aos clientes e ignora qualquer solicitação de devolução de valor pago enquanto não ser realize o retorno do investimento. Aqui supomos que a Justiça é lenta, de forma que o retorno do investimento é realizado antes de qualquer processo judicial ser concluído.

Supomos ainda que pelo menos um cliente litigará, de forma que o caso virá a ser julgado. Dada a existência de claro dano social, o Juiz estimará o valor de  $ds$  reais a ser depositado pela firma no Fundo de Defesa de Direitos Difusos de forma a compensar, além do litigante, a sociedade como um todo<sup>17</sup>. No entanto, antes de concluir o processo o Juiz deve considerar a capacidade financeira do infrator, de forma que não se espera que dano social seja extremamente elevado.

De forma a simplificar a análise, supomos que valem as desigualdades a seguir.

$$rNp < Np + ds < RNp \quad (6)$$

A primeira desigualdade acima é uma consequência direta da hipótese de que  $r < 1$ . Já a segunda desigualdade postula que o benefício do investimento da firma em caso de sucesso é maior que o montante necessário para devolver os recursos aos clientes e ainda cobrir o dano social imputado pelo Juiz.

Assim, duas situações podem ocorrer.

Caso o investimento tenha fracassado, a firma, em estado de falência, disporá de apenas  $rNp < Np$  reais, que serão canalizados pelo Juiz para compensação dos clientes. Nesse caso a firma ficará com retorno líquido 0 e a sociedade será apenas parcialmente ressarcida.

Caso o investimento tenha obtido sucesso, a firma disporá de  $RNp > Np + ds$  reais, dos quais  $Np + ds$  reais serão usados para compensação dos clientes bem como para pagamento do dano social imputado pelo Juiz. Nesse caso o retorno líquido da firma será  $RNp - (Np + ds) > 0$  pela condição (6), e a sociedade será integralmente ressarcida de seu prejuízo.

Note que o valor esperado *ex-ante* do procedimento desonesto para a firma é:

$$\lambda[RNp - (Np + ds)] + (1 - \lambda)0 = \lambda[RNp - (Np + ds)] > 0$$

Vale discutir a expressão acima. A firma obtém sucesso no investimento ilícito com probabilidade  $\lambda$ , em cujo caso, recebe  $RNp$  mas deverá pagar o valor  $Np + ds$  que inclui o ressarcimento aos consumidores mais o pagamento do dano social. A diferença entre esses dois valores é positiva pela condição (6). Por outro lado, a firma fracassa com probabilidade  $1 - \lambda$ , em cujo caso toda sua receita remanescente é confiscada, ficando a firma com lucro 0.

Portanto, a firma terá incentivo a implantar esse procedimento enganoso. Quanto à sociedade, seu retorno líquido esperado *ex-ante*, será:

$$\lambda[Np + ds] + (1 - \lambda)[rNp - ds] - Np = -(1 - \lambda)[(1 - r)Np] - (1 - 2\lambda)ds \quad (7)$$

Portanto, se  $\lambda \leq 1/2$ , ou ainda se  $\lambda > 1/2$  mas  $ds$  não for muito elevado, como se espera ser

<sup>17</sup> Há aqui a hipótese de que o dano adicional  $A$  é negligenciável. No entanto, o resultado permaneceria inalterado se houvesse um dano adicional pequeno.

o caso, então a expressão (7) será negativa. Destarte, a sociedade termina prejudicada com a manipulação enganosa da firma. No entanto, o simples uso do instrumento de danos sociais não é suficiente para coibir o comportamento abusivo desse agente econômico.

Para que a Justiça consiga realmente exercer seu papel de coibir comportamentos abusivos, é necessário que a firma perceba que não haverá possibilidade de obter vantagem com o comportamento enganoso. A próxima seção mostra como o instituto de *punitive damages* pode desempenhar justamente essa função: remover qualquer vantagem associada ao comportamento abusivo da firma.

### 5.3. Incentivos Alinhados por Meio do Instituto do Punitive Damages

O objetivo do instituto de *punitive damages* é justamente coibir a atuação ilícita dolosa ou gravemente culposa dos agentes. Considere, pois, a mesma situação acima descrita mas suponha que agora o Juiz possa aplicar *punitive damages* à firma. No caso em que o investimento fracasse, o Juiz não poderá ir mais longe devido à capacidade financeira do infrator. No entanto, no caso de sucesso do investimento, o Juiz deverá exigir que o total do montante recebido,  $RNp > Np$  seja depositado no Fundo de Defesa de Direitos Difusos após terem os consumidores sido ressarcidos. Note que esse montante é superior àquele que seria necessário para ressarcir todos os clientes lesados. Isso ocorre porque, além do efeito compensatório, já existente no dano social, o *punitive damage* também procura gerar o efeito inibidor, conforme ficará claro abaixo.

O que fará a firma em presença de *punitive damages*? É fácil ver que, dada a regra acima, caso a firma resolva implantar sua estratégia ilícita, receberá sempre um retorno líquido nulo, tanto no caso de fracasso, como no caso de sucesso do investimento, uma vez que nesse último caso todo o benefício adicional é canalizado para o Fundo de Defesa de Direitos Difusos. Dessa forma, a firma não terá interesse em levar adiante a empreitada ilícita. Esse é o efeito inibidor que se busca implantar por meio dos *punitive damages*.

### 5.4. Os Efeitos de Bem-Estar Social Dos Punitive Damages

Conforme discutido acima, os *punitive damages* têm o papel de coibir comportamentos ilícitos ao torná-los não-rentáveis para o agente que considera implantá-los. Destarte, esse instituto permite um aumento do bem-estar social. No modelo acima estudado, o custo para a sociedade do comportamento abusivo foi calculado em (7), em termos esperados, como:

$$(1 - \lambda)[(1 - r)Np] - (1 - 2\lambda)ds$$

Essa é a medida do ganho de bem-estar social trazido pela introdução dos *punitive damages*.

Note que na presente análise foram feitas algumas hipóteses simplificatórias que, caso não fossem usadas, tornariam o comportamento ilegítimo da firma ainda mais proveitoso. Foi suposto, por exemplo, que no caso de falência todo o capital remanescente da firma,  $rNp$ , seria transferido para os consumidores lesados. Caso a firma consiga desviar parte desse recurso para si, então haverá maior atrativo ainda na prática. Ademais, foi suposto que, no caso de sucesso, a firma restituiria o pagamento de todos os seus clientes. No entanto, por ser um valor baixo, é possível que vários dos clientes abram mão de reclamar essa restituição, tornando o benefício no caso de sucesso ainda mais vantajoso.

### 5.5. Dois Exemplos Ilustrativos

É importante ressaltar que o raciocínio desenvolvido na modelagem se aplica a uma variedade de situações bem mais ricas que o exemplo extremo adotado. De fato, existe uma série de circunstân-

cias em que um comportamento ilegítimo, mas mais dissimulado, pode ser proveitoso para uma firma na ausência de *punitive damages*, especialmente quando o custo da maior prevenção for muito elevado. A seguir apresentamos dois casos a título de ilustração.

### **5.5.1. Exemplo 1. Venda à Distância**

A venda de produtos pelo correio ou pela internet tem aumentado muito nas últimas décadas. Nos Estados Unidos da América, existe um fator adicional que favorece esse tipo de mercado. Trata-se do fato de os impostos de venda serem locais (estaduais e municipais), sendo que um produto vendido para outro estado é isento desse imposto. Assim, caso um consumidor compre um produto na sua cidade, pagará imposto aos seu estado e à sua cidade no momento da compra. No entanto, caso compre o mesmo produto pela internet de uma firma registrada em outro estado, estará isenta desse imposto. Essa vantagem será tanto maior quanto mais caro for o produto, e essa realidade explica em alguma medida o importante mercado de compras à distância.

O problema com esses mercados, é que o consumidor não recebe o produto imediatamente, o que pode possibilitar a ocorrência de atitudes desleais por parte de certas empresas.

O relato a seguir realmente aconteceu com um dos autores deste trabalho, quando em curso de doutorado nos EUA. Comprou um computador portátil pela internet, a preço bem abaixo daquele praticado nos estabelecimentos em sua cidade. Tendo informado todos os dados de seu cartão e tendo o débito sido creditado, esperou receber o produto em duas semanas. Passadas três semanas, o consumidor telefonou para a empresa para saber porque o produto não chegara. A empresa explicou então que, infelizmente, o produto estava em falta. Ofereceu, no entanto, um produto segundo eles “ainda melhor” pelo mesmo preço. Ao analisar o produto, o consumidor percebeu que, de fato, tratava-se de modelo ultrapassado, já retirado do mercado nas lojas de sua cidade. Voltou a contatar a empresa, rejeitando a oferta e solicitando a devolução do dinheiro, o que finalmente foi feito após várias semanas. Ao todo passaram-se aproximadamente 8 semanas entre o débito da compra e o estorno em seu cartão de crédito.

Ao procurar informar-se sobre a situação na internet encontrou várias menções a essa estratégia, que seria usada por algumas empresas para “desencalhar” estoques de produtos ultrapassados. Considerando aqueles que, de fato, aceitam a troca, bem como aqueles que, como o autor aqui mencionado, se resignam em receber seu dinheiro de volta após várias semanas retido, essa estratégia pode se mostrar extremamente lucrativa para uma firma, na ausência de *punitive damages*.

### **5.5.2. Exemplo 2: A multa moratória no CDC**

O Código de Defesa do Consumidor estabelece uma clara limitação à multa moratória que pode ser exigida do consumidor, em caso de inadimplemento. Preconiza o art. 52, § 1º: “*As multas de mora decorrentes do inadimplemento de obrigações no seu termo não poderão ser superiores a dois por cento do valor da prestação*”.

Com certa razão, alguns fornecedores entendem que tal multa é insuficiente para estimular os consumidores a cumprirem seus deveres contratuais tempestivamente. Por esse motivo, tem se tornado prática relativamente rotineira conceder um desconto no boleto de cobrança caso o pagamento seja feito antes do vencimento. Após o vencimento do prazo, incide a multa de 2%, aparentemente respeitando as determinações protetivas do CDC.

Todavia, em mais cautelosa análise, percebe-se que a prática constitui fraude à lei, conquanto visa burlar a sobrecitada limitação da cláusula penal moratória. Veja que, caso o fornecedor estipule como preço de seu serviço R\$ 900,00, e queira que o pagamento se dê todo dia 10 de cada mês, poderá



cobrar em seu boleto R\$ 1.000,00, com desconto de 10% até a referida data, após o qual incidirá a multa de 2% sobre o total (R\$ 1.000,00).

Embora fraudulenta, a prática, pelo menos à primeira vista, não gera dano social. Consumidores não se sentem inseguros, não há diminuição no bem-estar. Aliás, há quem se alegra ao obter o desconto. Todavia, tal proceder agride a legislação de proteção do consumidor, em evidente desrespeito à limitação esculpida no art. 52, § 1º, do CDC.

Esta seria, ao menos teoricamente, uma situação na qual se poderia aplicar *punitive damages*, a fim de desestimular e coibir essa prática ilícita, sem que fossem reconhecidos danos sociais.

## 6. A Necessidade de Regulamentação da Prestação Punitiva no Direito Brasileiro

É lugar comum ser preferível a prevenção à remediação. O esforço do Direito Privado não deve se concentrar somente na recomposição de danos, mas criar estímulos para que eles nem venham a se produzir.

Para alcançar tal desiderato, torna-se imprescindível a criação de mecanismos adicionais de desestímulo a serem aplicados naqueles casos em que a mera reparação da lesão se mostra insuficiente a prevenir e dissuadir o agente a repetir a conduta lesiva.

Se é inegável que os danos sociais têm grande préstimo para a tutela da sociedade, mormente daquela caracterizada pelo *consumo de massa*, porquanto resguardam a segurança e a paz social, não é possível concluir que o endosso desse instituto seja, só por si, garantia suficiente da efetividade da responsabilidade civil.

Isso porque há casos nos quais, mesmo após indenizar danos sociais, danos individuais patrimoniais e extrapatrimoniais, os benefícios auferidos pelo agente infrator compensem este custo. Tal ilação se reforça diante da já mencionada *demanda reprimida* existente na sociedade brasileira, aliada à morosidade da atuação do Poder Judiciário.

Nesse cenário assume relevo a prestação punitiva, útil à dissuasão dos agentes causadores de danos. Sem ela, ocorrerá, invariavelmente, a repetição da lesão. Afinal, como bem pontua Ivo Gico Jr. (2014, p. 26), “*uma pessoa será racional quando continuar desenvolvendo uma atividade enquanto ela ganhar [ou deixar de perder] com isso*”.

Firmada essa premissa, bem assim a compatibilidade da prestação punitiva com o ordenamento jurídico brasileiro, tanto sob a perspectiva constitucional, quanto à luz da lógica dogmática civilista, cumpre pontuar a imprescindibilidade de regulamentação normativa, somente assim se viabilizando a sua aplicação. Isso porque não há sanção sem previsão legal, à luz do princípio da legalidade.

Cumprido anotar que, à semelhança do que ocorre no Direito norte-americano, a prestação suplementar punitiva deve se restringir aos casos de dolo ou culpa grave.

Demais disso, seria preciso constatar que, no caso concreto, a indenização tradicional (reparatória/compensatória) seria manifestamente incapaz de dissuadir o agente, em particular, e a sociedade, em geral, a praticar aquela conduta. Portanto, a prestação punitiva se apresentaria como *ultima ratio*, reservado aos casos de condutas ultrajantes, revestidas de alta carga de reprovabilidade, em razão do dolo ou culpa grave do agente.

Com essas considerações, propomos a inserção de um parágrafo ao art. 944 do Código Civil, com a seguinte redação:

Provado o dolo ou a culpa grave do agente causador do dano, poderá o juiz, a pedido da parte, condená-lo a uma prestação suplementar, quando a indenização prevista no *caput* se revelar manifestamente insuficiente para dissuadir o agente a reincidir na prática lesiva ou quando o benefício auferido por meio do ato ilícito superar a extensão do dano.

Oportuno ressaltar que optamos intencionalmente pela fórmula genérica “*prestação suplementar*”, ao invés da fórmula específica “*prestação pecuniária*”. Não nos parece irrazoável admitir-se, como regra, a condenação a uma prestação pecuniária (*obrigação de dar*), diante da concepção tradicional dos *punitive damages*; mas não rejeitamos a possibilidade (alternativa e se compatível com o caso concreto) de a condenação consistir numa obrigação de fazer ou não fazer.

Enfim, a prestação punitiva deve ser capaz de dissuadir o infrator a repetir a conduta. Assim poderá consistir a condenação numa obrigação de dar (notadamente dinheiro), fazer ou não fazer. Basta, para tanto, que haja adequada regulamentação normativa, o que todavia não ocorreu no Direito brasileiro.

## 7. Considerações Finais

A intensificação das relações sociais, característica marcante da sociedade de consumo de massa, demanda uma nova abordagem do instituto da responsabilidade civil, a começar pela ampliação dos danos entendidos como indenizáveis.

Considerando a fundamentalidade do direito à segurança, bem assim que o núcleo axiológico da dignidade humana exige o acautelamento do bem-estar social, da tranquilidade e da confiança, não há qualquer óbice para a aceitação dos danos sociais.

O Código Civil, ao limitar a indenização aos danos causados, a nosso ver, apenas reforçou a intelecção segundo a qual, se uma conduta viola bens jurídicos, deve haver a integral reparação dos danos decorrentes, sejam estes danos individuais ou supraindividuais.

Malgrado a resistência pretoriana, o ordenamento jurídico vigente torna indubitável a ilação de que somente haverá a *restitutio in integrum* se indenizados também os danos sociais. É dizer, os *danos sociais* estão compreendidos na vertente material do princípio da reparação integral. Desse modo, tal dano possui feição essencialmente reparatória e apenas acidentalmente punitiva (à semelhança dos danos morais), desempenhando, ainda, função mediata preventiva.

Entrementes, a função reparatória da responsabilidade civil, em alguns casos, não produz efeito preventivo eficaz. A dinâmica social evoluiu, a busca do lucro se acirrou legitimamente, mas por vias tortas e em certas ocasiões, acaba induzindo os agentes a atuarem de forma ilícita para a sua obtenção.

Por esse motivo, há premente necessidade de conferir à responsabilidade civil uma função punitiva, a fim de que todos percebam, de fato, que *tort does not pay*. Afinal, o Direito não pode compactuar com a percepção de lucros oriundos de atos ilícitos e abusivos, pois isto implicaria cancelar a atuação daquele que se beneficia prejudicando terceiros.

Daí que, diante de uma conduta dolosa ou gravemente culposa e da insuficiência da função reparatória da responsabilização civil como método de desestímulo, é necessário que haja um acréscimo, um *plus* a ser pago pelo infrator a título de punição, ou seja, uma exacerbação do dispêndio de forma desprendida do dano efetivamente causado.

A efetividade da tutela depende não só do afastamento momentâneo da lesão ou ameaça; exige ir além, para desestimular a prática da conduta lesiva ou ameaçadora. Nas situações em que a indenização não se mostra suficiente a alcançar esse resultado e diante da malícia ou grave culpa do infrator (a indiciar a provável reiteração), é necessário que a ordem jurídica forneça instrumento apropriado para dissuadi-lo, *in casu*, a prestação suplementar punitiva.

Deve o legislador atentar-se aos anseios sociais e exercer a função que lhe é própria, legislar, para atualizar o Direito positivo, a fim de que o ordenamento jurídico acompanhe o caminhar da vida. A regulamentação legislativa da *prestação punitiva* nos sistemas romano-germânicos é de sublime importância, conquanto poderá produzir consequências relevantes na tomada de decisão dos agentes racionais.

A primeira consequência é óbvia: ao se majorar os possíveis custos decorrentes da violação de direitos, os agentes terão maiores incentivos a respeitar a Lei, sem lesar terceiros.

Uma segunda possível consequência, contudo, é menos evidente e foi percebida nos EUA e relatada pelos docentes de Harvard Mark Ramseyer e Eric Rasmusen (2010): com o aumento do valor da possível condenação judicial, as empresas passaram a transacionar extrajudicialmente e, mediante acordos, indenizaram as vítimas das condutas danosas por elas praticadas.

Ao estudar casos de doenças decorrente da exposição ao amianto naquele País, os referidos catedráticos notaram que o advogado de várias das vítimas, Richard Scruggs, selecionou os casos com maior chance de êxito de condenação. Uma vez obtido o provimento jurisdicional favorável, o causídico apresentou, contra as empresas produtoras de amianto, a “ameaça” de novos processos que poderiam acarretar indenizações substanciais. Isso serviu como incentivo para a autocomposição dos envolvidos, que acabou por ocorrer na enorme maioria dos casos. Afirmam os autores:

In part, Scruggs won the settlements that he did by raising the stakes against the defendants. Scruggs was not the only one to do so. As in securities class actions, the asbestos bar extracted settlements by threatening overwhelmingly massive liability. The RAND Corporation estimates that from 1993 to 2001, the 730,000 plaintiffs litigated only 526 trials. For those trials, their lawyers selected the cases they could win, to provide public examples they could point to for private settlements.

And the plaintiffs did win. Of the cases that went to trial, they won 64 percent. Conditional on earning some damages, they recovered mean compensatory amounts of \$812,000. They collected punitive damages in 17 percent of the cases. Conditional on receiving punitive damages, they recovered mean punitive damages of \$1.4 million (Carroll, 2005: xxii, 35, 49-53; White, 2003:13).

The plaintiffs’ bar used these examples of possible losses to settle the rest of their portfolio. They pushed their clients with mesothelioma and other serious injuries to trial, and used the threat of that litigation to settle the rest of their cases (Ramsayer & Rasmusen, 2010, p. 36).

É legítimo esperar que no Brasil, assim como em outros países da América Latina, a responsabilidade civil punitiva (e, bem por isso, a prestação suplementar punitiva) produza efeito análogo à experiência norte-americana: aumento de acordos e diminuição da litigiosidade judicial.

Para exemplificar, trazemos à baila os casos de *securities class action lawsuits* daquele País,

situação em que, provada a fraude, podem ser aplicados *punitive damages* (regra geral)<sup>18</sup>. Conforme narram Mark Ramseyer e Eric Rasmusen (2010, p. 30), no ano de 2000, foram ajuizadas 238 demandas dessa espécie. Até meados do ano de 2010, as partes transacionaram em 146 casos (61%), juízes haviam rejeitado 85 ações (36%) e das 7 restantes, apenas 4 foram levadas a julgamento, sendo que todas as 4 foram solucionadas por acordo entre os litigantes antes de proferido o veredicto.

De forma mais genérica, estudo desenvolvido pela *NERA Economic Consulting* em 2010 con-  
signa que desde a *Private Securities Litigation Reform Act* de 1995, foram movidas 3,400 *securities class actions* em Tribunais Federais. Dessas, apenas 27 foram a julgamento, sendo que 6 foram julgadas procedentes e outras 5 parcialmente procedentes. Constata-se que o número de casos efetivamente julgados pelo Poder Judiciário norte-americano é ínfimo quando comparado ao total de casos em que, supostamente, houve violação a direitos dos investidores.<sup>19</sup>

Portanto, a prestação punitiva pode ser instrumento relevante não só para a efetiva tutela civil de bens jurídicos, mas também para o estímulo à transação, desafogando o Poder Judiciário, que se encontra em estado crítico de demanda<sup>20</sup>.

Destaque-se que muitos processos judiciais tratam de questões idênticas, quando não de uma mesma conduta praticada por um mesmo agente, característica própria da *litigiosidade de massa*. Esses seriam casos ideais de admissão da responsabilidade civil punitiva como incentivo à justa resolução extrajudicial.

Inverter-se-ia, dessa forma, a lógica atual, em que os que praticam ilícitos dolosos ou gravemente culposos são estimulados a não celebrarem acordos. Vale enfatizar que os casos que chegam ao Judiciário são poucos (quando comparado ao total de lesados), as condenações razoavelmente baixas e o infrator conta, ainda, com a morosidade. Sobremais, no modelo processual em vigor, o réu condenado somente desembolsa valores indenizatórios após um longo processo<sup>21</sup>, que contempla uma infinidade de medidas procrastinatórias, encerra uma plethora de ineficiências próprias e admite uma pluralidade de instâncias recursais<sup>22</sup>.

---

<sup>18</sup> Note que no Brasil há lei específica que regula a ação civil pública, de titularidade exclusiva do Ministério Público, para a responsabilização por danos causados aos investidores do mercado de valores mobiliários (Lei 7.913/89). Não obstante, tal instrumento não é amplamente utilizado pelo órgão ministerial, cabendo aos investidores, individualmente (ou em litisconsórcio ativo), buscarem a tutela de seus direitos, de forma a multiplicar o número de processos que tramitam e são decididos pelo Judiciário. Ademais, presume-se que os casos solucionados extrajudicialmente são poucos (os autores não encontraram dados seguros a respeito do tema).

<sup>19</sup> Dados extraídos do estudo *Trends 2010 Mid-Year Study: filings decline as the wave of credit crisis cases subsides, median settlement at record high* (MILEV, Jordan, et al., 2010)

<sup>20</sup> A situação é alarmante. Relatório divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça registra a tramitação de 95,1 milhões de processos perante o Judiciário brasileiro no ano de 2013 (*Justiça em Números 2014: ano-base 2013*). Logo, atualmente há, praticamente, 1 processo em tramitação para cada 2 cidadãos brasileiros.

<sup>21</sup> É verdade que se admite a execução provisória da sentença civil, desde que o recurso interposto não seja dotado de efeito suspensivo. Todavia, a execução provisória é incomum, em virtude, inclusive, da responsabilidade objetiva do exequente (que deverá indenizar prejuízos ao executado caso seja reformada a sentença). Ademais, em regra, não se permite a alienação de bens do executado e o levantamento de depósitos em favor do exequente. Assim, inexistem muitos incentivos para que o autor promova a execução provisória da sentença civil.

<sup>22</sup> No mesmo relatório publicado em 2014, o Conselho Nacional de Justiça indicou uma “taxa de congestionamento” de 70,9%, ou seja, a cada 100 processos “ativos” no ano de 2013, apenas 21 receberam “baixa”. Na mesma linha, com base em relatório divulgado pelo CNJ em 2009, o jornal *Brasil Econômico* calculou que, a partir de 2010, cada processo demoraria 5 anos para ser sentenciado em primeiro grau jurisdicional. Tal sentença, por evidente, não põe fim ao processo, já que em face dela podem ser interpostos diversos recursos (HAI-DAR, 2010).

Em suma, a função punitiva da responsabilidade civil é compatível com o ordenamento jurídico brasileiro e trará benefícios tanto para os lesados, quanto para o Poder Judiciário.

## 8. Referências

- AKERLOF, G. The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism. *The Quarterly Journal of Economics*, 84(3): 488-500, 1970.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social*. Revista Trimestral de Direito Civil, vol. 19 – julho/setembro, São Paulo, 2004.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Reclamação n. 12.062*. Relator: Ministro Raúl Araújo, Diário da Justiça Eletrônico, 20 nov. 2014.
- \_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Reclamação n. 13.200*. Relator: Ministro Luis Relipe Salomão, Diário da Justiça Eletrônico, 14 nov. 2014.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2014: ano-base 2013*. CNJ, Brasília, 2014.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and Economics*. Pearson Inc., Boston – MA, 2007.
- DIAMOND, Peter. Integrating Punishment and Efficiency Concerns in Punitive Damages for Reckless Disregard. *MIT Department of Economics Working Paper 97-19*, Massachusetts Institute of Technology, Cambridge – MA, 1997.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Court of Appeals for the Ninth Circuit*. Ap. 04-35182. Opinion: Judge Mary M. Schroeder, 24 Sep. 2014.
- GICO JR., Ivo; TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e Economia no Brasil*. Ed. Atlas, São Paulo, 2014.
- GIFIS, Steven H. *Law Dictionary*. Barron's Educational Series Inc., Suffolk – NY, 2003.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. Saraíva, São Paulo, 2006.
- GONÇALVES, Osdimar Okamor; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. O "Modelo dos Limões" aplicado ao contrato sob o regime jurídico de transferência de estabelecimento empresarial: uma análise econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*, v. 6, n. 1, Jan.-Jun., Distrito Federal, 2015.
- Haidar, Daniel. Processos na justiça ainda demoram 5 anos em julgamento. *Brasil Econômico*, 23 de setembro de 2010.
- LAFFONT, Jean-Jacques; MARTIMORT, David. *Theory of Incentives: The Principal-Agent Model*. Princeton University Press, New Jersey, 2002.
- LAW, Jonathan; MARTIN, Elizabeth. *Oxford Dictionary of Law*. Oxford University Press Inc., New York – NY, 2009.
- MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de La Nación. *Amparo directo 30/2013*. Ponente: Ministro Arturo Saldívar Lelo de Larrea. Acuerdo 26 feb. 2014.
- MILEV, Jordan, et alli. Trends 2010 Mid-Year Study: filings decline as the wave of credit crisis cases subsides, median settlement at record high. *National Economic Research Association* 116 EALR, V. 7, nº 1, p. 88 -117 Jan-Jun, 2016

*ates, Inc.* (NERA), New York – NY, 2010.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. ANDRADE JÚNIOR, Luiz Carlos Vilas Boas. *A torre de babel das novas adjetivações do dano*. Direito UNIFACS – Debate virtual, n. 176, Bahia, 2015.

POLINSKY, Mitchell; SHAVELL, Steven. *Punitive Damages: an economic analysis*. Harvard Law Review, vol. 111, n. 4, Cambridge – MA, Feb. 1998.

RAMSEYER, J. Mark; RASMUSEN, Eric B. *Comparative Litigation Rates*. Harvard Law School, Cambridge – MA, 2010.

SMITH, Adam. *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*. Thomas Nelson, Scotland, 1843.

THOMSON, William, E.; SCOLNICK, Kahn A. *The Supreme Court Sets New Punitive Damage Limits Under Federal Common Law*. Class Action Watch, Washington D.C. – WA, October 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil, vol. 4, responsabilidade civil*. Ed. Atlas, São Paulo, 2012.