

Seleção adversa e risco moral na responsabilidade civil: o dano social como instrumento de defesa da segurança e a necessidade de regulamentação dos *punitive damages**

Adverse selection and moral hazard in civil liability: social damages as an instrument for meta-individual legal goods' protection and the need for punitive damages regulation

Resumo

A expansão do capitalismo, aliada à globalização, consolidou a cognominada *sociedade de consumo de massa*. Esse fenômeno econômico-social intensificador das interações sociais produziu importantes reflexos jurídicos, notadamente na disciplina da responsabilidade civil. Paralelamente, a *Constitucionalização do Direito Civil* implicou o repensar das categorias de direito privado, inclusive dos mecanismos de responsabilização individual (*accountability*). Todavia, ainda hoje subsiste a falta de efetividade da responsabilização civil, mormente em relação à reparação de danos metaindividuais. Este artigo analisa duas categorias jurídicas enquanto instrumentos necessários para assegurar a efetividade da responsabilidade civil: os danos sociais e os *punitive damages*. Após conceituação do dano social, ressalta-se sua compatibilidade com o ordenamento jurídico e seu préstimo para a concretização de duas decisões políticas fundamentais: a proteção da segurança e o acautelamento da dignidade da pessoa humana. Avança-se enfrentando as teses contrárias à aceitação dos danos sociais, merecendo destaque: o caráter reparatório dos danos sociais; a legitimidade extraordinária do indivíduo para postulá-los; e a destinação do *quantum* indenizatório. Investigam-se os *punitive damages* na experiência norte-americana. Pontuam-se distinções entre danos sociais e *punitive damages*, sinalizando que tais institutos não se confundem. Pondera-se a necessidade da regulamentação dos *punitive damages* para que a responsabilidade civil possa exercer efetiva função preventivo-dissuasória. Para tanto, propõe-se um parágrafo a ser acrescentado ao artigo 944 do Código Civil. Finalmente, constrói-se um modelo de teoria da decisão de um produtor que pode exercer maior ou menor precaução em seu processo produtivo. A precaução aumenta o bem-estar social agregado, mas é custosa para o produtor. O equilíbrio do modelo mostra, primeiramente, que na ausência de dano social e de *punitive damage*, 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. Adicionalmente, 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 revela que o instituto de *punitive damage* tem o potencial de reprimir atos ilegais, tornando-os não lucrativos para a firma mal intencionada. 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: Sociedade de consumo de massa. Responsabilidade civil. Danos sociais. *Punitive Damages*. Efetividade da tutela civil de bens jurídicos.

Extended Abstract

Over the years, capitalism's expansion and globalization formatted what came to be known as the *mass consumption society*. That economic and social phenomenon caused an intensification of social interactions, producing significant reflexes in the civil liability area. Liability regulation has undergone important changes in civil law systems in the past decades. In Brazil, there was a significant improvement due to what has been called *constitutionalization of civil law*, operated by the Federal Constitution of 1988. In spite of the advances, civil liability lacks effectiveness, especially

regarding damages inflicted upon metaindividual goods. In particular, civil law systems tend to attach fundamental importance to the Principle of Full Reparation, which “requires that tort victims should be compensated for the harm they suffer, but nothing more” (Parker, 2013). Therefore, the institutes of social damages and, most especially, punitive damages have faced a certain degree of critique in such countries as France, Spain, Germany, Brazil and Mexico, among others.

The present article studies two legal institutes that are necessary to foster civil liability effectiveness: *social damages* and *punitive damages*. We first define social damages and show that it is compatible with the Brazilian legal system and helps safeguarding human dignity and safety. Next, we deconstruct the arguments against social damages highlighting: (i) the reparatory character of social damages; (ii) the individual’s legitimacy to claim them; and (iii) the destination of the amount paid. Next we discuss North American experience regarding punitive damages. Then, we stress the main differences between social and punitive damages, showing that these two institutes are clearly distinct. In sequence, we stress the need for legal regulation of punitive damages, so that civil liability may effectively deter agents from causing harm to society. To this end, we propose a paragraph to be added to article 944 of the Brazilian Civil Code.

In order to better understand the incentive effects of the institutes of social damage and punitive damage, we build a decision-theoretic model in which a producer may exert low or high precaution in his productive technology. High precaution maximizes social welfare but is costlier. The first equilibrium result is that the presence of social damages 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. Such beneficial equilibrium is not attained, in general, in the absence of social damages. 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. This is due to the fact that his individual expected benefits exceed its expected cost in the absence of punitive damages. The second equilibrium result 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.

Key words: Mass consumption society. Civil Law jurisdictions. Civil liability. Social damages. Punitive damages. Effectiveness of civil protection of legal goods.

1. INTRODUÇÃO

Prelecionava Adam Smith que “*O consumo é a única finalidade e o único propósito de toda a produção*”. O avanço do capitalismo cumpriu bem este desiderato, consagrando, entre nós, a cognominada *mass consumption society*. É inegável que o fenômeno econômico-social formatador de uma sociedade de consumo de massa já se enraizou na cultura da grande maioria dos países, produzindo importantes reflexos jurídicos.

Como consequência natural dessa intensificação das relações sociais, houve aumento significativo de ofensas a direitos individuais, bem assim 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.

Afinal, o Direito – como é próprio das ciências sociais –, ocupa-se do estudo do homem, não enquanto ser isolado, mas como ser social em constante interação com seus pares. Todavia, nesse proceder ele está, invariavelmente, sujeito a cometer erros, a atuar de modo antissocial e, com isto, prejudicar outrem. A noção da responsabilidade é concebida como contrapartida a tais 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.

Por derradeiro, como bem asseverou Sílvio Rodrigues, “... o problema em foco é o de saber se o prejuízo experimentado pela vítima deve ou não ser reparado por quem o causou. Se a resposta for afirmativa, cumpre indagar em que condições e de que maneira será tal prejuízo reparado. Esse é o campo que a teoria da responsabilidade civil procura cobrir” (1999, p. 6); acrescente-se a isso que, por vezes, é chamado a reparar o dano terceiro que não o tenha causado diretamente.

Nessa esteira, pode-se afirmar que a responsabilidade civil tem por finalidade acautelar a higidez do *contrato social*. Possui, dessarte, duplo escopo: um individual – assegurar a restauração do patrimônio injustamente dilapidado –, e outro metaindividual – resguardar a pacífica convivência social, eis que, nas palavras de Venosa, “um prejuízo ou dano não reparado é um fator de inquietação social” (2004, pp. 2 e 3). Sobressai nítida de tais escopos a *função social* dessa categoria do Direito Privado.

Para melhor visualizar algumas das notáveis transformações experimentadas pelo instituto da responsabilidade civil ao longo dos anos e a sua correlação com a massificação das relações jurídicas, oportuno pontuar destacadamente os seus requisitos, quais sejam, a *conduta*, o *dano*, o *nexo causal* entre a ação ou omissão e a lesão ao direito e, por fim, a *culpa* ou *dolo* do agente.

No que diz respeito à *conduta*, uma das inovações trazidas pelo Código Civil de 2002 foi o tratamento legal conferido à teoria dos atos emulativos, de forma a admitir o *abuso de direito* como precursora da responsabilidade civil (art. 187 do CC), ao lado do ato ilícito (art. 186 do CC). Atualmente, considera-se ocasionadora de dano não só a ação ou omissão que agrida frontalmente a ordem jurídica, como também aquela que, embora inicialmente lícita, tenha sido praticada em desconformidade com os fins econômicos ou sociais ou avilte a boa-fé ou os bons costumes. É dizer, não só o ato contrário ao Direito é indenizável, mas

igualmente o será a conduta extrinsecamente conforme o Direito, mas que carece, em sua gênese, de legitimidade, posto que exercida em desatenção à sua função social ou aos fins pretendidos pela norma.

Em relação à exigência de *culpa*, ampliaram-se as hipóteses de responsabilidade civil objetiva. Assim, é possível que surja o dever de indenizar, ainda que a atuação do agente tenha se revelado cautelosa, isto é, não violadora do *dever objetivo de cautela*. A exemplificar, o dono do animal responde objetivamente pelos danos que seu bem móvel semovente produzir (art. 936 do CC); aqueles que habitam prédios respondem independentemente de culpa pelas coisas que deles forem lançadas ou caírem (defenestramento/*effusis et dejectis* – art. 938 do CC); quem manipular organismos geneticamente modificados ou seus derivados e causar danos a terceiros ou ao meio ambiente será civilmente responsável ainda que não tenha atuado culposamente (art. 20 da Lei 11.105/05). Firmaram-se, inclusive, várias hipóteses de *responsabilidade objetiva indireta*, na qual a um terceiro é imputado o dever de indenizar danos causados por condutas alheias (v.g. art. 932 do CC, semelhante ao *vicarious liability* norte-americano). Em todos esses casos, ainda que o responsável demonstre ter se precavido devidamente, e adotado as cautelas que se espera do *homem médio*, não restará eximido o seu dever de indenizar.

No tocante ao *nexo de causalidade*, também houve grande progresso. Em vários casos se prescinde desta relação de causa e efeito entre a conduta e a lesão para fins de responsabilização. É exemplo a responsabilidade civil por danos ambientais, que nem mesmo é elidida pela demonstração de caso fortuito ou força maior (teoria do risco integral). À semelhança, no contrato de transporte de pessoas, a culpa exclusiva de terceiro não suprime a responsabilidade do transportador, que terá direito de regresso contra o causador do dano (art. 735 do CC).

Todas essas inovações estão relacionadas, com maior ou menor intensidade, à sociedade contemporânea e, notadamente, à *mass consumption society*, na medida em que facilitam e resguardam o direito à indenização. Reitere-se que tal acautelamento se tornou cada vez mais necessário diante do crescimento exponencial das interações sociais. Para ilustrar, basta imaginar um dano ao meio ambiente, uma propaganda enganosa, uma prática comercial abusiva ou a cartelização, condutas que podem causar danos a uma pluralidade (muitas vezes indeterminada) de pessoas.

Contudo, no que atina aos *danos indenizáveis*, os avanços foram tímidos e insuficientes. É verdade que a Constituição Federal de 1988 afastou qualquer dúvida quanto à

possibilidade de se vindicar a reparação por danos morais (art. 5º, incs. V e X). O Diploma civilista, em sintonia com a Lei Maior, preconiza que “*Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito*” (art. 186).

Sobremais, os Tribunais pacificaram o entendimento de que danos estéticos não se confundem com danos morais, sendo ambos indenizáveis por si só (súmula 387 do Superior Tribunal de Justiça). Oportuno anotar que para parcela considerável da doutrina o dano estético estaria compreendido no moral¹.

Demais disso, discute-se, modernamente, a higidez lógico-jurídica do instituto dos *danos morais coletivos*. Há julgados que os aceitam; sustentam que “*o dano extrapatrimonial coletivo prescinde da prova da dor, sentimento ou abalo psicológico sofridos pelos indivíduos. Como transindividual, manifesta-se no prejuízo à imagem e moral coletivas e sua averiguação deve pautar-se nas características próprias aos interesses difusos e coletivos. Dessarte, o dano moral coletivo pode ser examinado e mensurado*”². Por outro lado, o mesmo Superior Tribunal de Justiça já afirmou que “*Não parece ser compatível com o dano moral a ideia da ‘transindividualidade’ (= da indeterminabilidade do sujeito passivo e da indivisibilidade da ofensa e da reparação) da lesão*”³. Mais recentemente, asseverou-se ser “*inviável, em sede de ação civil pública, a condenação por danos morais coletivos*”⁴. Todavia, de mais a mais, a posição que parece se fortalecer é pela admissão do dano moral coletivo, não como lesão a direitos da personalidade, mas como violação da esfera axiológica de uma coletividade, isto é, infração aos valores encampados por uma sociedade. É de ver-se que, neste ponto, a Corte parece querer conferir nova dogmática ao instituto. Destarte, a questão é objeto de acirrada polêmica.

Por fim – e ainda em relação aos *danos indenizáveis* –, tem crescido a aceitação jurisprudencial da *teoria da perda de uma chance*⁵, pela qual se torna indenizável a expectativa frustrada de uma oportunidade real que provavelmente se produziria caso as coisas seguissem o seu rumo normal. Assim, se há uma considerável e séria probabilidade de

¹ Filiam-se a tal entendimento Cavalieri Filho e Caio Mário, dentre outros.

² REsp 1057274/RS, Relª. Minª. Eliana Calmon, STJ – Segunda Turma, DJE 26/02/2010.

³ REsp 971.844/RS, Rel. Min. Teori Zavascki, STJ – Primeira Turma, DJE 12/02/2010.

⁴ AgRg no REsp 1305977/MG, Rel. Min. Ari Pargendler, STJ – Primeira Turma, DJE 16/04/2013.

⁵ Segundo melhor doutrina, a perda de uma chance poderá ensejar tanto dano material quanto moral. Nesse sentido o En. 444 aprovado nas Jornadas de Direito Civil: “*Art. 927: A responsabilidade civil pela perda de chance não se limita à categoria de danos extrapatrimoniais, pois, conforme as circunstâncias do caso concreto, a chance perdida pode apresentar também a natureza jurídica de dano patrimonial. A chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos*”.

realizar-se uma expectativa futura, a conduta que obstaculiza o desenvolvimento esperado e regular dos fatos, ceifando a possibilidade de concretizar-se a expectativa, origina a obrigação indenizatória.

Embora tais inovações amparem em certa medida o indivíduo inserido na sociedade de consumo de massa, conquanto aumentam o espectro de danos tidos como indenizáveis, elas se revelam insuficientes no que tange à sua efetiva tutela contra abusos. Tampouco protegem com efetividade a sociedade que sofre os reflexos de atos ilícitos ou emulativos, ou do inadimplemento contratual, por dois motivos.

Em primeiro lugar, porque os avanços não se prestam à tutela de bens titularizados por uma pluralidade de sujeitos e que sejam incindíveis. Mesmo os danos morais coletivos não encontram abrigo confortável na sistemática própria dos direitos coletivos *strictu sensu* e difusos, uma vez que é tarefa difícil conciliar sua transindividualidade com o caráter personalíssimo dos direitos de personalidade que, violados, obrigam ao ressarcimento da lesão extrapatrimonial (tendo-se como base conceitual a concepção tradicional do dano moral; caso se aceite a nova formulação – violação à esfera jurídico-axiológica da coletividade –, estar-se-ia a aproximar a figura ao dano social).

Em segundo lugar, porque esses progressos se concentram na função reparatória da responsabilidade civil, sem considerar que, diante da realidade brasileira, em muitos casos o mero ressarcimento não induz efeito dissuasório. Deste modo, a responsabilidade civil não desempenha de forma adequada uma função preventiva no Direito pátrio, conforme veremos neste artigo.

Buscaremos 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, tentaremos comprovar que atribuir à responsabilidade civil uma função punitiva é, no panorama atual, essencial para que se confira a essa categoria do Direito Privado maior eficácia. Portanto, a presente reflexão terá por objeto dois institutos: (i) o *dano social* e (ii) os *punitive damages*, que traduzimos para *prestação punitiva*.

De início, conceitua-se o *dano social*, com o intuito de delimitar o primeiro objeto do presente artigo.

Após, são apontadas as diferentes funções da responsabilidade civil, premissa necessária e idônea a revelar que o dano social guarda perfeita sintonia com a sistemática

jurídica vigente.

Em avanço, são enfrentados os argumentos contrários à aceitação do dano social. Neste tema, vale ressaltar a feição eminentemente reparatória do dano social, a sua previsão legal implícita no Código Civil, a questão da legitimidade para postulá-lo e a destinação das verbas indenizatórias.

Passa-se, então, ao estudo do Direito civil como ramo que pune condutas. Mais especificamente, são analisadas a responsabilidade civil e a função punitiva que poderá desempenhar em determinados casos. Analisa-se o instituto norte-americano do *punitive damages*, a desvelar a clara distinção entre essa categoria e o dano social. Propõe-se, em seguida, uma adaptação para o Direito brasileiro, aqui denominada “prestação punitiva”. No tema, acentua-se a compatibilidade, em abstrato, com o ordenamento jurídico em vigor, faltando apenas previsão e regulamentação legal específica. Faz-se, ainda, uma proposta de redação de um parágrafo a ser acrescentado ao art. 944 do Código Civil, a fim de viabilizar essa responsabilização civil punitiva.

Em seguida, 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 dos institutos de dano social e prestação punitiva, como em sua presença de cada um deles. 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 e de prestação punitiva, 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. Adicionalmente, 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 revela que o instituto da prestação punitiva tem o potencial de reprimir tais atos ilegais, tornando-os não lucrativos para a firma mal intencionada.

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.

Salientamos, desde logo, que as questões analisadas não se circunscrevem à realidade

brasileira; antes respeitam a uma reflexão moderna que ocorre em âmbito global. Relativamente à *prestação punitiva*, a título ilustrativo, destacamos:

i. A recente discussão ocorrida no parlamento Argentino que aprovou seu novel Código Civil (Ley 26.994/2014). Originalmente regulamentavam-se os “*daños punitivos*” sob a rubrica “*Sanción pecuniaria disuasiva*”. Preconizava o diploma projetado:

“El juez tiene atribuciones para aplicar, a petición de parte, con fines disuasivos, una sanción pecuniaria a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva. Pueden peticionar los legitimados para defender dichos derechos. Su monto se fija prudencialmente, tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medida, el patrimonio del dañador, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas. La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada”.

A previsão não foi aprovada pelo Legislativo, de modo que os *daños punitivos* remanescem com previsão restrita à *Ley de defensa del consumidor* (art. 52, Ley 24.240/1993⁶), o que já é um avanço se comparado ao panorama normativo brasileiro.

ii. O julgamento realizado em julho de 2014 pela Primeira Sala da Suprema Corte de Justiça da Nação Mexicana, no qual se firmou e regulamentou jurisprudencialmente o instituto dos *daños punitivos*. Por ocasião da apreciação do *amparo directo* 30/2013, decidiu-se que, a despeito da inexistência de regulamentação normativa expressa, haveria admissão implícita dos *punitive damages*, conquanto estariam inseridos nos danos morais e compreendidos na vertente material da “*justa indemnización*”. Nesse caso célebre, o Ministro José Ramón Cossío Díaz externou sua preocupação acerca da matéria, que será analisada ao longo deste artigo:

“... considero que, ante la novedad de la figura, debimos haber sido mucho más enfáticos en el carácter extraordinario de los “daños punitivos”, que tienen la negligencia grave en un extremo inicial y la malicia en el final opuesto. De ahí que sea solamente en ese espectro en el que pueda resultar condenado un demandado por este tipo de daños. Asimismo, estimo que debimos sentar parámetros objetivos para su cuantificación y, sobre todo, definir la proporción que debe existir entre éstos y los daños resarcitorios a fin de racionalizar su determinación” (voto no amparo directo 30/2013, p. 11).

iii. O incessante debate germânico quanto à possibilidade e conveniência da aceitação dos *punitive damages*, que constantemente se renova, mormente quando se veem instados a

⁶ “*Daño Punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley*”.

cumprir decisões judiciais estrangeiras nas quais houve condenação civil punitiva. Tradicionalmente, tem-se entendido pela incompatibilidade com o ordenamento jurídico alemão (especialmente o *Schadensersatz*, o art. 38 do EGBGB e mesmo o § 328 do ZPO), o que levou a sua Suprema Corte, em repetidas ocasiões, a negar o cumprimento de sentenças condenatórias em *punitive damages*, por entender haver violação à sua ordem pública (*ordre public*)⁷. Não obstante, Volker Behr, após analisar com a desejável profundidade o estado atual da controvérsia, conclui que de fato existem diversas condenações civis naquele país que não se adéquam à concepção estritamente compensatória/ressarcitória da indenização:

“... the text of the German Civil Code and the mainstream position in literature are far from mirroring reality. A more detailed analysis of cases demonstrates that courts frequently award damages that cannot seriously be considered purely compensatory. Instead, in a large variety of situations, courts frequently rely on arguments, and come to conclusions that are not aimed at exclusively compensating the victim for losses suffered, nor are retrospective or victim or lossoriented. Thus, the awards are noncompensatory and consistent with punitive damages arguments, conclusions, and consequences, and at least come close to the idea of punitive damages. Even in modern legislation, one may find elements that cannot be considered purely compensatory. For his recent dissertation, Peter Mueller investigated court decisions awarding damages that, at least partially, do not fit into a scheme of compensatory damages. He outlined nineteen different situations where damages are not strictly restricted to compensation, but instead include elements that, according to his understanding, must be labeled punitive. In some of these situations, it may be questionable whether courts really take a punitive damages approach. In other situations, a nondamages approach might have been available, although it was not accepted by the courts. But there seems to exist an extensive amount of case law in which courts do not fully comply with the purely compensatory system of damages” (2003, p. 130).

Conforme observam Mattio e Surin, questionamentos se estendem a países como Peru, Guatemala, Bolívia e Suriname que, embora não tenham previsão dos *punitive damages* nos respectivos direitos positivos internos, acabaram, em maior ou menor medida, aceitando-os em jurisprudência “*porque han tenido que acatar fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*” (2010, p. 13).

A polêmica se repete, embora de forma mais tímida – em virtude da novidade do tema –, no que concerne aos danos sociais. Estes possuem a vantagem de se amoldarem à tradicional concepção da responsabilidade civil e da função compensatória da indenização, conforme buscaremos demonstrar.

Os questionamentos, 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

⁷ a respeito, ver Helmut Koziol, *Punitive Damages, A European Perspective*, p. 742,

sensibilizá-los acerca da necessidade de sua atuação, bem assim motivar os órgãos judiciários a, dentro de sua esfera de liberdade exegetica, conferir a melhor interpretação aos dispositivos legais, de modo a atualizar a letra da lei à realidade posta.

2. DOS DANOS SOCIAIS

2.1. UMA PROPOSTA CONCEITUAL

Enneccerus, 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.)*” (apud Gonçalves, 2004, p. 276).

O *dano social*, enquanto espécie, é igualmente uma lesão a um bem jurídico: a paz social. Quando uma conduta é capaz de hostilizar esse bem jurídico, 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.

Feita essa consideração, é possível notar que o tradicional fracionamento dicotômico dos danos – material x moral – merece redimensionamento, diante da atual dinâmica social. É que, 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 do quanto sustentamos: 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 (*Schadensersatz*) e moral (*Schmerzensgeld*), 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, uma vez que 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, já que aquele, diferentemente deste, independe de uma dor íntima, abalo psicológico, frustração grave, a exigir tão somente a deterioração do bem-estar da sociedade, considerada como um todo⁸.

Sinteticamente, podemos conceituar o *dano social* como a lesão à paz social, à segurança ou à tranquilidade, interesse juridicamente protegido, 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.

2.2. DO ABRIGO CONSTITUCIONAL DOS BENS JURÍDICOS QUE, VIOLADOS, PRODUZEM DANOS SOCIAIS

⁸ 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.

Convém ressaltar, de partida, 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.

Não há dúvidas de que, diante da máxima efetividade que se deve emprestar às normas constituidoras de direitos e garantias fundamentais (art. 5º, §§ 1º e 2º), o termo “segurança” merece interpretação ampliativa, 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. É preciso saber, apenas, se o dano social se conforma às funções da responsabilidade civil (a fim de que se possa imputar a determinado[s] sujeito[s] o dever de repará-lo e conhecer em quais condições se deve fazê-lo), bem assim se há compatibilidade com as normas postas que lhe esteiam.

2.3. FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Existem, essencialmente, três funções que a responsabilidade civil pode desempenhar:

reparatória, preventiva e punitiva. Vejamo-las.

Reparar a lesão ao direito ou bem jurídico violado constitui função precípua da responsabilidade civil. O mais elementar senso de justiça inspira a conclusão de que se deve imputar ao causador do dano o dever de repará-lo, pois a ninguém é dado indevidamente dilapidar, violar, aviltar o patrimônio material e moral alheio.

Tal percepção remonta a priscas eras. Já proclamava Ulpiano ser preceito do Direito o *neminem laedere*, a ressaltar, entre os romanos, o dever de não lesar outrem⁹.

A função reparatória implica, sempre que possível, o retorno ao *status quo ante*. Tenta-se, diante do caso concreto e na medida das efetivas possibilidades, restaurar a situação anterior, ou seja, recolocar o lesado na posição jurídica precedente à conduta danosa. Significa dizer que se prefere o *cumprimento específico* da obrigação de tornar *indemne* a vítima, conferindo-lhe o direito subjetivo de exigir a prestação *in natura*, desde que isto seja viável¹⁰ (trata-se do *Naturalrestitution* bem desenvolvido no direito germânico).

Nas hipóteses em que o ressarcimento não alcança esse “efeito juridicamente repristinatório” (volta ao *status quo ante*), por ser impossível, procede-se à reparação do dano por meio da indenização pecuniária (*Geldersatz*)¹¹. Sobressai, neste caso, a finalidade *compensatória* da indenização, que se insere dentro da função *reparatória* da responsabilidade civil. Por esse motivo, diz-se que a função clássica da responsabilidade civil é reparatória/compensatória.

Em qualquer caso, almeja-se a *restitutio in integrum*, ou seja, a reparação integral do dano. Como bem anotou Pizzaro, “*Indenizar pela metade é responsabilizar a vítima pelo resto*” (*apud* Cavalieri, 2003, p. 35). Desta forma, todos os danos devem ser indenizados, sejam materiais (dano emergente e lucro cessante), morais individuais, morais coletivos (para aqueles que os aceitam), estéticos etc.

A segunda função é, ao lado da reparatória, de singular importância; trata-se da *função preventiva*. Ao se imputar a alguém o dever de reparar danos, duas claras sinalizações sobreluzem: para a sociedade, em geral, sinaliza-se que a lesão a outrem não será admitida, ou seja, é dever de todos serem cautelosos e adotarem comportamentos prudentes; para o infrator, em especial, sinaliza-se que sua conduta é juridicamente intolerável, desconforme às

⁹ *Digesto* 1.1.10.1: “*Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*”.

¹⁰ Note, por exemplo, que se for movida uma ação civil pública para que a administração pública implemente mecanismo de controle interno para o combate à corrupção, seria inteiramente inútil que ela, administração pública, ao invés de adotar tais medidas, procedesse a uma indenização pecuniária.

¹¹ v.g. o assassinato de um ente querido. Não é possível ressuscitá-lo, mas deve haver compensação pecuniária em virtude do sofrimento causado.

boas práticas.

Não sem razão, diz-se que a responsabilidade civil desempenha importante papel pedagógico, pois que evita a lesão inopinada a terceiros. Cientes de que deverão responder por tais condutas, as pessoas se tornarão ciosos, inclusive em relação ao dever de resguardar o patrimônio alheio.

A bem ver, a prevenção deflui, no mais das vezes, como consequência natural da função reparatória. A condenação do sujeito à reparação de um dano o coloca, perante a sociedade, como um infrator da ordem jurídica, do Direito posto. Ao indenizar, ele não só recompõe o patrimônio do ofendido, como reconhece que sua conduta foi antijurídica¹². Isto, evidentemente, desincentiva a reiteração, uma vez que não é apazível a condenação, mesmo que se restrinja à seara cível. Doutro lado, a coletividade, ao notar a condenação de um de seus pares, se conscientiza acerca da importância do respeito às leis. Alinhamo-nos, dessarte, à apurada reflexão do Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, que ponderou:

“En efecto, mediante la compensación el derecho desaprueba a las personas que actúan ilícitamente y premia a aquellas que cumplen la ley. De esta forma se refuerza la convicción de las víctimas en que el sistema legal es justo y que fue útil su decisión de actuar legalmente. Es decir, la compensación es una expresión social de desaprobación hacia el ilícito y si esa punición no es dada, el reconocimiento de tal desaprobación prácticamente desaparece” (*Amparo Directo* 30/2013, pp. 87-88).

Ressalte-se, contudo, que a efetividade da função preventiva está condicionada ao rápido implemento das adequadas medidas “coercitivas” a serem adotadas pelo Poder Judiciário, diante da lesão ao patrimônio de terceiro.

Significa dizer que a sociedade somente tomará consciência da importância de não prejudicar outrem ao constatar, em concreto, a presteza da reprimenda estatal consistente na imposição da obrigação (jurídica) de reparar o dano. Se a tutela tardar, não se efetivar ou for insuficiente, induz, por um lado, o infrator a crer que seu comportamento não merece reprimenda e, por outro, o corpo social a pensar que o dever de não lesar terceiros e reparar os danos eventualmente causados não passa de uma obrigação moral, eticamente recomendável. Aliás, reside justamente na *coercibilidade* a distinção fundamental entre o Direito e a Moral.

No Brasil, a considerável demanda reprimida, aliada à morosidade da tutela jurisdicional, permite inferir que, de fato, a responsabilidade civil não desempenha papel preventivo efetivo. Pelo contrário, o empirismo demonstra que muitas empresas preferem lesar terceiros e correr o risco do sancionamento jurisdicional, eis que, naqueles poucos casos

¹² Esta é a regra, embora não ignoremos que há casos em que uma conduta lícita pode gerar a obrigação de indenizar, tal como a legítima defesa putativa ou com *aberratio ictus* e o estado de necessidade agressivo.

que chegam ao Poder Judiciário (*demanda reprimida*), tarda anos para que a sentença seja executada definitivamente (*morosidade*), e as condenações são relativamente baixas.

É neste cenário que ganha relevância a terceira função da responsabilidade civil: a *punitiva*. Nesta hipótese, permite-se que o *quantum* indenizatório exceda o efetivo dano experimentado, a fim de punir o agente e dissuadi-lo a reincidir na prática lesiva.

Aqui, uma análise econômica do direito revela o acerto da conclusão. Como bem observou Diamond,

The widely recognized law-and-economics argument that compensatory damages will induce efficiency (in the absence of a need for incentives for victims), points out that if compensatory damages equal the monetary value of the harm to others, then a rational decision maker will weigh the value of the harm to others along with the net gain of any activity in deciding whether to engage in the activity”,(1997, p. 4).

É razoável presumir que os agentes agem racionalmente, sopesando os benefícios hauríveis e os custos possíveis, sempre que a expectativa de lucro superar a do prejuízo, eles tenderão a praticar a conduta. A situação se agrava à medida que o custo social não é internalizado pelo agente.

Por exemplo, quando uma companhia de transporte aéreo reiteradamente pratica *overbooking*, de forma a deixar alguns consumidores sem assento no voo, haverá, evidentemente, um dano individual (consumidor, que perde o seu voo) e social (a sociedade passa a se sentir insegura, pois exposta a essa prática, não sabe se de fato conseguirá embarcar ao comprar uma passagem aérea). Neste caso, a empresa poderá ser forçada a indenizar alguns consumidores – aqueles que recorrerem ao judiciário –, mas nem todos o farão. Ademais, caso não se admita o dano social, ela jamais responderá por esta lesão à comunidade em sua tranquilidade. Desta forma, não é improvável que, ao ponderar os custos e os benefícios, conclua que recompensa empreender esta prática comercial abusiva.

Como bem ponderou o Des. Eugênio Facchini Neto, “*Um Direito que se preste, que mereça o respeito do cidadão, deve sempre ser mais esperto do que o torto... E, por vezes, a forma de se esvaziar o lucro indevido do ‘torto’ é mediante a aplicação da função punitiva*”¹³.

Esse caso julgado pelo TJRS tratava de uma fraude lotérica que enganou diversos consumidores. Com absoluto acerto, consignou o citado Desembargador, Relator do processo em grau recursal: “*Se, na espécie, for aplicada apenas a função reparatoria da responsabilidade civil, nós apenas iremos mandar devolver os míseros valores gastos com as*

¹³ AC 71001264001, Rel. Des. Eugênio Facchini Neto, TJRS – Primeira Turma Recursal Cível, DJ 26/07/2007.

cartelas. Em sendo assim, como já assinalado, seria até mesmo caso de carência de ação por ausência de interesse juridicamente relevante, pois o custo para mover a máquina judiciária seria incomparavelmente maior do que o resultado útil da demanda para os autores. E com isso os responsáveis pela fraude poderiam sair para comemorar os resultados: montaram uma loteria fraudada, lograram [enganar] milhões de gaúchos e se apropriaram ilicitamente do lucro da 'operação', enquanto não foi ela descoberta. Agora bastaria reservar parte do numerário para pagar excelentes advogados para tentar levar o processo à prescrição ou explorar, 'in favor reo', as dúvidas que certamente subsistiriam. Será essa a proteção que a sociedade espera de seu ordenamento jurídico? Será este o papel a ser desempenhado pelo Poder Judiciário? Entendo que não".

De fato, a função reparatória tradicional seria inócua para prevenir a reiteração dessa prática antijurídica, indesejada e abusiva. Simplesmente determinar a reparação da lesão aos que apostaram na loteria acabaria por premiar o comportamento dos fraudadores, que perceberiam lucro superior ao valor indenizado. Por esse motivo, permitiu-se que a responsabilidade civil desempenhasse função dissuasória e punitiva. Inclusive, reconheceu-se a ocorrência de danos sociais. O acórdão foi assim ementado:

TOTO BOLA. SISTEMA DE LOTERIAS DE CHANCES MÚLTIPLAS. FRAUDE QUE RETIRAVA DO CONSUMIDOR A CHANCE DE VENCER. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. DANOS MATERIAIS LIMITADOS AO VALOR DAS CARTELAS COMPROVADAMENTE ADQUIRIDAS. DANOS MORAIS PUROS NÃO CARACTERIZADOS. **POSSIBILIDADE, PORÉM, DE EXCEPCIONAL APLICAÇÃO DA FUNÇÃO PUNITIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL. NA PRESENÇA DE DANOS MAIS PROPRIAMENTE SOCIAIS DO QUE INDIVIDUAIS, RECOMENDA-SE O RECOLHIMENTO DOS VALORES DA CONDENAÇÃO AO FUNDO DE DEFESA DE INTERESSES DIFUSOS.** RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. [...]

2. Ausência de danos morais puros, que se caracterizam pela presença da dor física ou sofrimento moral, situações de angústia, forte estresse, grave desconforto, exposição à situação de vexame, vulnerabilidade ou outra ofensa a direitos da personalidade.

3. **Presença de fraude, porém, que não pode passar em branco. Além de possíveis respostas na esfera do direito penal e administrativo, o direito civil também pode contribuir para orientar os atores sociais no sentido de evitar determinadas condutas, mediante a punição econômica de quem age em desacordo com padrões mínimos exigidos pela ética das relações sociais e econômicas. Trata-se da função punitiva e dissuasória que a responsabilidade civil pode, excepcionalmente, assumir, ao lado de sua clássica função reparatória/compensatória. "O Direito deve ser mais esperto do que o torto", frustrando as indevidas expectativas de lucro ilícito, à custa dos consumidores de boa fé.**

4. Considerando, porém, que os danos verificados são mais sociais do que propriamente individuais, não é razoável que haja uma apropriação particular de tais valores, evitando-se a disfunção alhures denominada de *overcompensation*. Nesse caso, cabível a destinação do numerário para o Fundo de Defesa de Direitos Difusos, criado pela Lei 7.347/85, e aplicável também aos danos coletivos de consumo, nos termos do art. 100, parágrafo único, do CDC. Tratando-se de dano social ocorrido no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, a condenação deverá reverter para o fundo gaúcho de defesa do consumidor.

(AC 71001264001, Rel. Des. Eugênio Facchini Neto, TJRS – Primeira Turma Recursal Cível,

Não obstante, há considerável resistência doutrinária e jurisprudencial à admissão de uma função punitiva da responsabilidade civil no Direito brasileiro. A rejeição se lastreia, essencialmente, a considerações de três ordens, muitas vezes levantadas para obstaculizar a responsabilização por danos sociais¹⁴:

- (i) Afirma-se que, a teor do artigo 944 do Código Civil, “*a indenização mede-se pela extensão do dano*”. Assim, a função punitiva da responsabilidade civil não encontraria abrigo na legislação em vigor, que veda uma indenização que perpassasse os danos efetivamente sofridos.
- (ii) Argumenta-se que não seria papel do Direito Civil punir o jurisdicionado infrator, mas sim do Direito Administrativo e Penal. O ramo do Direito Privado deve se preocupar com questões estritamente patrimoniais (reparar o dano), não incursionando na esfera punitiva.
- (iii) Pondera-se que permitir que o *quantum* indenizatório supere o efetivo dano acabaria por viabilizar o enriquecimento sem causa.

Tais argumentos, em nosso sentir, são inaplicáveis em relação aos danos sociais, conforme tentaremos demonstrar.

2.4. A FEIÇÃO EMINENTEMENTE REPARATÓRIA DO DANO SOCIAL. DESCONSTRUÇÃO DOS ARGUMENTOS DA AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL E DA FEIÇÃO PUNITIVA

Como salientado, os danos sociais decorrem de uma conduta culposa *lato sensu* que viola um bem jurídico (paz social, tranquilidade, segurança jurídica) e causa efetiva lesão. Por esse motivo, a sua quantificação é apurada em atenção à extensão do dano; não pode, como regra, ficar além, nem aquém deste valor (a dificuldade de se mensurar a lesão a um bem metaindividual, extrapatrimonial e incindível está em outro plano).

Dessa forma, no que tange à responsabilização por dano social, deve-se seguir a teoria tradicional da responsabilidade civil: verificar se houve uma conduta (ação ou omissão), se ela gerou um dano ao bem jurídico (paz social, tranquilidade, confiança, segurança), se há nexo de causalidade, nos casos em que a causalidade é exigida (*e.g.* tratando-se de dano ambiental, poderia ser dispensada a relação direta de causa e efeito, em atenção à teoria do risco integral, inclusive no tocante aos danos sociais) e se há culpa em sentido amplo (caso

¹⁴ A respeito, ver Antônio Junqueira de Azevedo (*Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social*, Revista Trimestral de Direito Civil, 2004, jul./set.) e Paulo Nader (Curso de Direito Civil, vol. 7, Ed. Forense, 2010).

seja hipótese de responsabilidade subjetiva).

Entendemos, portanto, que os danos sociais são lesões como quaisquer outras, figurando ao lado do dano material, moral, estético e por perda de uma chance (sendo que esta última pode causar tanto um dano patrimonial quanto extrapatrimonial, nos termos do enunciado 444 aprovado na V Jornada de Direito Civil, ao qual aderimos¹⁵).

Nos permitimos enfatizar: há, concretamente, um dano experimentado pela sociedade: a quebra de confiança, geradora de intranquilidade social, diminuição da segurança e, em último plano, do bem-estar coletivo.

Assinale-se que, acolhida a inteligência 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 que isto, não é admissível conceber uma injusta lesão a direito juridicizado que esteja imune à sindicância jurisdicional.

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 que é aplicável à grande maioria dos casos de danos sociais nas relações próprias da *mass consumption society*.

Mesmo para as relações que não sejam consumeristas, a *restitutio in integrum* se impõe como decorrência da aplicação direta da Carta Constitucional, que 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.

Acrescente-se que a *Magna Carta* também prevê o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV), de modo que a 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, desde que provocado para tanto. É insensato crer que o dano social estaria à margem de sua cognição e sindicância.

Não é outra a conclusão a que chega o Professor Junqueira de Azevedo, ao afirmar que “*O art. 944 no Código Civil, ao limitar a indenização à extensão do dano, não impede*

¹⁵ En. 444, CJP/STJ: “*Art. 927. A responsabilidade civil pela perda de chance não se limita à categoria de danos extrapatrimoniais, pois, conforme as circunstâncias do caso concreto, a chance perdida pode apresentar também a natureza jurídica de dano patrimonial. A chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos*”.

*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).

A bem da verdade, ao não se admitir o dano social, acaba-se por negar a própria existência de condutas que possam violar a 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. Raciocínio nesse sentido faz tábula rasa dos axiomas constitucionais.

Explicamos: 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 se reconhece 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. Dessa feita, qualquer ato que viole seus direitos de personalidade passa a ser alvo da responsabilidade civil (2014).

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 que o dano social não é, *a priori*, expressão da função punitiva da responsabilidade civil, mas aplicação de sua função reparatória e, indiretamente, preventiva/dissuasória.

Portanto, com o devido respeito, não concordamos com a posição adotada pelo STJ no julgamento da Reclamação 12.062, reiterada na decisão monocrática do Ministro Luis Felipe Salomão 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*¹⁶.

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.

Em tempo, cumpre salientar que tampouco parece ser escoreita a conclusão a que chegou o TJRS no julgamento do já mencionado recurso cível nº 71001264001, embora elogiável a visão vanguardista da Corte. É que, contrariamente ao quanto então afirmado, os danos sociais não possuem função precipuamente punitiva (itens 3 e 4 do acórdão – *supra*).

No tema, oportuno enfatizar a feição eminentemente reparatória (a rigor, *compensatória*) dos danos sociais. É verdade que podem, a título subsidiário, ostentar função punitiva, mas isso será condicional e vinculado à função compensatória. Aplica-se o mesmo raciocínio relativo aos danos morais, já consagrado pela jurisprudência majoritária: “*A indenização por dano moral está revestida de um caráter principal reparatório e de um caráter pedagógico ou disciplinador acessório, visando a coibir novas condutas. Mas esse caráter acessório somente existirá se estiver acompanhado do principal*” (Tartuce, 2012, p. 460 – grifos originais).

Vale dizer, presente o dolo ou a culpa grave, é possível que os danos sociais transcendam a esfera meramente ressarcitória para desestimular a prática da conduta, punindo o agente. Mas isto será eventual e acessório; não a regra.

Portanto, consideramos insubsistente o argumento de que inexistiria permissão legal para a condenação por danos sociais, bem assim que tais danos ostentariam caráter punitivo incompatível com a sistemática da responsabilidade civil pátria.

2.5. A LEGITIMIDADE PARA SE PLEITEAR A REPARAÇÃO DO DANO SOCIAL

Ponto delicado e complexo, e de grande significado prático, diz respeito à legitimidade para se pleitear danos sociais.

De partida, a premissa que deve ser firmada é a de que os danos sociais se originam da violação a um bem jurídico transindividual e incindível. Uma prática comercial abusiva, ao abalar a tranquilidade social, lesa uma pluralidade indefinida de pessoas. Dentro da comunidade de lesados, não é possível dizer que um foi mais afetado que outro, pois a deterioração da paz social é sentida por todos aqueles expostos à conduta lesiva, genericamente.

¹⁶ AgRg na Rec. 13.200/GO, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, STJ, 27/08/2013.

Posto isso, não há dúvida de que, ao pleitear indenização por danos sociais, se está a defender um direito alheio – da coletividade –, em nome próprio. A qualidade do postulante é, portanto, de substituto processual¹⁷.

Consoante jurisprudência e doutrina prevalente, a legitimação extraordinária exige previsão legal específica ou deve decorrer da lógica do sistema jurídico. Parece-nos que, na espécie, é possível reconhecer a legitimidade extraordinária do indivíduo lesado como decorrência implícita do sistema jurídico, à míngua de expressa admissão normativa.

A razão é simples: seria ilógico exigir-se a dupla movimentação da máquina judiciária, quando uma só seria suficiente. O lesado ajuizará a ação postulando a condenação em danos materiais e/ou morais. Constitui flagrante ineficiência determinar o ajuizamento de outra ação (por exemplo, pelo Ministério Público), somente para que se reconhecesse a ocorrência de danos sociais, posto que tal resultado poderia ser satisfatoriamente alcançado no processo movido pela vítima. O Direito é ciência social aplicada. Sua interpretação não deve ser feita de forma ignorante à realidade social, desembocando em conclusões contraproducentes; convém o pragmatismo.

Como argumento de reforço, pontuamos a cláusula constitucional que ordena a razoável duração do processo e assegura meios que proporcionem celeridade na tramitação (art. 5º, LXXVIII, da CF). A acompanhar o comando constitucional está o novel Código de Processo Civil, que elenca, como princípio fundante do processo, a eficiência (art. 8º da Lei 13.105/15).

Acolhido o entendimento aqui defendido, a responsabilidade civil será mais eficiente na realização de sua função compensatória e preventiva, e mais efetiva, na medida em que se aumentariam as chances de o agente infrator responder pelo dano social causado. Doutro lado, não haverá qualquer violação aos direitos e faculdades materiais e processuais do réu.

Insta destacar que a finalidade da legitimação extraordinária é justamente potencializar a *efetividade* da defesa do interesse violado, como bem acentuou Nicolò Trocker¹⁸. Assim, a substituição processual há de ser admitida como método de racionalização do processo e realização do princípio da efetividade processual.

Acerca do tema, preleciona Cândido Dinamarco que “*É crescente o emprego da*

¹⁷ Adotamos os termos “legitimidade extraordinária” e “substituição processual” como sinônimos, mas as conclusões em nada se alterariam se acolhida a diferenciação conceitual sugerida por parcela da doutrina.

¹⁸ A respeito, ver *La tutela giurisdizionale degli interessi diffusi con particolare riguardo alla protezione dei consumatori contra atti di concorrenza sleale* (Trocker, Nicolò) in *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato*.

técnica da legitimidade extraordinária para causas referentes a direitos e interesses supra-individuais. Tal é o sinal da ‘transmigração do individual para o coletivo’, que se revela como uma das características mais destacadas das recentes evoluções do direito processual no Brasil” (2005, pp. 311-312). Complementa Humberto Bernardina de Pinho, que, “*atualmente, temos verificado grande ampliação dos limites estabelecidos pelo art. 6º do CPC, em razão da própria necessidade de adequação dos institutos processuais, concebidos sobre bases eminentemente individualistas, aos conflitos da sociedade contemporânea marcada pela massificação das relações*” (2012, p. 190).

Decerto, aqueles apegados à literalidade do art. 6º do CPC¹⁹ sustentarão a ilegitimidade *ad causam* do indivíduo lesado. Não obstante, ainda assim, não há qualquer dúvida de que aqueles entes legitimados a promover a ação civil pública para a defesa de direitos coletivos *lato sensu* também poderão requerer a condenação em danos sociais, já que eles ora se apresentam como danos difusos, ora como danos coletivos *strictu sensu*, de modo a atender ao disposto no art. 1º, IV, da Lei 7.347/85²⁰.

Logo, a teor do art. 5º do mencionado Diploma normativo, possuem legitimidade para pleitear a indenização por danos sociais: (i) o *Ministério Público*, (ii) a *Defensoria Pública* (em favor dos necessitados), (iii) a *Administração Pública Direta* (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) – desde que haja pertinência temática, para uns, ou interesse de agir, para outros –, (iv) a *Administração Pública Indireta* (autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista) – novamente se exigindo pertinência temática ou, mais amplamente, interesse de agir –, e (v) as *associações constituídas há pelo menos 1 ano* (se inaplicável o § 4º do art. 5º da LACP²¹), que contemplem, dentre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

A propósito, em recente julgamento o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que somente os legitimados para a propositura de ações coletivas poderiam pleitear danos sociais. Na ocasião, ponderou-se:

¹⁹ CPC, Art. 6º Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.

²⁰ Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: [...] IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

²¹ LACP, Art. 5º, § 4.º O requisito da pré-constituição poderá ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

“Impende ressaltar que, mesmo que houvesse pedido de condenação em danos sociais na demanda em exame, o pleito não poderia ter sido julgado procedente, pois esbarraria na ausência de legitimidade para postulá-lo. Isso porque, os danos sociais são admitidos somente em demandas coletivas e, portanto, somente os legitimados para propositura de ações coletivas têm legitimidade para reclamar acerca de supostos danos sociais decorrentes de ato ilícito, motivo por que não poderiam ser objeto de ação individual.” (Rcl 12.062-GO, Rel. Ministro Raul Araújo, julgado em 12/11/2014).

Portanto, contrariamente ao quanto defendido neste artigo, aquele Tribunal Superior posicionou-se pela ilegitimidade do indivíduo lesado para postular a reparação de danos sociais.

Não obstante, ainda que acolhida a referida inteligência pretoriana, entendemos que qualquer *cidadão* poderá pleitear indenização por danos sociais, desde que a conduta violadora afete o patrimônio público, a moralidade administrativa, o meio ambiente ou o patrimônio histórico e cultural, por meio da ação popular (art. 5º, LXXIII, da CF, regulamentado pela Lei 4.717/65). Neste caso, por ter a ação popular uma disciplina normativa específica, *a priori*, não seria possível cumular pedido de indenização por danos individuais, porquanto a Lei 4.717/65 não o permitiria.

Eis o esboço do atual entendimento pretoriano e do nosso posicionamento: o STJ restringe a legitimidade ativa àqueles entes legitimados à propositura de ações coletivas. Logo, somente eles poderiam vindicar compensação por danos sociais. De qualquer modo, afigura-nos compatível com essa inteligência, embora não tenha havido manifestação específica da Corte, o reconhecimento da legitimidade do cidadão para pleiteá-los, desde que o faça por meio de ação popular, eis que esta via jurisdicional fora engendrada justamente para a defesa de direitos coletivos *lato sensu*. Com respeito àqueles que pensam contrariamente, nós ousaríamos ir além, para reconhecer a legitimidade extraordinária de qualquer lesado, pelos argumentos expostos.

2.6. A DESTINAÇÃO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO: COMO EVITAR O ENRIQUECIMENTO ILÍCITO

A destinação da indenização por danos sociais é questão que se encontra, igualmente, no campo das inflamadas discussões. Todavia, não poderíamos fugir ao debate.

A nosso ver, não se deve permitir a integral apropriação da quantia indenizatória por um só indivíduo, pelas razões a seguir aduzidas. O dano social, conforme visto, é uma lesão a direito transindividual. Dessa forma, não faria sentido haver uma apropriação particular da respectiva indenização, sob pena de legitimarmos o enriquecimento sem causa: se a sociedade

experimentou o dano, é ela, sociedade, que deve ser indenizada. Em complemento, por ser incindível o direito à percepção de danos sociais, não faria sentido buscar eventuais lesados e fracionar igualmente o valor da indenização. A paz social, o bem-estar coletivo, não é apropriável por uma só pessoa, de modo que não o deve ser a indenização decorrente de sua violação.

Embora sustentemos que a integralidade do valor pago à título de compensação por danos sociais não deva ser destinado a apenas um dos lesados, nada obsta que parcela dela seja entregue àquele que moveu a ação na qual houve a condenação do infrator. O equacionamento da controvérsia, por conseguinte, é mais complexo e merece análise detida.

Por um lado, quando for movida ação civil pública pelos entes legalmente admitidos como substitutos processuais (v.g. Ministério Público ou Defensoria Pública), o tema não encerra maiores entraves: o *quantum indenizatório* deve ser integralmente destinado a um fundo, preferencialmente ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos²². Isso porque, ao pleitearem a reparação, apenas buscam realizar as finalidades para as quais foram concebidas. Mesmo as associações (pessoas jurídicas de direito privado), para serem legitimados à propositura da ação civil pública, devem ter, dentre suas finalidades, a defesa contra o ato que lesou a coletividade e, por isso, ocasionou danos sociais.

Doutro lado, caso a ação seja ajuizada pelo indivíduo lesado (o que defendemos ser possível, por reconhecermos sua legitimação extraordinária implícita ao sistema jurídico), revela-se prudente conferir-lhe o direito subjetivo à percepção de parcela da verba.

Note que o indivíduo, ao vindicar indenização por danos sociais, assume todos os **custos** do processo (v.g. recolhimento das custas processuais, calculadas sobre o valor atribuído à causa, que deve contemplar os danos sociais estimados, contratação de advogado etc.) e **riscos** inerentes à possível improcedência (v.g. condenação nas verbas de sucumbência). Logo, o seu esforço deve ser recompensado. Caso contrário, não haveria qualquer incentivo para que ele postulasse a *restitutio in integrum*, no qual se incluem os danos sociais. Isso, por questão de lógica elementar, acabaria por estiolar a função preventiva-dissuasória da responsabilidade civil.

Embora concordemos com Junqueira de Azevedo que “*para a obtenção da indenização, foi ela [a vítima] que de fato trabalhou. O operário faz jus ao seu salário*” (2004, p. 217), não nos parece ser adequada a integral apropriação particular, como defendeu o mestre das arcadas, sob pena de haver injusto enriquecimento.

²² Este fundo foi criado pela Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) e regulamentado pelo Decreto 1.306/94.

Por isso, para que haja um equilíbrio entre equidade e incentivos, é recomendável que parcela da indenização por danos sociais permaneça com o indivíduo lesado que moveu a ação e foi bem sucedido. O restante deverá ser destinado ao fundo. Essa repartição teria de ser disciplinado por lei ou pela jurisprudência que, diante da lacuna legal, poderia servir-se da equidade para integrar o ordenamento jurídico.

Cabe acentuar que os Estados Unidos da América acolheu mecanismo semelhante ao que propomos, vigendo, naquele país, o instituto do *qui tam*. O termo é uma abreviação da locução latina *qui tam pro domino rege quam pro sic ipso in hac parte sequitur*, o que, em tradução livre, corresponderia a “quem, tanto a bem do Rei quanto por si mesmo, processa por tal questão”.

As leis reguladoras do *qui tam* o restringe a casos específicos, tal como *health care fraud* e *defense fraud*. De forma sucinta, é este o funcionamento do mecanismo: o particular, ao perceber a ocorrência de uma grave fraude, pode mover uma ação contra o(s) fraudador(es), fazendo as vezes de *state prosecutor*. Admitida a ação, é intimado o Poder Público, que terá um lapso temporal prefixado para investigar a questão e decidir se deseja assumir a titularidade. Caso o *state prosecutor* assuma o polo ativo, o particular tem direito a permanecer como parte. Ao final, julgado procedente o pedido, o particular recebe um percentual do valor da condenação pecuniária imposta ao réu. Este percentual aumenta caso o Estado não assuma o polo ativo, prosseguindo na ação apenas o indivíduo. Até o ano de 2000, o particular recebia em média 18% da condenação se atuasse ao lado do Estado e 28% nas hipóteses em que prosseguia como autor individualmente.

Os insígnias acadêmicos Robert Cooter e Nuno Garoupa elogiam as leis acolhedoras do *qui tam*, exaltando sua comprovada efetividade. Apontam:

A memorandum released by the Justice Department in 1995 asserts that the U.S. recovered over \$1 billion in civil fraud cases brought under the whistleblower provisions of the False Claims Act in the 9 years after 1986. By 1999, recoveries from *qui tam* suits had risen to \$2.5 billion [...]. Whistleblowers averaged 18% of the total award in cases taken over by the government, which accounted for all but 3% of cases by dollar value. Whistleblowers averaged 28 percent of the proceeds in the 3% of cases where they proceeded without the government. *Qui tam* recoveries were about one-third of total fraud recoveries by the federal government during the period 1987-1995. *We know of no attempt to measure the deterrence effect of qui tam, which is presumably much larger than the recoveries*” (Cooter & Garoupa, 2000, p. 7, grifo nosso).

O *qui tam* poderia ser importado do Direito norte-americano e aplicado ao Direito pátrio, notadamente em relação aos danos sociais, sem maiores dificuldades, apenas se efetuando as adaptações necessárias. Desse modo: qualquer cidadão teria legitimidade para ajuizar a ação pleiteando danos sociais (poderia até cumular este pedido com indenização por

danos individuais). Recebida a inicial (portanto, sendo positivo o juízo de admissibilidade), abrir-se-ia vista ao Ministério Público para que se manifestasse acerca do interesse em assumir a titularidade da ação, exclusivamente quanto aos danos sociais. Três situações poderiam ocorrer:

- (i) O *parquet* entende que deve colher maiores elementos de informação para formular sua opinião. Neste hipótese, entendemos que o processo do indivíduo deveria prosseguir, inclusive em relação aos danos sociais. O MP poderá instaurar inquérito civil público para apurar os fatos, mas isso não obstaculizaria a ação privada. Veja que não haverá prejuízo à sociedade, pois a coisa julgada, em relação aos danos sociais, se formaria *secundum eventum probationis*, já que se trata de direito coletivo *strictu sensu* ou difuso (a depender do caso concreto)²³. Logo, se o MP descobrir novas provas, poderá ajuizar outra ação, mesmo que a primeira tenha culminado em improcedência.
- (ii) O órgão ministerial decide assumir a titularidade. Neste caso, desmembra-se a ação do indivíduo, que prosseguirá quanto aos danos individuais, formando-se autos suplementares para o processamento do pedido de indenização por danos sociais. Nesta segunda ação, o indivíduo poderia optar por intervir na qualidade de assistente simples do MP. Entendemos inadequado admitir o particular como assistente litisconsorcial, pois, não sendo titular do Direito em discussão, deverá sua atuação ser subsidiária à do MP, constitucionalmente vocacionado à defesa de interesses sociais (art. 127, *caput*).
- (iii) O Ministério Público decide por não assumir a titularidade. Nesta situação, a ação privada prosseguiria integralmente, ocupando o polo ativo apenas o indivíduo. Evidentemente, não poderia haver transação em relação aos danos sociais, já que ninguém pode dispor de direito do qual não é titular. Logo, caso as partes transijam, será apenas em relação aos danos individuais, podendo a ação ser extinta ou não, mas não se formará coisa julgada material em relação aos danos sociais.

Para que mecanismo desse tipo fosse implementado seria preciso uma regulamentação legal específica, o que é improvável a médio prazo.

Todavia, pode-se, desde já, reconhecer a legitimidade do indivíduo para pleitear danos sociais. Adicionalmente, a nosso ver, eventual repartição do *quantum* indenizatório pode ser realizada entre o indivíduo e um *fundo público*, cabendo à jurisprudência realizar a integração

²³ No presente artigo não abordaremos a formação da coisa julgada em relação à ação em que se pleiteia indenização por danos sociais e/ou condenação por responsabilidade civil punitiva. Contudo, entendemos que se aplicaria, em princípio, a sistemática própria das ações coletivas (Constituição Federal, Lei 7.347/86 e Lei 8.078/90), com algumas peculiaridades próprias dos institutos em exame, apontadas ao longo do texto.

do ordenamento jurídico, diante da lacuna normativa, procedendo a uma distribuição equitativa de valores.

De qualquer modo, até que uma dessas duas hipóteses ocorra – (i) disciplina legal dos danos sociais, da legitimidade do indivíduo para postular a reparação e repartição do *quantum* indenizatório ou (ii) integração jurisprudencial do ordenamento jurídico, mediante técnicas de distribuição equitativa de valores –, seria preferível que a verba indenizatória dos danos sociais fosse destinada integralmente ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos, para afastar qualquer argumento de enriquecimento ilícito.

2.7. ACEITAÇÃO DOS DANOS SOCIAIS

Os danos sociais se colocam como importante instrumento de tutela da paz social, da confiança e da segurança jurídica, frequentemente violentadas no contexto da sociedade de consumo de massa.

Tal categoria jurídica desvela a obrigação de indenizar um dano efetivamente causado e experimentado por uma coletividade de pessoas, de modo que assume feição eminentemente reparatória e, por consequência, estimula a prevenção de novos ataques a tais bens jurídicos.

É importante pontuar que a responsabilização por danos sociais segue o regime jurídico tradicional da responsabilidade civil, devendo-se inquirir se houve uma conduta imputável ao agente, se tal ação ou omissão foi causa do dano social, se de fato está configurada a lesão ao bem estar coletivo e, por fim, se houve culpa ou dolo do agente. Evidentemente, nos casos em que se prescinde do nexo de causalidade (v.g. teoria do risco integral), bem como nas hipóteses em que não se investiga a culpa *lato sensu* do agente (v.g. responsabilidade objetiva), tampouco deverão tais fatores influir na sua responsabilização.

A aceitação dos danos sociais se impõe como inferência necessária da própria concepção da *restitutio in integrum*. Todos os danos ilegítimamente causados devem ser indenizados, incluindo-se as lesões a direitos metaindividuais, inteligência extraível do próprio art. 944 do Código Civil.

Não obstante, ainda que acolhido o quanto ora defendido, poderão haver situações em que uma maior penalização do agente se mostra necessária, a fim de que a responsabilidade civil desempenhe papel preventivo efetivo. Sempre que o mero ressarcimento de danos causados não dissuadir o 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*, que passará a ser estudado na seção seguinte.

3. DA PRESTAÇÃO PUNITIVA

3.1. O DIREITO CIVIL PUNITIVO

Registre-se, de início, que é falacioso o argumento de que o Direito Civil não se ocupa da punição. “*Em várias situações, o próprio Código Civil emprega até mesmo a palavra ‘pena’. Assim, exemplificativamente, após prever que o herdeiro que sonega bens da herança perde o direito que sobre eles tinha (art. 1992) determina (art. 1993) ‘além da pena cominada no artigo antecedente, se o sonegador etc. etc.’. Nos artigos 939 e 940, o Código prescreve que o credor ganancioso que cobra o devedor antes do vencimento da dívida ou demanda por dívida já paga sofre sanções patrimoniais e, no artigo 941, determina: ‘as penas previstas nos arts. 939 e 940 não se aplicarão etc. etc.’*” (Junqueira, 2004, p. 213).

O civilista atento perceberá, com facilidade, que o Direito privado adota medidas punitivas ao disciplinar diversas relações jurídicas (sucessão, obrigações, condomínio, família, consumerista). Sendo assim, não são apenas leis criminais que buscam punir aqueles que as violam.

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 preventiva, 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 faz tábula rasa do princípio da subsidiariedade e suplantar qualquer significado que se lhe possa atribuir.

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.

Para arrematar, serve a percuciente lição de Ricardo Lorenzetti, segundo o qual o Direito privado deve ser concebido como forma de controle difuso do poder²⁴. Não dotar o Direito Civil de eficácia dissuasória significa renegar sua capacidade de controle.

Destarte, inexistente empecilho constitucional ou legal para que institutos do Direito Civil desempenhem função punitiva, exigindo-se, apenas, previsão normativa específica, pois não há sanção sem previsão legal.

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

3.2. 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 advirão quaisquer benefícios de condutas antijurídicas.

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

Conforme advertiu Lorde Devlin ao julgar o caso *Rookes v. Bernard* (1964), “[W]here a defendant with a cynical disregard for a plaintiff’s rights has calculated that money to be made out of his wrongdoing will probably exceed the damages at risk, it is necessary for the law to show that it cannot be broken with impunity”.

Naquela oportunidade, consignou o magistrado inglês que “*Exemplary damages can properly be awarded whenever it is necessary to teach a wrongdoer that tort does not pay...*”.

A tradição do *common law* firmou o entendimento de que 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 *Re the Exxon Valdez*²⁵, o corpo de jurados de Anchorage, do

²⁴ *apud* TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito do Consumidor*.

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 or callous disregard for the rights of others.

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 circumstances²⁶.

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: "... *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*" (2007, p. 100).

Não se pretenderá propor critérios de quantificação dos *punitive damages*, uma vez que o tema é controvertido até mesmo nos países que os aceitam²⁷. Aliás, os supracitados

²⁵ A respeito, ver The Supreme Court Sets New Punitive Damage Limits Under Federal Common Law (Thomas & Scolnick, Class Action Watch), e United States Court Of Appeals For The Ninth Circuit, nº. 04-35182.

²⁶ Phase I Jury Instructions No. 28, Clerk's Docket No. 5309.

²⁷ 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 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

autores criticam a inconsistência na aplicação do instituto, geradora de decisões conflitantes em relação ao *quantum* indenizatório, a que denominam *liability disparity*²⁸.

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

3.3. PUNITIVE DAMAGES X DANOS SOCIAIS

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

Os *punitive damages* somente são cabíveis no caso de dolo ou culpa grave. Ademais, o seu arbitramento necessariamente superará o valor do dano, conquanto 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 *apenar* 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, uma vez que quebra a 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*

outras ações privadas em curso etc. (*Punitive damages: an economic analysis*, in Harvard Law Review, vol. 111, n. 4, Fed./1998, pp. 869-962).

²⁸ Vide Cooter & Ulen, 2007, Chapter 9, pp. 367-412.

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 objetiva²⁹.

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.

3.4. A NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO DA PRESTAÇÃO PUNITIVA NO DIREITO BRASILEIRO

É chegada a ora de abandonarmos a vetusta concepção, que remonta à Lei do Talião, de que o papel da responsabilidade civil se restringiria a impingir àquele que causou um dano a terceiro, outro dano de equivalente extensão (*olho por olho, dente por dente*). Veja que a limitação da indenização aos danos causados se fundamenta nesse ideal inscrito na *lex talionis*; apresenta como traço evolutivo o fim de tornar a vítima indene, ao invés de apenas impingir um *dano* ao agente violador da ordem jurídica.

A compreensão da matéria merece atualização, de modo a conceber a responsabilidade civil como instrumento relevante para regular as relações intersubjetivas, capaz de estimular as pessoas, físicas e morais, a exercitarem fidelidade ao Direito. A prevenção é preferível 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.

²⁹ 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”.

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 em que, mesmo após indenizar danos sociais, danos individuais patrimoniais e extrapatrimoniais, o benefício auferido pelo agente infrator compense este custo. Tal ilação se reforça diante da já mencionada *demanda reprimida* existente na sociedade brasileira, aliada à morosidade da atuação do Poder Judiciário.

Vejamos um caso real julgado aos 28/08/2014³⁰. Determinado dia, André dirigiu-se ao Banco X. Ao ingressar na instituição financeira, entendeu ser necessário o atendimento pessoal. De modo geral, as legislações municipais estabelecem como limite do tempo de espera 15 minutos. Contudo, André aguardou 3 horas e 2 minutos para ser atendido, ou seja, mais de 12 vezes o teto do limite legal. Por esse motivo, ajuizou ação na qual requereu compensação por danos morais. No caso, o magistrado acolheu seu pleito e arbitrou indenização no valor de R\$ 10.000,00. Infelizmente, não foram reconhecidos danos sociais (provavelmente porque não pleiteados pelo autor da demanda). Assim, após transitar em julgado a sentença, que demorará alguns meses ou até anos, caso haja recurso, o Banco X será obrigado a pagar R\$ 10.000,00 a André (presumindo-se que o *quantum indenizatório* não se altere).

Veja que o Banco X é um ente racional. Ao deliberar acerca do número de funcionários que irá contratar, sopesa os custos decorrentes do aumento do seu quadro de pessoal, com os custos que suportará caso deixe de admitir outro(s) empregado(s). Caso decida não contratar ninguém, correrá o risco de ser condenado civilmente pelo descumprimento das regras municipais do tempo máximo que o consumidor poderá esperar para ser atendido. A instituição financeira não avalia o grave aborrecimento sofrido pelos consumidores que aguardam horas para serem atendidos, pois esse custo não é internalizado. Por outro lado, internaliza o custo decorrente da mácula à imagem da empresa em virtude de uma condenação cível, mas, infelizmente, no Brasil não é atribuído grande valor ao sancionamento judicial cível, visto como algo usual.

Assim, certamente a conclusão a que chegará a instituição financeira é a de que compensa violar os direitos do consumidor, pois poucos recorrerão à Justiça contra essa lesão e os que assim fizerem somente obterão indenização após longo período; em contrapartida os

³⁰ O caso é real, mas os nomes foram alterados para preservar a identidade das partes.

dispêndios oriundos da relação de emprego são altos e imediatos. Para agravar a situação, essa conclusão é relativamente constante, de forma que o Banco X nem correrá o risco de perder clientela, pois todos os seus concorrentes seguem o mesmo raciocínio e chegam à mesma ilação: é mais rentável prejudicar o consumidor do que contratar empregados. Logo, o Banco X repetirá a escolha prejudicial aos consumidores, afinal, como bem pontua Ivo Gico Jr., “uma pessoa será racional quando continuar desenvolvendo uma atividade enquanto ela ganhar [ou deixar de perder] com isso” (Timm [org.], 2014, p. 26).

Aliás, naquele caso o juiz reconheceu que

...temos o grande problema das filas em banco ou do atendimento nas agências bancárias. Geralmente, as legislações municipais determinam que o atendimento não pode superar 15 minutos. Cumpra aos bancos investir no seu quadro de pessoal, para que os consumidores sejam bem-atendidos. As instituições financeiras têm a obrigação constitucional de promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade (CF, art. 192). A política das instituições financeiras, porém, vai na contramão. Funcionários são demitidos. A demora no atendimento do consumidor é cada vez maior. Os lucros dos bancos crescem, a avalanche do dinheiro sobre o desprotegido direito do consumidor. A reparação, portanto, serve não apenas ao direito do consumidor individual, mas também à coletividade, já que as instituições financeiras se verão obrigadas a investir em pessoal qualificado e a atender melhor à população.

Contudo, limitou-se a condenar o Banco X em R\$ 10.000,00 a título de danos morais.

É preciso reconhecer que o magistrado determinou o encaminhamento de cópias da sentença ao Ministério Público, à Prefeitura e ao Procon, para que tais entes tomassem providências, por exemplo, para aplicar multas. Mas é patente a irracionalidade e a ineficiência de tal mecanismo: o Poder Judiciário reconhece a lesão ao Direito, revela estar ciente do crescente problema da violação aos direitos do consumidor e, ainda assim, está impedido de adotar, *per se stante*, providências aptas a dissuadir o infrator a manter a postura patológica. O nosso sistema atual depende da conjugação de esforços, da burocracia, de uma miríade de entidades para a adequada tutela da sociedade, exposta a toda sorte de abusos.

Para sanar esta flagrante e deletéria ineficiência se torna curial engendrarmos um mecanismo idôneo a fazer com que o agente internalize os prejuízos causados, notadamente a violação às normas jurídicas (independente do efetivo dano causado). Afinal, um ato antijurídico, devido à iliciedade que o macula, não pode ser causa legítima de lucro.

Neste cenário ganha relevância o tema dos *punitive damages*, que adaptamos para *prestação suplementar punitiva* e que constitui expressão da responsabilidade civil punitiva.

O termo “prestação suplementar punitiva” é proposital. Não nos parece correto falarmos em *danos punitivos*, que seria uma 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.

Posto isso, cumpre anotar que, à semelhança do que ocorre no Direito norte-americano, a prestação suplementar punitiva estaria restrita aos casos de dolo ou culpa grave, aplicação do princípio *culpa lata dolo aequiparatur*.

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.

Força reconhecer que o implemento do instituto que ora propomos imprescinde da

atuação do legislador, já que, no panorama legislativo atual, não há qualquer previsão legal do instituto. No mais, a aceitação desta função eminentemente punitiva conflitaria com o disposto no art. 944 do Código Civil. É inegável que se imputaria ao infrator a obrigação de efetuar uma prestação em valor superior ao dano causado, o que, à primeira vista, não se compatibiliza com o quanto preconizado pelo referido preceptivo legal.

Propomos, para tanto, acrescentar um parágrafo ao art. 944, com a seguinte redação:

Provado que o agente causador do dano agiu com dolo ou culpa grave, 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.

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.

Por exemplo, se uma empresa derramar petróleo no mar, além de restaurar o equilíbrio ecológico (*in natura*, se possível, indenizando pecuniariamente o dano ambiental nos demais casos) e ressarcir eventuais vítimas (danos individuais e sociais), se poderia, a título punitivo, obrigá-la a manter unidades de conservação ambiental ou construir parques (*obligatio faciendi*), ou proibi-la temporariamente de explorar petróleo naquela região (*obligatio non faciendi*).

A propósito, já se constatou no âmbito criminal que, em alguns casos, penas restritivas de direitos (como a prestação de serviços à comunidade) melhor ressocializam o criminoso – e assim otimizam a função preventiva do apenamento –, quando comparada à pena privativa de liberdade e à multa. Esse pode ser o caso, também, dos *punitive damages*, considerada a função punitiva desempenhada pela responsabilidade civil em casos tais.

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.

Deveras, há urgência na atuação do legislador, para que possamos deixar de sustentar a aplicação da responsabilidade civil punitiva *de lege ferenda*, e passemos a aceitá-la *ope legis*.

4. DOS INCENTIVOS AOS AGENTES E DA NECESSIDADE DOS INSTITUTOS DO DANO SOCIAL E DE *PUNITIVE DAMAGES*

Nesta seção lançamos mão da Economia da Informação e dos Incentivos para melhor entender os incentivos com os quais se defronta uma firma³¹ no momento de decidir o nível de precaução a ser usado em seu processo produtivo, presente ou ausente o dano social e os *punitive damages*.

4.1. DANOS SOCIAIS E A SELEÇÃO DO NÍVEL ÓTIMO DE PRECAUÇÃO

4.1.1. 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 π_a , enquanto essa probabilidade é π_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

³¹ 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).

“nível de precaução na produção do produto” ou de “qualidade do produto”³².

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:

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

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 cara³³.

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”.

4.1.2. 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

³² 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.

³³ 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: $\pi_b(U + A) + c_b < \pi_a(U + A) + c_a < U$

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 eficiente³⁴.

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.

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.

4.1.3. 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,

³⁴ Veja, a esse respeito, Laffont e Martimort (2002).

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.

4.1.4. 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 transacionados³⁵. 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.

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.

³⁵ 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.

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 ineficiência³⁶. Vejamos, na próxima seção, como a exigência legal do reparo ao defeito pode nos conduzir de volta a um equilíbrio eficiente.

4.1.5. 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

³⁶ 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” (grifo e negrito nosso), de modo que as previsões legais não constituem *normas dispositivas*, mas, ao contrário, estabelecem direitos e deveres *cogentes*.

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.

4.1.6. 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, π 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 π é pequeno, esse custo é consideravelmente reduzido.

Considere os dois valores limites para π .

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 π , $\pi_0 = \frac{c_a - c_b}{\pi_b - \pi_a} \frac{1}{U + A}$, 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 consumidores 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 π e π_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 π . 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.

4.1.7. 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 π 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 π . 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 π_b para π_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. Veremos a seguir que esses serão os casos para os quais o instituto de *punitive damages* se torna essencial.

4.2. PUNITIVE DAMAGES E O CONTROLE DE COMPORTAMENTO ILÍCITO

4.2.1. Um exemplo

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 mercado³⁷. A 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 dão 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 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.*”

³⁷ 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.

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” (Amparo Directo 30/2013, p. 88).

4.2.2. O modelo e 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, concluem 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 λ , 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 todo³⁸. 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

³⁸ Há aqui a hipótese de que o dano adicional A é negligenciável. No entanto, o resultado permaneceria inalterado se houvesse um dano adicional pequeno.

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 λ , 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:

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

Portanto, se ds não for muito elevado, como se espera ser o caso, então a expressão (7) será negativa. Mais especificamente, se $ds < \frac{1-\lambda}{\lambda}(1 - r)Np$, então a sociedade terá retorno esperado negativo mesmo considerando o pagamento do dano social no caso em que o investimento se mostra rentável³⁹.

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

³⁹ Mesmo se considerarmos que a firma é parte da sociedade e calcularmos a soma do benefício esperado da firma com o prejuízo esperado do reato da sociedade, o resultado será negativo se λ não for exageradamente elevado, ou seja, se $\lambda < \frac{1-r}{R-r}$.

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.

4.2.3. 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*.

4.2.4. Os efeitos de bem-estar social dos *punitive damages* e a abrangência do modelo estudado

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:

$$-(1 - \lambda)(1 - r)Np + \lambda ds < 0$$

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 simplificadoras 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.

4.3. 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 circunstâncias 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 alguns casos a título de ilustração.

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*.

Exemplo 2: Variação da venda à distância

Uma variação da estratégia acima descrita, também parte da experiência pessoal de um dos autores deste trabalho quando em estudo de doutorado nos Estados Unidos da América, diz respeito a nova compra sem sucesso de computador, desta vez do tipo *desktop*. Após um mês sem receber o produto, ao contatar o vendedor o consumidor foi informado muito claramente sobre a estratégia da firma. A empresa fez uma oferta de um computador a custo bem reduzido. Os computadores ainda teriam que ser produzidos pela referida empresa. No entanto, para poder produzi-los ao baixo custo oferecido, necessário seria obter uma demanda suficientemente elevada, de forma a baratear o valor das compras das peças para produção. Como essa demanda mínima não havia sido atingida, a empresa estava estornando os valores pagos pelos compradores. Percebe-se novamente uma estratégia abusiva que dificilmente será coibida pelo simples instituto do dano social.

Exemplo 3: Recall

Suponha que uma montadora de veículos deixe de investir em pesquisa antes de criar um modelo novo, por ser caro. Depois de aprovado o modelo e colocado no mercado, se descobre que, caso se dirija em alta velocidade, o escapamento permite a liberação de poluição em nível superior ao tolerado pelas normas brasileiras. Neste caso, depois de vender milhares de carros, a montadora poderia realizar o *recall*. Contudo, nesse interregno,

provavelmente vários consumidores já não terão mais o veículo (por diversas razões, v.g. houve uma colisão por motivo alheio), outros deixarão de atender ao recall (essa é uma realidade empiricamente constatada no Brasil – baixo comparecimento ao *recall*⁴⁰). Ademais, o prejuízo individual causado foi diminuto (o fato de o automóvel poluir mais do que o tolerável pelas normas técnicas, quando em alta velocidade, não causa lesão individual de grande extensão). A indenização tradicional, se houvesse, seria exígua. O dano social poderia ser mais relevante, pois a prática abalaria a confiança de todos os consumidores de que as montadoras produzem carros adequados às normas técnicas, mas tampouco será arbitrado um valor exorbitante (uma vez que o perigo à segurança, ao bem-estar social, é remoto). Nesta hipótese, a montadora terá conseguido investir em outros projetos o dinheiro que teria alocado na pesquisa para diminuir a poluição daquele carro, além do que terá percebido lucro com a venda do veículo defeituoso. Como “a indenização se mede pela extensão do dano”, é possível supor que o “dano” (e, assim, a “indenização”) seria menor do que o lucro obtido. A ilegalidade, nesse caso, teria compensado, caso não se aplicasse o instituto dos *punitive damages*.

Até o momento, apresentamos hipóteses de aplicação conjunta de danos sociais e *punitive damages*. Entretanto, não há relação de bilateralidade ou reciprocidade entre os institutos. É dizer: podem ser reconhecidos danos sociais sem que se aplique *punitive damages* (como no citado exemplo dos alimentos transgênicos, posteriormente vindo-se a descobrir que tais bens de consumo são nocivos à saúde) e vice-versa. A seguir, apontamos dois exemplos teóricos em que se poderia admitir a responsabilidade penal punitiva, embora inexista dano social a ser indenizado.

Exemplo 4: 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”.

⁴⁰ Estudo desenvolvido pelo PROCON-SP relata que, de 2002 a 2014, a média do índice de comparecimento aos *recalls* de veículos foi de 50% (in Revista Veja, 15/06/2014 - <http://veja.abril.com.br/noticia/economia/so-metade-dos-consumidores-atende-a-recalls/>). O Departamento de Defesa e Proteção do Consumidor, órgão do Ministério da Justiça, divulgou pesquisa na qual se concluiu que entre 2000 e 2009 apenas metade dos *recalls* de automóveis tiveram índice de comparecimento superior a 70% (in Revista Motor Show, set./2010 - <http://motorshow.terra.com.br/secao/mercado-e-servicos/tudo-sobre-recalls/>).

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, a 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 em que se poderia aplicar *punitive damages*, a fim de desestimular e coibir essa prática ilícita, sem que fossem reconhecidos danos sociais.

Exemplo 5: Divórcio e dissipação patrimonial

Imagine que, prevendo um divórcio iminente, um dos cônjuges realize negócios simulados para dissipar seu patrimônio, a fim de retirá-los da meação a que tem direito o outro consorte.

Para tanto, ele cria pessoas jurídicas de direito privado e transfere seus bens ao patrimônio fixo dessa pessoa moral. Nesse cenário, caso se constate a fraude em ação judicial, o magistrado poderá declarar a nulidade dos negócios simulados, submetendo os bens da pessoa jurídica à meação no divórcio (poderá, inclusive haver desconsideração da personalidade jurídica invertida).

Neste caso, não haverão danos sociais (a prática do cônjuge de nenhum modo afetou a sociedade como um todo). Eventualmente até poderiam ser reconhecidos danos individuais (morais e materiais), a depender da situação; no entanto, em regra, se reconhecerá tão somente a fraude, submetendo os bens à partilha.

Desse modo, se a fraude do cônjuge for reconhecida, no pior dos casos, ele estará na mesma situação em que se encontraria caso não tivesse praticado qualquer ilícito. É evidente

que, nessas condições, ele terá todos os incentivos para empreender a fraude (salvo se houver restrições de ordem moral). Assim, poder-se-ia aplicar *punitive damages* a fim de desestimular a empreitada ilícita.

5. CONCLUSÃO

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 que a segurança constitui direito fundamental, 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 de que, 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 chancelar 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.

Tal conclusão se coaduna com o aspecto material do acesso à justiça, consistente no

“Acesso à ordem jurídica justa, que dá novos contornos ao princípio, firme no entendimento de que a inafastabilidade somente existirá concretamente por meio do oferecimento de um processo que efetivamente tutele o interesse da parte titular do direito material” (Tartuce & Neves, 2013, p. 563).

Ora, o processo não constitui um fim em si mesmo, senão um meio necessário para a obtenção de um resultado prático: a tutela de um direito lesado ou que se acha ameaçado de sofrer lesão.

Constituiria verdadeiro farisaísmo normativo-dogmático afirmar que *a lei não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito*, sem fornecer ao Poder Judiciário um instrumento que efetivamente repila essa lesão ou ameaça. Seria defender que o Estado-juiz em qualquer hipótese pode reconhecer a violação a direitos, mas sua atuação se limitaria, em certos casos, a isto, ao reconhecimento, sem prestar uma tutela efetiva.

Para que a tutela seja efetiva não basta afastar momentaneamente a lesão ou ameaça; impõe-se 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 (o que indicia que a reiteração é esperada), 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: 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)⁴¹. 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 consigna 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,

⁴¹ 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).

sendo que 6 foram julgadas procedentes e outras 5 parcialmente procedentes. Constatase 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.⁴²

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 demanda⁴³.

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 aqueles 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 processo⁴⁴, que contempla uma infinidade de medidas procrastinatórias, encerra uma pletora de ineficiências próprias e admite uma pluralidade de instâncias recursais⁴⁵.

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.

A sociedade necessita de um mais adequado sistema jurídico de prevenção a danos e

⁴² 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.)

⁴³ 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.

⁴⁴ 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.

⁴⁵ 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 (HAIDAR, 2010).

dissuasão de condutas ilícitas. Estamos a depender, tão somente, da decisão política de nossos representantes congressuais.

Referências bibliográficas

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.

BEHR, Volker. Punitive Damages in America and German Law - Tendencies towards Approximation of Apparently Irreconcilable Concepts. *Chicago-Kent Law Review*, vol. 78, issue 1, article 6, January 2003.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. Malheiros Editores, São Paulo, 2003.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2014: ano-base 2013*. Brasília: CNJ, 2014.

COOTER, Robert; GAROUPA, Nuno. The Virtuous Circle of Distrust. A Mechanism to Deter Bribes and Other Cooperative Crimes. Berkeley Program in Law and Economic, Working Paper Series, Berkeley – CA, 2000.

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.

DINAMARCO, Cândido. Instituições de Direito Processual Civil. Malheiros Editores, São Paulo, 2005.

GIFIS, Steven H. Law Dictionary. Barron's Educational Series Inc., Suffolk – NY, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto; AZEVEDO, Antônio Junqueira (coord.). Comentários ao Código Civil, vol. 11, parte especial: do direito das obrigações,. Ed. Saraiva, São Paulo, 2003.

HAIDAR, Daniel. *Processos na justiça ainda demoram 5 anos em julgamento*. Brasil Econômico, 23 de setembro de 2010.

KOZIOL, Helmut. Punitive Damages – A European Perspective. *Louisiana Law Reveiw*, vol. 68, n. 3, 2008.

LAFFONT, Jean-Jacques; MARTIMORT, David. Theory of Incentives: The Principal-Agent Model. Princeton: Princeton University Press, 2002.

LAW, Jonathan; MARTIN, Elizabeth. Oxford Dictionary of Law. Oxford University Press Inc., New York – NY, 2009.

MATTIO, María Virginia; SURIN, Jorge. Daños punitivos en la Ley de Defensa del Consumidor. *Las tesinas de Belgrano*, nº 440, diciembre 2010.

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 Associates, Inc. (NERA), New York – NY, 2010.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. ANDRADE JÚNIOR, Luiz Carlos Vilas Boas. A torre de babel das novas adjetivações do dano. *Revista Fórum de Direito Civil – RFDC*, ano 3, nº 5: Minas Gerais, jan./abr. de 2014.

PARKER, Matthew (2013). Changing tides: The introduction of Punitive Damages into the French Legal System. *Georgia Journal of International and Comparative Law* 41:389-432.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito Processual Civil Contemporâneo*, vol. 1, Teoria Geral do Processo. Ed. Saraiva, São Paulo, 2012.

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

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

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*, vol. 4, responsabilidade civil. Ed. Saraiva, São Paulo, 1999.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. Ed. Método, São Paulo, 2012.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção Neves. *Manual de Direito do Consumidor, direito material e processual*. Ed. Método, São Paulo, 2013.

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.

TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e Economia no Brasil*. Ed. Atlas, São Paulo, 2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*, vol. 4, responsabilidade civil. Ed. Atlas, São Paulo, 2005.

Sítios:

<http://cdn.ca9.uscourts.gov/datastore/opinions/2009/06/15/04-35182.pdf> (acessado em 02.09.2014).

Apêndice

O jogo estático entre firma e consumidor na ausência de reparo pelo defeito

Trata-se do jogo de informação incompleta em que o consumidor não observa a escolha da firma quanto à qualidade do produto. As estratégias da firma são:

f_{aa} : Produzir um bem de alta qualidade e cobrar preço elevado $p_a = U - \pi_a(U + A)$

f_{ab} : Produzir um bem de alta qualidade e cobrar preço baixo $p_b = U - \pi_b(U + A)$

f_{ba} : Produzir um bem de baixa qualidade e cobrar preço elevado $p_a = U - \pi_a(U + A)$

f_{bb} : Produzir um bem de baixa qualidade e cobrar preço baixo $p_b = U - \pi_b(U + A)$

As estratégias do consumidor são⁴⁶:

com_a : comprar o objeto pelo preço solicitado

com_b : comprar o objeto apenas pelo preço baixo

Os *payoffs* do jogo se encontram representados na tabela abaixo. Comparando os payoffs do jogador 1, a firma, e levando em consideração a hipótese (3), pode-se concluir que:

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

Tabela A1- A forma normal do jogo com informação incompleta na ausência de reparos por defeitos

	com_a	com_b
f_{aa}	$U - \pi_a(U + A) - c_a, 0$	$-c_a, 0$
f_{ab}	$U - \pi_b(U + A) - c_a, (\pi_b - \pi_a)(U + A)$	$U - \pi_b(U + A) - c_a, (\pi_b - \pi_a)(U + A)$
f_{ba}	$U - \pi_a(U + A) - c_b, -(\pi_b - \pi_a)(U + A)$	$-c_b, 0$
f_{bb}	$U - \pi_b(U + A) - c_b, 0$	$U - \pi_b(U + A) - c_b, 0$

Portanto, se o consumidor adotar a estratégia simplista de “acreditar” no produtor e comprar o bem pelo preço pedido, com_a , a melhor resposta da firma será produzir um bem de baixa qualidade e vendê-lo ao preço de alta qualidade, ou seja, f_{ba} . Mas se a firma escolher f_{ba} , a melhor

⁴⁶ Adicionalmente poderíamos incluir a estratégia $ncom$: não comprar o objeto para o consumidor. No entanto, essa estratégia é fracamente dominada pela estratégia com_b , portanto, por simplicidade, ela é excluída do jogo.

resposta do consumidor é com_b . Portanto, não há equilíbrio de Nash em que o consumidor escolhe com_a .

Por outro lado, se o consumidor escolher com_b , então, ainda por (3), a melhor resposta da firma é f_{bb} . E se a firma escolhe f_{bb} , então a melhor resposta do consumidor é com_b .

Destarte, este jogo admite um único equilíbrio de Nash, dado por:

$$(f_{bb}, com_b)$$

Nesse equilíbrio, a firma produz um bem de baixa qualidade e o vende pelo preço mais baixo correspondente, gerando o payoff $U - \pi_b(U + A) - c_b$ para a firma monopolista e 0 para o consumidor⁴⁷. Observe que o perfil de estratégias (f_{aa}, com_a) geraria o mesmo payoff para o consumidor, mas um payoff maior para a firma, $U - \pi_a(U + A) - c_a$, o que caracteriza o equilíbrio encontrado como inferior do ponto de vista de Pareto.

⁴⁷ O fato do consumidor ter payoff 0 reflete a hipótese de que o produtor é monopolista. Caso não fosse esse o caso, o excedente do mercado, $U - \pi_b(U + A) - c_b$, seria dividido entre produtor e consumidor.