



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE DIREITO

THIAGO DE ALENCAR FELISMINO

**DANOS PUNITIVOS: ANÁLISE DO INSTITUTO COMO MEIO DE INIBIÇÃO DE
CONDUTAS LESIVAS DE FORNECEDORES EM FACE DE CONSUMIDORES**

FORTALEZA
2013

THIAGO DE ALENCAR FELISMINO

**DANOS PUNITIVOS: ANÁLISE DO INSTITUTO COMO MEIO DE INIBIÇÃO DE
CONDUTAS LESIVAS DE FORNECEDORES EM FACE DE CONSUMIDORES**

Monografia apresentada ao Curso de Direito
da Universidade Federal do Ceará, como
requisito parcial à obtenção do título de
bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Uinie Caminha

FORTALEZA

2013

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

-
- F313d Felismino, Thiago de Alencar.
 Danos punitivos: análise do instituto como meio de inibição de condutas lesivas de
 fornecedores em face de consumidores / Thiago de Alencar Felismino. – 2013.
 73 f. : enc. ; 30 cm.
- Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de
 Direito, Fortaleza, 2013.
 Área de Concentração: Responsabilidade Civil.
 Orientação: Profa. Dra. Uinie Caminha.
1. Responsabilidade (Direito) - Brasil. 2. Defesa do consumidor - Brasil. 3. Dano moral -
 Brasil. I. Caminha, Uinie (orient.). II. Universidade Federal do Ceará – Graduação em Direito. III.
 Título.

THIAGO DE ALENCAR FELISMINO

**DANOS PUNITIVOS: ANÁLISE DO INSTITUTO COMO MEIO DE INIBIÇÃO DE
CONDUTAS LESIVAS DE FORNECEDORES EM FACE DE CONSUMIDORES**

Monografia apresentada ao Curso de Direito
da Universidade Federal do Ceará, como
requisito parcial à obtenção do título de
bacharel em Direito.

Aprovada em: ____/____/____.

BANCA EXAMINADORA

Profa. Dra. Uinie Caminha (Orientadora)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. M. Sc. William Paiva Marques Júnior
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Mestrando Álisson José Maia Melo
Universidade Federal do Ceará (UFC)

A Deus, pelo livre-arbítrio.

Aos meus pais, João e Sílvia.

À minha irmã, Rachel.

À minha futura esposa, Priscilla.

AGRADECIMENTO

Agradeço aos meus pais, João e Sílvia, com os quais tenho a oportunidade de conviver e de aprender diariamente, pela educação que me proporcionaram, sem a qual este trabalho não poderia ser escrito.

À minha irmã, Rachel, meus avós José e Myrtô, e demais membros da minha família cuja convivência tornou meus dias mais agradáveis, na maioria das vezes.

À minha namorada Priscilla, por meio de quem tive um contato mais próximo com o Direito e que desde sempre é minha parceira de todas as situações.

Aos meus amigos de time Gabriel Peixoto, Pedro Luiz Moraes, Rafael Veras, Sávio Hercílio, Vicente Leite, Victor Barbosa e demais, os quais tive o prazer de conhecer antes ainda do primeiro semestre, pela agradável companhia e por todas as exaltadas discussões que tivemos, sejam elas referentes ou não ao esporte.

Aos amigos de estágio, em especial Carla Barreto, Cecília Malveira, Natália Mendes, Rahym Costa, Sofia Barrocas, por me aguentarem todas as manhãs durante quase dois anos. Em relação ao Rahym, também por servir como consultor de aspectos formais dessa monografia.

Aos amigos da Faculdade de Direito, dentre os quais nomeio Bruno Ferreira, Bruno Massoud, Talles Costa, Rafaello Lamboglia, Sará Facó e Arthur Feijó, pelo auxílio em meu crescimento pessoal e intelectual. Ao último agradeço também o debate que travamos no decorrer de todo o curso sobre o tema tratado neste trabalho que originou duas monografias distintas.

A grande parte do corpo docente da Faculdade e aos Procuradores do Estado da Procuradoria Geral do Estado com os quais tive o prazer de conviver por todos os ensinamentos durante os anos que lá passei.

Ao professor Felipe Assolan, por fazer questão de integrar a banca examinadora deste trabalho, ainda que três outros membros já a compusessem. Ao Jothe por sediar os encontros no intervalo entre as aulas.

Ao professor William Paiva Marques Júnior, pela pronta disponibilidade em aceitar participar desta banca examinadora, como também por ser, talvez, o melhor coordenador que a Faculdade de Direito já teve.

Ao amigo Alisson José Maia Melo, por, apesar de estar bastante atarefado com o término de seu mestrado, ter aceitado de imediato participar também desta banca examinadora.

Agradeço em especial à professora Unie Caminha, por aceitar, e de fato, orientar este trabalho ainda que fora de sua área de especialidade e pelo tempo, pelas valiosas colaborações e sugestões.

“A liberdade de um indivíduo deve ser assim limitada: não deve ser prejudicial aos outros.”

John Stuart Mill

RESUMO

Este trabalho busca verificar a necessidade e viabilidade da instituição de uma terceira categoria de dano no alcance material do Direito do Consumidor. Isso posto, analisa a conjuntura brasileira da Responsabilidade Civil nas relações de consumo utilizando a abordagem da Análise Econômica do Direito. Estuda, então, novas características que jurisprudência e autores têm atribuído ao dano moral, ressaltando a inviabilidade daquelas de produzir efeitos relevantes por vedação legal. De tal forma, mostra o instituto dos danos punitivos como alternativa ao sistema estabelecido, listando pressupostos para sua imposição com base nas decisões paradigmáticas da Suprema Corte do Estados Unidos da América, país no qual a doutrina dos danos punitivos encontra-se com maior desenvolvimento. Nessa tendência, a pesquisa é classificada como descritiva e aplicada e é pautada em análise bibliográfica acerca dos aspectos histórico-evolutivos dos institutos apresentados, além de destacar casos jurisprudenciais importantes, locais e estrangeiros, com o objetivo de ilustrar a argumentação. Ao final, conclui que o atual cenário de responsabilização civil dos fornecedores por atos contra os consumidores é ineficiente, devido à morosidade da justiça, a ineficiência dos órgãos executivos de defesa do consumidor, a ampla caracterização de situações danosas como mero aborrecimento e o baixo valor das indenizações, este consequência da vedação ao enriquecimento sem causa. Assim, defende a adoção dos danos punitivos, por via de inovação legislativa, para sanar tal situação.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Direito do Consumidor. Danos punitivos.

ABSTRACT

This work seeks to verify the need and viability of the introduction of a third category of damage in the material reach of Consumer Law. Also, it analyses the Brazilian conjecture on Civil Liability in consumer relations using the approach of Law & Economics. It studies, then, new characteristics that jurisprudence and authors have attributed to general damage, highlighting their unviability in producing relevant effects by legal prohibition. In this manner, it shows the institute of punitive damages as an alternative to the established system, listing assumptions to its imposition based in the pragmatic decisions of the Supreme Court of the United States of America, country in which the punitive damages doctrine is found with greater development. In this tendency, the research is classified as descriptive and applied and it is guided by a bibliographic analysis regarding the historical and evolutionary aspects of the presented institutes, other than highlighting important, national and foreign, jurisprudential cases with the goal of illustrating the argumentation. In the end, it concludes that the current scenario of supplier's civil responsibility for acts against consumers is inefficient, due to justice slowness, the inefficiency of executive agencies of consumer defense, the large characterization of harmful situations as mere annoyances and the low value of the compensations, as consequence of the legal prohibition of enrichment without cause. So, it defends the adoption of punitive damages, by means of legislative innovation, to remedy the situation.

Keywords: Civil Liability. Consumer Law. Punitive Damages.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.....	13
2.1	Conceito	13
2.2	Origem	16
2.3	Os três pilares da Escola de Chicago.....	22
3	RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO	30
3.1	Conceito	30
3.2	Evolução histórica	35
3.2.1	Direito Romano: Lei das 12 Tábuas e <i>Lex Aquilia de damno</i>	35
3.2.2	Direito francês: o Código Napoleônico	37
3.2.3	Direito brasileiro: o Código Civil de 2002 e o Código de Defesa do Consumidor..	38
3.3	Elementos da responsabilidade civil do fornecedor	40
3.4	Análise econômica da conjuntura prática, civil e consumerista da defesa do consumidor	43
3.4.1	A morosidade do Judiciário	43
3.4.2	As atribuições insuficientes dos órgão executivos de defesa do consumidor	45
3.4.3	Os meios de reparação e a problemática do mero aborrecimento	46
4	DANO MORAL E DANO PUNITIVO	49
4.1	As funções do Dano Moral	49
4.2	Sistema aberto e fechado	53
4.3	O caráter punitivo/pedagógico frente à vedação ao enriquecimento sem causa....	54
4.4	Conceito de dano punitivo.....	56
4.5	Origem	58
4.6	Requisitos para a aplicação de danos punitivos	60
4.7	Danos Punitivos e o artigo 944 do Código Civil	63
5	CONCLUSÃO	65
	REFERÊNCIAS	67

1 INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é verificar a necessidade e viabilidade da instituição de uma terceira categoria de dano no alcance material do Direito do Consumidor. Tal instituto funciona de forma a apresentar um caráter punitivo e exemplar, a fim de desestimular condutas lesivas na relação consumerista.

A evolução da construção nacional dos danos morais fê-los ser imbuídos de duas novas características além de sua essência compensatória: a exemplar e a punitiva. Tal inovação é resultado de ideias defendidas no âmbito da jurisprudência e da literatura.

Essa situação, entretanto, conflita com restrições fáticas e legais, que impedem a aplicação do instituto atualizado em casos práticos. Essas circunstâncias resultam em um cenário ineficiente em coibir práticas abusivas e desleais dos agentes econômicos contra os consumidores.

Os danos punitivos, fenômeno originário dos países de *common law*, são considerados como alternativa eficaz para sanar essa conjuntura, tendo em vista que as duas facetas incorporadas aos danos morais são, em verdade, as funções atribuídas àqueles. Analisa-se, então, a viabilidade da adoção do instituto estrangeiro no ordenamento nacional.

A classificação desta pesquisa, segundo os critérios de Cervo e Bervian (2007) pode ser: descritiva quanto aos procedimentos, haja vista ter por característica a determinação de um *status quo* e a busca por uma solução ao problema encontrado; e aplicada, em relação ao objetivo, tendo em vista sua meta de contribuir para fins práticos, estabelecendo uma necessidade real e propondo uma solução. A abordagem do tema será feita por meio das ferramentas da Análise Econômica do Direito.

O primeiro capítulo expõe a base de conhecimento da disciplina da Análise Econômica do Direito, bem como a construção histórica e o estudo de uma sua escola de pensamento, a Escola de Chicago. Com isso, pretende fornecer um arcabouço teórico para permitir a avaliação do ambiente de responsabilidade no âmbito do Direito do Consumidor.

O segundo capítulo apresenta uma noção da Responsabilidade Civil, com enfoque nos diferentes tipos de responsabilização e a forma com a qual o tema foi positivado no Código Civil de 2002 e no Código de Defesa do Consumidor de 1990. Nesse sentido, explicita como está posto o panorama do instituto nas relações de consumo e procede à análise da sua eficiência prática.

O terceiro capítulo explora a construção jurisprudencial dos danos morais e as

limitações legais que se contrapõem a ela, decorrendo em um emprego meramente formal das funções punitiva e pedagógica a eles imbuído. Analisa, então, a relevância da adoção, por meio de inovação legislativa, dos danos punitivos, com o objetivo de cumprir tais funções sem conflitar-se com o regramento estabelecido.

2 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Embora este trabalho se situe majoritariamente no âmbito jurídico, não mais é aceita, de forma correta, a ideia de uma ciência isolada, pois sabe-se que os campos de conhecimento humano afetam uns aos outros, o que se chama de interdisciplinaridade. Dessa feita, esclarece-se que o entendimento da Economia e de alguns de seus conceitos básicos são essenciais à percepção do trabalho a ser exposto, cujas definições serão oportunamente explicadas.

Sob uma perspectiva econômica, o Direito pode ser visto pelo aspecto da eficiência, ou de como o ordenamento apresenta incentivos, sejam positivos ou negativos, para estimular determinadas condutas desejáveis. É nessa toada que se objetiva apresentar o arcabouço teórico da Análise Econômica do Direito para viabilizar o estudo do sistema brasileiro de Responsabilidade Civil sob a ótica do Direito do Consumidor. Nesse sentido, proceder-se-á a essa investigação ao fim do segundo capítulo, visto que somente aí existirão elementos para compreender a conjuntura da responsabilidade e a metodologia da análise econômica.

Isso posto, passa-se a explicar a disciplina da Análise Econômica do Direito, a fim de fornecer subsídios para embasar o exame da eficiência legislativa das normas de consumo.

2.1 Conceito

Martins (2011, p. 47) explica a diferença entre os fatos econômicos e jurídicos e as ciências que os estudam:

Na realidade, quando se aborda esse assunto, é possível inferir a existência de, no mínimo, dois níveis de convivência: o primeiro, estabelecido entre as normas jurídicas (o direito em si) e os fatos e ações de índole econômica (a economia), e o segundo, vigente entre as ciências que se debruçam sobre cada um destes fenômenos sociais, atentando-se que um fato ou conjunto de acontecimentos, seja de cunho natural ou social, não se confunde com a ciência que o vem a estudar.

A Análise Econômica do Direito ou *Law & Economics*¹, denominação pela qual é conhecida internacionalmente, é uma doutrina que utiliza as teorias da Ciência Econômica para estudar a inter-relação entre o Direito e suas instituições e a Economia, a fim de entender as influências exercidas entre si. Aplica-se conceitos de macro e microeconomia para

¹ Utilizar-se-á, durante todo este trabalho, as nomenclaturas “Direito e Economia”, “Análise Econômica do Direito”, “*Law and Economics*” e “*Economic Analysis of Law*” como sinônimos.

conhecer as consequências da organização de um ordenamento na seara econômica e apresentar soluções mais eficientes.

Ela se apresenta em contraponto às escolas econômicas clássicas, que não observavam essa interação intrínseca e percebiam o sistema legal como elemento externo à Economia. Autores destacam essa faceta:

It explicitly considers legal institutions not as given outside the economic system but as variables within it, and looks at the effects of changing one or more of them upon other elements of the system. In the economic analysis of law, legal institutions are treated not as fixed outside the economic system, but as belonging to the choices to be explained. (MACKAAY, 2000, p. 65)²

Importa relevar que este vínculo não se limita a áreas legislativas claramente ligadas à economia, a exemplo das que afetam políticas de preços, competição, regras trabalhistas e de tributos, regulação do comércio, da indústria e da prestação de serviços, mas as perpassa e atinge o ordenamento como um todo.

Autores brasileiros já debruçaram-se sobre o tema e buscaram definir de forma objetiva o sistema de Direito e Economia e delimitar suas perspectivas:

A análise econômica se divide em duas grandes abordagens: uma positiva e outra normativa. Aplicada ao direito, a primeira prediz os efeitos das várias regras legais; por exemplo, sobre como os agentes econômicos vão reagir a mudanças nas leis e na sua aplicação. Uma análise econômica positiva das regras de indenização, em matéria de responsabilidade civil, deve poder prever os efeitos das normas de responsabilidade objetiva e subjetiva sobre as condutas (ou comportamentos) de negligência. Já a corrente normativa vai adiante e procura estabelecer recomendações políticas e de regras legais baseadas nas suas consequências econômicas, caso sejam adotadas. (PINHEIRO; SADDI, 2006, p. 88)

Coase (1988, p. 27-28), professor da Universidade de Chicago e um dos pioneiros da doutrina *Law & Economics*, detalhou a interdependência entre a política econômica de um Estado e sua organização legal, albergando as abordagens positiva e normativa na mesma situação:

The aim of economic policy is to ensure that people, when deciding which course of action to take, choose that which brings about the best outcome for the system as a whole. [...] Since, by and large, people choose to perform those actions which they think will promote their own interests, the way to alter their behaviour in the economic sphere is to make it in their interest to do so. The only means available to

² Em tradução livre do autor: A Escola explicitamente considera as instituições legais não como partes extrínsecas ao sistema econômico, mas como variáveis internas a este, e observa os efeitos da mudança de uma ou mais daquelas sobre os outros elementos do sistema. Na Análise Econômica do Direito, as instituições jurídicas não são entendidas como fixadas exteriormente ao sistema econômico, mas como pertencentes às escolhas a serem explicadas.

the government for doing this (apart from exhortation, which is commonly ineffective) is a change in the law or its administration.³

Percebe-se que a Análise Econômica do Direito é matéria de relevância prática, pois seus estudos e conclusões funcionam como guias de ajustes nas políticas econômica e legal de um Estado.

Pinheiro e Saddi (2006, p. 12) minudenciam as ideias do autor inglês:

Na perspectiva proposta por Coase, as leis atuam sobre a atividade econômica, por intermédio da política econômica, desempenhando quatro funções básicas: protegem os direitos de propriedade privados; estabelecem as regras para a negociação e alienação desses direitos, entre agentes privados e entre eles e o Estado; definem regras de acesso e de saída dos mercados; promovem a competição; e regulam tanto a estrutura industrial como a conduta das empresas nos setores em que há monopólio ou baixa concorrência.⁴

Salienta-se que ainda que essa seja uma doutrina eminentemente estrangeira, dada sua apenas recente penetração nacional, a sua utilização de conceitos universais permite analisar a conjuntura brasileira e apontar méritos ou deficiências, bem como soluções, sem a necessidade de qualquer adaptação de suas ferramentas. O entendimento de Sztajn e Zylbersztajn (2005, p. 4) corrobora esse entendimento:

Assim, a análise conjunta do Direito, da Economia e das Organizações tem relevância por possibilitar entendimento mais profundo da complexidade da realidade, permitindo o emprego de aparato metodológico profícuo para a discussão crítica de temas de relevante interesse social. A importância do campo de conhecimento pode ser encontrada na análise de temas da realidade brasileira a partir de ferramental interdisciplinar, de modo a conjugar conhecimentos específicos obtidos por esses ramos do saber.

Resta esclarecer que, apesar de o Direito e Economia se tratar de um único campo de pensamento, ela apresenta diversas correntes de interpretação. Para os fins deste trabalho, seguir-se-á as ideias da Escola de Chicago, haja vista que suas premissas e conclusões se coadunam ao pensamento a ser aqui esposado.

Nesse sentido, Flores Filho (2007, p. 6-7) lista os três pilares básicos da corrente: os agentes econômicos agem como maximizadores racionais de sua satisfação, as normas

³ Em tradução livre do autor: O objetivo da política econômica é garantir que as pessoas, quando decidem que curso de ação tomar, escolham aquele que traga o melhor resultado para o sistema como um todo. [...] Já que, na maior parte das vezes, as pessoas escolhem por fazer aquilo que elas pensam que promoverá seus interesses, a forma de alterar o seu comportamento na esfera econômica é fazer com que seja do seu interesse fazer isso. A única forma disponível para os governos fazerem isso (que não por meio da exortação, o que é comumente ineficaz) é alterar a lei ou sua aplicação.

⁴ É possível entender estas funções básicas como uma evolução do pensamento de *laissez-faire* proposto por Adam Smith (1996), pois ele entendia que ao Estado somente seria necessário proteger os direitos de propriedade e a mão invisível do mercado teria o condão de regular as situações a um ponto em que se atingiria um equilíbrio econômico.

legais funcionam como preço, as normas devem ser analisadas pela perspectiva da eficiência; e os explica:

A primeira assertiva está relacionada à metodologia utilizada nestas primeiras fases. O individualismo metodológico, que além de isolar os agentes econômicos, busca fundamento na doutrina do utilitarismo. Desse ponto de vista a racionalidade pressuposta é a busca da satisfação pessoal, desconsiderando-se as interações sociais e eventuais valores não egoísticos.⁵

As leis certamente são preços e neste segundo ponto a “Velha” Escola de Chicago se alinha com outras correntes de pensamento jurídico. A este respeito, além dos constrangimentos legais (preços) que impedem as pessoas de ter condutas indesejáveis, os estudiosos de Chicago propõem a utilização de incentivos legais ou sanções premiais.

[...]

Finalmente, outra pedra fundamental do *Law and Economics* em Chicago é a questão da eficiência. Adotando o “ótimo de Pareto” e o critério de Kaldor-Hicks, Richard A. Posner e outros autores buscavam demonstrar que, quando fosse necessário, o direito – especialmente, no caso do *common law* - deveria estimular uma mudança no comportamento das pessoas com objetivo de conduzir a sociedade de uma situação “A”, para uma situação “B”, com o menor gasto de recursos possível.

Por fim, ressalta-se que existem a Nova Escola de Chicago, primordialmente baseada nos trabalhos de Lawrence Lessig, e a Velha Escola de Chicago, cujos pioneiros são Ronald Coase, Guido Calabresi⁶ e Richard Posner, contudo suas divergências se limitam à influência da lei nas outras formas de coação e não afetam os objetivos desse estudo, que visa somente perquirir a eficiência da legislação consumerista em vigor e sua consequente aplicação, motivo pelo qual utilizar-se-á a expressão Escola de Chicago de forma genérica, sem que se faça distinção entre uma ou outra espécie.

2.2 Origem e Construção Histórica

Visando demonstrar a progressão do desenvolvimento científico e da linha de raciocínio que culminou nas bases da Law & Economics, apresenta-se como eles se materializaram no decorrer da história.

É possível delinear o surgimento da Economia como Ciência ao fim dos anos 1700, quando Adam Smith publicou *Uma Investigação sobre a Natureza e as Causas da*

⁵ A Escola reconhece a existência de decisões que não são motivadas por valores egoísticos e até resultam em uma satisfação pessoal final menor que a inicial, mas a sua relevância no mercado é diminuta se comparada a todas as transações efetuadas em um dado tempo.

⁶ Apesar de ser pertencente à Escola de Yale, seus trabalhos exerceram relevante influência no pensamento da Escola de Chicago.

*Riqueza das Nações*⁷, ou *A Riqueza das Nações*, considerada sua obra-prima. Este trabalho analisou de que maneira o funcionamento do comércio é conduzido por impulsos econômicos e pela estrutura da sociedade e resultou no reconhecimento de seu autor como o fundador da Economia clássica além de ser, segundo Strathern (2003, p. 78), responsável pela compreensão que se tem desta disciplina.

Não se imagine, entretanto, que a *Law & Economics* remonta suas influências somente até Adam Smith. Em momento anterior, encontram-se trabalhos em que se analisa o comportamento humano como resultado de escolhas racionais, ou que se considera a relação de custo/benefício de determinadas decisões, ou ainda que se identifica aconselhamento de política econômica aos governantes da época. São expoentes desta última modalidade Maquiavel e os cameralistas ativos na região germânica do século XV ao início do século XIX. Assume-se, inclusive, que Hobbes possuía claro entendimento do dilema do prisioneiro⁸.

Cesare Beccaria, defensor de penalidades mais humanitárias já no século XVIII, na obra *Dos Delitos e das Penas*⁹, reconheceu o poder de dissuasão das sanções, tal conceito é bastante trabalhado no Direito e Economia para avaliar a eficiência de determinada norma, ao dissertar sobre de que forma as primeiras sociedades foram formadas e o consequente surgimento do direito de punir:

Cansados de só viver no meio de temores e de encontrar inimigos por toda parte, fatigados de uma liberdade que a incerteza de conservá-la tornava inútil, sacrificaram uma parte dela para gozar do resto com mais segurança. A soma de todas essas porções de liberdade, sacrificadas assim ao bem geral, formou a soberania da nação; e aquele que foi encarregado pelas leis do depósito das liberdades e dos cuidados da administração foi proclamado o soberano do povo.

Não bastava, porém, ter formado esse depósito; era preciso protegê-lo contra as usurpações de cada particular, pois tal é a tendência do homem para o despotismo, que ele procura sem cessar, não só retirar da massa comum sua porção de liberdade, mas ainda usurpar a dos outros.

Eram necessários meios sensíveis e bastante poderosos para comprimir esse espírito despótico, que logo tornou a mergulhar a sociedade no seu antigo caos. Esses meios foram as penas estabelecidas contra os infratores das leis. (BECCARIA, 1764, p. 9-10)

⁷ *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, no original.

⁸ O dilema do prisioneiro é um exemplo canônico da teoria dos jogos, muito utilizado na escola *Law & Economics*, proposto por Merrill Flood e Melvin Dresher, posteriormente complementado e nomeado por Albert Tucker. Ele consiste na seguinte situação: dois indivíduos são suspeitos de haverem cometido um crime, são presos e levados à solitária, onde permanecem sem qualquer contato com o outro. A polícia, então, revela a cada um individualmente que não possui provas para condenar ambos pelo crime principal, mas os denunciara por um crime menor em que os dois serão condenados a 1 ano de prisão. Entretanto, simultaneamente lhes é oferecido um acordo: se algum deles testemunhar contra o seu parceiro, este será condenado a 3 anos de prisão e aquele será liberto, contudo se ambos testemunharem contra o outro, ambos ficaram presos por 2 anos.

Dessa feita, estudam-se as possibilidades e consequências das escolhas sem o conhecimento das decisões alheias.

⁹ *Dei Delitti e Delle Pene*, no original.

Jeremy Bentham, notório filósofo utilitarista e reconhecido por alguns como o pai do Direito e Economia, foi o autor e grande promotor de estudos sobre como o ser humano sofria incentivos positivos e negativos para ter determinadas condutas sob o ponto de vista legal, conforme descrito por Kaplow e Shavell (2002, p.1663).

Ultrapassadas as influências distantes, detém-se ao que foi, de fato, o início do *Law & Economics*, cuja fase inaugural foi denominada de “primeira onda”.

A corrente possui origem eminentemente europeia e, apesar de ter difundido-se e alcançado os Estados Unidos da América por meio do antigo movimento institucionalista. Segundo Pearson (1997), é possível identificar manifestações já em 1830, época conhecida como a “primeira onda”.

Os representantes iniciais da Escola buscaram estabelecer de que forma os direitos de propriedade foram distribuídos durante a história. A tese aceita por autores mais antigos de que os direitos de propriedade foram divididos em conformidade com uma lei natural anterior a qualquer sistema legal organizado não mais se apresentava suficiente.

Acreditava-se que esta resposta não abarcava todas as mudanças ocorridas na determinação de direitos no decorrer do tempo e que estas alterações ensejavam profundas mudanças na economia. Assim, buscou-se desenvolver uma ciência que explicasse todas essas transformações.

O movimento se iniciou primordialmente entre economistas e, entre esses, os germânicos eram os contribuintes mais notáveis, talvez pela presença da disciplina *Staatswissenschaft*¹⁰ nas universidades daquele país.

De acordo com Mackaay (2000, p. 69), as ideias centrais da Escola já eram largamente aceitas quando Karl Marx passou a professá-las em seus escritos a partir de 1859. Por volta de onze anos mais tarde, o movimento ganhou força entre juristas, entre eles, Wilhelm Arnold, Otto von Gierke, Rudolph von Jhering e Henry Maine.

A doutrina passou por um momento de exuberância, pois seus defensores desenvolveram estudos sobre a distribuição dos direitos de propriedade das terras e como as instituições os afetavam e de que maneira elas variavam de acordo com a densidade populacional de um Estado, o tipo de cultura agrícola e a qualidade do solo.

Após essa fase, ocorreu um declínio de importância dessas teorias. Pearson (1997, p. 131) enumera dois possíveis motivos: a um devido à crescente especialização dos cientistas sociais, o que resultou em um abandono da análise da interação entre Direito *versus* Economia

¹⁰ Tradução: Ciências Políticas

para o vislumbre de questões especificamente desta última; a dois porque a metodologia econômica utilizada pelo movimento ainda era deveras precária e confusa, resultado de uma ciência ainda recente.

A segunda onda, a seu tempo, pode ser dividida em quatro fases para facilitar sua compreensão, conforme separação feita por Mackaay (2000, p. 71): o **início** (1934-1958), **paradigma proposto** (1958-1973), **paradigma aceito** (1973-1980), **paradigma questionado** (1976-1983) e o **movimento sacudido** (1983 até os dias atuais).

O **início** ocorreu entre 1934 a 1968. Em 1937, Ronald Coase publicou um artigo intitulado *A Natureza da Firma*¹¹, capaz de revitalizar a aproximação entre Direito e Economia. Somente na década de 1940, todavia, a doutrina ganhou nova força sob a liderança de Aaron Director, economista recém indicado para a função de professor do Departamento de Direito da Universidade de Chicago.

Acontecia nessa academia, à época, a formação do chamado *Grupo de Chicago*: a reunião de notáveis economistas cujo enfoque na análise econômica consistia no desenvolvimento de previsões passíveis de teste e consequentes pesquisas empíricas. Fizeram parte do grupo Milton Friedman, Frank Knight e George Stigler, além de Aaron Director e outros.

Esse último, então, passou difundir as ideias da Economia dentro da escola de Direito. Para tal, utilizou-se da metodologia daquela para estudar casos legais, principalmente relacionados à lei antitruste.

Em 1958 fundou e foi editor do *Jornal de Direito e Economia*¹², publicação de suma importância para o fortalecimento e divulgação das ideias de Direito e Economia e que posteriormente também foi editorado por Ronald Coase, segundo narra Schuler (2004, *online*) em artigo sobre a história de Aaron Director, tal fato marca o início de uma nova fase.

A fase do **paradigma proposto** foi caracterizada por uma maior convergência da Economia nas principais áreas do Direito e estendeu-se de 1958 a 1973. Em 1960, Ronald Coase publicou artigo intitulado *O problema do custo social*¹³, que estabeleceu a tese de que em uma situação hipotética cujos custos de transação¹⁴ são inexistentes, não importa a quem

¹¹ No original: *The Nature of the Firm*.

¹² No original: *Journal of Law and Economics*.

¹³ No original: *The problem of social cost*.

¹⁴ Os custos de transação são definidos por Coase (1994) em seu artigo *The nature of the firm* de 1937 assim: são os custos necessários para que uma pessoa identifique parceiros contratuais, negocie seus direitos e fiscalize o resultado acordado, neles estão inclusos a dificuldade de obtenção da informação total sobre o deslinde do negócio e a impossibilidade de se supervisionar por completo a solução do pacto. Ressalta-se que a expressão

será distribuída a responsabilidade por danos causados, pois o sistema de preços fará sempre com que as verbas sejam alocadas da forma mais eficiente (COASE, 1988, p. 96-114). Esta proposição é conhecida como Teorema de Coase.

Dessa forma, passa-se a defender que a função de um governo é buscar um mercado em que os custos de transação tendam a zero a fim de maximizar a eficiência de produção de riquezas de um Estado ao máximo.

Posteriormente, foram publicados outros dois artigos desse período: *Economia dos Direitos de Propriedade*¹⁵ de Armen Alchian, que analisou as diferenças entre a propriedade pública e a privada e tratou-as como variáveis econômicas que poderiam ser manipuladas; e *Algumas Reflexões sobre a Distribuição de Riscos e a Lei de Responsabilidade*¹⁶ de Guido Calabresi, cujo estudo se debruçou sobre o grau adequado de precaução de um negócio tomando em consideração o custo de uma reparação de dano e de administração do sistema (BALBINOTTO; BATTESINI, 2010, p. 29).

Essa época esteve marcada por uma massiva contribuição de economistas, mesmo que alguns advogados, como Calabresi, tenham apresentado importantes trabalhos. Já entre os anos de 1973 e 1980, ocorreu a fase denominada de **paradigma aceito**, evidenciada pela incursão do Direito e Economia nas escolas de Direito.

Três foram os fatores para a aceitação da Escola pelos profissionais de Direito: a fundação da *Revista de Estudos Legais*¹⁷; a primeira publicação do livro *Introdução à Análise Econômica do Direito*¹⁸, de Richard Posner, ambos ocorridos na Universidade de Chicago no decorrer do ano de 1972; e a organização dos seminários de Henry Manne intitulados *Institutos Econômicos para Professores de Direito*¹⁹ (MACKAAY, 2000, p. 76).

Atribui-se a Posner grande parte do êxito dessa expansão das ideias no campo da Ciência Jurídica, pois seu livro foi escrito visando um público-alvo de advogados. Para tanto, abandonou o jargão dos economistas e analisou doutrinas conhecidas do Direito. Sua principal tese consiste em defender a eficiência em todas as áreas, inclusive nas normas e julgamentos,

custos de transação somente foi utilizada a partir dos anos 1970, ainda que seu conceito tenha sido estabelecido três décadas antes.

¹⁵ No original: *Some economics of property rights*.

¹⁶ No original: *Some thoughts on risk distributions and the Law of Torts*.

¹⁷ No original: *Journal of Legal Studies*.

¹⁸ No original: *Introduction to the economic analysis of Law*.

¹⁹ No original: *Economic Institutes for Law Professors*.

como forma de diminuir o desperdício e maximizar as riquezas de um país, utilizando-se de conceitos extraídos da Teoria Neoclássica da Economia^{20, 21}.

O período entre 1976 e 1983 assinalou a fase do **paradigma questionado**. Durante o fim da década de 1970, o enfoque dado pela Escola de Chicago ao Direito e Economia passou a sofrer críticas, principalmente advindas dos institucionalistas^{22,23}, direcionadas às ideias de eficiência de Posner. As reprovações se iniciaram na metade da década de 1970, porém não encontraram eco no meio acadêmico. Já ao fim da década, ocorreu uma série de simpósios com o objetivo de debater em que o Direito e Economia poderia contribuir com a Teoria Geral do Direito, o que reacendeu o teor das antigas críticas (BALBINOTTO; BATTESINI, 2010, p. 11-2).

Essas censuras consistiam, de forma resumida, em assertar que o conceito de eficiência pode ser analisado de prismas distintos. Dessarte, os contrários à sua abordagem entendiam que se pode cogitar diversas soluções com máxima eficiência para um mesmo problema; ou que, devido ao caráter conjuntural da Ciência Jurídica, uma resposta eficiente à uma situação em dado tempo poderá perder essa qualidade em tempo posterior; ou que o saldo resultante entre ganhos e perdas é subjetivo; ou que medidas governamentais baseadas na eficiência executadas por representantes do povo não coincidem com o desejo do próprio povo.

Após as críticas ao movimento oriundas tanto da Ciência Econômica quanto da Ciência Jurídica, poder-se-ia cogitar que o movimento de Direito e Economia teria se enfraquecido ao ponto de sequer contar com produções acadêmicas sobre o tema. Tal

²⁰ Weintraub (1993) define a escola neoclássica dessa forma: A estrutura da economia neoclássica é facilmente resumida. Compradores tentam maximizar seus ganhos ao adquirir bens, e o fazem aumentando a compra de um bem até que seu ganho oriundo da aquisição do próximo item esteja equilibrada com o que eles devem abdicar [normalmente dinheiro] para obtê-lo. Dessa forma eles maximizam a “utilidade” — a satisfação associada ao consumo de bens e serviços. Assim, indivíduos fornecem trabalho às empresas que desejam empregá-los, de maneira a contrabalancear os ganhos da oferta da unidade marginal de seus serviços (o salário que receberiam) com a perda do trabalho em si — a perda do lazer. Pessoas fazem escolhas baseadas na margem de ganho. Isso resulta em uma demanda de bens e fornecimento de fatores de produção. (tradução livre do autor)

²¹ No original de Weintraub (1993): *The framework of neoclassical economics is easily summarized. Buyers attempt to maximize their gains from getting goods, and they do this by increasing their purchases of a good until what they gain from an extra unit is just balanced by what they have to give up to obtain it. In this way they maximize "utility"—the satisfaction associated with the consumption of goods and services. Likewise, individuals provide labor to firms that wish to employ them, by balancing the gains from offering the marginal unit of their services (the wage they would receive) with the disutility of labor itself—the loss of leisure. Individuals make choices at the margin. This results in a theory of demand for goods, and supply of productive factors.*

²² Medema, Mercuro e Samuel (2000, p. 418) assim definem esta corrente: Como seu nome sugere, Economia Institucional foca sua análise no estudo das instituições do sistema econômico. Instituições são vastamente e de forma variada definidas dentro da própria ciência. (tradução livre do autor)

²³ No original de Medema, Mercuro e Samuel (2000, p. 418): *As its name implies, institutional economics places at the center of analysis the study of the institutions of the economic system. Institutions are variously and broadly defined within institutional economics.*

pensamento não se coaduna com a realidade. Desde 1983, a disciplina se encontra no estágio que é denominado **movimento sacudido**.

Ronald Harry Coase teve a importância de seus trabalhos iniciais reconhecida e foi laureado com o Prêmio Nobel de Economia em 1991²⁴. Richard Allen Posner, além de ser profícuo autor sobre o tema, já teve publicada a oitava edição de seu livro didático *The Economic Analysis of Law* publicado²⁵. O *Journal of Law and Economics*²⁶ e o *Journal of Legal Studies*²⁷ são publicados trimestral e semestralmente, respectivamente, até a atualidade, além de publicações periódicas fundadas após a década de 1980 que perduram até hoje.

2.3 Os três pilares da Escola de Chicago

Para os fins deste trabalho, é essencial que se entenda qual o raciocínio utilizado para aceitar as premissas utilizadas na Escola de Chicago. São três os pilares dessa corrente: os agente econômicos funcionam como maximizadores de sua satisfação, ideia embasada na teoria da escolha racional; as normas podem ser avaliadas quanto a sua eficiência de causar comportamentos desejados nas pessoas; e as normas servem de incentivos, positivos ou negativos, para cumprir a função anterior.

De início, pode-se pensar em um significado usual no momento em que a expressão “escolha racional” aparece no texto, visualizando-se uma situação em que o sujeito, frente a diversas possibilidades, refletirá e sopesará as suas opções e preferirá aquela mais adequada a si. Caso perguntado o porquê de sua decisão, responderá de forma embasada. É natural, pois, que os meios escolhidos pelo sujeito sejam razoáveis para atingir seus objetivos, sem a influência de motivações inexplicáveis (ULEN, 2000, p. 791).

Doutra forma, existe o conceito científico da escolha racional, explicado pela Teoria da Escolha Racional e que consiste na primeira premissa fundamental da Escola de Chicago. Tem sua origem na Teoria Neoclássica da Economia e determina que um agente econômico sempre tomará decisões de forma a ampliar ao máximo o seu proveito.

²⁴ Lista de todos os laureados em Economia até o ano de 2012 disponível em: <http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economics/laureates/>

²⁵ Informações disponíveis em: <http://www.aspenpublishers.com/Product.asp?catalog_name=Aspen&product_id=0735594422> Acesso em: 25 abril 2013.

²⁶ Informações disponíveis em: <<http://www.press.uchicago.edu/ucp/journals/journal/jle.html>> Acesso em 25 abril 2013

²⁷ Informações disponíveis em: <<http://www.press.uchicago.edu/ucp/journals/journal/jls.html>> Acesso em 25 abril 2013

Sua principal característica é a transitividade. Pinheiro e Saddi (2006, p. 41-2) melhor dissertam sobre ela:

- Para quaisquer duas cestas de bens e serviços, A e B, é sempre o caso de que ou o consumidor²⁸ prefere A a B, ou B a A, ou é indiferente entre as duas. Por exemplo, se A é um automóvel e B um barco, é sempre verdade que ou eu prefiro o automóvel ao barco, ou o barco ao automóvel, ou para mim tanto faz ter uma coisa ou outra (sou indiferente entre os dois).
- Se C é uma outra cesta de bens e serviços, e o consumidor prefere A a B e B a C, então ele prefere A a C. Supondo agora que C seja uma casa de praia, é sempre verdade que, se eu prefiro ter um automóvel (A) a ter um barco (B), e prefiro o barco (B) à casa de praia (C), então é porque eu necessariamente prefiro o automóvel (A) à casa de praia (C).

Em relação a esse exemplo, se a última assertiva ocorresse de forma contrária, ou seja, ainda que A fosse preferível a B e B preferível a C, uma predileção por C em face de A seria irracional e, portanto, não deve acontecer.

A teoria aqui ilustrada, entretanto, não é aceita de forma pacífica no meio acadêmico. Críticos da validade dessa tese foram Jolls, Sunstein e Thaler, que escreveram um artigo exclusivamente para desqualificar a “escolha racional” e para expor suas reprovações, cuja sumarização é entendida como a assunção de que o ser humano possui limitações inerentes a si que o impedem de tomar as decisões mais eficientes sempre. Tais limitações são três: a racionalidade, a força de vontade e o egoísmo finitos:

Bounded rationality, an idea first introduced by Herbert Simon, refers to the obvious fact that humans cognitive abilities are not infinite. We have limited computational skills and seriously flawed memories.^{29, 30}

[...]

In addition to bounded rationality, people often display bounded willpower. This term refers to the fact that human beings often take actions that they know to be in conflict with their own long-term interests.

[...]

Finally, we use the term bounded self-interest to refer to an important fact about the utility function³¹ of most people. They care, or act as if they care, about others, even

²⁸ Destaca-se que a palavra consumidor é utilizada pelos autores em seu sentido *lato*, como qualquer agente que adquira um bem ou serviço, sendo irrelevantes as condições do negócio. Tratar-se-á, em momento posterior, o conceito *stricto* de consumidor estabelecido pelo Código Consumerista Nacional.

²⁹ Os autores, ainda que defendam tais falhas na Teoria da Escolha Racional, reconhecem a mitigação natural que ocorre com o fator da racionalidade limitada: As pessoas podem responder logicamente a essas falhas; assim pode ser dito que os indivíduos reagem racionalmente a suas próprias limitações cognitivas, minimizando a soma dos custos de decisão e dos custos de erro. A fim de lidar com memórias restritas nós fazemos listas. Para lidar com capacidade cerebral e tempo limitados nós usamos atalhos mentais e regras de ouro. (JOLLS, SUNSTEIN, THALER, 1998, p. 1477, tradução livre do autor)

³⁰ No original de Christine Jolls, Cass Sunstein e Richard Thaler: *People can respond sensibly to these failings; thus it might be said that people sometimes respond rationally to their own cognitive limitations, minimizing the sum of decision costs and error costs. To deal with limited memories we make lists. To deal with limited brain power and time we use mental shortcuts and rules of thumb.*

strangers, in some circumstances. (JOLLS; SUNSTEIN; THALER, 1998, p. 1477 e 1479)³²

Posner (1998, p. 1553 e 1557) discorreu sobre o texto acima apresentado e rebateu seus argumentos da seguinte forma:

Behavioral economics rejects the assumption that people are rational maximizers of preference satisfaction in favor of assumption of “bounded rationality”, bounded willpower” and “bounded self-interest.” The first, and most familiar, of these terms refers to the fact that people have cognitive quirks that prevent them from processing information rationally. This phenomenon is distinct from positive information costs. The latter phenomenon conventional rational-choice theory has no difficulty assimilating. Rationality does not imply omniscience. Indeed, it would be profoundly irrational to spend all one’s time in the acquisition of information.

[...]

All that is required to understand altruism as a form of rational self-interest is the assumption of interdependent utilities. If your welfare enters positively into my utility function, then I can increase my own welfare by increasing your welfare; and if it enters negatively, then I can increase my welfare by reducing yours.³³

O articulista ainda contra-argumenta no sentido de que não ofende a racionalidade das decisões o que fora nomeado como “força de vontade limitada”, pois essa é determinada pela ausência de informação concreta sobre eventos futuros, tornando-se inviável uma decisão embasada e mantendo a consonância com a escolha racional (POSNER, 1998, p. 1555).

Em relação ao aspecto da eficiência no Direito e Economia, diferente do que as regras de experiência possam sugerir, não se trata de um conceito subjetivo sem qualquer

³¹ Uma função que especifica o bem-estar de um consumidor baseado na combinação de produtos consumidos e a relação destes com sua preferência.

³² Em tradução livre do autor: Racionalidade limitada, uma ideia primeiro levantada por Herbert Simon, refere-se ao fato óbvio de que as habilidades cognitivas humanas não são infinitas. Nós temos limitada capacidade computacional e memória extremamente falha.

[...]

Além da racionalidade finita, pessoas frequentemente apresentam força de vontade limitada. Esse termo concerne ao fato de que os seres humanos reiteradamente executam ações que eles sabem estar em conflito com seus próprios interesses a longo prazo.

[...]

Finalmente, nós usamos o termo egoísmo limitado para reportar-se a um importante fato sobre a função de utilidade da maioria dos indivíduos. Eles se preocupam, ou agem como se se preocupassem, com os outros, até mesmo desconhecidos, em algumas circunstâncias.

³³ Em tradução livre do autor: A Economia Comportamental rejeita a assunção de que pessoas são maximizadores racionais de suas satisfações em favor da assunção da “racionalidade limitada”, “força-de-vontade limitada” e “egoísmo limitado”. O primeiro, e mais familiar desses termos refere-se ao fato de que indivíduos possuem particularidades cognitivas que os impedem de processar informações racionalmente. Esse fenômeno é distinto de custos de informação positivos. A teoria convencional da Escolha Racional não tem dificuldade de assimilar o último. Racionalidade não implica onisciência. De fato, seria profundamente irracional gastar todo o tempo de alguém apenas na aquisição de informações.

[...]

Todo o necessário para entender o altruísmo como forma racional de interesse próprio é a assunção de utilidade interdependentes. Se o seu bem-estar entra positivamente na minha função de utilidade, então eu posso aumentar o meu bem-estar aumentando o seu bem-estar; e se ele entra negativamente, posso aumentar o meu bem-estar diminuindo o seu.

metodologia aplicável. Para tanto, tem-se dois modelos objetivos para a persecução do máximo proveito: o de Pareto e o de Kaldor-Hicks.

O primeiro foi proposto pelo economista liberal italiano Vilfredo Pareto e pode ser definido como uma situação em que a melhora de condição de um indivíduo A não resulte em um decréscimo de condição de qualquer outro indivíduo. Nas palavras de Sztajn (2005, p.77):

No que se diz respeito à eficiente circulação da riqueza, o critério usual é o proposto por Pareto, segundo o qual os bens são transferidos de quem os valoriza menos a quem lhes dá maior valor. O economista considera que a mudança é eficiente, numa sociedade, quando alguém fica melhor do que anteriormente com a mudança de alguma atribuição de bens anterior, sem que ninguém fique pior.

Critica-se em grande parte a ideia de Pareto porque ela parte de uma situação estabelecida, ignorando se o estágio atual está em um ponto minimamente satisfatório e ignora também todos os processos ocorridos para se chegar àquela situação. Assim, aplicada a um cenário em que poucos componentes estão em excelente estado e muitos estão em péssimo estado, evidencia-se a pequena aplicação prática do conceito, mais especificamente na área econômica, uma vez que uma grande melhora da maioria em má situação seria obstada frente a um pequeno prejuízo da minoria em boa situação. Ressalva-se que a ideia de Pareto, entretanto, apresenta grande utilidade em sistemas fechados.

Calabresi (1991, p. 1212) elucida a questão do momento em que se atinge um equilíbrio de Pareto:

Transaction costs (including problems of rationality and knowledge), no less than existing technology, define what is currently achievable in any society-the Pareto frontier. It follows that any given society is always or will immediately arrive at a Pareto optimal point given transaction costs. Therefore no moves from the status quo are possible without either: (a) disadvantaging at least someone (hence making distributional considerations unavoidable); or (b) trying to shift the frontier outward³⁴ (itself a chancy and costly process that usually entails distributional consequences).³⁵

Destaca-se, todavia, que apesar de a definição clássica se referir claramente a riquezas, o instituto adquiriu significado extraeconômico, pois diversas áreas do

³⁴ Esta opção se refere a um esforço consciente de incremento tecnológico a fim de incrementar a situação de uma pessoa ou de um grupo de pessoas sem a necessidade afetar negativamente quem quer que seja.

³⁵ Em tradução livre do autor: Custos de transação (incluindo-se problemas de racionalidade e de conhecimento), tendo em conta a tecnologia existente, definem o que é possível de se alcançar atualmente em qualquer sociedade – a fronteira de Pareto. Por conseguinte, qualquer dada sociedade está sempre ou irá imediatamente chegar ao ótimo de Pareto considerando-se a existência dos custos de transação. Assim, nenhuma alteração ao *status quo* é possível sem: (a) prejudicar pelo menos uma pessoa (dessa forma fazendo com que considerações sobre distribuição não possam ser evitadas; ou (b) tentar mover a fronteira adiante (esta uma opção arriscada e custosa que normalmente resulta em consequências distributivas).

conhecimento se apropriaram de sua ideia central e passaram a se beneficiar com a busca por alcançar um ótimo de Pareto³⁶ em seus estudos, evitando que seja diminuída a qualidade já atingida por outros elementos.

Já a análise de eficiência proposta por Nicholas Kaldor e John Richard Hicks, este último laureado com o Prêmio Nobel em 1972, primeiro apareceu em trabalhos independentes de ambos nos anos de 1938 e 1939 como desdobramentos da *Economia do bem-estar*^{37, 38, 39}.

O modelo sugerido por Kaldor-Hicks apresenta uma gama ampla de aplicações, uma vez que a relevância para a aferição de eficiência migra da mera riqueza para a satisfação pessoal. Sua definição é a de um cenário que gere o máximo de bem-estar para a maior quantidade de pessoas possíveis, ou seja, o saldo do bem-estar final menos o bem-estar inicial deve ser positivo e, quanto maior for, mais a medida foi eficiente. Ademais, propõe medidas de compensação entre os maiores beneficiados e os maiores prejudicados, a fim de aproximar-se de um ótimo de Pareto. Nas palavras de Hicks (1939, p. 711)⁴⁰:

The main practical advantage of our line of approach is that it fixes attention upon the question of compensation. Every simple economic reform inflicts a loss upon some people; the reforms we have studied are marked out by the characteristic that they will allow of compensation to balance that loss, and they will still show a net advantage.⁴¹

Percebe-se que a ideia do economista italiano é o objetivo ideal de qualquer mudança, mas a impossibilidade de se impor prejuízos a qualquer um limita sua aplicação prática, defeito suprido pelo enfoque de Kaldor-Hicks, cuja aspiração ainda é o maior acréscimo sem perdas de nenhuma sorte, mas que permite a imposição de danos para buscar um equilíbrio posterior com a redistribuição dos ganhos.

O terceiro elemento, normas como incentivos, funciona como elo entre os dois primeiros e como uma consequência lógica dessa união. Assim, aceita a premissa inaugural de

³⁶ Equilíbrio em que não mais é possível efetuar nenhuma alteração para melhorar um componente sem piorar outro.

³⁷ *Welfare Economics* no original.

³⁸ Deardoff (2010) assim a define: A corrente de pensamento econômico que lida com o bem-estar econômico, incluindo, especialmente, várias proposições relativas ao equilíbrio geral de concorrência e a eficiência e desejabilidade de uma alocação (tradução livre do autor).

³⁹ No original de Deardoff: *The branch of economic thought that deals with economic welfare, including especially various propositions relating competitive general equilibrium to the efficiency and desirability of an allocation.*

⁴⁰ No mesmo sentido, Nicholas Kaldor (1939).

⁴¹ Em tradução livre do autor: A principal vantagem prática da nossa linha de estudo é que ela fixa atenção na questão da compensação. Toda reforma econômica simples inflige perdas sobre algumas pessoas; as reformas que estudamos [refere-se a exemplos dados anteriormente no texto, mas mantém a universalidade de aplicação do conceito] são marcadas pela característica de que permitirão a compensação para equilibrar essa perda, e ainda assim mostrarão um ganho líquido.

que o ser humano é movido por motivos egoísticos em sua atuação no mercado e a segunda premissa de que as normas devem ser eficientes, deve-se estabelecer incentivos proporcionais para que os agentes atuem da melhor forma possível, o que se materializa por meio de normas.

O que pode aparentar uma medida excessivamente intervencionista do Estado, que adentra a esfera pessoal do cidadão e o guia à prática de atos desejáveis, ainda que subliminarmente, age de forma diametralmente oposta. O objetivo é garantir um ambiente de mercado em que as partes cumpram os acordos celebrados e seu funcionamento enseje uma melhora no bem-estar geral da população. Flores Filho (2007, p. 5) ressalta essa finalidade do movimento:

À época a Escola de Direito e Economia de Chicago, buscando um sistema legal que garantisse a eficácia e eficiência do sistema competitivo, estudou e aplicou um direito que, usando de instrumentos similares as leis de mercado (incentivos, preços implícitos etc.), intervêm nas estruturas sociais para garantir estes valores liberais.

Cumprir destacar que o cumprimento desse propósito não ocorre apenas com a imposição de sanções punitivas, mas também com sanções premiais, que estimulam o comportamento desejado através de um reforço positivo. Klick e Parisi (2003, p. 24) assim conceituam:

The mechanism design perspective of economics attempts to channel the intrinsic behavioral tendencies of individuals to reach a desired social outcome. That is, other than attempting to alter individual behavior, functional law and economics⁴² suggests that institutions should provide incentives, such that individuals will naturally act in a desired way without any external monitoring or coercion. This necessarily requires that individuals have the ability and incentive to reveal their own subjective values and preferences, and that all costs and benefits generated by an individual's actions accrue to that individual.⁴³

Percebem-se os benefícios que a Análise Econômica do Direito pode levar à Ciência Jurídica pura. Tendo em vista que essa é, no Brasil, eminentemente normativa, um conjunto de teorias que serve para estabelecer um regramento eficiente e seja capaz de gerar

⁴² Classificação dos movimentos de Direito e Economia que os divide em positivistas (Escola de Chicago), normativistas (Escola de Yale) e funcionalistas (Escola de Virgínia) (PARISI, 2004). Em relação a essa definição, entretanto, não há qualquer diferença significativa entre positivistas, aqui utilizados como parâmetro, e funcionalistas para os fins deste trabalho.

⁴³ Em tradução livre do autor: A perspectiva econômica do mecanismo tenta canalizar as tendências comportamentais intrínsecas dos indivíduos para alcançar um resultado social desejado. Isso é, em vez de tentar alterar o comportamento individual, o direito e economia funcional sugere que instituições devem conceder incentivos, de tal modo que indivíduos irão naturalmente agir da forma desejada sem qualquer monitoramento ou coação externa. Isso necessariamente requer que indivíduos tenham a habilidade e o incentivo para revelar seus valores subjetivos e preferências, e que todos os custos e benefícios gerados pela ação de um indivíduo acrescentem a ele.

bem-estar à população é fundamental. Neste sentido, Gico Júnior (2010, p. 15) destaca tal faceta:

Em resumo, é exatamente nesse aspecto que a Análise Econômica do Direito oferece sua maior contribuição do ponto de vista epistemológico jurídico. Se a avaliação da adequação de determinada norma está intimamente ligada às suas reais consequências sobre a sociedade (consequencialismo), a juseconomia se apresenta como uma interessante alternativa para esse tipo de investigação. Primeiro, porque oferece um arcabouço teórico abrangente, claramente superior à intuição e ao senso comum, capaz de iluminar questões em todas as searas jurídicas, inclusive em áreas normalmente não associadas como suscetíveis a este tipo de análise. Segundo, porque é um método de análise robusto o suficiente para o levantamento e teste de hipóteses sobre o impacto de uma determinada norma (estrutura de incentivos) sobre o comportamento humano, o que lhe atribui um caráter empírico ausente no paradigma jurídico atual. E terceiro, porque é flexível o suficiente para adaptar-se a situações fáticas específicas (adaptabilidade) e incorporar contribuições de outras searas (inter e transdisciplinariedade), o que contribui para uma compreensão mais holística do mundo e para o desenvolvimento de soluções mais eficazes para problemas sociais em um mundo complexo e não-ergódico⁴⁴.

Dessa feita, o regramento é observado com função de preço, desincentivando a falta de lealdade entre as partes de um contrato motivada apenas pela ânsia de ganhar mais ao se burlar o acordado. O proveito socialmente indesejado seria mitigado ao ponto de ser desvantajoso por causa da sanção imposta pela norma. Ou, doutra forma, o cumprimento contratual receberia um estímulo legal, o que ensejaria uma situação de lucro duplo para as partes: em primeiro devido ao próprio cumprimento do contrato e em segundo pelo benefício concedido pelo ordenamento. Den Hauwe (2000, p. 614) sintetiza o entendimento exposto:

Even when it is supposed that agreement on appropriate rules can be achieved at the stage of constitutional contract formation, it should be recognized that individuals and interest groups inevitably will attempt to engage in post-contractual opportunism [...] Therefore the agreement, once achieved, must be enforceable.⁴⁵

Observa-se, portanto, que o interesse social em encorajar o cumprimento e a lealdade contratual resulta no estabelecimento de um mercado propício aos negócios que se reverte em uma conjuntura de produção de riquezas e, ao fim, beneficia toda a população. Torna-se um ciclo virtuoso.

Observada a metodologia da Análise Econômica do Direito, em especial os três pilares da Escola de Chicago, utilizar-se-á-la para analisar a conjuntura prática e legal da

⁴⁴ Um sistema não-ergódico é aquele em que os processos ocorridos são irreversíveis.

⁴⁵ Em tradução livre do autor: Até quando presume-se que um acordo nas regras adequadas pode ser alcançado no estágio de formação contratual constitucional, deve ser reconhecido que indivíduos e grupos de interesse inevitavelmente tentarão alguma forma de oportunismo pós-contratual [...] Assim o acordo, uma vez alcançado, deve ser executado.

Responsabilidade Civil no Direito do Consumidor com o objetivo de aferir a sua eficiência e determinar uma eventual necessidade de mudanças.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

No presente capítulo, apresenta-se o panorama atual da Responsabilidade Civil no Brasil, enfocando a responsabilização do fornecedor no âmbito das relações de consumo para, ao fim, analisar a eficiência da legislação e de sua aplicação sob a metodologia da Análise Econômica do Direito.

A Responsabilidade Civil, apesar da nomenclatura que remete à área do Direito Privado, abrange em seu escopo tanto as relações entre particulares, como também as destes com o Poder Público, apesar de ambos serem regrados de maneira diferente e apresentarem teorias distintas norteando o instituto. Cumpre, para orientar este estudo, analisar de forma detida o regimento daquelas primeiras.

3.1 Conceito

A responsabilidade surge quando da violação de um determinado direito pessoal por outrem, por consequência da prática de um ato contrário ao ordenamento⁴⁶. Segundo Houaiss, Franco e Villar (2001, p. 2440), uma das acepções da palavra responsabilidade é “obrigação de responder pelas ações próprias ou dos outros”. Essa definição revela seu elemento básico, qual seja, o dever de o indivíduo reagir de forma proporcional às consequências fáticas de suas ações ou às das ações de quem está sob sua tutela legal.

Cavaliere Filho (2012, p. 2), no que partilha entendimento com Dias (2006, p. 4-5) ressalta esse aspecto de reparação equivalente ao dano causado por ilícito:

Em seu sentido etimológico, responsabilidade exprime a ideia de obrigação, encargo, contraprestação. Em sentido jurídico, o vocábulo não foge dessa ideia. A essência da responsabilidade está ligada à noção de desvio de conduta, ou seja, foi ela engendrada para alcançar as condutas praticadas de forma contrária ao direito e danosas a outrem. Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico.

Cumprido esclarecer, ademais, que o ordenamento estabelece direitos intrínsecos a alguns ou a todos, classificados como deveres jurídicos originários ou primários. A violação de qualquer desses constitui um ato ilícito que, se causador de dano, enseja o aparecimento de um dever jurídico sucessivo ou secundário, cuja repercussão é a obrigação de indenização do prejuízo.

⁴⁶ Assim define o artigo 927 do Código Civil (BRASIL, 2002): “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Percebe-se, portanto, que é pressuposto à responsabilidade de um indivíduo a existência pretérita de um direito alheio, cuja ofensa gerará uma diminuição de bens jurídicos do ofendido.

Observada essa definição preambular, importa distinguir a Responsabilidade Civil da penal, diferenciar Responsabilidade Civil contratual e extracontratual, objetiva e subjetiva a fim de estabelecer os parâmetros para a delimitação da análise econômica a ser efetuada no posteriormente.

De forma resumida, pode-se dizer que a diferença entre a Responsabilidade Civil e a responsabilidade penal restringe-se à seara de atuação do direito civil e do direito penal, respectivamente. Apesar de correta, essa descrição não alberga todas as nuances da disparidade de ambas.

Assume-se notório que o ataque à um direito de outrem, executado através de um ato ilícito é contrário à ordem social, ainda mais se causador de um dano patrimonial em uma conjuntura baseada na propriedade privada, como é o caso do cenário brasileiro.

Torna-se necessário examinar, então, a partir de que gravidade a esfera penal, a *ultima ratio* do Estado, passará a interferir e penalizar o autor do ilícito. Dias (2006, p. 11-2, grifos originais do autor), seguido por Gonçalves (2011, p 51-2), explica:

Não é possível negar, a menos que isolando, contra a razão, o homem da sociedade a que pertence, que o dano infligido a ele repercute na coletividade. Claro que não se fala no aspecto puramente patrimonial: é exatamente aqui que reside a confusão. No regime da economia privada, não seria mais que absurdo sustentar essa opinião. Trata-se da repercussão social, o que deve ser explicado como o reflexo que, fora de qualquer discussão, a coletividade experimenta quando é ferido um seu membro [...] Para efeito da punição ou da reparação, isto é, para aplicar uma ou outra forma de restauração da ordem social, é que se distingue: a sociedade toma à sua conta aquilo que a atinge diretamente deixando ao particular a ação para restabelecer-se, à custa do ofensor, no *statu quo* anterior à ofensa. Deixa, não porque se não impressione com ele, mas porque o Estado ainda mantém um regime político que explica a sua não-intervenção.

Nota-se que a distinção entre ambas orienta-se pelo sujeito passivo do ataque: se o ato atingiu gravidade tal que ofendeu a ordem da sociedade, caracteriza-se a responsabilidade penal, cuja persecução é efetuada via de regra pelo Estado; em contrapartida, se o ato somente fere um particular, causando apenas um dano indireto à sociedade, evidencia-se a Responsabilidade Civil, cuja persecução recai no próprio particular. Frise-se que a ocorrência de ambas na mesma situação não é rara. Gonçalves (2011, p. 52-3) ressalta mais algumas divergências:

Sob outros aspectos distinguem-se, ainda, a responsabilidade civil e a penal. Esta é pessoal, intransferível. Responde o réu com a privação de sua liberdade. Por isso deve estar cercado de todas as garantias contra o Estado. A este incumbe reprimir o crime e deve arcar sempre com o ônus da prova.

Na esfera civil, porém, é diferente. A regra *actori incumbit probatio*, aplicada à generalidade dos casos, sofre hoje muitas exceções, não sendo tão rigorosa como no processo penal. Na responsabilidade civil não é o réu mas a vítima que, em muitos casos, tem de enfrentar entidades poderosas, como as empresas multinacionais e o próprio Estado. Por isso, mecanismos de ordem legal e jurisprudencial têm sido desenvolvidos para cerca-la de todas as garantias e possibilitar-lhe a obtenção do ressarcimento do dano.

Ademais, o conceito de culpa, que será estudado adiante relativamente à esfera civil, é admitido de forma distinta nesta e na seara penal. O brocardo *in lege Aquilia levissima culpa venit* manifesta a ideia de que, em matéria de Responsabilidade Civil, até a culpa mais leve enseja uma reparação. Já em questão penal, a culpa de um agente apenas é considerada a partir de uma determinada intensidade.

Interessa ao consumidor, de forma imediata, apenas a Responsabilidade Civil, uma vez que o prejuízo causado a si não transborda a área privada, salvo nas situações em que o ato ilícito também enseja uma ação penal autônoma, pois uma decisão condenatória prévia no juízo penal vincula o juízo civil.

Na Responsabilidade Civil, é possível estabelecer diferenças entre a responsabilidade contratual e a extracontratual. Percebido o surgimento de uma relação obrigacional cuja finalidade é o adimplemento após a ofensa a direito alheio, o Direito deve estabelecer os efeitos de uma eventual frustração desse objetivo. Adotou-se, então, a separação tradicional⁴⁷ entre a responsabilidade contratual⁴⁸ e a extracontratual⁴⁹, cujo cerne distintivo é a relação original entre as partes.

A primeira resulta do descumprimento de um vínculo pretérito entre o ofensor e o ofendido, com fundação na autonomia das vontades das partes⁵⁰. Sua previsão está contida nos artigos 389 a 405 do Código Civil de 2002 e nos artigos 12 a 14, 18 a 20, 22 a 23 e 25 do Código de Defesa do Consumidor.

⁴⁷ Parte da doutrina entende ser errônea a dicotomia entre responsabilidade contratual e extracontratual. Esta adota a teoria unitária, ou monista, pois acredita que é irrelevante a conjuntura originária da responsabilidade, uma vez que os efeitos jurídicos de ambas são uniformes. Cumpre destacar, entretanto, que, ainda que algumas regras sejam de comum aplicação aos dois institutos, a legislação brasileira decidiu por aderir à tese dualista, ou clássica, assim como a maioria dos países.

⁴⁸ Tem por sinônimo responsabilidade *ex contractu*.

⁴⁹ Tem por sinônimos responsabilidade aquiliana, responsabilidade delitual ou responsabilidade *ex delictu*.

⁵⁰ Dogma do Direito Privado que preceitua ser lícito qualquer acordo entre as partes interessadas que verse sobre matéria sem vedação legal.

Leonardo (2002, p. 111-112, grifos originais do autor) explicita a necessidade de regulamentação na seara contratual, a fim de manter o equilíbrio e a eficiência nos acordos entre particulares:

A responsabilidade civil contratual, por sua vez, estaria fundamentada na quebra de um vínculo constituído a partir do poder de autonomia privada.

Não sancionar a quebra desse vínculo – nas hipóteses em que o descumpridor agisse com culpa ou dolo –, seria o mesmo que retirar do *poder de autonomia* a correspectiva responsabilidade pelo seu exercício irregular, levado a cabo por sujeitos de *direito formalmente iguais*.

Não seria exagero dizer que, sem a responsabilidade contratual, uma das pré-condições para a fundação do modelo sócio-econômico liberal seria fragilizada: só teria sentido conferir poder de autonomia contratual para assegurar o trânsito de riquezas se houvesse uma correlata responsabilização por eventual descumprimento.

Já a segunda é derivada do princípio do *neminem laedere*⁵¹, ou seja, a obrigação intrínseca a cada membro da sociedade de não provocar danos a outrem, cuja sanção por ação em contrário é o dever de indenizar determinado em lei que recai sobre o causador do prejuízo. Sua positivação está situada nos artigos 186 a 188 e 927 a 954 do Código Civil e no artigo 6º, inciso VI, do Código Consumerista.

Frisa-se que este último apresenta uma previsão consoante a teoria monista da Responsabilidade Civil, já que seu artigo 17 estende as regras de responsabilidade oriundas de contratos, compreendidas nos artigos 12 a 14, a qualquer vítima do evento danoso, criando a categoria de *consumidor equiparado*, em respeito ao princípio do *neminem laedere*.

Cavaliere Filho (2012, p. 17) resume a dissonância entre os dois institutos:

Em suma: tanto na responsabilidade extracontratual como na contratual há a violação de um dever jurídico preexistente. A distinção está na sede desse dever. Haverá responsabilidade contratual quando o dever jurídico violado (inadimplemento ou ilícito contratual) estiver previsto no contrato. A norma convencional já define o comportamento dos contratantes e o dever específico a cuja observância ficam adstritos. E como o contrato estabelece um vínculo jurídico entre os contratantes, costuma-se também dizer que na responsabilidade contratual já há uma relação jurídica preexistente entre as partes (relação jurídica, e não dever jurídico, preexistente, porque este sempre se faz presente em qualquer espécie de responsabilidade). Haverá, por seu turno, responsabilidade extracontratual se o dever jurídico violado não estiver previsto no contrato, mas sim na lei ou na ordem jurídica.

Em nosso sistema a divisão entre responsabilidade contratual e extracontratual não é estanque. Pelo contrário, há uma verdadeira simbiose entre esses dois tipos de responsabilidade, uma vez que regras previstas no Código para a responsabilidade contratual (arts. 393, 402 e 403) são também aplicadas à responsabilidade extracontratual.

⁵¹ Ideia desenvolvida por Ulpiano, jurista romano do Século II, cujo entendimento era de que o Direito tinha por base três sustentáculos: *honeste vivere*, *neminem laedere*, *suum cuique tribuere*, ou seja, viver honestamente, não ofender ninguém e dar a cada um o que lhe pertence.

Ambos os tipos de responsabilidade relacionadas aos contratos são de interesse à seara consumerista, já que existem casos de desrespeito ao próprio contrato, mas também desobediência das regras e princípios que regem as relações entre fornecedor e consumidor.

Doutra forma, entre os pressupostos da Responsabilidade Civil, a serem estudados posteriormente em relação à sua atuação no Direito do Consumidor, existe um que pode ou não apresentar-se necessário: a culpa do agente⁵². Esse elemento é o que distingue a responsabilidade objetiva da responsabilidade subjetiva, sendo indispensável para a materialização dessa, mas irrelevante para a ocorrência daquela. A utilização de uma ou de outra é determinada pela legislação aplicável ao caso.

Tendo como parâmetro a teoria clássica, ou teoria da culpa, estabelece-se a presença de culpa do agente no ato como critério necessário à existência de responsabilidade; dessa feita, reconhece-se a sua modalidade subjetiva, pois ela demanda como elemento essencial uma característica inerente ao sujeito, qual seja, a negligência, imprudência, imperícia ou até a vontade consciente de causar o prejuízo. Por decorrência lógica, inexistindo culpa, também não ocorrerá a responsabilidade subjetiva.

Em outra conta, a responsabilidade objetiva, ou legal, cujo arcabouço científico é a teoria do risco, perfaz-se ignorando a culpa do ofensor. Essa teoria entende que todo dano é indenizável e deve ensejar a reparação levada a cabo por aquele que está ligado ao fato danoso por um nexo de causalidade. Assim, nos casos de responsabilidade objetiva, é irrelevante uma eventual culpa do autor do prejuízo.

Existe uma categoria especial de responsabilidade objetiva, na qual os desdobramentos são apenas processuais: a responsabilidade de culpa presumida. Nesta, opera-se uma exceção à regra geral de prova do Código de Processo Civil que determina ser de quem alega o fato o ônus da prova. Assim, há a presunção *juris tantum*⁵³ de que o réu agiu com culpa, eximindo a vítima da obrigação de prová-la. Por não ignorar por completo a presença de culpa, este tipo é denominado de responsabilidade objetiva impura ou imprópria.

Gonçalves (2011, p.56-57) apresenta um panorama geral de como estes gêneros se apresentam na legislação nacional:

O Código Civil brasileiro filiou-se à teoria “subjetiva”. É o que se pode verificar no art.186, que erigiu o dolo e a culpa como fundamentos para a obrigação de reparar o dano. [...]

⁵² A culpa referida no âmbito da Responsabilidade Civil tem significado *lato sensu*, abarcando os conceitos de culpa *stricto sensu* e dolo.

⁵³ Presunção relativa que admite prova em contrário.

A responsabilidade subjetiva subsiste como regra necessária, sem prejuízo da adoção da responsabilidade objetiva, em dispositivos vários e esparsos. Poderiam ser lembrados, como de responsabilidade objetiva, em nosso diploma civil, os arts. 936, 937 e 938, que tratam, respectivamente, da responsabilidade do dono do animal, do dono do prédio em ruína e do habitante da casa da qual caírem coisas. E, ainda, os arts. 929 e 930, que preveem a responsabilidade por ato ilícito (estado de necessidade); os arts. 939 e 940, sobre a responsabilidade do credor que demanda o devedor antes de vencida a dívida ou por dívidas já pagas; o art. 933, pelo qual pais, tutores, curadores, empregadores, donos de hotéis e de escolas respondem, independentemente de culpa, pelos danos causados por seus filhos, pupilos, curatelados, prepostos, empregados, hóspedes, moradores e educandos; o parágrafo único do art. 927, que trata da obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Em diversas leis esparsas, a tese de responsabilidade objetiva foi sancionada: [...] Código de Defesa do Consumidor e outras.

Apesar de existirem casos de responsabilidade subjetiva no Direito do Consumidor, a regra é de que ela ocorra de forma objetiva, ignorando a presença de culpa na ação do fornecedor, motivo pelo qual não se destinará destaque a essa.

3.2 Evolução histórica

O início da responsabilidade por ofensa a direito alheio remonta à época em que os homens primeiro organizaram-se em sociedade e estabeleceram direitos de propriedade primitivos, cuja regra era a de vingança pessoal, escapando ao alcance do Direito. Sua institucionalização, entretanto, apenas iniciou-se por volta do século XVIII a.C. Ressalta-se, assim, os aspectos mais relevantes da evolução do pensamento sobre o tema até a conjuntura nacional atual.

3.2.1 Direito Romano: Lei das 12 Tábuas e *Lex Aquilia de damno*

O primeiro registro de uma previsão legal para a responsabilidade de um agente que causasse prejuízo a outrem foi no Código de Hamurábi, conjunto de leis escritas da Civilização babilônica datada entre os anos de 1800 a.C. e 1700 a.C. Uma das normas presentes era a Lei de Talião, cujo preceito básico é a apropriação da ideia anterior de vingança particular, agora determinada pelo poder regulador. Estabelecia regras que determinavam quanto e quais condições tem a vítima o direito de retaliação.

Já cerca do século V a.c., a Civilização Romana institui a Lei das 12 Tábuas, codificação de leis escritas que visavam limitar as arbitrariedades dos cônsules⁵⁴. Mantinha-se nela a tradição de talião, uma vez que a tábua VII, Lei 2ª determinava: *si membrum rupsit ni cum eo pacit talio esto*⁵⁵ (DIAS, 2006).

Em momento posterior, porém, observa-se que a vingança pessoal, apesar da breve satisfação alcançada pela vítima, não funcionava como forma de reparar o dano causado. Dias (2006, p. 26) esclarece essa fase de transição:

A esse período sucede o da composição. Atenuam-se as suscetibilidades por demais irritáveis do homem primitivo. Já agora o prejudicado percebe que mais conveniente do que cobrar a retaliação – que é razoavelmente impossível no dano involuntário e cujo efeito é precisamente o oposto da reparação, porque resultava em duplicar o dano: onde era um, passavam a ser dois os lesados – seria entrar em composição com o autor da ofensa, que repara o dano mediante a prestação da *poena*, espécie de resgate da culpa, pelo qual o ofensor adquire o direito ao perdão do ofendido.

A partir de então, o Estado passa a tomar para si a autoridade de celebrar as composições, impondo ao ofensor o valor justo pela agressão e impedindo a autotutela do ofendido. Nota-se aí o surgimento de um esboço da responsabilidade, resultado de um pedido de indenização proposto perante o Estado, por ele julgado e cuja sanção resultante também possuía o poder coercitivo inerente a si.

Neste momento, notou-se a existência de dois tipos de delito: os de gravidade maior, capazes de afetar a ordem; e os de menor lesividade, cujos efeitos transbordavam pouco a esfera particular. Assim, o Estado passou a perseguir e punir os causadores do primeiro e apenas a intervir e garantir os ajustes em relação ao segundo.

Empós, estabeleceu-se a *lex Aquilia*, legislação dividida em três capítulos que buscava positivar todos os casos passíveis de reparação de dano. Na prática, os pretores⁵⁶ e os jurisconsultos⁵⁷ alargaram sua aplicação, abandonando o rigor descrito na norma. Sua maior contribuição, ainda que limitada a determinadas situações, foi a exigência de culpa do agente para caracterizar a responsabilidade por dano alheio (DIAS, 2006). Noronha (1998, p. 22) corrobora a sua influência:

Evidentemente que a responsabilidade civil evoluiu sempre, acompanhando os muitos milênios de história do homem na Terra. E dessa história passada, são dois os momentos que aqui devem ser destacados.

⁵⁴ Eram os chefes da República Romana, eleitos pelo Senado. Seus poderes excediam a seara executiva e adentravam as áreas jurídica, religiosa e militar.

⁵⁵ Se alguém fere a outrem, que sofra a pena de talião, salvo se existiu acordo.

⁵⁶ Magistrados da Roma antiga.

⁵⁷ Intérpretes das Leis.

O primeiro é a introdução da ideia de culpa, como fundamento da obrigação de indenizar, do qual é marco, no sistema romano-ocidental, a *lex Aquilia de damno* (século III a.C). Todavia, a respeito dessa famosa lei, é preciso enfatizar que no direito romano a responsabilidade por culpa nunca chegou a constituir um princípio geral, ficando a sua aplicação restrita a hipóteses limitadas.

O conceito construído em Roma permaneceu sem grandes alterações até a quebra de paradigmas que representou a Revolução Francesa.

3.2.2 Direito francês: o Código Napoleônico

Passada a Antiguidade, a seara da Responsabilidade Civil pouco progrediu durante a Idade Média. Ao curso da Idade Moderna, as ideias românicas foram sendo consolidadas, eliminando a necessidade de enumeração dos casos a serem compostos e generalizando o princípio do *neminem laedere*.

Dos Estados em que esse movimento acontecia, destaca-se a França, cuja revolução de 1789⁵⁸ alçou ao poder o general Napoleão Bonaparte, em cujo governo foi promulgado documento que serviria de inspiração ao Direito contemporâneo.

Tal documento foi o Código Civil Francês⁵⁹ (1804), no qual os artigos 1.382⁶⁰ e 1.383⁶¹ versavam sobre a matéria de Responsabilidade Civil e consagraram a ideia de que esta é fundada na culpa. A influência francesa foi, então, responsável pela difusão mundial desse corolário.

Importa observar, ademais, que essa não foi a única contribuição para a área aqui em estudo. A redação do artigo 1.382 provocou grandes discussões à época sobre a possibilidade de albergar, em sua previsão, a reparação por danos imateriais, inovação que implicou avanço no reconhecimento de prejuízos até então ignorados. Resedá (2009, p. 81) explica:

O grande problema surgido após o *Codex* francês, no que se refere à previsão sobre dano, encontrava-se em seu art. 1382, que fomentava na doutrina embates homéricos acerca da extensão hermenêutica do termo *dommage* ali existente. Seria ele uma

⁵⁸ Conhecida por Revolução Francesa, e cujo acontecimento marcou o fim da Idade Moderna e o início da Idade Contemporânea.

⁵⁹ Seu nome original é *Code Civil*, mas, posteriormente, passou a ser chamado de *Code Napoléon*, ou Código Napoleônico.

⁶⁰ “*Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer*”, ou, em tradução livre do autor, qualquer fato do homem, que cause a outrem um prejuízo, obriga àquele por sua falta, por qual é chamado a reparar.

⁶¹ “*Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence*”, ou, em tradução livre do autor, cada um é responsável pelo prejuízo que tenha causado não somente pelo seu ato, mas também por sua negligência ou por sua imprudência.

referência apenas ao patrimônio, ou também agregava o núcleo não aferível monetariamente?

Ao longo do tempo, os franceses travaram discussões em torno do estabelecimento do limite aceitável para a questão, chegando-se à conclusão de que o exegeta deveria fazer uma interpretação mais ampla do significado desse termo para abarcar, também, os casos de lesões à outra pessoa que não fossem aquelas relacionadas ao aspecto patrimonial. Sendo assim, a palavra dano passou a ser relacionada a todas as lesões sofridas, seja de que caráter for.

Nesse contexto pós-Revolução Francesa, os preceitos estatuídos no Código Francês serviram de inspiração para o regimento da matéria em países que passaram por processo similar: quebra do antigo Estado Absolutista e a afirmação de um Estado Liberal. Entre a legislação influenciada pela norma francesa, encontra-se o Código Civil brasileiro de 1916.

3.2.3 Direito brasileiro: o Código Civil de 2002 e o Código de Defesa do Consumidor

O Código Civil de 2002 foi promulgado após diversas tentativas de adequar o Código Civil de 1916, notoriamente antiquado em relação ao tema, às ideias aceitas de Responsabilidade Civil da época. Nesse sentido, projetou-se o Código de Obrigações e a reforma da própria codificação de 1916 (projeto nº 634 de 1975), sem que ambos tenham adquirido validade.

Aquele primeiro, então, estabeleceu regramento vasto sobre a obrigação de indenizar em caso de danos, tendo consagrado a regra geral de ato ilícito em seu artigo 186, cuja redação é: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” e a obrigação de reparação no artigo 927: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Conforme se observa, o Código Civil estabeleceu como norma de aplicação geral a consagração da Responsabilidade Civil subjetiva. Doutra forma, entretanto, ainda que essa codificação reja as relações de consumo em incidência subsidiária, o Código de Defesa do Consumidor (1990), promulgado doze anos antes, já estabelecia regramento distinto para os casos de sua área de atuação, com base nos princípios consumeristas.

Promulgado na esteira da nova ordem constitucional do país, esse último estende seu campo de aplicação a qualquer relação entre fornecedor⁶² e consumidor⁶³, incluídos nesta última classificação o instituto do consumidor equiparado⁶⁴.

Nesta conjuntura, a Lei adotou a regra geral da responsabilidade objetiva⁶⁵ dos fornecedores, imiscuída nos artigos 12 a 14 e 18 a 20, legitimando o princípio basilar do Direito do Consumidor de que este ocupa uma posição de vulnerabilidade na relação com aqueles. Observa-se que esta não pode ser considerada uma evolução na área de Responsabilidade Civil, mas um outro enfoque, resultado das necessidades desse microsistema. Cavalieri Filho (2011, p. 287, grifos originais do autor) explicita a escolha legislativa:

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

Reafirma-se o contraponto presente entre o regramento do Código Civil (2002) e do Código de Defesa do Consumidor (1990), em que os termos gerais desse determina a irrelevância da presença de culpa enquanto os daquele consideram-na em regra necessária. Oportuno observar que a aplicação da codificação consumerista sobrepõe-se ao do Código

⁶² Segundo definição contida no artigo 3º da codificação (BRASIL, 1990): “Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”.

⁶³ Conceituado no artigo 2º da norma consumerista (BRASIL, 1990): “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

⁶⁴ Nesta categoria, faz-se presente a adição do parágrafo único do artigo 2º (BRASIL, 1990): “Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”. Já na seção que aborda os fatos do produto ou do serviço, ou seja, um defeito que cause dano moral ou material, alargou-se a categoria de consumidor àqueles também vítimas da circunstância prejudicial. A dicção do artigo 17 (BRASIL, 1990): “Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento”. Por fim, o artigo 29 (BRASIL, 1990) amplia o conceito para todas as pessoas expostas a práticas comerciais: “Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas”.

⁶⁵ Frisa-se que esta também é a regra nos casos de responsabilização estatal, como deixa claro Cahali (2007, p. 32), que entende ser esse o princípio da responsabilidade objetiva do Estado.

Reale⁶⁶, tendo em vista a especialidade daquele em relação à matéria, razão pela qual o primeiro servirá de referência para as análises efetuadas aqui.

3.3 Elementos da Responsabilidade Civil do fornecedor

Conforme observado, os casos de responsabilização dos fornecedores no Direito do Consumidor são objetivos. Assim, exclui-se a culpa *lato sensu* como pressuposto para a sua materialização e restam a prática de ato ilícito, a ocorrência de dano e o nexo de causalidade entre ambos.

O ato ilícito é definido nos artigos 186 e 187 do Código Civil (BRASIL, 2002) da seguinte forma: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito; e Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes⁶⁷”. O artigo 189 (BRASIL, 2002), por sua vez, lista taxativamente excludentes⁶⁸ que, ainda que o ato praticado se enquadre na definição apresentada, não caracterizam a ilicitude.

Essas definições servem para determinar o primeiro requisito do surgimento de uma obrigação de indenizar, qual seja, que o ofensor tenha praticado uma ação cuja descrição se enquadre-se em uma das acima.

O Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990), além de outros exemplos, alberga dois modelos de atos ilícitos marcantes nas relações em que rege: o fato⁶⁹ e o vício⁷⁰ do produto ou do serviço. Ressalta-se que esses já seriam considerados *contra jus* sem a necessidade de determinação especial para tal, mas sua previsão cuidou de alguns aspectos

⁶⁶ Outra nomenclatura dada ao Código Civil de 2002, destacando o supervisor do projeto de Lei daquele: Miguel Reale.

⁶⁷ As ações que se subsumem à essa descrição são chamados de abuso de direito.

⁶⁸ Excluem a ilicitude do ato as práticas de legítima defesa ou compreendidas no exercício regular de um direito reconhecido, ou a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente. Em relação a essa última situação, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

⁶⁹ De acordo com Almeida (2003, p. 66-67), fato do produto pode se caracterizar de três formas: defeitos de fabricação – que decorrem de fabricação, produção, montagem, manipulação, construção ou acondicionamento dos produtos; defeitos de concepção – os de projeto ou de fórmula; e os defeitos de comercialização – por insuficiência ou inadequação de informações sobre a sua utilização e riscos. Já o fato do serviço é assim definido por ele: “é o defeito de qualquer modalidade, à exceção da trabalhista, bem como os que contém informações insuficientes ou inadequadas para sua fruição e sobre seus riscos”.

⁷⁰ Segundo Cavalieri Filho (2011, p. 319), a distinção entre o fato e o vício do produto ou serviço é a gravidade da falha. Enquanto aquele compromete a segurança do consumidor, este é um mau funcionamento parcial ou total, mas cujo uso não representa risco.

práticos como a dificuldade de identificação do fabricante do produto, além de marcar a objetividade da responsabilização dos fornecedores, conforme exposto por Rui Stoco (2007, p. 780-781, grifos originais do autor):

O Código de Defesa do Consumidor cuidou na Seção II do Capítulo IV, da “responsabilidade pelo fato do produto ou serviço”, consagrando a responsabilidade objetiva (arts. 12 a 14), ou seja, responsabilizando o fabricante, o produtor, o construtor e o importador pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos, *independentemente da existência de culpa*.

E mais, fixou a responsabilidade subsidiária do próprio comerciante, quando o fabricante, construtor, produtor ou importador não puderem ser identificados ou quando não conservar adequadamente os produtos perecíveis.

[...]

Estabeleceu, ainda, o Código de Defesa do Consumidor a “responsabilidade por vício do produto e do serviço” (arts. 18 a 25).

Constatada a ocorrência do ato ilícito, perquire-se então a existência de um dano indenizável para analisar o segundo pressuposto da Responsabilidade Civil.

O resultado da ação antijurídica do fornecedor pode resultar em um dano para o consumidor, entendido dano como qualquer lesão a um bem jurídico, seja ao patrimônio ou a um direito inerente à pessoa. O ordenamento brasileiro prevê dois⁷¹ tipos de dano: o material e o moral. Em relação ao primeiro, inexistem divergências, pois sua definição é objetiva: é o prejuízo pecuniário sofrido por alguém, representado nas facetas do dano emergente – decréscimo pecuniário decorrente do ato – e do lucro cessante – valor que deixará de ser ganho como consequência do fato danoso, conforme definição do artigo 402 do Código Civil (BRASIL, 2002).

Sob a perspectiva do dano moral, entretanto, não há uma teoria pacífica que o defina. Andrade (2009, p. 33) esclarece:

A doutrina ainda não assentou, em bases sólidas, o conceito de dano moral. Em consequência, a jurisprudência se mostra vacilante no reconhecimento das situações em que se configura essa espécie de dano.

Superando um conceito que se poderia denominar “negativo” ou “excludente”⁷², a doutrina se divide entre os que identificam o dano moral com a “dor”, em sentido amplo – ou, em geral, com alguma alteração negativa do estado anímico do

⁷¹ Ressalva-se o entendimento de parte dos cientistas jurídicos de que há um terceiro tipo independente de dano, a saber, o estético. Entende-se, porém, que esse integra a abrangência do dano moral.

⁷² O conceito excludente determina que dano moral é todo o prejuízo que não afeta o patrimônio do ofendido, daí o seu caráter negativo. Faz-se, todavia, duas críticas a essa corrente: a primeira é a necessidade de uma determinação pretérita do que é dano, ora, pois sem essa informação, queda impossível definir em que parte houve um prejuízo não-material; a segunda é consectário da anterior, uma vez que tem-se por dano moral qualquer ofensa que cause uma dor moral ao sujeito passivo, e tal tautologia de nada serve para elucidar a sua ocorrência.

indivíduo –, e os que veem no dano moral a violação de bem, interesse ou direito integrante de determinada categoria jurídica.⁷³

Percebe-se, assim, que há quatro correntes de pensamento que definem o dano moral como: qualquer prejuízo que não afete o patrimônio; ofensa que cause dor ou alteração negativa do estado anímico, psicológico ou espiritual; desrespeito aos direitos de personalidade; e o dano à dignidade humana.

Constatada a presença de um prejuízo indenizável, seja material, moral ou ambos, e o acontecimento de um ato ilícito, resta analisar o terceiro requisito da Responsabilidade Civil do fornecedor.

Dentre os três elementos, o nexo de causalidade é o único que não se afigura jurídico, mas decorre sempre do caso concreto, uma vez que é resultado das leis da natureza. O nexo causal funciona como elo de ligação entre ação e o resultado e sua aferição determina se o dano foi desdobramento fático do ato.

Durante o progresso do pensamento jurídico, apresentaram-se teorias para definir o nexo de causalidade, cuja mais aceita atualmente é a teoria da causalidade adequada, surgida em contraponto à teoria da equivalência das condições. Esta preconiza que qualquer evento de uma cadeia, se mentalmente suprimido, resultar na impersistência do efeito, será considerado como causa. Condena-se esse entendimento pelo fato de considerar qualquer fenômeno inserido na linha causal, inclusive os que não apresentaram influência no fim atingido.

Doutra forma, a ideia da causalidade adequada considera o evento antecedente não só necessário, mas o que se apresenta conforme com o efeito produzido. Rui Stoco (2007, p. 151) define a teoria:

Assim, ao contrário da “teoria da equivalência”, nem todas as condições serão consideradas causas, mas tão-somente aquela que for a mais apropriada a produzir o resultado, ou seja, aquela que, de acordo com a experiência comum, for a mais idônea à realização do evento danoso.

⁷³ Cumpre destacar o entendimento de Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p. 188), que não pode ser enquadrada em nenhuma das três definições apresentadas: A importância de conceituar o dano moral como a lesão à dignidade humana pode ser medida pelas consequências que gera, a seguir enunciadas. Assim, em primeiro lugar, toda e qualquer circunstância que atinja o ser humano em sua condição humana, que (mesmo longinquamente) pretenda tê-lo como objeto, que negue a sua qualidade de pessoa, será automaticamente considerada violadora de sua personalidade e, se concretizada, causadora de dano moral a ser reparado. Acentue-se que o dano moral, para ser identificado, não precisa estar vinculado à lesão de algum “direito subjetivo” da pessoa da vítima, ou causar algum prejuízo a ela.

Dessa feita, a análise é procedida de maneira a perceber a probabilidade e a previsibilidade de determinado ato ter por consequência o dano, considerando aquele idôneo, ou não, apenas no caso concreto.

Ressalta-se, ainda, que não guarda importância a adoção de uma ou outra teoria, haja vista que essa questão é fática e apenas a situação posta e suas respectivas provas serão capazes de estabelecer o vínculo entre a ação do ofensor e o prejuízo do ofendido.

3.4 Análise econômica da conjuntura prática, civil e consumerista da defesa do consumidor

Asserta Pinheiro (2005, p. 244):

Tanto no Direito como na Economia, pressupõe-se que o Judiciário está sempre pronto e capacitado a resolver as disputas contratuais rápida, informada, imparcial e previsivelmente, atendo-se aos termos originais do contrato e ao texto da lei. Essa seria uma das razões que explicariam o uso generalizado dos contratos como instrumento organizador da atividade econômica e, em especial, das transações realizadas através do mercado.

Apesar de a afirmativa do autor ser dotada de enfoque aos contratos solenes, observa-se que sua lição também alcança os contratos não solenes, cuja incidência é marcante nas relações entre fornecedor e consumidor, tendo em vista que a prática negocial mais comum no cotidiano é a compra e venda.

Ocorre que, diferentemente do cenário ideal descrito por Pinheiro, a situação brasileira apresenta diversas falhas que demonstram a ineficiência da legislação consumerista em garantir o seu cumprimento como um todo e malferem sua aplicação.

3.4.1 A morosidade do Judiciário

A morosidade do Poder Judiciário brasileiro é notória. Uma pesquisa coordenada pelo professor João Guilherme de Lima Assafim (2008), constatou que não apenas a população de forma geral tem essa imagem, como também é a opinião majoritárias dos profissionais de Direito. A percepção de que a justiça é morosa foi externada por 63,5% dos entrevistados, enquanto outros 32,4% acredita que dependa do tipo de processo. Dessa feita, 95,9% das pessoas inquiridas entendem que o Poder Judiciário demora em sua prestação em, pelo menos, alguns tipos de processo.

Fatores estruturais que não cabem ser discutidos aqui são a causa dessa visão. Dados do relatório anual publicado pelo Conselho Nacional de Justiça (2012), referente à informação coletada de 2011, revela que a proporção média entre a quantidade de casos baixados e a quantidade de casos novos distribuídos é de 98% nas Justiças Estaduais, ou seja, para cada 98 processos que chegam ao fim, outros 100 são iniciados, resultando em um incremento de 2 ações ao significativo volume de casos já pendentes.

Ferraz (2009, p. 3) evidencia as consequências dessa imagem:

Com efeito, a demanda por justiça é também a demanda por justiça tempestiva e integra as Cartas Constitucionais não como uma garantia secundária, mas como um dos componentes do devido processo legal. Bielsa e Graña observam que, quanto mais um julgamento demora a ser proferido, mais vai perdendo, progressivamente, o seu sentido reparador, até que, transcorrido o tempo razoável para solução do conflito, qualquer solução será irremediavelmente injusta, por mais justo que seja o seu conteúdo.

Além dos prejuízos individuais (de ordem material e psicológica), a demora também causa danos à coletividade, por desencorajar outras pessoas a ingressar no Judiciário, comprometendo a própria credibilidade das instituições de justiça.

Sadek e Arantes (1994) e Vianna (1997) publicaram pesquisas que evidenciam a morosidade da Justiça nacional, opinião valorizada por ter sido resultado da visão dos próprios magistrados, uma vez que esses foram os arguidos de ambas. A pesquisa do último arguiu 3.927 juízes pertencentes à Justiça militar, federal, trabalhista ou estadual e apresenta que 45,3% dos entrevistados entendem ser o Judiciário brasileiro de agilidade ruim ou muito ruim, sendo apontados como principais motivos para essa conclusão: a insuficiência de recursos, as deficiências do ordenamento jurídico, o formalismo processual exagerado, ineficiência administrativa, o mau funcionamento dos cartórios, a forma de atuação dos advogados e a atitude passiva dos operadores do direito frente a esse problema.

Pinheiro (2005, p. 246) corrobora essa visão, citando dados de pesquisas efetuadas com amostras de toda a população, sem restringir-se ao campo jurídico:

O Judiciário brasileiro é uma instituição com problemas sérios, o mais visível dos quais é a sua falta de agilidade, um problema que se tornou mais agudo com a Constituição de 1988 e o grande crescimento da demanda por serviços judiciais que ela ocasionou. Pesquisa realizada pela Vox Populi em abril de 1999 mostrou que 58% dos entrevistados consideravam a Justiça brasileira incompetente, contra 34% que a julgavam competente. Mais significativo ainda, 89% afirmaram ser a Justiça demorada, em contraste com os 7% dos entrevistados que responderam ser a Justiça rápida. De fato, uma pesquisa publicada pelo IBGE em 1990 já mostrava que dois em cada três brasileiros envolvidos em conflitos preferiam não recorrer à Justiça.

E aduz:

De acordo com os magistrados, a morosidade é o principal problema do Judiciário. Ela é frequentemente agravada por indivíduos, firmas e grupos de interesse que

usam a Justiça não para pleitear direitos, mas para postergar o cumprimento de suas obrigações. (PINHEIRO, 2005, p. 277)

Importa destacar que essa impressão entranhada no pensamento popular, ainda que decorrente de pesquisas de cerca de duas décadas atrás, permanece sem alterações, considerando-se que os próprios dados oficiais apontam para um crescente número de processos concentrados nas mãos de poucos magistrados, conforme já demonstrado. Ademais, o último ponto levantado pelo autor explicita o grande incentivo negativo que é dado aos cidadãos na busca de seus direitos, a experiência jurisdicional da qual são dotados os litigantes costumeiros transforma um processo simples em algo complicado, caro e demorado.

Essa situação é complementada pela ausência de meios especiais, mais simples e céleres, de que possa dispor o consumidor para a busca de reparação de prejuízos causados por práticas abusivas dos fornecedores.

3.4.2 As atribuições insuficientes dos órgão executivos de defesa do consumidor

O Decreto 2.181/1997 instituiu o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, cujos integrantes são a Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça, os PROCONs e DECONs estaduais e municipais e as entidades civis de defesa do consumidor.

Esses órgãos foram criados com o fim direto de proteger o interesse do elo mais fraco da relação consumerista, a saber, o consumidor, e o fim indireto de promover um mercado saudável.

Ocorre que seu campo de atuação é limitado, pois somente lhe é facultado aplicar as sanções administrativas que compõem o rol dos artigos 56 do Código de Defesa do Consumidor e 18 do Decreto 2.181/1997, das quais se destaca a multa como forma mais comum do poder coercitivo possível de se exercer. Para o consumidor, entretanto, essa medida funciona apenas como satisfação pessoal de constatar o fornecedor abusivo sendo penalizado, uma vez que qualquer ressarcimento de dano sofrido somente poderá ser demandado por via judicial.

Ademais, a efetividade dessa organização pode ser questionada, haja vista que uma análise dos Boletins Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SINDEC) dos anos 2011 (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2012) e 2012 (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2013),

produzidos pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, órgão vinculado ao Ministério da Justiça, revela um aumento nas reclamações de 13,2%⁷⁴.

Além dessa constatação, contribui para o cenário de desamparo a incredulidade do consumidor de que os órgãos executivos tenham capacidade de resolver seus problemas. Tome-se como exemplo a empresa TIM/Intelig, no Boletim SINDEC 2011 (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2012), ela ocupa a 5ª posição de fornecedor mais demandado, com um número de 27.102 reclamações; no Boletim SINDEC 2012 (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2013), sua posição diminuiu para a 7ª, mas o número de reclamações teve um acréscimo de 19,1%, passando a 32.286; já a quantidade de reclamações contra a mesma empresa no sítio ReclameAqui⁷⁵ é de 41.898⁷⁶, 29,8% a mais do que nos meios legais de defesa do consumidor.

Ressalta-se que os órgãos executivos de proteção ao consumidor são necessários e cumprem papel essencial de fiscalização, porém a ausência de integração com o Judiciário, resultado da legislação que os criou e regulamentou, limita sua eficiência e compromete seu objetivo. Prova disso é a maior atenção que o consumidor presta a um sítio na *internet*, sem qualquer poder de coação além da publicidade negativa, em detrimento dos órgãos criados para sua defesa.

3.4.3 Os meios de reparação e a problemática do mero aborrecimento

O prejuízo patrimonial causado por um ato ilícito, conforme descrito anteriormente, é facilmente quantificado, porque trata-se de critério objetivo. Já em relação ao dano moral, entretanto, o *quantum* indenizatório é de difícil determinação, uma vez que inexistem parâmetros irretorquíveis capazes de tal fim.

Frente à essa circunstância subjetiva de valoração do dano moral e com o objetivo de evitar a proliferação de ações temerárias sobre o tema, foi elaborado pelo Conselho da Justiça Federal (2012, p. 37), à oportunidade da realização da III Jornada de Direito Civil, o

⁷⁴ O aumento geral foi de 19,7%, porém esse resultado teve influência no aumento de PROCONs integrados ao SINDEC, cuja quantidade passou de 162 em 2011 para 236 em 2012. Assim, registra-se apenas o aumento de 13,2%, no qual foram considerados os órgãos presentes em ambos os anos.

⁷⁵ Situado no endereço eletrônico <www.reclameaqui.com.br>, funciona como um portal em que consumidores fazem uma reclamação fundamentada e a empresa tem o direito de resposta. Visa a composição amigável dos dois polos da relação.

⁷⁶ Dado relativo ao espaço de tempo de um ano compreendido entre 01/06/2012 e 30/05/2013. Disponível no endereço: <<http://www.reclameaqui.com.br/ranking/>>, cujos números são atualizados diariamente. Acessado em: 30 de maio de 2013.

enunciado⁷⁷ 159, cuja redação é: “Art. 186: O dano moral, assim compreendido todo dano extrapatrimonial, não se caracteriza quando há mero aborrecimento inerente a prejuízo material”.

Exsurge, então, a necessidade de se definir o instituto do mero aborrecimento, uma vez que o conhecimento de seu conceito serve como baliza para determinar a fronteira entre o dano moral e a chateação escusável. Cavalieri Filho (2012, p. 93) esclarece:

Nessa linha de princípio, só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia a dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos.

Assim, percebe-se que o que se entende por mero aborrecimento é um evento que não chega a afetar o equilíbrio psicológico da vítima, sendo apenas um fardo natural da convivência em sociedade.

Ocorre que a prática judiciária demonstra estar preocupada em não impor indenizações em casos de transtornos triviais, mas olvida o enunciado 379 do Conselho da Justiça Federal (2012, p. 58), cuja redação é: “Art. 944: O art. 944, caput, do Código Civil não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil”.

A classificação excessiva de atos cotidianos como banais⁷⁸, sem que haja a punição do ofensor, alimenta um cenário com janelas quebradas⁷⁹ e estimula o aumento de

⁷⁷ Segundo o Conselho da Justiça Federal (2012, p. 9), um dos objetivos das jornadas de direito civil, ao reunir magistrados, professores e outros diversos representantes de carreiras jurídicas, é: “aprovar enunciados que representem o pensamento da maioria dos integrantes de cada uma das diversas comissões (Parte Geral, Direito das Obrigações, Direito das Coisas, Direito de Empresa, Responsabilidade Civil e Direito de Família e Sucessões).”

⁷⁸ Nesse sentido, relata-se os julgados em que os magistrados entenderam que a situação se tratava de mero dissabor da vida cotidiana: carro vendido como “zero quilômetro”, cuja compradora descobre posteriormente ter tido outro proprietário (Recurso Especial no Superior Tribunal de Justiça 625.478); negativa injustificada de plano de saúde em cobrir exame de assistido (Apelação 9088994-36.2009.8.26.0000 diante do Tribunal de Justiça de São Paulo); informação obscura dada ao consumidor (Apelação no processo 0071196-47.2008.8.19.0001 diante do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro). Frisa-se, ainda, que o conceito de mero aborrecimento é subjetivo, tal é a situação que a turma recursal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, na apelação do processo 8776170-48.2005.8.13.0024, considerou que depósito antecipado de cheque pré-datado seria apenas um contratempo inerente à vida em sociedade, tendo o Superior Tribunal de Justiça, porém, dez meses depois, promulgado a Súmula 370, cujo teor é o oposto do decidido na ação.

⁷⁹ Elemento da teoria de e George L. Kelling e James Q. Wilson, baseada no experimento de 1969 executado por Philip Zimbardo que consistiu em deixar abandonados dois carros equivalentes, com os capôs levantados, no

mais desrespeitos da mesma sorte. Kelling e Wilson (1982, p. 2-3) ilustram o raciocínio por trás de sua teoria:

Social psychologists and police officers tend to agree that if a window in a building is broken and is left unrepaired, all the rest of the windows will soon be broken. This is as true in nice neighborhoods as in run-down ones. Window-breaking does not necessarily occur on a large scale because some areas are inhabited by determined window-breakers whereas others are populated by window-lovers; rather, one unrepaired broken window is a signal that no one cares, and so breaking more windows costs nothing. (It has always been fun).⁸⁰

Essa conjuntura representada por um Judiciário que demora em responder aos impulsos do indivíduo, agravada por ser o único meio de se conseguir a reparação de um dano, pois os órgãos de defesa do consumidor não são dotados de tal competência, para, no deslinde do processo⁸¹, ter entendido que o dano causado a si não passou de mero aborrecimento é determinante para que os fornecedores se sintam encorajados em cometer atos abusivos, uma vez que o ganho imediato com esses atos é maior que a soma que terá de ser paga no futuro por eles. Os consumidores, por sua vez, ignoram o ocorrido, por considerar o processo uma experiência penosa cujos resultados da reparação do prejuízo sofrido são duvidosos.

Constata-se, então, a ineficiência das normas de proteção ao consumidor pela via judicial e em sede administrativa, bem como de sua aplicação. Tendo tal conclusão como mote, estuda-se, no capítulo posterior, a derradeira problemática da Responsabilidade Civil no âmbito do Direito do Consumidor: a limitação das indenizações por dano moral a fim de evitar o enriquecimento sem causa. Assim, expõe-se o instituto dos danos punitivos como alternativa capaz de sanar a incongruência das funções punitiva e pedagógica frente à vedação ao enriquecimento sem causa.

bairro do Bronx, situado em Nova Iorque e com alta taxa de criminalidade à época, e na cidade de Palo Alto, marcada pelo alto padrão de sua sociedade. Constatou-se que o primeiro veículo começou a ser vandalizado em 10 minutos e, passadas 24 horas, virtualmente tudo de valor já tinha sido levado. O segundo, entretanto, passou mais de uma semana incólume, até que o pesquisador amassou uma parte dele com uma marreta, então, rapidamente transeuntes se juntaram e destruíram o carro.

⁸⁰ Em tradução livre do autor: Psicólogos sociais e policiais tendem a concordar que se a janela de um prédio é quebrada e não a consertam, todas as outras janelas do mesmo prédio serão quebradas rapidamente. Isso é verdade tanto em boas vizinhanças quanto nas mais barras-pesadas. As quebras das janelas não acontecem em larga-escala necessariamente porque algumas áreas são habitadas por quebradores de janelas enquanto outras são povoadas por amantes de janelas; antes, uma janela partida e não consertada é um sinal de que ninguém liga, e quebrar outras janelas não custa nada (e sempre foi divertido).

⁸¹ Stoco (2008) entende que apenas o fato de uma parte forçar a outra a recorrer ao Judiciário para reconhecer direito decorrente de expressa determinação legal é caso de abuso de direito e, portanto, enseja indenização por danos morais.

4 DANO MORAL E DANO PUNITIVO

Afora os três elementos de ineficiência expostos ao fim do anterior capítulo, existe a questão da valoração das indenizações de danos morais. Apesar de posicionamentos em contrário, há um posicionamento majoritário na literatura e nas cortes nacionais que espousa a infusão de um caráter punitivo às querelas cuja temática é a reparação moral, como forma de coibir a repetição de práticas indesejadas que as ensejem.

Nota-se uma influência do Direito e Economia nesse esforço, haja vista que se trabalha com um incentivo negativo para os agentes que atuem de forma contrária ao desejado. A eficiência dessa medida, entretanto, encontra o óbice legal da vedação ao enriquecimento sem causa no ordenamento brasileiro, demandando uma solução distinta da já utilizada.

Nesse contexto, sugere-se o dano punitivo como inovação legislativa que retira o aspecto de punição dos danos morais, revertendo-o ao estado anterior e incontroverso de mera reparação de prejuízo à honra *lato sensu* de outrem, e que permite uma eficiente sanção a qualquer que aja em desacordo com as condutas pretendidas em um mercado saudável e leal, em especial referente às relações de consumo.

4.1 As funções do Dano Moral

Não há entendimento uníssono quanto ao aspecto de o dano moral apresentar outras características, que não somente a reparadora. Moraes (2007, p. 258) advoga que o dano punitivo, a ser tratado a seguir, é instituto civil com teor penal⁸² e, por isso, não deve ter sua essência incutida no dano moral brasileiro:

O instituto dos *punitive damages*, meio de reparação de danos próprio da *Common Law*, constitui-se, em sistemas jurídicos como o nosso, numa figura anômala, intermediária entre o direito civil e o direito penal, pois tem o objetivo precípua de punir o agente causador de um dano, embora o faça através de uma pena pecuniária que deve ser paga à vítima.

Tal caráter aflitivo, aplicado indiscriminadamente a toda e qualquer reparação de danos morais, coloca em perigo princípios fundamentais de sistemas jurídicos que têm na lei a sua fonte normativa, na medida em que se passa a aceitar a idéia, extravagante à nossa tradição, de que a reparação já não se constitui como o fim

⁸² Assume a autora que a pena é elemento exclusivo à seara penal. Olvida, porém, que o campo cível admite a aplicação de sanções, conforme ressalta Dias (2006, p. 998-999). Exemplo disso é o artigo 939 do Código Civil (BRASIL, 2002), cuja dicção determina ao credor que demanda dívida antes de vencida a esperar o termo ajustado de pagamento, descontar juros, ainda que previamente estipulados e a pagar as custas em dobro.

último da responsabilidade civil, mas a ela se atribuem também, como intrínsecas, as funções de punição e dissuasão, de castigo e prevenção.

Isso posto, expor-se-á as três facetas que se incluem ao dano moral, identificando-se os alguns defensores de cada delas.

A primeira e mais importante característica do dano moral é a reparação⁸³ do prejuízo causado, o que foi consagrado no artigo 186 do Código Civil (BRASIL, 2002) e no artigo 5º, inciso V, da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Ressalta-se que os termos reparar, indenizar, ressarcir, compensar e satisfazer são e serão aqui utilizados como sinônimos, ainda que alguns autores façam distinções entre eles.

Em seu desenvolvimento histórico, o ressarcimento por dano moral foi tema controverso. Inicialmente, entendia-se ser impossível qualquer compensação nesse sentido porque a ofensa não causava dano quantificável, resultando em um prejuízo incalculável.

Após esse momento, passou-se a julgar que a compensação por dano extrapatrimonial fosse factível, porém de forma restrita. Assim sendo, somente os casos com previsão legal fariam jus à tal situação. Destaca-se, ainda, que, à mesma época, existiam defensores da ideia de reparação funcionando como uma pena privada, justificada pela vingança pessoal.

Por fim, reconheceu-se a indenização por dano moral, cuja função é satisfazer, por via de um valor pecuniário, uma ofensa a direito seu. É inquestionável o fato de ser impossível uma restituição *in natura*⁸⁴, visto que não se trata de retorno ao *statu quo ante*⁸⁵, mas de amenizar o prejuízo causado à vítima por via de um aporte pecuniário, além ser forma de se apresentar uma solidariedade social ao ofendido. Andrade (2009, p. 150) ilustra essa faceta:

É certo que o dano moral não se apaga, nem desaparece pela soma de dinheiro que se venha a conceder à vítima. A indenização pecuniária atuaria, no entanto, como forma de aliviar o sofrimento do ofendido. O dinheiro seria, assim, um lenitivo, para que a vítima pudesse obter alívio para a dor injustamente padecida, permitindo-lhe procurar satisfações substitutivas.

Destaca-se ser inconteste que toda indenização por prejuízo moral é calcada na reparação ao ofendido, restando controvérsia somente quanto às outras duas características.

⁸³ Dias (2006) entende que o ressarcimento em sede de Responsabilidade Civil adquiriu qualidade de princípio, nomeando-o como princípio da reparação.

⁸⁴ Expressão em latim que significa da mesma natureza, ou seja, reparação cujo objeto não apresenta diferenças significativas do prejuízo causado.

⁸⁵ Expressão em latim cuja tradução é estado em que as coisas estavam.

Autores e jurisprudência brasileiros vêm atribuindo uma outra característica que não apenas a reparação: a punição. Assertam que os direitos de personalidade devem ter tutela estatal constante e, uma vez prejudicados, não mais poderão materializar-se da forma com antes eram, independentemente da indenização destinada.

Dessa feita, surge a necessidade de penalizar o ofensor como medida de sancionar o ato ilícito por ele praticado. Materializa-se, então, a teoria mista ou funcional, cuja quantificação do dano aborda dois vieses: o da vítima, compensando-se o dano recaído sobre si, e o do agressor, punindo-o pelo prejuízo causado. Resedá (2009, p. 186) destaca esse caráter punitivo:

Realizado um ato que venha a desequilibrar os liames intersubjetivos da sociedade, torna-se necessária a interferência do judiciário para manter hígido o equilíbrio outrora mitigado. O meio social necessita de uma resposta condizente que busque coibir as sequências de condutas semelhantes àquela que se está a censurar. Agregado a isso, essa condenação adotará a função de reparar os efeitos danosos decorrentes daquele ato, na medida em que não cabe deixar a vítima sem a devida prestação judicial. Sendo assim, na fixação do montante reparatório, a comunhão de tais preceitos é o mais recomendado para que se possa dar uma efetiva prestação jurisdicional à vítima.

Discute-se, por outro lado, se a inclusão do teor punitivo como pertencente à esfera do dano moral não seria um atentado a esse instituto conforme posto no ordenamento pátrio, tendo em vista a inexistência de previsão legal expressa que permita a imposição de indenização de faceta punitiva. Nesse sentido, Moraes (2007, p. 258-260) concorda e também critica a ausência de critérios estabelecidos pela literatura brasileira que sirvam de parâmetro para quantificar o dano, além de expor outros defeitos dessa ideia:

A este respeito, é de se ressaltar ainda que grande parte dos danos morais, aos quais se pode impor o caráter punitivo, configura-se também como crime. Abre-se, com o caráter punitivo, não apenas uma brecha, mas uma verdadeira fenda num sistema que sempre buscou oferecer todas as garantias contra o injustificável *bis in eadem*. O ofensor, neste caso, estaria sendo punido duplamente, tanto em sede civil como em sede penal, considerando-se, ainda, de relevo o fato de que as sanções pecuniárias cíveis têm potencial para exceder, em muito, as correspondentes do juízo criminal. Ainda mais gravoso, parece o caráter punitivo da reparação do dano moral quando se pensa que ele tem, como única possibilidade de recurso à máxima instância, a completa desproporção entre o dano e o ilícito cometido. (MORAES, p. 260-1)

Esse posicionamento, entretanto, encontra pouco eco, pois a maior parte dos escritores e a jurisprudência dos tribunais, inclusive dos superiores, aceita e adota a dupla função da reparação do dano moral. Cavalieri Filho (2012, p. 106, grifos no original) disserta sobre a posição minoritária e destaca a mudança dos paradigmas do instituto que ocorrem contemporaneamente:

A principal razão alegada por aqueles que não admitem o caráter punitivo da indenização pelo dano moral é o fato de não termos regra escrita que preveja expressamente essa espécie de sanção; pelo contrário, as que existem sinalizam no sentido oposto. Mas o citado autor⁸⁶, após rica pesquisa da doutrina estrangeira, principalmente dos Estados Unidos e da Inglaterra, encontra a solução nos princípios constitucionais [...]

A indenização punitiva do dano moral surge como reflexo da mudança de paradigma da responsabilidade civil e atende a dois objetivos bem definidos: a prevenção (através da *dissuasão*) e a punição (no sentido de *redistribuição*).

O autor, ao fim, expõe a terceira característica que é reconhecida à satisfação de prejuízo moral: a pedagógica. Tal faceta, cuja função se confunde com a da anterior, trata-se do caráter pedagógico, ou educativo, que serviria como um exemplo para o próprio afetado, bem como para toda a sociedade⁸⁷, de que a ofensa a direito alheio apresenta consequências pecuniárias desfavoráveis. Nesse sentido, a teoria relativa da pena, referente ao Direito Penal, mas aplicável analogicamente à seara aqui analisada, prevê duas funções à prevenção por meio do exemplo, conforme assevera Rogério Greco (2009, p. 490, grifos originais do autor):

A prevenção geral pode ser estudada sob dois aspectos. Pela prevenção geral negativa, conhecida também pela expressão *prevenção por intimidação*, a pena aplicada ao autor da infração penal tende a refletir junto à sociedade, evitando-se, assim, que as demais pessoas, que se encontram com os olhos voltados na condenação de um de seus pares, reflitam antes de praticar qualquer infração penal. Segundo Hassemer, com a prevenção por intimidação “existe a esperança de que os concidadãos com inclinações para a prática de crimes possam ser persuadidos, através da resposta sancionatória à violação do Direito alheio, previamente anunciada, a comportarem-se em conformidade com o Direito; esperança, enfim de que o Direito Penal ofereça sua contribuição para o aprimoramento da sociedade”. Existe, outrossim, outra vertente da prevenção geral tida como positiva. Paulo de Souza Queiroz preleciona que, “para os defensores da *prevenção integradora ou positiva*, a pena presta-se não à prevenção negativa de delitos, demovendo aqueles que já tenham incorrido na prática de delito; seu propósito vai além disso: infundir, na consciência geral, a necessidade de respeito a determinados valores, exercitando a fidelidade ao direito; promovendo, em última análise, a integração social”.

Como se depreende, a percepção da característica educacional passa pela imposição de um caráter punitivo à indenização, uma vez que aquele é decorrência lógica desse. O raciocínio por trás dessas ideias é expor ao público o prejuízo impingido ao ofensor de direito alheio, para que qualquer um, em momento de refletir acerca da vantagem de causar

⁸⁶ Refere-se ao autor André Gustavo de Andrade e sua obra *Dano Moral & Indenização Punitiva*, que também serviu de referência para este trabalho.

⁸⁷ Mesmo entendimento já fora exposto em estudo sobre as grandes mudanças mundiais dos mais diversos sistemas penais, feito por Michel Foucault (1999, p. 75), ocasião em que disserta sobre outras funções da punição: “Nas cerimônias do suplício, personagem principal é o povo, cuja presença real e imediata é requerida para sua realização. Um suplício que tivesse sido conhecido, mas cujo desenrolar houvesse sido secreto, não teria sentido. Procurava-se dar o exemplo não só suscitando a consciência de que a menor infração corria sério risco de punição; mas provocando um efeito de terror pelo espetáculo do poder tripudiando sobre o culpado”.

mal a outrem por vontade ou desleixo, lembre-se das consequências negativas com as quais terá de arcar.

A dissociação do traço pedagógico em relação ao traço punitivo é de tal forma difícil que parte da literatura as assumem como dois lados de uma mesma moeda. Noutro sentido, autores como Yussef Said Cahali (1998, p. 175) esposam a identidade das três funções: “A indenização do dano moral desempenha uma função triplíce: reparar, punir, admoestar ou prevenir”.

4.2 Sistema aberto e fechado

Não obstante as divergências entre os autores que reconhecem uma, duas ou três facetas na indenização por dano moral, divergências essas que se refletem no montante que cada um julgue justo a cada caso, há também discussões acerca de que método adotar para a aquilatação do montante destinado ao desagravo.

Para os defensores do sistema fechado, tendo em vista a impossibilidade de precisão do valor de uma ofensa moral, dever-se-ia estabelecer uma tabela abrangente contendo valores predeterminados para cada caso que desse azo a uma indenização por dano moral. Autores mais liberais defensores dessa corrente afrouxam a tarifação da reparação e esposam apenas a imposição de valores mínimos e máximos, assim como critérios de aumento ou redução da quantia. Rui Stoco (2007, p. 1687-1688) é exemplo dessa última:

Evidentemente que não é esse o critério que preconizamos⁸⁸, pois seria um sistema não só fechado, hermético, mas “burro”, na medida em que não diz respeito à individualização da sanção segundo as circunstâncias objetivas do fato e subjetivas do agente.

O que se esperava e que sempre nos pareceu mais consentâneo, é que no próprio corpo do Código Civil fosse adotado um sistema tarifado (também conhecido como sistema “fechado”) para a fixação de valores, critério esse que deveria ser dúctil ou mais elástico, multidisciplinar e que melhor atendesse o fundamento da indenizabilidade da ofensa moral à pessoa, desde que fossem estabelecidas margens mínimas e máximas mais dilargadas e consentâneas com a realidade de hoje, de modo que, diante do vazio da legislação, ao julgador e aplicador da lei se entreguem certas mas contidas liberdades e discricionariedade na fixação do valor, que estará contido dentro dessa margens.

Tal opinião encontra guarida na Lei 5.250/1967, que versa sobre a liberdade de manifestação de pensamento e de informação e em cujo bojo albergava uma tarifa fixa para diferentes tipos de ofensa moral. Entretanto, desde a promulgação da Constituição (BRASIL,

⁸⁸ Refere-se ao sistema que prevê valor fixo para cada tipo de ofensa.

1988), o Brasil adota o sistema aberto, o qual não apresenta qualquer limitação de valoração da compensação ao lesado, posição reforçada pelo Código Civil (BRASIL, 2002), Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990) e legislações esparsas. Frisa-se, ainda, que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 130, considerou a Lei de imprensa não recepcionada pela nova ordem constitucional.

4.3 O caráter punitivo/pedagógico frente à vedação ao enriquecimento sem causa

Faz-se necessário, com o intuito de dirimir a questão legal do novo dano moral brasileiro, analisar as regras positivadas de valoração da indenização de dano moral. Estabelece o Código Civil (BRASIL, 2002), como regra geral para tal, a extensão do dano como critério para o cálculo da reparação, consagrada em seu artigo 944.

Noutro tema, a mesma codificação estabelece, no Capítulo IV do Título VII, regramento que determina a restituição de valores com os quais enriqueceu às custas de outrem sem justa causa⁸⁹, ressaltando a ilicitude de tal conduta, que restou conhecida por enriquecimento sem causa⁹⁰.

Tal previsão exerce influência na quantificação da indenização de danos morais, haja vista que é utilizada como critério para evitar que o ofendido aufera lucro sem que exista uma justificativa jurídica que o legitime. Salomão Resedá (2009, p. 201-202) disserta sobre o tema e sua repercussão no Judiciário:

Um dos critérios utilizados para trilhar o caminho até a indenização por dano moral é a observância da capacidade econômica do ofendido. Saudado como um ponto de partida viável contra abusos que viessem a ser praticados pelos jurisdicionados, analisar a condição financeira do sujeito passivo ainda hoje é um parâmetro bastante consistente perante os tribunais, principalmente o Superior Tribunal de Justiça.

Maria Helena Diniz, ao apresentar o rol de critérios que levarão ao valor indenizatório, suscita como primeira hipótese a necessidade de trazer a este universo o aspecto patrimonial da vítima. Segundo a autora, “a indenização não poderá ser ínfima, nem ter valor superior ao dano, nem deverá subordinar-se à situação de penúria do lesado; nem poderá conceder a uma vítima rica uma indenização inferior ao prejuízo sofrido, alegando que sua fortuna permitiria suportar o excedente do menoscabo”.

[...]

Mesmo assim, é comum os tribunais, inclusive o STJ, utilizarem-se desse parâmetro para reduzir valores determinados pelos juízes de primeiro grau. Justificam os desembargadores e ministros que é necessário proteger-se contra o enriquecimento sem causa do ofendido, evitando-se, com isso, a transformação do judiciário numa

⁸⁹ Explica-se que a causa, ou justa causa, conforme determina o Código Civil (BRASIL, 2002), deve ser um motivo jurídico que justifique o consequente enriquecimento. Entende-se também, por sem causa, qualquer valor que ultrapasse a quantia considerada justa dentro dos parâmetros estabelecidos pela legislação.

⁹⁰ Alguns autores entendem ter sido consagrado o princípio da vedação ao enriquecimento sem causa.

espécie de loteria. O critério da situação econômica da vítima é utilizado pelos tribunais como fundamento para a redução da indenização.

Observa-se que a adoção da ideia de que o *status* econômico do sujeito passivo é elemento necessário à quantificação do valor da compensação mitiga a teoria esposada, também por grande parte dos tribunais, da aplicação de um caráter punitivo ao dano moral, principalmente no âmbito do Direito Consumerista, pois a indenização é estipulada em valores discrepantes com as funções almejadas ao dano extrapatrimonial.

Atenta-se que as relações de consumo são compostas sempre por dois lados: o consumidor e o fornecedor. É fato que, salvo esparsas exceções, o último apresentar-se-á dotado de uma situação econômica muitas vezes maior à daquele, tendo em vista que o fornecedor não se materializa na pessoa do empresário, mas da própria empresa.

Essa conjuntura de desigualdade entre as partes, inclusive, não somente é aceita, como está consagrada no Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990) como o princípio da vulnerabilidade do consumidor, conforme assevera Cavalieri Filho (2011, p. 48-49, grifos originais do autor):

A **vulnerabilidade fática** é a mais facilmente perceptível, decorrendo da discrepância entre a maior capacidade econômica e social dos agentes econômicos – detentores dos mecanismos de controle da produção, em todas as suas fases e, portanto, do capital e, como consequência, de *status*, prestígio social – e a condição de hipossuficiente dos consumidores.

Assim, percebe-se que a situação econômica do consumidor, como regra geral, funciona como limitador da quantia a ser recebida a título de danos morais por ofensa do fornecedor, sob pretexto da vedação ao enriquecimento sem causa, resultando em um valor insuficiente para que funcione como um incentivo negativo à empresa. Assim, quando deparada com situações semelhantes, ela continuará decidindo por tomar a conduta mais vantajosa para si, ainda que socialmente indesejada.

Relembra-se, então, a teoria já exposta de que os agentes econômicos agem de forma a maximizar seus interesses, sendo irrelevante a legislação se, ao fim, a economia atingida com o ato ilícito for positiva. Dessa feita, apesar da discussão entre as correntes que admitem ou não a característica punitiva, expõe-se que tal limitação legal inviabiliza o caráter punitivo/educativo da indenização, observando-se que, na prática, não repercute em uma significativa alteração nas quantias de danos morais.

Andrade (2009, p. 154) ressalta essa conclusão:

Contudo, o reconhecimento pelo Superior Tribunal de Justiça da dupla função da indenização do dano moral não trouxe, como se poderia imaginar, um incremento

considerável dos valores indenizatórios referentes ao dano moral. O que se verifica, na verdade, é uma reiterada limitação dos valores indenizatórios por aquela Corte de Justiça, que, embora acene com a possibilidade de elevação das quantias arbitradas quando estas se mostrarem ínfimas, raramente parece encontrar oportunidades de fazê-lo, enquanto, ao contrário, com considerável frequência, exercita o poder de reduzir os montantes de indenização, por considera-los abusivos, excessivos ou exorbitantes.⁹¹

Isso posto, sumariza-se a conjuntura de indenização por danos morais no Direito do Consumidor: uma pessoa nessa condição que tenha seus direitos ofendidos precisa conformar-se com a ausência de competência dos órgãos executivos de proteção ao consumidor para lidar com sua situação, devendo, então, ajuizar uma ação em um judiciário moroso e arcar com todas as custas do processo, sob o risco de que os julgadores entendam ser o seu um caso de mero aborrecimento. Tendo o interessado passado por todas as etapas descritas e o Judiciário considerar que a indenização é devida, ainda obtê-la-á em valor contido, pois é ilícito o enriquecimento sem causa no ordenamento brasileiro e sua condição econômica será utilizada como critério de valoração.

Dessarte, aponta-se um conjunto de incentivos negativos para que o consumidor recorra ao Judiciário em busca do reequilíbrio da relação de consumo. Por outro lado, essa influência negativa reage como um incentivo positivo, ao lado do pequeno valor relativo das indenizações e do tempo dilatado⁹² necessário a uma eventual decisão desfavorável ter efeito, para que o fornecedor aja de forma ilícita, se isso redundar em uma vantagem econômica.

Tendo em vista tal conjuntura, faz-se premente uma alternativa a esse dano moral tríptico como está posto, pois não é dotado de poder coercitivo já que esbarra na fronteira da vedação ao enriquecimento sem causa. Surge, assim, o dano punitivo como uma terceira espécie independente de dano que se furta às limitações legais, além das espécies já consagradas na legislação: o dano material e o moral⁹³, tendo em vista que sua destinação pode ser outra que não a parte, situação legitimada por sua função pública.

4.4 Conceito de Danos Punitivos

⁹¹ A fim de manter o contexto que levou o autor a escrever o referenciado excerto, ilustra-se as decisões do Superior Tribunal de Justiça que funcionaram como supedâneo exemplificativo de suas afirmações: REsp 549812/CE, REsp 596438/AM, REsp 555043/PA, REsp 480617/SP, REsp 577887/SP, REsp 473127/MT.

⁹² Importante lembrar que dinheiro rende com o tempo. A demora de um fim processual é vantajosa às empresas, pois a economia presente pode ser utilizada como capital de giro e o gasto ao termo futuro da ação será menor que o que seria gasto com juros de empréstimos bancários, se esses tivessem de ser tomados.

⁹³ Para não dispersar o tema desse trabalho, considerar-se-á no bojo do dano moral todas as suas subespécies, inclusive a mais aceita: o dano estético. Neste sentido, ver a Súmula 387 do Superior Tribunal de Justiça.

Os danos punitivos, ou *punitive damages*, são um instituto oriundo dos países de *common law*⁹⁴. Também conhecidos⁹⁵ como *exemplary damage*⁹⁶, *vindictive damage*⁹⁷, *punitory damage*⁹⁸, *smart money damage*⁹⁹ e *presumptive damage*¹⁰⁰. Trata-se de espécie distinta dos *compensatory damages*¹⁰¹ e sua função, como a própria nomenclatura sugere, é punir o autor pelos danos causados, evitando uma eventual reincidência, e servir de exemplo ao resto da sociedade.

Não é coincidência que a teoria mista do dano moral, apresentada anteriormente, tenha grande semelhança a esse instituto, pois foi sua influência. As duas características novas que se esposam a integração ao dano moral, além do caráter compensatório, são as funções atribuídas aos *punitive damages*.

Resedá (2009, p. 222-223, grifos originais do autor) expõe seu entendimento acerca do conceito:

São, portanto, sanções impostas pelo ordenamento ao causador do dano em razão de peculiaridades inerentes nessa conduta. “*Punitive damages, as the name would indicate, are designed to punish. In this, they constitute an exception to the general common law rule that damages are designed to compensate the injured, not to punish the wrongdoer*”¹⁰².

[...]

Ademais, além da censura, encontra-se, também, a função agregada de desestímulo. Isso pode ser comprovado até mesmo a partir do sinônimo a ele conferido pela própria doutrina americana, qual seja: *exemplar damage*. A existência de um ideal de repressão não pode ser encarada como o objetivo central da sua aplicação. Na realidade, ela é apenas o caminho que conduz à meta final do desestímulo.

Conforme se percebe, o dano punitivo traz em seu bojo um arcabouço ideológico próprio da corrente filosófica utilitarista, base teórica também da Análise Econômica do Direito. É patente a ideia de extrapolar o decréscimo pecuniário imposto ao ofensor, ainda que

⁹⁴ Sistema jurídico característico de países de origem anglo-saxã. É marcado pela relevância da jurisprudência ou, até mesmo, de um único precedente. A legislação apresenta apenas um regramento geral e o ordenamento se organiza ao redor das decisões judiciais, quer baseadas em jurisprudência, quer transformadoras dos paradigmas ou quer de construção atual dos juízes em casos de precedentes inexistentes.

⁹⁵ Usar-se-á, para referir-se a esse instituto, qualquer definição apresentada como sinônima, seja em língua estrangeira, seja sua tradução.

⁹⁶ Em tradução livre do autor: danos de exemplo ou exemplares.

⁹⁷ Em tradução livre do autor: danos de vingança ou vingativos.

⁹⁸ *Punitory* é um sinônimo para *punitive*.

⁹⁹ Em tradução livre do autor: dano de dinheiro inteligente. Nomenclatura dada por se entender que a indenização compreende funções outras que não a mera compensação, por isso, inteligente.

¹⁰⁰ Em tradução livre do autor: danos presumidos

¹⁰¹ Danos compensatórios, categoria na qual estão incluídos os danos morais e materiais.

¹⁰² Citação extraída do Dicionário Legal Duhaime.org (2013), referenciado ao fim do trabalho, cuja tradução livre do autor é: Danos punitivos, como o nome sugere, são projetados para punir. Assim, eles constituem uma exceção à regra geral do *common law* que danos são instituídos para compensar o ofendido, não punir o ofensor.

justificada pelos pré-requisitos expostos adiante, a fim de orientar as ações do restante da sociedade, em busca da paz social.

Silva (2012, p. 8) os conceitua da seguinte forma:

No direito norteamericano os *punitive damages* são conceituados como uma verba que deve ser separadamente julgada, que visa a punir o ofensor por ter agido com elevado grau de culpa e demonstrar que houve uma conduta socialmente reprovável. De acordo com o jurista André Gustavo de Andrade, os *punitive damages* possuem, além do caráter de interesse social, o interesse também público, na medida em que objetivam ao mesmo tempo punir o autor do fato danoso e desestimular a reiteração da conduta ofensiva, seja pelo próprio autor do dano ou até mesmo por terceiros. São uma resposta dada pelo ordenamento jurídico àquele causador de um dano a outrem.

Importa, então, no intuito de entender a compreensão atual do instituto, analisar o seu processo de construção histórica.

4.4.1 Origem

Pode-se remontar a gênese dos danos punitivos ao Direito romano. Época em que passou-se a admitir uma aplicação de pena privada, sendo essa imposta pelo Estado em situações do Direito privatista. Conforme Martins-Costa e Pargendler (2005, p.17) relatam:

A expressão “pena privada” nada tem a ver com “justiça privada” ou “vingança privada”, ou pena aplicada “pelos privados”. Designava, no Direito Romano clássico, a forma de punição atrelada ao delictum, conceito originalmente próprio ao ius civile (mais tarde estendido ao ius honorarium) e por isso distinto do crimen, ato contrário ao direito castigado pelo Direito Penal público. Como explica Pasquale Voci, o Direito romano clássico não limitava o uso dos termos poena, punire e derivados à “pena em sentido técnico”, estendendo-se a todas as figuras de sanção. Corresponde melhor à idéia de pena em sentido técnico uma ação, a actio poenalis, um dos instrumentos destinados a concretizar a função de punir. Essa função era assegurada em dois âmbitos, o das penas privadas e o das penas públicas. A pena privada tinha lugar no âmbito dos delitos privados (delicta), que eram os ilícitos contra a pessoa ou seus bens, (precisamente o furtum, a rapina, a iniuria e o damnum iniuria datum).

Dias (2006, p. 27), dissertando sobre o momento em que a justiça romana abandona a permissão da vingança privada, baseada na Lei de Talião, e abarca a composição entre particulares, admitindo penas somente em situações de maior gravidade:

Quando assumiu a direção da composição dos pleitos, a autoridade começou também a punir, substituindo-se ao particular na atribuição de ferir o causador do dano. Evoluiu, assim, da justiça punitiva exclusiva, reservada aos ataques dirigidos diretamente contra ela, para a justiça distributiva, percebendo que, indiretamente, era também atingida por certas lesões irrogadas ao particular, porque perturbavam a ordem que se empenhava em manter. Resultou daí a cisão dos delitos em duas

categorias: os delitos públicos¹⁰³ (ofensas mais graves, de caráter perturbador da ordem) e os delitos privados¹⁰⁴. Aqueles eram reprimidos pela autoridade, como sujeito passivo atingido; nos últimos, intervinha apenas para fixar a composição, evitando conflitos.

A partir desse momento, era facultado ao ofendido intentar, em confronto com o ofensor, a *actio poenalis*, a fim de receber reparação pelo ato contra si causado. O Estado, por sua conta, quando provocado, estabelecia o valor excedendo a compensação, impondo na indenização um caráter punitivo, a fim de coibir ações equivalentes no futuro. Dessa forma, distinguiam-se as *actiones poenalis* das *actiones rem persequentes*, cujo objetivo único era obter a reparação ao prejuízo sofrido, sem qualquer montante a mais.

Transposta essa fase, o Direito se desenvolveu mitigando a ideia de punição, conquanto matéria de Responsabilidade Civil, influenciado pela filosofia de Santo Tomás de Aquino de que qualquer transferência sem causa de riqueza de um homem para outro era errada. Exemplo disso foi o Código Napoleônico de 1804, paradigma do Direito codificado moderno, que dividiu estritamente a seara civil da seara penal, inadmitindo a imposição de uma função de pena a matérias exclusivamente cíveis.

Doutro modo, todavia, nos países de Direito anglo-saxão, a pena privada manteve sua importância, sendo os *punitive damages* aplicados até o presente. Moraes (2003, p. 228-229) disserta sobre o tema:

Embora, em sua configuração atual, os danos punitivos datem do século XVIII¹⁰⁵, já desde o século XIII, na Inglaterra, em casos de lesões pessoais causadas intencionalmente, em “*trespass to the person*”¹⁰⁶ ou em outras hipóteses específicas, o juiz podia condenar o réu a um ulterior pagamento, a título de *punitive damages*, remédio surgido para tutelar os direitos civis dos súditos em suas relações com funcionários do governo, cujo comportamento era, frequentemente, vexatório e arbitrário. No entanto, os danos punitivos foram progressivamente perdendo importância, até que, na segunda metade do século XX, tais penas sofreram naquele país importantes restrições, limitando-se sua aplicação a apenas três hipóteses: quando a administração pública privar um cidadão de seus direitos fundamentais; quando alguém obtiver um enriquecimento como consequência de uma conduta culposa; ou quando a hipótese for especialmente prevista em lei¹⁰⁷.

Destaca-se que os *exemplary damages* estão insculpidos no ordenamento dos países de *common law*, como Austrália, Irlanda, Nova Zelândia, Canadá e Estados Unidos,

¹⁰³ Chamados de *crimen*.

¹⁰⁴ Chamados de *delictum*.

¹⁰⁵ O instituto dos *punitive damages* fora aplicado pela primeira vez em 1763, no caso *Wilkes versus Wood*, apesar de que a jurisprudência inglesa somente estabeleceu as bases de aplicação da doutrina em 1964, no caso *Rookes versus Barnard*. Mais sobre o caso, ver Moraes (2003).

¹⁰⁶ Em tradução livre do autor: invasão à pessoa.

¹⁰⁷ A restrição de aplicabilidade a essas categorias ocorreu em 1972, por oportunidade de julgamento do caso *Cassel & Co. Ltd. versus Broome*. Mais sobre o caso, ver Moraes (2003).

esse último funcionando de contraponto à tendência inglesa de diminuir a aplicabilidade dos danos punitivos. Nele, tal categoria de dano tem destaque com indenizações que, muitas vezes, alcançam valores de dezenas de milhões.

As indenizações, contudo, não possuíam regramento que estabelecesse parâmetros para seu cálculo, restando os valores a cargo da opinião de jurados e magistrados. A fim de sanar tal situação e após numerosos requerimentos de revisão acerca dos montantes concedidos a título de punição, em 1997¹⁰⁸ a Suprema Corte americana definiu os critérios para julgar a excessividade da indenização: o grau de reprovabilidade da conduta do réu, a proporção entre o dano efetivo ou potencial e a indenização punitiva, e a diferença entre a indenização e penalidades civis ou criminais previstas para casos similares¹⁰⁹. Essa conjuntura apresenta-se até hoje.

4.4.2 Requisitos para a aplicação de danos punitivos

A disciplina da Responsabilidade Civil no Direito do Consumidor brasileiro determina como requisitos da indenização o dano causado, a conduta do agente e o nexo de causalidade entre ambos, conforme já exposto. De forma excepcional, exige-se também a culpa do agente, a exemplo da responsabilidade dos profissionais liberais prestadores de serviços (BRASIL, 1990).

Os danos punitivos, de outro modo, demandam, além dos listados, dois requisitos adicionais para justificar sua aplicação: a culpa grave do agente e obtenção de lucro em decorrência do ato ilícito. (ANDRADE, 2009)

É a regra geral do Direito Consumerista a responsabilidade objetiva dos fornecedores. A caracterização dessa, entretanto, não pode funcionar, *per se*, como legitimidade para a imposição de danos punitivos.

Esses últimos tem suas funções principais bem delineadas, haja vista que deve servir de punição ao agente e exemplo aos seus pares, e não podem ser utilizados em qualquer situação, sob o risco de transformá-los em algo rotineiro, resultando em perda do caráter

¹⁰⁸ Ocorrido no julgamento do caso BMW of North America *versus* Gore, em que esse comprou um automóvel daquela vendido como novo pelo preço de US\$ 47.750, 88 (quarenta e sete mil, setecentos e cinquenta dólares e oitenta e oito centavos) e posteriormente descobriu que o carro havia sido repintado por causa de danos causados durante o transporte, sem que houvesse sido informado de tal. Mais sobre o caso, ver Bugarin (1999).

¹⁰⁹ Esses três critérios foram confirmados pela Suprema Corte no julgamento do caso State Farm *versus* Campbell, em 2003, além de ter determinado que, em casos ordinários, a proporção entre os danos punitivos e os compensatórios não deveria exceder a proporção de 4 para 1 ou, em situações de danos compensatórios vultosos, tal proporção deveria ser de 1 para 1. Mais sobre o caso, ver Andrade (2009)

exemplar, pois fato aceito como cotidiano perde a qualidade de modelo e passa a ser comum; e do sancionatório, porque o dano punitivo, se certo, não mais seria entendido pelos fornecedores como um risco, mas sim como um custo, e assim seria repassado ao consumidor.

Dessarte, não importa ao Judiciário se o caso avaliado apresenta como tema a responsabilidade objetiva ou subjetiva do ofensor, pois, para a determinação de danos punitivos, é preciso deter-se na análise do grau de culpa do agente e, somente sendo essa grave, deve-se aplicar-lhe a sanção. A conduta do ofensor, nesse sentido, deve estar marcada por uma intenção lesiva ou por uma indiferença ou desprezo ao direito de outrem. Fato pelo qual a culpa grave redunde em uma maior reprovabilidade social da conduta ofensiva. Cavalieri Filho (2012, p. 39) apresenta uma definição restritiva desse tipo de culpa:

Examinada pelo ângulo da gravidade, a culpa será grave se o agente atuar com grosseira falta de cautela, com descuido injustificável ao homem normal, impróprio ao comum dos homens. É a culpa com previsão de resultado, também chamada culpa consciente, que se avizinha do dolo eventual¹¹⁰ do Direito Penal. Em ambos há previsão ou representação do resultado, só que no dolo eventual o agente assume o risco de produzi-lo, enquanto na culpa consciente ele acredita sinceramente que o evento não ocorrerá.

Andrade (2009, p. 266-267) elimina tal característica restritiva e complementa a definição:

A doutrina comumente identifica a culpa grave com a culpa consciente, em que o agente prevê a possibilidade da ocorrência do resultado, acreditando sinceramente que este não ocorrerá. Todavia, essa identificação não se afigura correta. [...] A maior gravidade da culpa pode decorrer da reiteração da conduta do agente ou da circunstância de constituir um padrão de conduta negligente. Assim, embora o fato lesivo, isoladamente considerado, pudesse ser configurador de culpa leve, deve ser tido como caracterizador de culpa grave, por estar inserido em um padrão de comportamento culposo do agente¹¹¹. É o caso de empresas que não se preocupam em aperfeiçoar seus produtos e serviços, a despeito da reiteração dos danos causados aos consumidores em decorrência de defeitos apresentados por esses produtos ou na prestação desses serviços.

¹¹⁰ Greco (2009, p. 192) assim define dolo eventual: Fala-se em dolo eventual quando o agente, embora não querendo diretamente praticar a infração penal, não se abstém de agir e, com isso, assume o risco de produzir o resultado que por ele já havia sido previsto e aceito.

¹¹¹ Exemplo de culpa leve em situação isolada mas que ensejou indenização punitiva por restar comprovada a prática reiterada do ato, além de desprezo pelo direito da vítima, foi o caso *Liebeck versus McDonald's Restaurants*, em que esse foi processado por danos compensatórios e punitivos após aquela ter tido queimaduras de segundo grau após derramar café em seu colo recém adquirido em um *drive-through* da empresa enquanto tentava pôr a tampa do copo em seu carro. Durante o processo, constatou-se que a rede de lanchonetes mantinha a temperatura de sua bebida a mais de 82°C, a despeito de que recebera 700 queixas de queimaduras em 10 anos e indicações para diminuí-la. O júri, apesar de entender ter a autora parte da culpa, arbitrou danos punitivos de 2,7 milhões de dólares, referentes ao lucro de 2 dias da venda de café pelo McDonald's, por negligência grave em relação aos seus consumidores. Mais sobre o caso, ver Hot Coffee (2011).

Essa última opinião parece estar mais consoante o objetivo do instituto de coibir práticas desleais nas relações jurídicas, pois uma conduta sem culpa grave em um caso isolado torna-se em uma ofensa à sociedade se praticada de forma contumaz.

Desse modo, a gravidade da conduta do agente, estudada em todos os seus aspectos, exsurge como elemento necessário de aplicação dos danos punitivos.

A ideia de que as funções punitivas e exemplares devem ser aplicadas em situações de maior reprovabilidade de uma conduta tem também como desdobramento o requisito da obtenção de lucro por parte do agente na imposição do instituto. Uma vez que um ato ilícito qualquer já se impõe como uma ofensa aos valores sociais postos, a obtenção de vantagem decorrente dele mostra-se ainda mais grave.

Pode-se imaginar uma situação hipotética em que os benefícios obtidos pelo ofensor excedessem o prejuízo causado ao ofendido, justificando a atitude do ponto de vista da eficiência econômica e do utilitarismo. Entretanto, observa-se que, ainda que a atitude possa ser considerada eficiente no micro cenário, deve-se analisar o cenário maior, pois a conduta ilícita causa danos à toda a sociedade e, em longo prazo, a reiteração desse tipo de ação por diferentes agentes não seria favorável à paz social.

Andrade (2009, p. 269) entende que o lucro auferido pelo ofensor é requisito para a aplicação de danos punitivos, mas também opina que, em algumas situações, basta a ocorrência de uma delas para justificar a imposição de indenização punitiva:

Na verdade, a obtenção de lucro ilícito por parte do agente não deve ser tida como pressuposto indispensável da indenização punitiva. Com efeito, esta espécie de indenização é aplicável em outras situações, nas quais não se configura essa circunstância fática. Não há dúvida, no entanto, de que, uma vez presente um ganho ilegítimo como consequência do ato ilícito, a indenização punitiva é cabível independentemente da gravidade da conduta do agente.

Sem embargo da opinião exposta, não parece salutar permitir a aplicação de uma sanção civil grave, cujos objetivos são punir a pessoa que agiu de maneira gravemente reprovável, quando não se configuram ambos os requisitos. A literatura reconhece que casos de culpa leve afastam os danos punitivos, mas se a opinião acima for considerada correta, é possível que se aplique-os a alguém que tenha agido com mero descuido e, por coincidência fortuita, apresentou um ganho consequente. Tal exemplo, se confirmado, vai de encontro à interpretação teleológica do instituto, pois agride uma pessoa que atuou apenas de maneira descuidada, fato que é aceito a qualquer um dos homens e já é dotado de ferramentas à sua correção.

4.4.3 Danos Punitivos e o artigo 944 do Código Civil

Objetivando a adoção dos danos punitivos no ordenamento nacional, deve-se estudar a consonância daquele com esse. Não há, contudo, vislumbre de qualquer regra ou princípio que possa ser considerado incompatível com tal instituto, salvo um artigo do Código Reale (BRASIL, 2002).

Conforme já visto, o artigo 944 do Código Civil (BRASIL, 2002) estabelece a regra geral de valoração da indenização: o montante deve ser o mesmo da extensão do dano. Essa regra pode ser entendida como incompatível com os danos punitivos, uma vez que esses impõem um montante maior que o dano causado ao ofendido a fim de cumprir suas funções. Assevera, no mesmo diapasão, Ferreira (2012, p. 132):

Os *punitive damages* se caracterizam por uma indenização que vai além da extensão do dano, uma vez que somente dessa forma é que seria possível impingir um caráter punitivo e preventivo, pois se o agente for penalizado apenas no que diz respeito à extensão do dano ele estaria simplesmente reparando, ou ressarcindo, ou, ainda, compensando o dano que praticou.

Dessa feita, imperioso estudar a compatibilidade entre os danos punitivos e o regramento de compensação nacional, o qual Stoco (2007, p. 1241) descreve: “Por força do *caput* do art. 944 continua vigendo, portanto, o princípio do *restitutio in integrum*, retornando-se, preferencialmente, ao *statu quo ante* ou indenizando o equivalente em dinheiro, quando isso não seja possível”.

Ocorre que a consonância da norma posta com o instituto pode ser vista por dois vieses. Há divergências sobre o referido artigo ser aplicável ao dano moral, tendo em vista que se trata de prejuízo sem possibilidade de cálculo objetivo do seu valor. Entendem aqueles que se opõem à regência do dano moral pelo artigo 944 que, como a extensão do dano somente é possível ser verificada de forma precisa nos casos de dano material, sua aplicação seria restrita a ele (FERREIRA, 2012, p. 135). Aos defensores de tal ideia, não há dificuldade em negar sua incidência a um novo tipo de dano que também não é capaz de ser objetivamente aferível, a exemplo dos danos punitivos.

Lado outro, assumindo a aplicação da citada regra a qualquer tipo de dano, também pode-se observar o instituto estudado conforme o ordenamento, haja vista que a extensão do dano é aceita como todo e qualquer prejuízo decorrente da conduta e, admitida a ideia base dos danos exemplares, qual seja, o ato ilícito marcado pelo desprezo ao direito

alheio e com fito de obter lucro atinge toda a sociedade, deve, portanto, ser indenizada com a imposição de danos punitivos que alberguem os prejuízos coletivos, na medida de sua extensão em relação ao corpo social, valor cujo arbitramento restará ao magistrado.

5 CONCLUSÃO

Diante do exposto, pode-se concluir que:

1. A Análise Econômica do Direito é ferramenta útil para verificar a eficiência de uma legislação, seja no aspecto geral ou seja em aspectos específicos. Para cumprir tal função, busca conceitos e métodos desenvolvidos no campo da Economia e os utiliza no estudo de uma determinada circunstância normativa;
2. A conjuntura de responsabilização dos fornecedores por seus atos ilícitos nas relações de consumo, embora normalmente desnecessária a presença de culpa em sua conduta, não estimula a reclamação jurisdicional por parte dos lesados em danos morais. Isso estimula a prática de atos ofensivos aos consumidores se resultar em maior lucro aos fornecedores;
3. Tal cenário tem por fatores determinantes a morosidade do Poder Judiciário, a ineficiência dos órgãos executivos de defesa do consumidor, o receio do consumidor de ter sua situação entendida como mero aborrecimento e o baixo valor das indenizações concedidas;
4. Motivo relevante desse último é a vedação legal ao enriquecimento sem causa. Essa regra, classificada por alguns autores na categoria de princípio, impossibilita que a valoração da indenização exceda a extensão do dano e materialize as novas funções imbuídas aos danos morais por parte da literatura e da jurisprudência: a punitiva e a pedagógica. Necessita-se, então, de ferramenta diversa para punir os agentes econômicos que atuam ilicitamente e para servir de exemplo à sociedade;
5. Os danos punitivos, inspiração das citadas novas características dos danos morais, devem ser considerados como alternativa ao modelo posto no Brasil. Por se tratar de instituto autônomo aos prejuízos materiais e morais, e por considerar elementos alheios à relação processual em que for aplicado, a exemplo da frequência com que aquele réu comete atos danosos equivalentes, sua destinação tem de ser outra que não a parte autora, para não ofender a vedação ao enriquecimento sem causa e, ainda assim, cumprir os efeitos de punição e exemplo;
6. Não há permissivo legal para a utilização dos danos punitivos no ordenamento nacional, portanto é necessária uma inovação legislativa para legitimá-los. Caso seja considerada, precisa-se listar os pressupostos de configuração do instituto, a

fim de evitar a sua banalização e enfraquecer suas funções. Tal alteração não encontra óbice nas normas estabelecidas, inclusive a insculpida no artigo 944 do Código Civil.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista de. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2003.

ANDRADE, André Gustavo de. **Dano Moral & Indenização Punitiva: Os *Punitive Damages* na Experiência do *Common Law* e na Perspectiva do Direito Brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ASSAFIM, João Guilherme de Lima (Org.). **Morosidade da Justiça**. Brasília: UniDF, 2008. 26 p. Disponível em: <<http://udf.edu.br/index.php?module=ContentExpress&func=display&ceid=72>>. Acesso em: 28 maio 2013.

BALBINOTTO, Giacomio; BATTESINI, Eugênio. A História do Pensamento em Direito e Economia Revisitado: Conexões com o Estudo da Responsabilidade Civil no Brasil. **Latin American And Caribbean Law And Economics Association (ALACDE) Annual Papers**, Berkeley, p.1-89, apr. 26 2010. Disponível em: <<http://www.escholarship.org/uc/item/7cj6p5hg.pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2013.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Livro eletrônico: Ridendo Castigat Mores, 1764.

BERVIAN, Pedro A.; CERVO, Amado Luiz. **Metodologia Científica**. 6 ed. São Paulo: Pearson Education, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 03 jun. 2013.

_____. Lei 5.250, de 09 de fevereiro de 1967. **Lei de Imprensa**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5250.htm>. Acesso em 16 jun. 2013.

_____. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em 16 mai. 2013.

_____. **Decreto 2.181**, de 20 de março de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2181.htm>. Acesso em: 29 mai. 2013.

_____. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 5 mai. 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação no processo 8776170-48.2005.8.13.0024. Recorrente: Progresso Informática Ltda. Recorrido: Vanderlei Mainarte Magno. Relator: Desembargador Sebastião Pereira de Souza. Belo Horizonte, MG, julgado em 30/04/2008.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação no processo 0071196-47.2008.8.19.0001. Recorrente: Diana Maria Filgueiras Martins de Silva. Advogado: Paulo Vieira de Abreu e outro. Recorrido: Banco Santander (Brasil) S/A. Advogado: Adam Miranda Sá Stehling e outro. Relator: Desembargador Adolpho Correa de Andrade Mello Júnior. Rio de Janeiro, RJ, julgado em 09/05/2012.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação 9088994-36.2009.8.26.0000. Recorrente: Paula Vitória Guerra Khouri. Advogado: Anis Andrade Khouri. Recorrida: UNIMED São José do Rio Preto Cooperativa de Trabalho Médico. Advogada: Fabrina Rodrigues Gouveia Beluci. Relator: Desembargador Egídio Giacóia. São Paulo, SP, julgado em 19/06/2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceitos Fundamentais 130. Arguinte: Partido Democrático Trabalhista - PDT. Advogado: Miro Teixeira. Arguido: Presidente da República. Advogado: Advocacia Geral da União. Arguido: Congresso Nacional. Relator: Ministro Carlos Britto. Brasília, DF, julgado em 30/04/2009, DJ 25/02/2004 p. 181.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 625.478. Recorrente: Dalcir Veículos Peças e Acessórios Ltda. Advogada: Solange C. Figueiredo e outros. Recorrida: Ronise Falcão Loureiro Rêgo. Advogado: José de Jesus Jansen Pereira. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília, DF, julgado em 08/11/2005, DJe-208 DIVULG 05-11-2009 PUBLIC 06-11-2009 EMENT VOL-02381-01 PP-00001 RTJ VOL-00213- PP-00020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 549.812. Recorrente: Departamento Nacional de Estradas de Rodagem - DNER. Advogado: Advocacia Geral da União. Recorrida: Maria Deusilene de Lima e Silva. Advogado: José Ferreira da Silva e outro. Relator: Ministro Franciulli Neto. Brasília, DF, julgado em 06/05/2004, DJ 31/05/2004 p. 273 RJADCOAS vol. 59 p. 93.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 596.438. Recorrente: Cartão Unibanco Ltda. Advogado: Francisco Augusto Martins da Silva e outro. Recorrido: Leopoldo Péres Sobrinho. Advogado: Paulo Roberto de Moraes Rego Figueiredo e outro. Relator: Ministro Barros de Monteiro. Brasília, DF, julgado em 04/05/2004, DJ 24/05/2004 p. 283.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 555.043. Recorrente: Indústria de Bebidas Antártica do Norte Nordeste S/A. Advogada: Ângela Serra Sales e outro. Recorrido: Joaquim Negrão Rodrigues. Advogado: Eduardo Roberto Barbosa dos Santos. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília, DF, julgado em 23/03/2004, DJ 03/05/2004 p. 159.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 480.617. Recorrente: British Airways PLC. Advogada: Eliana Astrauskas e outro. Recorrido: Cristiana Valéria Castro Maroquio. Advogado: Reynaldo Andrade da Silveira. Relator: Ministro Ari Pargendler. Brasília, DF, julgado em 10/06/2003, DJ 29/03/2004 p. 231.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 473.127. Recorrente: Indústria de Conservas Gini Ltda. Advogado: Leonardo Hayao Aoki e outros. Recorrido: Melissa Niwa

Habu Castro. Advogado: Cristiano Alves Teixeira Pinto. Relator: Ministro César Asfor Rocha. Brasília, DF, julgado em 28/10/2003, DJ 29/03/2004 p. 252.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 577.877. Recorrente: Banco do Brasil S/A. Advogado: Gilberto Eifler Moraes e outros. Recorrido: K Ponto Distribuidora de Relógios Ltda. Advogado: Joaquim Lelis Novaes. Relator: Ministro Aldir Passarinho Júnior. Brasília, DF, julgado em 04/12/2003, DJ 25/02/2004 p. 181.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 370**. Brasília, 2009. Aprovada em 16/02/2009. DJe 25/02/2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 387**. Brasília, 2009. Aprovada em 26/08/2009. DJe 01/09/2009.

_____. Conselho da Justiça Federal. **Jornadas de Direito Civil I, II, III e IV: Enunciados aprovados**. Brasília, 2012. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi>>. Acesso em: 30 mai. 2013.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2011**. Brasília, 2012. Disponível em <https://docs.google.com/uc?export=download&confirm=no_antivirus&id=0BxR2dZ_NKZKSR1o0VE9rUDhVTU0>. Acesso em: 28 mai. 2013.

BUGARIN, Paulo Soares. O direito do consumidor e o devido processo legal na moderna jurisprudência: O Caso *BMW of North America, Inc. v. Gore*. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 36, n. 143, p.231-237, jul./set. 1999.

CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. **Responsabilidade Civil do Estado**. 3. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2007.

CALABRESI, Guido. The Pointlessness of Pareto: Carrying Coase Further. **Faculty Scholarship Series**, [New Haven], p.1211-1237, 1991. Paper 2014. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3063&context=fss_papers>. Acesso em: 29 abr. 2013.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Direito do Consumidor**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

COASE, Ronald Harry. **The Firm The Market and the Law**. Chicago: The University Of Chicago Press, 1988.

COASE, Ronald Harry. **The Firm The Market and the Law**. Chicago: The University Of Chicago Press, 1988.

DEARDOFF, Alan. Welfare Economics. In: DEARDOFF, Alan. **Deardoff's Glossary of International Economics**. [Ann Arbor], 2010. p. W. Disponível em: <<http://www->

personal.umich.edu/~alandear/glossary/w.html#WelfareEconomics>. Acesso em: 29 abr. 2013.

DEN HAUWE, Ludwig Van. Public Choice, Constitutional Political Economy and Law and Economics. In: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit. **Encyclopedia of Law and Economics, Volume I**. Cheltenham: Edgard Elgar, 2000. p. 603-659. Disponível em: <<http://encyclo.findlaw.com/0610book.pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2013.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DUHAIME.ORG. Legal Dictionary. **Punitive Damages**. Disponível em: <<http://www.duhaime.org/LegalDictionary/p/puniteddamages.aspx>>. Acesso em: 20 jun. 2013.

FERRAZ, Leslie. A demora do Judiciário e o custo Brasil. **Revista Eletrônica Sobre A Reforma do Estado**, Salvador, n. 18, p.1-5, ago. 2009. Trimestral. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-18-JUNHO-2009-LESLIE-FERRAZ.pdf>>. Acesso em: 28 maio 2013.

FERREIRA, Fábio Franca e. **Punitive Damages**: Estudo sobre a possibilidade de sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. 2012. 150 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2012. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_FerreiraFF_1.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2013.

FLORES FILHO, Edgar Gaston Jacobs. A Nova Escola de Chicago e as Modalidades de Regulação: Tendências do Law and Economics e aplicações para o direito brasileiro. **Latin American And Caribbean Law And Economics Association (ALACDE) Annual Papers**, Berkeley, p.1-30, may 02 2007. Disponível em: <<http://escholarship.org/uc/item/1fm5r7xh.pdf>>. Acesso em: 18 abr. 2013.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: Nascimento da Prisão. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

FRANÇA. **Code Civil**, de 21 de março de 1804. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20080121>>. Acesso em: 16 mai. 2013.

GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis Of Law Review**, Brasília, v. 1, n. 1, p.7-32, 2010. Disponível em: <<http://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/1460/1110>>. Acesso em: 30 abr. 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: Parte Geral. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. (Volume 1).

HICKS, John Richard. The Foundations of Welfare Economics. **The Economic Journal**, [New Jersey], v. 49, n. 196, p.696-712, dec. 1939. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/2225023>>. Acesso em: 29 abr. 2013.

HOT COFFEE. Direção de Susa Saladoff. New York: HBO, 2011. 1 DVD: son., col., em inglês.

HOUAISS, Antônio; FRANCO, Francisco Manoel de Mello; VILLAR, Mauro de Sles. Responsabilidade. In: HOUAISS, Antônio; FRANCO, Francisco Manoel de Mello; VILLAR, Mauro de Sales. **Dicionário Houaiss da língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass Robert; THALER, Richard. A Behavioral Approach to Law and Economics. **Stanford Law Review**, Stanford, v. 50, n. 5, p.1471-1550, may 1998. Anual. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1229304>>. Acesso em: 28 abr. 2013.

KALDOR, Nicholas. Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility. **The Economic Journal**, [New Jersey], v. 49, n. 195, p.549-552, sep. 1939. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/2224835>>. Acesso em: 29 abril 2013.

KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. Economic Analysis of Law. In: AUERBACH, Alan; FELDSTEIN, Martin (Comp.). **Handbook of Public Economics, Volume 3**. Amsterdam: Elsevier, 2002. Cap. 25, p. 1661-1784.

KELLING, George L.; WILSON, James Q. **Broken Windows**: The police and neighborhood safety. The Atlantic Monthly, march, 1982. Disponível em: <http://www.manhattan-institute.org/pdf/_atlantic_monthly-broken_windows.pdf>. Acesso em: 29 mai. 2013.

KLICK, Jonathan; PARISI, Francesco. Functional Law and Economics: The search for value-neutral principles of lawmaking. **Law And Economics Working Paper Series**, Arlington, v. 39, n. 3, p.1-30, 2003. Disponível em: <http://www.law.gmu.edu/assets/files/publications/working_papers/03-39.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2013.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Responsabilidade civil contratual e extra-contratual**: Primeiras anotações em face do novo Código Civil Brasileiro. Tuiuti: Ciência e Cultura, Curitiba, v. 4, n. 30, p.107-119, maio 2002. Disponível em: <http://utp.br/tuiuticienciaecultura/ciclo_2/FCJ/FCJ%2030/PDF/art%206.pdf>. Acesso em: 15 maio 2013.

MACKAAY, Ejan. History of Law and Economics. In: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit. **Encyclopedia of Law and Economics, Volume I**. Cheltenham: Edgard Elgar, 2000. p. 65-117. Disponível em: <<http://encyclo.findlaw.com/0200book.pdf>>. Acesso em: 18 abr. 2013.

MARTINS, Marcelo Guerra. **Democracia fiscal e seus fundamentos à luz do direito & economia**. 2011. 399 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-29082011-114111/publico/TESE_MARCELO_GUERRA_MARTINS.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2013.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva: punitive damages e o Direito Brasileiro. **Revista CEJ**, Brasília, n. 28, p.15-32, jan./mar. 2005.

MEDEMA, Steven; MERCURO, Nicholas; SAMUEL, Warren. Institutional Law and Economics. In: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit. **Encyclopedia of Law and Economics, Volume I**. Cheltenham: Edgard Elgar, 2000. p. 418-455. Disponível em: <<http://encyclo.findlaw.com/0520book.pdf>>. Acesso em: 22 abr. 2013.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Boletim Sindec 2011**. Brasília, 2012. Disponível em <<http://portal.mj.gov.br/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID={00A83ECF-BD80-48DB-A729-61FA24C9ECA0}&ServiceInstUID={7C3D5342-485C-4944-BA65-5EBCD81ADCD4}>>. Acesso em: 30 mai. 2013.

_____. **Boletim Sindec 2012**. Brasília, 2013. Disponível em <<http://portal.mj.gov.br/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID={0087E981-3E5F-48AE-B72C-FAEDA5F867CF}&ServiceInstUID={7C3D5342-485C-4944-BA65-5EBCD81ADCD4}>>. Acesso em: 30 mai. 2013.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da Responsabilidade Civil. **Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, v. 19, n. 37, p.21-37, 1998.

Disponível em:

<<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/download/15533/14089>>. Acesso em: 20 maio 2013.

PARISI, Francesco. Positive, Normative and Functional Schools in Law and Economics. **European Journal Of Law And Economics**, Berlin, v. 18, n. 3, p.259-272, dec. 2004.

Disponível em:

<http://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID873477_code410506.pdf?abstractid=586641&mirid=1>. Acesso em: 30 abr. 2013.

PEARSON, Heath. **Origins of Law and Economics: The Economists' New Science of Law, 1830-1930**. New York: Cambridge University Press, 1997.

PINHEIRO, Armando Castelar. Magistrados, Judiciário e Economia no Brasil. In: SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Décio. **Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2005. Cap. 10, p. 244-283.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

POSNER, Richard. Behavioral Economics and the Law. **Stanford Law Review**, Stanford, v. 50, n. 5, p.1551-1575, maio 1998. Anual. Disponível em:

<<http://www.jstor.org/stable/1229305>>. Acesso em: 28 abr. 2013.

RESEDÁ, Salomão. **A Função Social do Dano Moral**. São José: Conceito, 2009.

SADEK, Maria Teresa; ARANTES, Rogério Bastos. A crise do Judiciário e a visão dos Juízes. **Revista USP**, São Paulo, n. 21, p. 34-45, jan.-jun. 1994. Disponível em:

<<http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/26934/28712>>. Acesso em: 14 mai. 2013.

SCHULER, Peter. **Aaron Director, Founder of the field of Law and Economics.**

Disponível em: <<http://www-news.uchicago.edu/releases/04/040913.director.shtml>>. Acesso em: 23 abr. 2013.

SILVA, Rômulo Limeira Grutes da. **Punitive Damages e Dano Moral Punitivo: um Estudo Comparado com o Modelo Norteamericano.** 2012. 17 f. Artigo Científico (Pós-graduação) - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/rcursodeespecializacao_latosensu/edicoes/n1novembro2012/pdf/RomuloLimeiraGrutesdaSilva.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2013.

SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações.** Vol. II. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil:** Doutrina e Jurisprudência. 7. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2007.

STOCO, Rui. Abuso do direito de estar em juízo: Direito de reparação por má-fé processual. **Consulex**, Brasília, v. 12, n. 280, p.56-59, 15 set. 2008. Quinzenal.

STRATHERN, Paul. **Uma breve história da Economia.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

SZTAJN, Rachel. Law and Economics. In: SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Décio. **Direito & Economia:** Análise Econômica do Direito e das Organizações. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2005. Cap. 4, p. 74-83.

SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Décio. Análise Econômica do Direito e das Organizações. In: SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Décio. **Direito & Economia:** Análise Econômica do Direito e das Organizações. Rio de Janeiro: Campus: Elsevier, 2005. Cap. 1, p. 1-15.

ULEN, Thomas. Rational Choice Theory in Law and Economics. In: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit. **Encyclopedia of Law and Economics, Volume I.** Cheltenham: Edgard Elgar, 2000. p. 790-818. Disponível em: <<http://encyclo.findlaw.com/0710book.pdf>>. Acesso em: 24 abr. 2013.

VIANNA, Luis Werneck *et al.* **Corpo e Alma da Magistratura Brasileira.** Rio de Janeiro: Revan, 1997.

WEINTRAUB, Eliot Roy. **Neoclassical Economics.** Disponível em: <<http://www.econlib.org/library/Enc1/NeoclassicalEconomics.html>>. Acesso em: 25 abr. 2013.