

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO**

ROBERTO OLEIRO SOARES

**AS FUNÇÕES PUNITIVA E PREVENTIVA DA
RESPONSABILIDADE CIVIL
NAS RELAÇÕES DE CONSUMO**

Porto Alegre

2017

Roberto Oleiro Soares

**AS FUNÇÕES PUNITIVA E PREVENTIVA DA
RESPONSABILIDADE CIVIL
NAS RELAÇÕES DE CONSUMO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio grande do Sul como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Bruno Nubens Barbosa Miragem

Porto Alegre

2017

CIP - Catalogação na Publicação

Soares, Roberto Oleiro As funções punitiva e
preventiva da responsabilidade civil nas
relações de consumo / Roberto Oleiro Soares. --
2017.
116 f.

Orientador: Bruno Nubens Barbosa Miragem.

Dissertação (Mestrado) -- Universidade Federal do
Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de Pós-
Graduação em Direito, Porto Alegre, BR-RS, 2017.

1. Direito do Consumidor. 2. Responsabilidade Civil.
3. Função punitiva. 4. Função preventiva. 5. Dano de
massa. I. Miragem, Bruno Nubens Barbosa, orient. II.
Título.

Roberto Oleiro Soares

**AS FUNÇÕES PUNITIVA E PREVENTIVA DA
RESPONSABILIDADE CIVIL
NAS RELAÇÕES DE CONSUMO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio grande do Sul como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovada em 21.12.2016

Banca examinadora

Prof. Dr. Bruno Nubens Barbosa Miragem

Profa. Dra. Claudia Lima Marques

Prof. Dr. Cristiano Heineck Schmitt

Prof. Dr. Rafael Freitas do Valle Dresch

Porto Alegre

2017

A meus pais, Carlos Alberto e Rosa; a Silvana e a minha irmã Margarete. A todos vocês, pelo amor e carinho sem os quais nada disso teria sido possível.

A meu filho Pedro, meu tesouro, que sempre extrai o melhor de mim e me motiva mais do que tudo.

A minha irmã Gabriela, pela amizade, companheirismo e incentivo desde o começo desta jornada, nos bons e maus momentos, quando tudo era um sonho aparentemente impossível.

A meus amigos Teodoro e Matteo, pela inestimável amizade fraternal e acolhida.

A meu amigo e orientador Bruno Miragem, pela confiança, apoio e valiosos ensinamentos.

Meu pequeno contributo ao estudo da responsabilidade civil no âmbito das relações de consumo no Brasil.

*Beyond the ideas of right and wrong there is a field. I will
meet you there.
(Rumi).*

RESUMO

O presente trabalho se propõe a analisar as funções punitiva e a preventiva da responsabilidade civil, como mecanismos para coibir a reiteração de condutas lesivas dos fornecedores litigantes habituais, combatendo assim os danos de massa, a partir da aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Propõe-se uma reflexão sobre como uma releitura do instituto da responsabilidade civil pode reorganizar as estruturas do mercado de consumo, e, a partir de indenizações que contemplassem os caracteres punitivo e preventivo da responsabilidade, reconduzir as condutas dos grandes fornecedores à observância da lei.

Palavras-chave: **Direito do Consumidor. Responsabilidade Civil. Função punitiva. Função preventiva. Prevenção. Punição. Dano de massa. Relações de Consumo.**

ABSTRACT

This study proposes to analyze the punitive and preventive functions of civil liability, as mechanisms to prevent the repetition of injurious conduct of habitual litigating suppliers, thus combating mass damages, through the application of the Code of Consumer Protection. It is proposed to reflect on how a re-reading of the institute of civil responsibility can reorganize the structures of the consumer market and, based on compensations that contemplate the punitive and preventive character of civil liability, to redirect the conduct of large suppliers to compliance with the law.

Keywords: Consumer rights. Civil responsibility. Punitive function. Preventive function. Prevention. Punishment. Mass damages. Consumer relations.

SUMÁRIO

CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS	6
PARTE I - REFLEXÕES ACERCA DAS FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL	16
1.1 O PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL E SUA ATUAL CONFIGURAÇÃO E CONSAGRAÇÃO – DA INDEVIDA ASSOCIAÇÃO À FIGURA DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA	17
1.2. AS FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL E AS INDENIZAÇÕES POR DANOS AOS CONSUMIDORES	34
1.2.1. Função Reparatória	43
1.2.2. Função Preventiva	45
1.2.3. Função Punitiva	51
1.3. A NECESSÁRIA RELEITURA DAS FUNÇÕES PREVENTIVA E PUNITIVA DA INDENIZAÇÃO.	55
PARTE II – INEFICÁCIA DAS SANÇÕES A LESÕES REITERADAS A CONSUMIDORES E A NECESSÁRIA RELEITURA DAS FUNÇÕES DA INDENIZAÇÃO.	58
2.1. A REPERCUSSÃO EXCLUSIVAMENTE ECONÔMICA DO ILÍCITO PARA FORNECEDORES LITIGANTES HABITUAIS E A INEFICÁCIA DO MODELO DE TUTELA INDIVIDUAL DE REPARAÇÃO DE DANOS	58
2.2. A EQUIVOCADA EQUIPARAÇÃO DA FUNÇÃO PUNITIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL À FIGURA DOS <i>PUNITIVE DAMAGES</i> E AS SUAS CONSEQUÊNCIAS.	65
2.3. NOVAS TÉCNICAS DE INTERPRETAÇÃO DA RESPOSTA ADEQUADA AOS DANOS DOS CONSUMIDORES	70
2.3.1. O Reconhecimento dos Danos Sociais como Categoria Autônoma	70
2.3.2. A Reiteração da Lesão aos Direitos dos Consumidores como Violação aos Bons Costumes.	75
2.3.3. Limites da Tutela Coletiva como Desestímulo aos Danos em Massa: Modos de Enfrentamento a partir do Sistema de Julgamento de Demandas Repetitivas do NCPC	81
CONSIDERAÇÕES FINAIS	99
BIBLIOGRAFIA	106

CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

O estudo da responsabilidade civil e de suas funções não é novidade no direito privado, sendo há muito tempo campo fértil ao dissenso doutrinário, sobretudo.

Contudo, talvez o momento histórico atual seja um dos mais propícios ao debate das funções do instituto, considerando o contexto de *hipermodernidade*, marcada pelo “*informatização e cultura uniformizante, massificada e tecnológica de consumo virtual*”¹, na qual estamos inseridos, assim como o fato de todo o cidadão ser consumidor, ao menos em tese, quase que em tempo integral, mesmo que desse fato não se dê conta. Nas palavras lapidares do sociólogo polonês Zygmunt Bauman:

Numa sociedade de consumidores, todo mundo precisa ser, deve ser e tem que ser um consumidor por vocação (ou seja, ver e tratar o consumo como vocação). Nessa sociedade, o consumo visto e tratado como vocação é ao mesmo tempo um direito e um dever humano universal que não conhece exceção.²

O Brasil não é exceção a essa realidade dominante na maioria absoluta das sociedades contemporâneas. Porém, a combinação de uma boa dose de leniência administrativa, fiscalizatória e jurisdicional estatal, somada ao desconhecimento de parte considerável dos consumidores, tem logrado tornar mais precárias as condições do mercado de consumo de bens, e, eminentemente, serviços do tráfego de massa no país.

É esta referida postura estatal que tem ensejado a violação massiva dos direitos dos consumidores, direitos estes, por expressa dicção constitucional, de natureza fundamental. A conduta omissiva tem burilado o cenário propício à violação sistemática dos direitos do consumidor.

Afinal, não é novidade que a Constituição de 1988 possui previsão de um considerável rol de direitos ditos fundamentais, normas de elevada densidade

¹ MARQUES, Cláudia Lima. MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 150.

² BAUMAN, Zygmunt. **Vida para o consumo**: a transformação das pessoas em mercadorias. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 73.

valorativa, de cunho histórico e social³, entre as quais há menção expressa à defesa dos direitos do consumidor.

Tais direitos fundamentais, no sentido observado pela moderna doutrina do direito constitucional, são a base axiológica, os pilares sobre os quais se alicerça o ordenamento jurídico.⁴ Desta feita, constituem autênticas limitações impostas ao poder estatal, revestindo-se como autênticos deveres, impondo ao poder público zelar pela fiscalização das relações estabelecidas pelos particulares entre si.

É certo que, contemporaneamente, a vida social engloba relações das naturezas mais diversificadas, especialmente aquelas relativas à urbanização, à industrialização e até mesmo à virtualização dos vínculos interpessoais.

Ante este contexto, novos direitos demandavam proteção, considerando que tais relações comportavam tratamento coletivo. Tais direitos fundamentais de *terceira dimensão* seriam aqueles vinculados ao valor *fraternidade*, ou seja, estariam relacionados a direitos de natureza *metaindividual*, abarcando as ditas coletividades⁵ e englobando, entre outros direitos igualmente relevantes, os do consumidor (conforme previsão do art. 5º, XXXII, da Constituição da República).

Reside exatamente na experiência consumerista a demonstração empírica de que uma postura estatal leniente (materializada, sobretudo, na atuação das agências reguladoras no mercado, somada a uma orientação que denota certa complacência por parte do Poder Judiciário ante a reiteração de condutas lesivas aos direitos fundamentais dos consumidores), fomenta, de modo indefectível, a manutenção do comportamento dos fornecedores ditos “litigantes habituais” – aqueles que mais do que eventualmente figuram no polo passivo de centenas de milhares de ações similares entre si.

O consumidor, como sujeito de direitos, não à toa recebeu do legislador pátrio uma proteção diferenciada, proveniente, sobretudo, das disposições do Código de Defesa do Consumidor. Foi considerando ao Consumidor sua atual condição como “o agente social que definiu o início da atual fase do capitalismo”,

³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 70-71.

⁴ PERLINGIERI, Pietro. **Il diritto civile nella legalità costituzionale**. 2. ed. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1991, p. 192 e seguintes. No mesmo sentido: HECK, Luís Afonso. Direitos fundamentais e sua influência no direito civil. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 16, p.112, 1999.

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 232.

brilhantemente caracterizado por Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem do seguinte modo:

[...] o consumidor, um homem globalizado e virtual (trabalhador terceirizado e autônomo, financiado para a compra de quase todos os produtos, serviços e desejos, endividado fortemente mesmo em face dos ex-serviços públicos, consumidor móvel, como seu celular, consumidor conectado 30 horas tanto na vida privada como no trabalho, e mesmo, no consumo internacional.⁶

Se por um lado a estabilidade econômica obtida na metade da década de 1990, sob os auspícios do Plano Real, massificou o mercado de consumo e franqueou aos consumidores brasileiros acesso a benesses outrora desconhecidas (a exemplo de áreas como a telefonia e a saúde suplementar), por outro o que se verificou foi uma gradativa e acentuada piora da qualidade na prestação de tais serviços, hoje em dia consolidada na colocação destes no topo de vários *rankings* de reclamações dos consumidores⁷, em clara violação ao dever de qualidade a todos os fornecedores imposto, mormente no seu aspecto *qualidade-adequação*⁸.

A depender da natureza do objeto da prestação, a violação assume contornos ainda mais intensos, a exigir de todos os operadores do direito postura mais rigorosa no manejo do ferramental jurídico disponível para fim de evitar a proliferação da sensação de uma ausência de efetividade da normatização do mercado de consumo, em que os consumidores, partes fracas, vulneráveis, não teriam vez. Propagam-se, de modo descontrolado, os ditos danos em massa⁹, como os define com precisão Anne Guégan-Lécuyer:

Les atteintes aux personnes, aux biens ou au milieu naturel qui touchent un grand nombre de victimes à l'occasion d'un fait

⁶ MARQUES, Cláudia Lima. MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais: 2014, p. 150.

⁷ Neste sentido, vide o recente estudo promovido pelo Ministério da Justiça. SENACON. **Relatório do Cadastro Nacional de Reclamações Fundamentadas**. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/Anexos/cadastronacionalreclamacoes2012.pdf>>. Acesso em: 25 fev. 2017.

⁸ BENJAMIN, Antonio Herman. **Teoria da qualidade**. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/16339/Teoria_Qualidade.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2016.

⁹ Para aprofundado estudo dessa temática ver, na doutrina francesa: GUÉGUAIN-LECUYER, Anne. **Domages de masse et responsabilité civile**. Paris: LGDJ, 2013.

dommageable unique, ce dernier pouvant consister en un ensemble de faits dommageables ayant une origine commune.¹⁰

Alguns exemplos recorrentes no mercado de consumo auxiliam na compreensão destes fatos. Tome-se, na realidade brasileira, o mercado de planos de assistência à saúde. Neste caso, dada a relevância do objeto (a prestação de assistência à saúde, que envolve matérias de fundo constitucional – direito à saúde e à vida, direitos fundamentais, assim como a questão da dignidade da pessoa humana em seu momento de mais exacerbada vulnerabilidade¹¹), a problemática dos ditos danos em grande escala é sentida de maneira ainda mais dramática.

São mais do que recorrentes situações nas quais consumidores idosos, não raro portadores de doenças graves, que se deparam com negativas indevidas de cobertura de serviços médico-hospitalares, tratamentos e medicamentos por parte das operadoras de planos de assistência à saúde. Há, igualmente, a questão do descredenciamento da rede referenciada de estabelecimentos (hospitais, clínicas, laboratórios, etc.) de reconhecida qualidade ou reputação sem a substituição por outros equivalentes, a aplicação de reajustes (em razão da mudança de faixa etária¹² ou pela “sinistralidade”) em percentuais abusivos nas mensalidades, de modo a tornar quase inviável a continuidade do contrato, enfim, uma plêiade de danos aos consumidores.

Algumas dessas medidas parecem tencionar a exclusão direta ou indireta do consumidor do plano, como que expurgando da carteira de beneficiários os consumidores que aparentam ser maior fonte de gastos, precisamente no momento em que mais necessitam dos serviços pelos quais pagaram fiel e pontualmente muitas vezes por décadas, sem os ter acessado ou acessando-os

¹⁰ GUÉGUAIN-LECUYER. Anne. **Dommmages de masse et responsabilité civile**. Paris: LGDJ, 2013, p. 53

¹¹ Neste ponto, mister ressaltar a condição *hipervulnerável* do consumidor idoso e doente. Sobre a temática, ver, por todos: SCHMITT, Cristiano Heineck. **Consumidores hipervulneráveis: a proteção do idoso no mercado de consumo**. São Paulo: Atlas, 2014.

¹² Impõe-se mencionar recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, proferida pela sistemática dos Recursos Especiais repetitivos introduzida no ordenamento pelo novel Código de Processo Civil, na qual fixou o tema repetitivo – Recurso Especial Nº 1.568.244 - RJ (2015/0297278-0), Tema 952, publicado em 19/12/2016 – no qual a tese firmada foi no sentido de que “o reajuste de mensalidade de plano de saúde individual ou familiar fundado na mudança de faixa etária do beneficiário é válido desde que (i) haja previsão contratual, (ii) sejam observadas as normas expedidas pelos órgãos governamentais reguladores e (iii) não sejam aplicados percentuais desarrazoados ou aleatórios que, concretamente e sem base atuarial idônea, onerem excessivamente o consumidor ou discriminem o idoso”.

em baixa medida durante a maior parte da execução do contrato, desconsiderando seu adimplemento substancial (*substantial performance*).

No âmbito das operadoras de telefonia móvel, verifica-se situação de iguais contornos, dado o número de serviços acessórios, ligados à internet e ao tráfego de dados, que agregam valor incomensurável a tal prestação. Serviço reputado por muitos como de natureza essencial nos dias de hoje (afinal, os indivíduos mantêm relações pessoais, sociais, afetivas e profissionais a partir dessas bases, como é sabido) em nosso país, sendo notória a qualidade discutível¹³ e o elevado custo desse serviço (a telefonia móvel brasileira figura, segundo estatísticas internacionais¹⁴, entre as mais caras de todo o mundo).

Para além desse serviço de qualidade questionável e preço notoriamente elevado, há ainda as violações mais do que reiteradas dos direitos dos consumidores: falhas de cobertura do sinal, incorreções em cobranças ou a maior ou por tráfego de dados inexistente, entrega de velocidade de conexão à internet até dez vezes inferior ao negociado, cobranças indevidas por serviços e facilidades não solicitadas, *et cetera*.

O arcabouço de lesões oriundas dessas relações de consumo, como se percebe, é extenso e coloca as operadoras de telefonia móvel no topo de listagens de reclamações administrativas em Procons por todo o Brasil¹⁵; não

¹³ Conforme “Pesquisa de Qualidade Percebida dos Serviços de Telefonia Celular Pré-Paga, Telefonia Celular Pós-Paga e Banda Larga Fixa”, para o ano de 2013, realizada pela Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel, responsável pela fiscalização do setor. As seis grandes empresas que prestam serviços de telefonia móvel pós-paga receberam uma nota média de 3,26, em uma escala de avaliação que ia de 1 a 5. Com relação ao serviços pré-pagos, os consumidores consultados indicaram uma média um pouco superior: de 3,51. ANATEL. **Pesquisa de Qualidade Percebida 2013 (telefonia celular e banda larga fixa)** – Destaque dos resultados nacionais. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=313262&assuntoPublicacao=Pesquisa%20para%20Aferi%E3o%20da%20Qualidade%20Percebida%20-%20Apresenta%E3o%20-%20Ano:%202013&caminhoRel=In%EDcio--&filtro=1&documentoPath=313262.pdf>>. Acesso em: 03 mar. 2017.

¹⁴ Em 2013, o estudo "Medindo a Sociedade da Informação" (Measuring the Information Society), realizado pela União Internacional de Telecomunicações (UIT) e divulgado em parceria com a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), demonstrou que, em termos absolutos, o minuto da ligação de telefonia móvel brasileiro era o mais caro do mundo, atingindo US\$ 0,74, mais de setenta vezes o valor do minuto mais barato, praticado em Hong Kong. Ver em: O GLOBO. **Tarifa de celular no Brasil é a mais cara do mundo em termos absolutos**. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/sociedade/tecnologia/tarifa-de-celular-no-brasil-a-mais-cara-do-mundo-em-termos-absolutos-10279511#ixzz4EwMISRGf>>. Acesso em: 20 jul. 2016. Para acesso à íntegra do relatório original da UIT, em inglês, vide ITU. **Mensuring the information society**. Disponível em: <http://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Documents/publications/mis2013/MIS2013_without_Annex_4.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2016.

¹⁵ Notícia veiculada pelo *site* do Estadão, ESTADÃO. **Telefonia lidera reclamações nos Procons de todo o País**. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/suas->

apenas reclamações administrativas, mas também em número de ações judiciais daí decorrentes, e que conduzem à sobrecarga que aplaca o Judiciário, especialmente nos Juizados Especiais.

A reiteração em massa de tais violações dos direitos dos consumidores levanta questionamentos acerca da efetividade dos meios de fiscalização da aplicação do Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei 8.078/90¹⁶, cujo art. 6º preconiza, entre outras disposições, a “efetiva prevenção e reparação de danos aos consumidores”¹⁷.

A massificação do uso da telefonia móvel (tomadas em consideração as suas já citadas múltiplas conveniências) adveio do aumento considerável do número de usuários, consequência direta do barateamento dos aparelhos e das facilidades de contratação do serviço; o mesmo se deu, *mutatis mutandis*, com o maior acesso aos planos de assistência à saúde: multiplicaram-se, igualmente, em ambos os casos, as demandas decorrentes da prestação destes tipos de serviço (bem como de outros usualmente associados ao tráfego de massa¹⁸, como os da atividade bancária e securitária, p.ex.).

Fração considerável desses danos não chega sequer a ser objeto de discussão em sede administrativa ou mesmo à apreciação do Poder Judiciário, e por uma miríade de motivos: ausência de Procons e outros órgãos de defesa

contas, telefonia-lidera-reclamacoes-nos-procons-de-todo-o-pais,1631857>. Acesso em: 01 mar. 2017. Ver, para maior aprofundamento acerca do tema, o relatório anual de 2015 do SINDEC – Sistema Nacional de Informações e Defesa do Consumidor, órgão vinculado ao Ministério da Justiça. O “Boletim Sindec 2015” é a publicação da Secretaria Nacional do Consumidor – Senacon, que contém uma breve análise acerca das demandas de consumo levadas aos Procons integrados ao Sistema Nacional de Informações e Defesa do Consumidor – SINDEC, durante o ano de 2015. No ano de 2015, os assuntos mais demandados nos Procons foram liderando a lista de modo isolado, as telecomunicações, ocupando primeira e segunda posição do ranking, sendo que a líder de reclamações é a telefonia celular, com 338.247 reclamações (13,4%) e a segunda colocada a telefonia fixa, com 241.311 reclamações (9,5% do total) o que totaliza 579.558 reclamações envolvendo telefonia, o que equivale a 22,9% de todas as reclamações apresentadas aos Procons no ano de 2015. SINDEC. **Boletim da Secretaria Nacional do Consumidor de 2015**. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/sindec/anexos/boletim-sindec-2015.pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2017.

¹⁶ Lei cuja criação foi expressamente determinada pela própria Constituição nos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (art. 48 do ADCT), devemos apontar.

¹⁷ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 12 set. 1990. “Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...) VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos; VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados”

¹⁸ BECKER, Verena Nygaard. A Categoria jurídica dos atos existenciais. Transformação da concepção clássica de negócio jurídico. **Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre**, Porto Alegre, ano VII, VIII, p. 15 a 53, 1973/1974.

do consumidor no local do dano; dificuldades no acesso à Justiça nas localidades em que os fatos se consumaram; desconhecimento por parte do consumidor acerca de seus direitos e do modo como pleiteá-los (às vezes sequer percebe ter sido lesado, ou, na dúvida, opta por não buscar seus direitos) até mesmo por falta de *animus litigandi* (o consumidor opta por arcar com o ônus de uma cobrança indevida ou outro tipo de conduta danosa). Em suma: são de variadas ordens os motivos que levam uma fração considerável dos danos aos consumidores à não reparação.

A questão não escapa à abordagem pelo prisma da escola da análise econômica do direito, nos dizeres de Rafael Dresch:

[...] o instituto da responsabilidade civil tem por finalidade a distribuição eficiente dos custos decorrentes dos prejuízos oriundos de um acidente, dos custos de prevenção e dos custos com processos para determinar esses custos. O princípio geral da responsabilidade civil nessa análise, portanto, é de que os custos sejam suportados pela parte que poderia evitar ou minimizar os riscos dos referidos acidentes, sempre com vistas a maximizar o valor comum de bens e serviços, ou seja, garantir eficiência econômica.¹⁹

O que efetivamente logra se transmudar de dano à reclamação administrativa ou mesmo demanda é, seguramente, a “ponta do iceberg”, fração diminuta do universo de lesões.

É a equação esquadrihada com precisão por Paula Lourenço, quando diz que “um raciocínio puramente econômico, comparando o *quantum* indenizatório com o lucro que previsivelmente lhe advirá da violação da norma e, se chegar à conclusão de que a indenização será inferior (a qual só terá de pagar mais tarde, se o lesado intentar uma ação judicial e provar o dano), escolhe a violação da norma jurídica pois, nesse caso, ‘o lucro compensa’”²⁰.

Não obstante, apesar do cenário descrito, há muitas críticas e reclamações a crescente elevação do volume de casos desta natureza, tomando tempo e recursos que o Poder Judiciário poderia, eventualmente, destinar a demandas envolvendo outras questões que residualmente fossem submetidas a

¹⁹ DRESCH, Rafael de Freitas Valle. “Análise econômica do direito: uma análise exclusiva ou complementar?” In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito & economia**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 201.

²⁰ LOURENÇO, Paula Meira. **A função punitiva da responsabilidade civil**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 23-24.

sua apreciação, ou seja, àquelas situações nas quais a demanda seria de fato inevitável - no caso da telefonia - ou evitando uma “judicialização” - a exemplo do que ocorre no setor da saúde suplementar e que constitui autêntica situação de perda mútua para as operadoras de planos de assistência à saúde e para os consumidores, a um só tempo, pelas peculiaridades que analisaremos mais a fundo no decorrer do presente estudo.

Existe forte resistência aos movimentos tendentes à persecução pelos consumidores, dos seus direitos, especialmente em juízo. Opositores argumentam que há os que litigam sem ter fundamento para tanto, movidos somente por estarem escudados pela concessão da Gratuidade da Justiça; os que não esgotam os meios extrajudiciais de resolução da demanda (como os serviços de atendimento ao consumidor e as ouvidorias) sem considerar o autêntico *desvio produtivo do consumidor*²¹ que isso sabidamente implica, em regra, à guisa de exemplo.

Tais argumentos podem eventualmente ter certa dose de razão. Porém, repetidos à exaustão, aparentam buscar desconstruir a procura como um todo por indenizações (decorrente da inobservância da obrigação inicialmente contratada, via de regra), mormente as de danos extrapatrimoniais, mesmo aquelas devidas, do que a zelar pela operacionalidade do sistema judicial como um todo, quando da busca pela prevenção à causação e à reiteração dos danos é que deveria pautar a atuação judicial.

A conduta paradoxal de fazer sempre o mesmo e esperar resultados diferentes parece ser a que tem norteado os tribunais brasileiros no trato da responsabilidade civil nas relações de consumo perante os ditos litigantes habituais: danos produzidos em escala sendo enfrentados individualmente e tendo o ressarcimento ou compensação balizados por réguas demasiadamente apegadas a conceitos do direito privado novecentista, sob argumentos que tergiversam do essencial²² (a repetição de tais danos, em escala, pelos mesmos

²¹ Sobre a figura do nefasto *desvio produtivo do consumidor* e o reconhecimento da possibilidade *avant la lettre* de tal categoria gerar dano moral indenizável, ver a precursora obra de Marcos Dessaune: DESSAUNE, Marcos. **Desvio Produtivo do Consumidor**: o prejuízo do tempo desperdiçado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

²² O que se verifica na argumentação, por exemplo, da cunhada “judicialização da saúde” é o que se poderia, de certo modo, enquadrar no termo “pós-verdade” (*post-truth*), expressão eleita pelo *Oxford Dictionaries* como a palavra do ano de 2016, sendo um adjetivo “relativo a ou que denota circunstâncias nas quais fatos objetivos são menos influentes na formação da opinião pública do que apelos à emoção e à crença pessoal”. OXFORD. **Word of the year 2016 is.**

fornecedores), o que conduz a que tais danos sigam se repetindo de modo crescente, além dos agentes lesantes sendo punidos de forma deficitária e ineficaz (o volume de ações de mesma natureza a demandar a atenção do Poder Judiciário é demonstração cabal disso²³).

Para que se possa analisar se uma elevação no montante das indenizações, valendo-se das múltiplas funções da responsabilidade civil (nomeadamente das funções preventiva e punitiva), pode colaborar para uma maior conscientização das empresas fornecedoras de serviços que atendem a milhões de consumidores (e que são, em regra, litigantes habituais), impõe-se, igualmente, analisar a sistemática destes fornecedores, seu *modus operandi*, e posteriormente, aprofundar a análise nos mecanismos do direito comparado e do direito nacional como meios de ao menos atenuar o atual estágio.

A experiência brasileira no setor das agências reguladoras demonstrou que não é lógico esperar destes entes públicos um exercício mais severo e eficaz das funções de regulação de certos setores do mercado de consumo²⁴. Caberia, então, residualmente, à última *ratio*, o Poder Judiciário, diante deste cenário, assumir um papel de protagonismo na mudança do padrão de conduta dos fornecedores.

Para a consecução deste objetivo é imprescindível buscar respaldo no sistema de responsabilidade civil vigente e, quem sabe, a partir de uma releitura de seus institutos, talvez explorando (ou, pelo menos, cogitando) de modo mais percuciente as funções que o instituto pode desempenhar em relação à realidade dos danos em massa em ações envolvendo relações de consumo, para além da

Disponível em: <<https://en.oxforddictionaries.com/word-of-the-year/word-of-the-year-2016>>. Acesso em: 17 nov. 2016.

²³ Conforme dado apresentado em 2013 pelo IDEC – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. O GLOBO. **Ações de consumo somam quase a metade dos 90 milhões de processos no Judiciário**. Disponível em: <<http://www.idec.org.br/em-acao/noticia-consumidor/aces-de-consumo-somam-quase-a-metade-dos-90-milhes-de-processos-no-judiciario>>. Acesso em: 01 mar. 2017.

²⁴ Assim Bruno Miragem coloca o tema, tratando do papel regulador da Agência Nacional de Saúde Suplementar em relação à fiscalização dos planos de assistência à saúde: “(...) examinando a experiência regulatória na última década, percebem-se nitidamente dois fenômenos: a) houve um excesso de confiança do legislador na competência regulatória das agências, frustrada por uma ação pouco convincente do órgão na proteção dos interesses dos consumidores; e b) o superdimensionamento da competência normativa secundária (regulamentar) da agência, tem dado causa à edição de regulamentos de frágil conformidade com as disposições e/ou fundamento teleológico da Lei 9.656/98 e do Código de Defesa do Consumidor”. MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 5. Ed, rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 424.

função meramente reparatória, a fim de que o sistema busque a recuperação ao menos parcial do equilíbrio perdido neste campo.

Tendo como mote propor um meio de combater os danos em massa, cogita-se o abandono de exigências formais que subsistem, no mais das vezes, por simples respeito à tradição, e sem atentar a essa realidade que deteriora as relações de consumo e abala a crença dos consumidores na regulação do setor.

Uma reflexão mais aprofundada acerca do papel que as funções punitiva e preventiva que a responsabilidade civil podem desempenhar (além da tradicional função reparatória) pode ser, se não o caminho, ao menos o primeiro passo para que o mercado de consumo receba um incentivo à reorientação das condutas dos grandes fornecedores, litigantes habituais, ao virtuosismo, norteados pela boa-fé objetiva, pela função social dos contratos, pela transparência e pelo dever de informar aos fornecedores imposto, entre outros princípios basilares do ordenamento jurídico brasileiro.

PARTE I - REFLEXÕES ACERCA DAS FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A divisão da matéria no presente trabalho tomará em linha de consideração, primeiramente, uma reflexão acerca das funções da responsabilidade civil pode desempenhar. Para tanto, elegemos os pontos que reputamos essenciais à compreensão da reflexão nos moldes em que proposta.

Mister se faz expor os equívocos derivados da associação que reputamos indevida entre o princípio da reparação integral – o pilar da função reparatória da responsabilidade civil – e o princípio da vedação ao enriquecimento sem causa. O motivo do cotejo é desfazer um equívoco que vem servindo de premissa fundante para limitar indevidamente o *quantum* indenizatório em inúmeros julgados em matéria de consumo.

Em um segundo momento, passaremos à análise mais aprofundada de cada uma das funções da responsabilidade civil, quais sejam, as funções reparatória, preventiva e a punitiva, centrando os esforços analíticos nas relações de consumo, em como a aplicação de cada uma dessas funções pode ensejar melhor proteção aos interesses úteis dos consumidores, salvaguardando o patrimônio material e imaterial destes da ação lesiva dos fornecedores litigantes habituais.

Por fim, encerrando a primeira parte do trabalho, teceremos uma proposta de necessária releitura das funções preventiva e punitiva da responsabilidade civil, considerando que uma aplicação das mesmas alinhada com os múltiplos diplomas normativos incidentes às relações de consumo, e sobretudo os norteadores interpretativas decorrentes dos princípios encartados na Constituição da República.

Certamente, as propostas e conclusões só possuirão viabilidade caso encontrem espaço para amadurecimento e aplicação, porém a ausência de propostas tende apenas a aprofundar o senso de descrédito do consumidor no Poder Judiciário. Passemos a colaborar minimamente com a reversão de tal quadro.

1.1 O PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL E SUA ATUAL CONFIGURAÇÃO E CONSAGRAÇÃO – DA INDEVIDA ASSOCIAÇÃO À FIGURA DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA

O princípio da reparação integral é a pedra angular da responsabilidade civil. Sobre ele, calcou-se, até os dias de hoje, o espírito do instituto da indenização. Da violação do dever de prestação principal (*Schuld*, para os alemães), com o inadimplemento, surge a responsabilidade (*Haftung*) e o dever sucessivo de indenizar; como se disse, indenizar equivale a “tornar indene”, isto é, livre de dano.

No mais das vezes, o dano provocado não pode mais ser desfeito: é real e atual. Tratam-se de situações nas quais é impossível retornar ao *status quo ante*, isto é, ao estado anterior à causação do dano.

Em todas as demais situações, em que a reparação do mal causado tem lugar, é precisamente na ideia de reparação integral, ou seja, restituição ao idêntico estado que antecedia o dano experimentado, que reside a ideia consubstanciada no referido princípio. Os Mazeaud e Chabas inferiam que:

Le juge a constate la responsabilité du défendeur et le droit a réparation du demandeur. Il lui reste à prononcer la condamnation. [...] Ou bien il ordonnera la remise des choses em l'état; [...] Ou bien le juge ne cherchera pas à effacer le dommage subi par la victime. Mais il s'efforcera de le compenser, [...] un avantage qui soit l'équivalent du préjudice souffert.²⁵

Isso porque promover a reparação em medida menor que a do dano equivale a não reparar de modo bastante e adequado. Consiste em operação falha, na medida em que o lesado persiste com a sensação de supressão de direitos, de desvantagem indevida e injustificada, oriunda da ação do lesante. O ideal de Justiça, mormente aquele calcado no aristotelismo, exprime o pensamento de que o dano é o limite da indenização, não podendo ela ser superior ou inferior a este²⁶.

²⁵ MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Leon; CHABAS, François. *Traité Théorique et Pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*. 4 ed. Paris: Montchrestien, 16eme Édition, 1961, v. 1, t. 3. p. 614.

²⁶ Contudo, Alvino Lima nos dá a seguinte notícia, em nota relativa à origem histórica da responsabilidade civil: “A lei Aquília não se limitou a especificar melhor os atos ilícitos, mas substituiu as penas fixas, editadas por certas leis anteriores, pela reparação pecuniária do dano causado, tendo em vista o valor da coisa durante os 30 dias anteriores ao delito e atendendo, a princípio, ao valor venal; mais tarde, estendeu-se o dano ao valor relativo, por influência da

Até os primórdios do século XX, as assertivas acima bastavam e refletiam de modo fiel e satisfatório a realidade e a complexidade daquelas sociedades ocidentais. Para a lógica individualista, nuclear, tendo o indivíduo como o grande protagonista do exercício da liberdade individual na esfera privada, era satisfatória uma eficaz reparação integral dos danos considerando-os como o limite da extensão da indenização fixada. Lembremo-nos que eram tempos em que ainda se discutia o cabimento (hoje pacificado) de indenização dos danos extrapatrimoniais.

O tempo, contudo, trouxe a evolução e as várias revoluções pelas quais passou a sociedade ocidental, impondo profundas mudanças no estilo de vida e nas relações interpessoais que cresceram em grau de complexidade. Quase que impôs uma “abordagem coletiva” das questões e esse novo enfoque mostrou que a sistemática outrora vigente já não mais atendia a contento as necessidades da(s) coletividade(s).

Logo, talvez não seja exagerado traçar uma analogia, afirmando que o princípio da reparação integral estaria para o campo da responsabilidade civil como o do *pacta sunt servanda* está para a esfera do direito contratual.

E, ressalvadas particularidades de um e de outro, cada um deles merece permanecer vigente na mesma medida em que, quando for o caso, ceder à nova realidade que se impõe. O *pacta sunt servanda*, a seu tempo, teve sua incidência, outrora absoluta e indiscutível²⁷, mitigada pelo advento da cláusula *rebus sic stantibus*, pela Teoria da Imprevisão e pela possível resolução por onerosidade excessiva, relativizando disposições demasiadamente rígidas que conduziam à iniquidade no caso concreto. Nem por este fato os contratos deixaram de ostentar força vinculativa: apenas se passou, casuisticamente, a afastar a rigorosa incidência de um para que houvesse uma precisa e necessária harmonização com o outro, a fim de que a Justiça fosse preservada *in concreto*.

jurisprudência, de sorte que a reparação podia ser superior ao dano realmente sofrido, se a coisa diminuísse de valor, no caso prefixado”. LIMA, Alvaro. **Culpa e risco**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 22-23.

²⁷ Silvio Rodrigues refere que certas legislações reputavam que o contrato fazia lei entre as partes, exemplificando com os Códigos Civil Francês (art. 1.134: “*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux que les ont faites*”) e Italiano de 1942. Ver: RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 12.

Parece-nos que o exemplo do que ocorreu com o *pacta sunt servanda*²⁸ pode se repetir, igualmente, com o princípio da reparação integral, ao menos em se tratando de limitar a indenização à pura e simples extensão do dano causado, descurando do fato de que a conduta do ofensor pode consistir em um agir reiterado e calculado, em escala.

A ciência prévia de vários fatores ligados ao evento danoso (como p.ex., a reação do ofendido, a abordagem do Judiciário, a vantagem financeira em não promover as mudanças necessárias à melhoria qualitativa dos serviços, etc.) pode orientar a conduta dos fornecedores que passam a computar a inobservância dos direitos do consumidor como um padrão de comportamento não condenável, ou melhor, um *standard* comportamental não de todo indesejado.

Seria, no caso, mais um desdobramento do fenômeno da dita funcionalização do direito privado, assim como da constitucionalização do direito civil: sob o influxo de normas de conteúdo programático, nomeadamente a Constituição da República, com seu denso arcabouço principiológico (tendo o princípio da dignidade humana como o *primus inter pares*, mas não só, podendo ser citada a função social da propriedade, por exemplo), impôs-se autêntica reinterpretção, uma nova hermenêutica das normas infraconstitucionais.

O direito civil passou a sofrer intensa influência da Carta Magna, deixando de ser a arena privada na qual a vontade das partes era a lei que regia tais relações, e o corolário dessa nova realidade contratual veio, por meio do influxo do direito do consumidor, da Teoria do Diálogo das Fontes²⁹, que, ao fim e ao cabo, incrementa e promove a coerência na interpretação do ordenamento jurídico.

Como resultado, há uma escalada dos danos e se instala na sociedade uma deletéria sensação de frustração com a ineficiência, tanto dos serviços

²⁸ Acerca da relativização da força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*), ver, por todos, Cláudia Lima Marques: “A nova concepção de contrato destaca, ao contrário, o papel da lei. É a lei que reserva um espaço para a autonomia da vontade, para a autorregulamentação dos interesses privados. Logo, é ela que vai legitimar o vínculo contratual e protegê-lo. A vontade continua essencial à formação dos negócios jurídicos, mas sua importância e força diminuíram, levando à relativização da noção de força obrigatória e intangibilidade do conteúdo do contrato”. MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de defesa do consumidor**. 2ª. Ed. São Paulo: RT, 1995, p. 93.

²⁹ MARQUES, Cláudia Lima. BENJAMIN, Antonio Herman V. BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 89-90.

prestados, como da fiscalização do poder público, incapaz de coibir de modo satisfatório os procederes lesivos daqueles que exploram o mercado de consumo. Desta forma, surgem os chamados danos de massa, a reclamar nova disciplina que os enfrente, senão a partir de um novo arcabouço jurídico (*de lege ferenda*), ao menos com a adaptação dos institutos já existentes (*lege lata*) a esta nova realidade.

Novamente citamos lição de Anne Guégan-Lécuyer que, discorrendo acerca da diversificação das medidas de condenação à disposição do juízo civil, tendo por escopo garantir a reparação integral dos danos a partir do uso de novas funções de cunho punitivo (*intérêts punitifs*, como chamado na França) para a responsabilidade civil, infere, com precisão, que:

[...] dominées par le principe de la réparation intégrale, [...] dans le souci d'adapter le procès civil à certaines particularités des dommages de masse, il serait nécessaire de faire bénéficier le juge civil d'une plus grande marge de manoeuvre en diversifiant les mesures de condamnation qu'il a à sa disposition. Deux directions mériteraient d'être ainsi envisagées, celle de la sanction du responsable civil des dommages de masse avec l'introduction des dommages et intérêts punitifs et celle de l'indemnisation des victimes des dommages de masse avec l'introduction de mesures de réparation collective.³⁰

A reparação integral dos danos possui expressa previsão legal no art. 944 do Código Civil. Reparar integralmente o dano seria, deste modo, entregar ao lesado, em correspondência ao dano sofrido, sua equivalente e integral reparação. Ademais, opera-se, em se tratando de danos extrapatrimoniais, imprescindível flexibilização no conceito estático de reparação integral do dano patrimonial e é neste momento que vêm as funções punitiva e preventiva da responsabilidade civil, a fim de propiciar a *efetiva* reparação integral dos danos perpetrados.

³⁰ A autora remete à Camille Jauffret-Spinosi, na obra "*Le dommages et intérêts punitifs dans les systèmes de droit étrangers*", que questiona a necessidade de o direito francês moralizar-se no que tange à reparação do dano (Ver: GUÉGAN-LÉCUYER, Anne. **Dommages de masse et responsabilité civile**. Paris: LGDJ, 2006, p. 450). A ideia, que na França é denominada de "pena privada", bem como o seu contraponto, vicejam no direito francês desde a década de 1940, quando Boris Starck, na obra-prima "*Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile en sa double fonction de garantie et de peine privée*", advertia que a doutrina repelia até mesmo a abordagem da temática. Ver STARCK, Boris. **Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile em as double fonction de garantie et de peine privée**. Paris: L. Rodstein Librairie Editeur, 1947, p. 361.

Neste particular, buscaremos desfazer uma equivocada associação que parece ser o *leitmotiv* que conduz a discordâncias e resistência a mudanças no atual quadro da responsabilidade civil: aquela entre os *punitive damages* do *common law* e as funções preventiva e punitiva da responsabilidade civil, afetas ao *civil law*, e que nosso ordenamento, a partir de construção interpretativa dos dispositivos, normas e regras, pode atingir, a começar do quadro legal vigente.

Os *punitive damages* podem exceder o limite estabelecido pela indenização reparatória (pois, como assumem um caractere de pena ou sanção civil, para uns de caráter acessório); o emprego da função punitiva ou dissuasória, a seu turno, na seara dos danos extrapatrimoniais, sobretudo, poderia ter o condão de entregar uma espécie de reparação integral mais profunda (em interpretação livre, uma reparação “mais integral possível”), realizando, assim, maior Justiça no caso concreto.

Bruno Miragem é preciso quando pontua que a construção histórico-dogmática dos *punitive damages* no *common law* não se confunde necessariamente com a tradição do direito brasileiro que levou ao reconhecimento de funções punitiva e dissuasória à indenização. E prossegue:

[...] no direito brasileiro, ao estabelecer-se por arbitramento a indenização por danos extrapatrimoniais, já se encontra sob a decisão judicial, que, diante da falta de critérios legais expressos, permite larga margem de cognição judicial motivada, diante de circunstâncias do caso concreto, para avaliar a intensidade e a extensão dos danos sofridos pela vítima, assim como o dolo ou culpa grave do ofensor. Não há, pois, de se falar em parcela adicional de indenização, visando cumprir finalidade punitiva, distinguindo-se de outra, com finalidade compensatória. Há um só valor de indenização, que, tomando-se em consideração circunstâncias e características do dano, será definido.³¹

O valor (o *quantum debeatur*) é uno; as ferramentas para operar seu eventual aumento, múltiplas. A clareza dessa linha de pensamento leva a inferir que o magistrado, analisando o caso, debruçando-se sobre suas particularidades, vai aplicar as regras de responsabilidade civil previstas no Código Civil com o fito de estabelecer critérios para atender as variadas funções

³¹ MIRAGEM, Bruno. **Direito civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 393.

que a indenização é incumbida de cumprir, e, desse modo, garantir a integral reparação dos danos.

Deve-se destacar a existência de posições que se opõem ao acima sustentado, entendendo não ser possível extrair dos dispositivos postos no ordenamento brasileiro, a função punitiva da responsabilidade civil³²; mesmo tais posições aceitam e anuem com sua incorporação nos julgados, como ocorre.

É valiosa a percepção de que, a fim de elidir eventuais alegações de, por exemplo, enriquecimento sem causa³³ por parte do autor no bojo de cujo processo fosse utilizada a função punitiva da indenização, poder-se-ia pensar no redirecionamento de parte do *quantum* indenizatório fixado não para o autor individualmente considerado; porém, de outra forma, para um fundo coletivo³⁴, citando caso análogo, nos casos de danos extrapatrimoniais que atingem determinada coletividade teria de ser aplicado em políticas públicas para

³² Conforme Fabiano Koff Coulon, na adoção critérios para a quantificação do dano moral, a “jurisprudência nacional revela que, embora inexista disposição legislativa genérica que reconheça expressamente a possibilidade de elevação do quantum indenizatório em atendimento a uma função punitiva de forma ampla, ainda assim a utilização da responsabilidade civil para atendimento a esta função já restou incorporada às decisões judiciais”. Vide: COULON, Fabiano Koff. Critérios de quantificação dos danos extrapatrimoniais dotados pelos Tribunais brasileiros e análise econômica do direito. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito & economia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 182-183.

³³ Veremos em tópico próprio o descabimento da associação. Tal argumento, inclusive, é rebatido com propriedade por Ruzon, que menciona ser virtualmente impossível, dado o patente descompasso entre o patrimônio do consumidor no cotejo com o do fornecedor, se atingir alguma forma de equilíbrio que não gere enriquecimento daquele em alguma medida, sob pena de impor penalização demasiadamente pequena ao fornecedor, de modo a tornar a conduta lesiva economicamente interessante, sobretudo em larga escala. (Ver: RUZON, Bruno Ponich. O paradoxo na quantificação do dano moral nas relações de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 78, p. 149, abr./jun. 2011).

³⁴ Dois exemplos de fundos públicos, um na esfera federal e outro na estadual são o FDD e o FECON, respectivamente. O Fundo de Defesa de Direitos Difusos – FDD foi criado em 24 de julho de 1985 pela Lei nº 7.347 e trata-se de um Fundo de natureza contábil, vinculado ao Ministério da Justiça, e regulamentado pela Lei nº 9.008, de 21 de março de 1995, por meio do Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos – CFDD. O FDD tem por finalidade a reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, por infração à ordem econômica e a outros interesses difusos e coletivos. No Estado do Rio Grande do Sul, temos, por exemplo, desempenhado tal papel em relação à defesa do consumidor, e com considerável sucesso, o Fundo Estadual de Defesa e Proteção ao Consumidor – FECON, criado e mantido pelo Governo do Estado do Rio Grande do Sul, gerido, no âmbito da Secretaria de Justiça e dos Direitos Humanos (SJDH), mormente ao PROCON-RS, pelo Conselho Estadual de Defesa do Consumidor, o CEDECON. O Conselho, mediante reuniões mensais, delibera, por meio dos representantes de órgãos públicos (Ministérios Públicos Estadual e Federal, Defensoria Pública, a Universidade Federal de Pelotas) e da sociedade civil (Brasilcon, Movimento das Donas de Casa e dos Consumidores do Rio Grande do Sul, Federasul), como investir os recursos do fundo, obtidos por meio de condenações em ações judiciais de consumo, em políticas públicas para realizar os fins do fundo, entre outros, o aparelhamento dos Procons municipais e do Procon-RS, bem como eventos acadêmicos, projetos de conscientização e promoção dos direitos do consumidor no âmbito estadual.

fomento, conscientização e concretização dos direitos do consumidor, desse modo, portanto, prevenindo danos futuros, sem deixar de punir o ofensor, propiciando, assim, verdadeiro círculo virtuoso.

Em suma, é árdua a tarefa da quantificação do dano, havendo estudos acerca do tema no direito comparado³⁵.

Contudo, a instância máxima para tratar o tema, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), ainda não teve condições de atingir a uniformização do entendimento da matéria, sobretudo pela ausência, no direito nacional, de critérios legais objetivos para a parametrização e para fixação das indenizações de danos extrapatrimoniais, cingindo-se tão somente a implementar a revisão do montante fixado a título de indenização nesses casos quando restar demonstrado que, na espécie, os *quantum* “fogem da normalidade, por irrisórios ou por sua exorbitância”.³⁶

Essa possibilidade de minoração dos *quanta*, considerando uma tradição de não fixação de indenizações de valor elevado, configura um risco à efetiva reparação integral, sobretudo de danos extrapatrimoniais, mais ainda na hipótese de danos em massa.

Paulo de Tarso Sanseverino menciona que a reparação de um dano constitui exigência do próprio significado de Justiça, devendo, para isso, ser da forma mais completa possível, o que é modernamente chamada de princípio da reparação integral do dano³⁷.

O princípio da reparação integral nos danos materiais tem por limitação a extensão do dano provocado, sendo que esse limite indenizatório estabelecido sofre flexibilização quando se trata de indenizar danos extrapatrimoniais, “por conta da adoção, a título de critérios para sua determinação, da finalidade de desestímulo ou pedagógica que deve assumir”. E prossegue:

Nesse caso, contudo, note-se que, pelo caráter inestimável dos danos extrapatrimoniais e pela função compensatória que assume a indenização, será impróprio tratar-se de limite máximo

³⁵ Ver, por todos a obra de Carlos Alberto Ghersi: GHERSI, Carlos Alberto. **Cuantificacion economica del daño. Valor de la vida humana**. 2da. Edición. Buenos Aires: Ed. Astrea, 1999.

³⁶ Bruno Miragem arrola extensa jurisprudência neste sentido, das quais destacamos: AgRg no AREsp 490.772/PE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª. Turma, j. 5-6-2014, DJe 11-06-2014; AgRg no AREsp 393.291/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª. Turma, j. 5-11-2013; (Ver: MIRAGEM, Bruno. **Direito civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 395.)

³⁷ SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **Princípio da reparação integral**. Indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 51-57.

de indenização, sendo adequado referir a critérios de fixação que observem coerência com o universo das decisões em casos semelhantes, em respeito à segurança jurídica e à previsibilidade das decisões judiciais.³⁸

Conforme Silvio Venosa refere, na seara dos danos extrapatrimoniais, “o prejuízo transita pelo imponderável, daí por que aumentam as dificuldades de se estabelecer a justa recompensa pelo dano”³⁹.

O espírito de restabelecimento da igualdade, aspiração que aproxima a atividade judicial de fixação do montante da indenização à ideia de reparação integral, deverá permear a atividade do magistrado, na busca de Justiça, sobretudo nas hipóteses de reparação pelo dano extrapatrimonial, cuja dificuldade é sabidamente elevada em sua mensuração, dada a já mencionada ausência de critérios claros e incontestes na lei e a impossibilidade de atribuição objetiva de valor pecuniário aos bens que foram alvo do dano que se almeja integralmente reparar.

O temor em ensejar o surgimento de uma suposta “indústria do dano moral”⁴⁰ no Brasil, contudo, até hoje só serviu a atender uma tendência ao hermetismo dos julgadores, que atribuem ao imensurável patrimônio imaterial dos consumidores não raro uma valoração econômica que, de tão irrisória – sob toda a sorte de argumentos, mas sobretudo sob a alegação de evitar ‘enriquecimento sem causa’ –, acaba prestando-se a ensejar nos ofensores uma cultura de, por saberem *a priori* o quanto serão condenados a pagar em termos de indenização, programarem e orientarem suas ação para, de modo calculado (seja por dolo ou omissão), seguir violando a lei.

³⁸ MIRAGEM, Bruno. **Direito civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 358.

³⁹ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 36.

⁴⁰ Rebatendo de modo veemente e com propriedade a alegação de indústria de dano moral, Sergio Cavalieri Filho: “Nesse contexto, deve-se atentar para o risco da generalização, ao se pretender atribuir aos consumidores os ônus de uma denominada ‘indústria do dano moral’. Não se pode esquecer a dimensão coletiva que assumem as relações de consumo na sociedade contemporânea. Somos milhões de usuários de planos de saúde, milhões de usuários de serviços de telefonia, milhões de usuários de serviços financeiros, milhões de usuários de serviços públicos e por aí vai. Práticas e cláusulas abusivas lesam, indistintamente, milhões de consumidores. E se cada um deles viesse a juízo reclamar os seus efetivos direitos? Diríamos estar diante de uma ‘indústria’? Em caso positivo, quem a fomentou? Por certo, não foram os consumidores. Estes são as vítimas! O que não se pode fazer é banalizar o dano moral”. CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. São Paulo, Atlas, 2008, p. 93.

O ordenamento jurídico não pode coadunar com semelhante prática, sob pena de comprometer a utilidade essencial da Justiça, dando a cada um o que lhe é de direito e homenageando o *neminem laedere*.

Impõe-se elencar os argumentos que afastam a alegação de que a fixação de *quanta* indenizatórios mais elevados, a título de indenização dos danos extrapatrimoniais, considerando as funções punitiva e preventiva da responsabilidade civil, levaria ao indesejado enriquecimento sem causa. Contudo, como se demonstrará, essa associação não exprime a melhor técnica, considerando o instituto do enriquecimento sem causa, suas origens e aplicações.

Por variados motivos, não parece atender à técnica mais adequada de fundamentação das decisões neste sentido, havendo, pontualmente, (e mesmo carecendo de rigor conceitual) julgados que esposam entendimento em sentido oposto⁴¹, como se passa a expor.

Feitas tais considerações, impõe-se traçar diferenciação entre o exposto e o instituto do enriquecimento sem causa, reiteradamente invocado em julgados

⁴¹ No Superior Tribunal de Justiça (STJ) vem se admitindo, paulatinamente e com ressalvas, a aplicação da teoria da função dissuasória da responsabilidade civil sob os auspícios de “pena civil”. Mesmo que pontualmente, esses julgados servem como relevante sinalização aos demais órgãos jurisdicionais – especialmente considerando-se a neófito cultura de “precedentes” que o CPC almeja inserir no direito brasileiro. Malgrado ainda se afigurem os “precedentes” que abordam a referida temática, já se pode vislumbrar um delineamento de critérios mínimos adotados pela Corte Superior para a aplicação de contornos dos *punitive damages* (em verdade, em uso da função preventiva e dissuasória da responsabilidade civil) e, portanto, uma indisfarçada inclinação à própria aplicação mais frequente do instituto. Por exemplo, veja-se o REsp 839.923/MG, relatado pelo ministro Raul Araújo e o REsp 210.101/PR, relatado pelo ministro Carlos Fernando Mathias, ambos da Quarta Turma do STJ. No primeiro caso (REsp 839.923/MG), sustentou o ministro relator que, ante a absoluta reprovabilidade da conduta dolosa dos Recorridos, o valor da indenização deveria atender também ao seu caráter punitivo-pedagógico: “(...) considerando o comportamento doloso altamente reprovável dos ofensores, deve o valor do dano moral ser arbitrado, em atendimento ao caráter punitivo-pedagógico e compensatório da reparação, no montante de R\$ 50.000,00, para cada um dos réus, com a devida incidência de juros moratórios e correção monetária (...)”. No mesmo sentido, o ministro Carlos Fernando (REsp 210.101/PR), argumenta que: “Ainda que não muito farta a doutrina pátria no particular, têm-se designado as “punitive damages” como a “teoria do valor do desestímulo” posto que, repita-se, com outras palavras, a informar a indenização, está a intenção punitiva ao causador do dano e de modo que ninguém queira se expor a receber idêntica sanção. (...)” E prossegue: “O critério que vem sendo utilizado por essa Corte Superior na fixação do valor da indenização por danos morais, considera as condições pessoais e econômicas das partes, devendo o arbitramento operar-se com moderação e razoabilidade, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de forma a não haver o enriquecimento indevido do ofendido, bem como que sirva para desestimular o ofensor a repetir o ato ilícito”.

das mais variadas cortes brasileiras para justificar a limitação dos montantes indenizatórios fixados em sede de ações envolvendo pleito por indenização por danos extrapatrimoniais aos consumidores, considerando-se que tal associação, como demonstraremos, é indevida por desconsiderar o delineamento e mesmo a origem do instituto.

Enfrentando a questão das raízes do enriquecimento sem causa, deve-se assentar que a noção de *equilíbrio* sempre teve relevância para o direito. Não por acaso a Deusa Grega *Thêmis*, que os Romanos chamavam *Justitia*, ostenta em uma das mãos a espada, símbolo indelével da defesa do direito, e, na outra, a balança, objeto que indica o equilíbrio (*i.e.*, o retorno à unidade) e, por conta disso, é signo que representa a Justiça e o direito. Segundo a lição de Rudolf von Ihering:

O direito não é uma simples ideia, é uma força viva. Por isso, a Justiça sustenta, numa das mãos, a balança, com que pesa o direito, enquanto na outra segura a espada, por meio da qual o defende. A espada sem a balança é a força bruta, a balança sem a espada é a impotência do direito. Uma completa a outra, e o verdadeiro estado de direito só pode existir quando a justiça sabe brandir a espada com a mesma habilidade com que manipula a balança.⁴²

A ideia de equilíbrio como um ideal a ser atingido permeia até mesmo a antiga filosofia grega, não tendo passado despercebida por Aristóteles que, tratando do conceito de “justiça corretiva”, pregava o equilíbrio como sinônimo de perfeição e que uma ação pode ser considerada como justa quando realiza o “equilíbrio das virtudes”⁴³.

No âmbito do direito privado, mais precisamente no direito civil obrigacional, talvez nenhum instituto reflita com maior fidelidade a ideia de aspiração ao equilíbrio que o princípio da vedação do enriquecimento sem causa, cuja pedra angular é a pretensão restitutória⁴⁴.

⁴² IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2001, p. 27.

⁴³ ARISTÓTELES. **Ética à Nicômaco**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2000, p. 110.

⁴⁴ LUDWIG, Marcos Campos. Fundamento e delineamento da pretensão restitutória: comparação entre a *condictio romana* e o direito civil brasileiro. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir**, Porto Alegre, UFRGS, v 4, 2005, p.123-160.

Equilíbrio (ou a retomada do equilíbrio, perdido pela ruptura injustificada da “conservação estática dos patrimônios”⁴⁵, como infere Michelon⁴⁶) é a ideia que permeia o ato de condenar o enriquecimento de um à custa do empobrecimento correlato de outrem, diante da ausência, atual ou superveniente, de causa que justifique tal enriquecimento. Interessante notar que a restituição devido ao enriquecimento sem causa como fonte autônoma das obrigações constitui um *tertium genus*, diferindo daquela oriunda das obrigações provenientes de declarações de vontade e das resultantes de responsabilidade civil⁴⁷.

A propósito da comparação que será traçada entre os sistemas jurídicos do *civil law* e do *common law*, citamos Zweigert:

El derecho comparado moderno, [...], ha demostrado, precisamente, que el aparente estilo heterogêneo del Derecho angloamericano – en sus concepciones fundamentales de justicia y en la solución de sus problemas mas profundos -, llegó a decisiones que concuerdan mucho con las nuestras y únicamente son diferentes los medios utilizados para alcanzarlas. Precisamente porque en el Derecho angloamericano los conceptos y construcciones se desarrollan en forma más independiente de la tradición romana que entre nosotros, en el Continente, las investigaciones de Derecho comparado han sido especialmente fructíferas y nos han librado de prejuicios, mostrándonos cómo um mismo problema puede tener una solución satisfactoria em forma completamente distinta.⁴⁸

Uma análise às origens deste instituto (que tantas nomenclaturas e tratamentos recebeu no decorrer de seu desenvolvimento, malgrado, no ordenamento jurídico brasileiro ainda figure à margem dos tópicos que atraem o interesse da maioria dos operadores do direito) remonta a um correto delineamento de seus contornos gerais e específicos e o traçado de uma breve panorama de sua evolução histórica e de seu desenvolvimento, até os dias atuais, na tradição jurídica do sistema de direito continental e no do *common law*, de modo comparado, auxiliaria os aplicadores do direito a não incorrer na falácia

⁴⁵ MICHELON JR., Cláudio F. **Direito restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.17.

⁴⁶ Ibid., 18.

⁴⁷ NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem causa**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 15.

⁴⁸ ZWIGERT, Konrad. **El derecho comparado como metodo universal de interpretacion**. Boletín del Instituto de Derecho Comparado de Mexico. Mexico, ano XI, n. 31, p. 58, abr. 1958.

de que uma elevação nos montantes indenizatórios em ações de consumo geraria enriquecimento sem causa dos consumidores.

De chofre, deve-se afirmar que, sendo a condenação fixada por meio de decisão judicial (sentença ou acórdão), resta afastada a (alegada) ausência de causa, dado que a própria decisão é, em si, a *causa*. Ou seja: na decisão o julgador expendeu, em tese, todos os fundamentos (causas, seja na *ratio decidendi* ou *obiter dicta*) que o levaram a fixar o quantum indenizatório em determinada monta.

Em conceituação bastante didática do instituto, Pontes de Miranda refere que cada indivíduo possui um patrimônio, composto pelo somatório dos bens de valor econômico que lhe pertencem e que amealha no decorrer da vida. O ato de retirada de um ou alguns desses bens da vida ou de parte deles por outrem, por ato próprio ou não, do patrimônio de outra pessoa, para o seu ou para o de terceiros, requer justificação, sob pena de ser injustificado o enriquecimento experimentado. E prossegue:

Há duas linhas que separam o enriquecimento permitido e o enriquecimento não permitido (= contrário ao direito): a linha que se confina a ilicitude e a linha em que se confina o injustificado, dentro de cujo setor está, como espécie, o *sine causa*.⁴⁹

Buscando uma conformação mínima para o fenômeno do enriquecimento sem causa, seguimos nos socorrendo da conceituação fornecida por Pontes de Miranda. Para Pontes, enriquecimento sem causa é a situação onde concorrem uma série de pressupostos, que ele enumera da seguinte forma:

(a) ocorrência de um *plus* no patrimônio do enriquecido; (b) é preciso que ao enriquecimento de alguém haja correspondido desvantagem de outrem; (c) ter havido relação imediata entre o enriquecido e o prejudicado, mas não se exige identidade entre as pessoas.⁵⁰

Como se vê, não há alusão à necessária presença de culpa por parte dos envolvidos na equação. Os negócios jurídicos, como se sabe, podem ser alvo de

⁴⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Parte especial. TOMO XLIII. Direito das Obrigações. Mandato, Gestão de negócios alheios sem outorga. Mediação. Comissão. Corretagem. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 237

⁵⁰ *Ibid.*, p. 308.

inadimplemento por uma ou ambas as partes. Decorre do inadimplemento a noção de culpa. Contudo, no âmbito do enriquecimento sem causa, a culpa não é perquirida, eis que basta o fato, independentemente do teor do elemento volitivo (às vezes até mesmo sem a presença deste) para que surja a obrigação de restituir. Logo, é matéria na qual não se cogita de culpa.

Pontes de Miranda menciona a temática em sua obra sobre as fontes e a evolução do direito civil brasileiro nos seguintes termos:

No systema do Codigo, ainda que absolutamente incapaz o menor (Handlungsunfähig, Deliktsunfähig), se do acto lhe resultou proveito, poderá reaver o prejudicado o que perdeu, pela acção fundada no enriquecimento indevido. Mas isto não basta para os casos do menor que não tinha discernimento, se não houve in rem versio e se não tiver pae que responda, como acontecerá no caso de menor rico e pae pobre.⁵¹

Ao enriquecimento não necessariamente decorrerá ao prejudicado um empobrecimento, na medida em que é desnecessária a sua diminuição patrimonial, bastando que haja enriquecimento de um a custas do outro, *sem causa jurídica que justifique tal fato*. Frise-se: o que é imprescindível é a falta de *causa* para que haja o dever de restituir. Citamos Giovanni Nanni:

O empobrecimento não deve ser considerado como um requisito inútil a ser eliminado, mas ponderado conforme as circunstâncias específicas, quando, dependendo da situação, poderá ser dispensado para a configuração do enriquecimento sem causa.⁵²

Logo, como se vê, é a ausência de causa ou justificativa que faz incidir a vedação ao enriquecimento, não o enriquecimento em si. Fica claro, dessa forma, que o fato de haver “enriquecimento”, consequencial e eventual (e com pouca objetividade conceitual quanto ao que vem a ser enriquecer), em decorrência de indenização obtida em juízo, após processo regularmente constituído, ofertando-se à parte adversa oportunidade contraditar as alegações e se defender de modo amplo, jamais padecerá de falta de “causa”.

⁵¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Fontes e evolução do direito civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 164.

⁵² NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem causa**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 249.

Nas situações em que há ofensa em massa ao direito do consumidor, é inegável haver elementos que caracterizam uma conduta lesiva por parte do fornecedor, assim como o resultado danoso (de ordem patrimonial ou não), o nexo causal entre tais elementos e, nesses casos, uma noção de que a conduta danosa encontrará, a depender do consumidor-alvo, busca de reparação ou não na esfera judicial; e nesses casos, deve-se considerar ainda a lucratividade da conduta para o ofensor, que, sabendo de antemão o quanto arcará, no máximo, a título de indenização, pode programar seu agir e persistir violando a lei, caso o resultado da equação lhe seja favorável em termos de custo-benefício.

Decerto que contar com um argumento limitador de indenizações como a repetida alusão ao enriquecimento sem causa produz no ofensor uma propensão a permanecer violando a lei, ou, pelo menos, há pouco incentivo a se enquadrar aos ditames legais.

Provavelmente a razão das alusões indevidas e reiteradas ao enriquecimento sem causa como base para fixação de indenizações irrisórias (em sede de danos extrapatrimoniais) seja um conhecimento inacabado acerca de suas raízes e primórdios, o que conduz a conclusões precipitadas correlacionando os institutos.

A figura do enriquecimento sem causa, parte do direito das obrigações, possui origem tão remota quanto incerta. Esta problemática é apenas uma das que circundam o instituto até os dias de hoje. Perscrutar a fundo as origens do instituto, contudo, não constitui objetivo do presente trabalho. No entanto, como o argumento de vedação ao enriquecimento sem causa acaba por, mesmo que indiretamente, atenuar a responsabilização civil dos causadores de danos, é necessário ingressar na temática, com o devido aprofundamento.

Em apertada síntese, as divergências doutrinárias acerca de seu surgimento dão conta de teria ocorrido, para uns, primeiramente, na Roma Antiga; outros, por seu turno, sustentam que a origem remonta a tempos ainda mais distantes, à filosofia grega, no período helenístico, calcado numa concepção de “respeito ao próximo e ao seu patrimônio”.

Giovanni Nanni refere que a disciplina do enriquecimento sem causa “desenvolveu-se no direito romano sob influência da filosofia grega, com base no velho dogma que explica o mito de Nêmesis, personificação da justiça na

mitologia: é necessário que o equilíbrio entre os homens não seja mero compromisso”⁵³.

Parece, contudo, assistir razão o argumento de Gerota, citado por François Goré, a quem “o princípio do enriquecimento não foi talhado num bloco único”, representando “uma espécie de mosaico formado de múltiplas aplicações díspares, recolhidas tímida, lentamente e sem método”⁵⁴.

O Digesto possui duas proposições de redação virtualmente idêntica que, no entendimento majoritário, denotam previsão à vedação do enriquecimento sem causa, sendo elas *jure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiolem* (D. 50, 17, 206) e *nam hoc natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiolem* (D. 12, 6, 14), ambos transmitindo a ideia de que não é natural que alguém se enriqueça (ou “locuplete”) às expensas do prejuízo (“empobrecimento”) de outrem.

Contudo, divergências doutrinárias dão conta de que as proposições não constituíam uma base teórica bastante ao surgimento de uma teoria do enriquecimento sem causa. Logo, como conclui Nanni, “o enriquecimento sem causa no direito romano antigo não era uma fonte geral das obrigações”, tendo apenas “aplicação em casos particulares”.⁵⁵

Caio Mario da Silva Pereira alude que a dificuldade na disciplina do instituto pode derivar daquilo que ele reputa como a ausência de um trato adequado dispensado à matéria pelo Direito romano, faltando-lhe “segurança e aquele rigor lógico que os jurisconsultos souberam imprimir aos institutos”⁵⁶. O Direito romano teria optado por apontar soluções dispersas inspiradas na equidade, de modo preponderante.

Desconsiderando maiores aprofundamentos acerca da origem histórica do instituto, é certo que foi em Roma que ele encontrou o maior desenvolvimento, no âmbito das chamadas *condictiones sine causa* (aliadas à *actio de in rem verso* e à figura da gestão de negócios, impulsionaram o instituto) cujas feições, em maior ou menor medida, influenciaram os sistemas jurídicos do direito

⁵³ NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem causa**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 6.

⁵⁴ GORÉ, François. **L'enrichissement aux dépens d'autrui: source autonome et générale d'obligations en droit privé français** – essai d'une construction technique. Paris: Dalloz, 1949, p. 18.

⁵⁵ NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem causa**. São Paulo: Saraiva, 2004.

⁵⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 20 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003. v. 2, p. 287.

continental, colaborando com o delineamento do trato da matéria até os dias de hoje.

O tratamento legal dado ao princípio do enriquecimento sem causa se divide principalmente, salvo juízos dissonantes⁵⁷, entre as escolas alemã e a francesa, as que mais influenciaram a maioria das demais nações da família romano-germânica do direito.

O sistema alemão, desde a edição do BGB, trata o enriquecimento sem causa de forma explícita, genérica e positivada. Por seu turno, o sistema francês, fundado no Código Napoleão, aborda-o tão somente de modo implícito. Apenas a título de nota, o Brasil, até a edição do Código Civil vigente, no ano de 2002, adotava a sistemática francesa, porém o codificador optou por positivar o princípio em três dispositivos – quais sejam, as normas dos artigos 884 a 886 da lei civil⁵⁸.

Em resumo, e diante de todo o acima exposto acerca do enriquecimento sem causa, não socorre razão o seu uso como limitador de indenizações, dado que sua *ratio essendi* é outra, sua funcionalidade também, e não pode ser considerado sem causa o enriquecimento (ou a quebra da estática entre os patrimônios do ofensor e do ofendido) fundado em decisão judicial, em que a questão foi submetida ao processo judicial, no qual regularmente foi oportunizado ao ofensor o exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa.

⁵⁷ Vide Paolo Gallo, em sua obra *Arricchimento senza causa e quasi contratti: i remedi restitutori.*, por todos, que, conforme anota Michelon, afirma que “a regulamentação do enriquecimento sem causa na Alemanha é mais semelhante à regulamentação inglesa do que à italiana, concluindo que se pode falar de um modelo de regulamentação setentrional (incluindo os direitos da Alemanha, Inglaterra, Escócia e outros) e um modelo de regulamentação meridional (que incluiria, entre outros, os direitos da Itália, da França, da Espanha e de Portugal). Assim, as diferenças mais fundamentais na regulamentação das medidas restitórias não acompanhariam a tradicional divisão entre *common law* e *civil law*”. MICHELON JR., Cláudio F. **Direito restitatório**: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 25.

⁵⁸ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. “Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido.

Art. 885. A restituição é devida, não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir.

Art. 886. Não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido”.

Consiste em tarefa de autêntico esforço exegético e hermenêutico correlacionar o instituto a uma ferramenta para servir de limitador de indenizações por danos extrapatrimoniais. A figura do enriquecimento tão frequentemente invocada na jurisprudência não espelha o efetivo domínio de seu significado e de suas variadas acepções.

O eventual enriquecimento decorrente de decisão judicial transitada em julgado não pode, como se deduz, receber a pecha de “injustificado” ou “sem causa” dado que o elemento “causa”, a rigor, existe. Deste modo, a veiculação tecnicamente inadequada do instituto do enriquecimento sem causa como modo de limitar o *quantum* indenizatório em caso de reparação de danos extrapatrimoniais em relações de consumo fere o pleno uso da função preventiva e punitiva da responsabilidade civil, na medida em que falha no intuito de apenar a conduta lesiva, não desincentivando a reiteração de tais comportamentos.

A virtude reside em se valer da medida adequada ao fim desejado, isto é, recorrer às regras do enriquecimento sem causa quando *efetivamente* se esteja em situação que perfeitamente se amolde ao comando legal, porque disso decorrerá maior segurança na estipulação do montante a ser restituído.

Perceba-se que, sendo usada como limitador de indenização (figura que conceitualmente se opõe à *restituição*), isto é, caso for interpretada como hipótese casuística de responsabilidade civil, a situação sob análise será objeto (do modo que efetivamente é) de tratamento arbitrário, para dizer o mínimo, dado que o julgador se defrontará com a necessidade de fixar indenização para um caso no qual o dano pode sequer ter ocorrido. Dá-se, assim, falha na adequação dos meios aos fins almejados.

Sob outro prisma, ao valer-se do regramento do enriquecimento sem causa, impõe-se apenas a verificação *in concreto* dos pressupostos caracterizadores do instituto conforme acima delineados e, determinado o objeto a ser alvo de restituição, promovê-la.

Adequando-se os meios aos fins pretendidos, restariam afastadas consequências colaterais que, dado o embasamento teórico carecedor de maior robustez, propiciam a imprevisibilidade dos efeitos não almejados. Impõe-se registrar, todavia, respeitável doutrina que discorda dessa conclusão⁵⁹.

⁵⁹ Defendendo a possibilidade de o princípio do enriquecimento sem causa se prestar a limitar indenizações inclusive de dano extrapatrimoniais, ver o multicitado: NANNI, Giovanni Ettore.

1.2. AS FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL E AS INDENIZAÇÕES POR DANOS AOS CONSUMIDORES

A questão da responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro comporta uma série de elementos que, em maior ou menor escala, permeiam os mais acalorados debates acerca do tema, dada a relevância prática do assunto. Impõe-se traçar, em síntese, um panorama geral sobre tal temática.

É notório que o próprio vocábulo “responsabilidade” encontra sua origem em *respondere*, vocábulo oriundo do latim, decorrendo no fato que o sujeito deve sempre arcar com as consequências jurídicas advindas da atividade que desenvolve. Uma acepção que se faz de responsabilidade, portanto, está ligada ao surgimento de uma obrigação derivada, ou seja, um *dever jurídico sucessivo*, conseqüente à violação de uma obrigação.⁶⁰

Geneviève Viney e Patrice Jourdain lecionam que a própria expressão “responsabilidade civil” consistiria, atualmente, no conjunto de regras que compelem o autor de um dano causado a outrem a repará-lo, oferecendo à vítima certa compensação⁶¹.

Georges Ripert refere que “*la règle morale élémentaire neminem laedere trouve dans le principe general de responsabilité édicte par l'article 1382 du Code Civil son expression et sa sanction*”. O legislador reprime *a priori* certas condutas,

Enriquecimento sem causa. São Paulo: Saraiva, 2004. Neste particular, mesmo tendo abordado a temática com aprofundamento, não pormenorizou o *modus* de limitação da indenização em casos de danos extrapatrimoniais, aludindo que, quanto à fixação destes, diante da impossibilidade de estabelecer aprioristicamente as circunstâncias que conduzem à liquidação do dano, deveria ser tomado em consideração o princípio da dignidade da pessoa humana assim como os direitos da personalidade, norteadores da parametrização do *quantum* a ser fixado, sem descuidar da proibição do enriquecimento sem causa. O impasse quanto ao excessivamente amplo conceito do que vem a ser enriquecimento sem causa novamente exigiria do prudente arbítrio do julgador, a ser aferido casuisticamente. Todavia, é digna de encômios a postura do autor frente ao tema, quando logra captar a essência do instituto e de suas funcionalidades para além do dispositivo legal em si, como quando infere que o enriquecimento sem causa apresenta aspecto mais elástico do que “meramente” fonte das obrigações, constituindo verdadeiro princípio informador de todo o direito das obrigações. O autor sustenta que a previsão do art. 884 do Código Civil seria uma “cláusula geral de vedação do enriquecimento sem causa”, mas, sendo igualmente princípio informador, seus efeitos se estendem a qualquer relação obrigacional – e aqui embute aquelas situações em que o princípio atuaria como moderador da intensidade de indenizações, já que a responsabilidade civil pertine a este ramo do direito privado. Nesta linha de raciocínio, por ser cláusula geral, atuaria mesmo que o evento real não viabilizasse a veiculação de ação de enriquecimento, mostrando-se útil para a correção de casos que configurassem violação ao espírito emanado do preceito geral.

⁶⁰ MIRAGEM, Bruno. **Direito Civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 56.

⁶¹ VINEY, Geneviève. JOURDAIN, Patrice. **Les effets de la responsabilité civile**. Traité de Droit Civil, sous la direction de Jacques Ghestin. 3.ed. Paris, LGDJ, 2010, p. 9.

mas especificá-las não era viável. Daí a edição de regras dotadas de caráter geral e abstrato, a fim de abarcar o fenômeno da causação do dano e da necessidade de reparar o dano causado na maior amplitude possível.⁶²

A doutrina não chega ao consenso para atingir uma definição do instituto. Menezes Cordeiro leciona que “a responsabilidade civil é definida como a ocorrência jurídica na qual um acto registrado em uma esfera é imputado à outra, por meio da obrigação de indenizar”⁶³. Geneviève Viney a define como sendo um conjunto de regramentos que buscam compelir o autor do dano a repará-lo, oferecendo ao lesado uma compensação⁶⁴. Larenz refere ser a responsabilidade a “sombra da obrigação”, a correlação entre *Schuld* (débito) e *Haftung* (responsabilidade)⁶⁵.

Remontando as suas raízes no direito romano, a responsabilidade civil tem ligação profunda com um dos preceitos fundamentais do direito, conforme postulados pelo Jurisconsulto Eneo Domitius Ulpiano, qual seja, o *neminem laedere*⁶⁶, que se traduz em não causar dano a outrem. A responsabilidade, assim, emerge como uma consequência lógica da violação da primeira obrigação: a inobservância desta dá surgimento ao dever de indenizar.

As origens da responsabilidade civil em Roma, entretanto, não refletiam a sistematização pela qual o direito romano tornou-se célebre. Não se pode olvidar que, de certo modo, a *Lex Duodecim Tabularum* (Lei das XII Tábuas) representou o gérmen da transição da punição corporal do devedor (e, por extensão, do causador do dano) para a responsabilização patrimonial, mais consentânea aos ditames do mundo civilizado. Devemos mencionar, igualmente, a *Lex Poetelia-Papiria*, que logrou abolir o dito “*nexum*”, acordo através do qual o devedor prestava em garantia de um empréstimo sua liberdade ou a de membro de sua família sobre o qual exercia ascendência, em favor do credor, em troca da extinção do débito.

⁶² RIPERT, Georges. **La règle morale dans les obligations civiles**. 4 ed. Paris: LGDJ, 1949, p. 198.

⁶³ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Tratado de direito civil português**. 2 ed. Tomo I. Coimbra: Almedina, 2000, p. 273.

⁶⁴ VINEY, Geneviève. **Traite de droit civile: introduction à la responsabilité**. 2 ed. Paris: LGDJ, 1995, p.1.

⁶⁵ LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Trad. Jaime Santos Brins. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, t. II, p. 31.

⁶⁶ Os outros dois preceitos de Ulpiano seriam *honeste vivere*, ou “viver honestamente”, e *suum cuique tribuere*, “dar a cada um o que lhe é de direito”.

O “direito de punir” não mais poderia ser exercido ao livre alvedrio do lesado, o que constituiu progresso civilizacional inegável, dado a notória recrudescida violência comumente operada sob a égide da *vendetta* (vingança privada⁶⁷) apregoada pela *Lex Talionis*.

A ideia de compensação, a princípio, era representada pelo pagamento de certo valor – chamado então de *poena*, pena, literalmente – preestabelecido na própria lei para determinado delito, sendo a imposição desta, *in concreto*, facultada ao credor. Apenas algum tempo depois é que a ideia de *poena* passou a ser imposição estatal. Max Kaser, acerca da temática, relata que:

Ficou ao critério do lesado vender a sua faculdade de vingança pelo resgate oferecido e fixar o preço. Mas o Estado, que favorece esta renúncia à vingança no interesse da coletividade, intervém e regulamenta, como provam as XII Tábuas. Estabelece para os actos ilícitos multas em cifras precisas ou calculáveis segundo determinados critérios, orientando-se talvez por valores já estabelecidos na prática. Se ao lesado for oferecida a multa pecuniária (*poena*) nos termos da lei, o Estado o obriga a aceitá-la porque, se recusar a aceitação, nega-lhe a execução da apreensão da pessoa do agente [...]. Na época das XII Tábuas, a morte expiatória apareceu ainda no termo do processo executivo; mas só tem lugar após terem fracassado todas as tentativas para conseguir a remissão.⁶⁸

No período da República, em larga margem graças à atuação de pretores e de jurisconsultos (que desempenharam papel crucial na expansão do rol de possibilidades de composição amigável, considerando que a Lei das XII Tábuas não abrangia a integralidade dos delitos), o gérmen do instituto da responsabilidade⁶⁹ ganha desenvolvimento amplo e aprofundado.

Os fatos que dão azo ao dever de indenizar decorrente da responsabilidade civil podem decorrer de obrigações contratuais e

⁶⁷ André Besson, em tradução livre, assim trata da vingança privada: “forma primitiva, selvagem talvez, mas humana, de reação espontânea e natural contra o mal sofrido; solução comum a todos os povos em suas origens, para a reparação do mal pelo mal”. BESSON, André. **La notion de garde: dans la responsabilité du fait des choses**. Paris: Dalloz, 1927, p. 5.

⁶⁸ KASER, Max. **Direito privado romano**. Trad. de Samuel Rodrigues; Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p. 192/193.

⁶⁹ É de extrema relevância a advertência de Bruno Miragem quanto à questão, quando, aludindo à obra de Michel Villey, refere que estaríamos diante de “fontes da obrigação de indenizar”, logo, “(...) que não se tratavam tais hipóteses por responsabilidade, considerando, especialmente, que esta expressão segundo a melhor doutrina romanista, era desconhecida do direito romano”. MIRAGEM, Bruno. **Direito civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 45.

extracontratuais, de atos ilícitos e até mesmo de atos lícitos⁷⁰, como os atos-fatos jurídicos lícitos indenizativos (hipóteses de indenizabilidade sem ilicitude ou culpa, segundo terminologia de Pontes de Miranda)⁷¹, por exemplo.

René Savatier aduz que:

l'objet de la responsabilité est toujours l'obligation d'indemniser, alors compris le devoir de répondre à ses actifs pour la réparation de la victime du dommage auquel ils attribuent la responsabilité.⁷²

Como adiante será abordado, deve-se informar que a característica apontada por Savatier é traço comum que liga os sistemas da tradição do *common law* (mormente o instituto da *law of torts*) e a noção de responsabilidade civil conforme estruturada no sistema de direito continental, posto que a exigência da existência de um dano causado sem direito.⁷³

A partir de um prisma mais atual, a análise econômica do direito, considerado tal contexto, o instituto da responsabilidade civil teria como finalidade distribuir ou alocar de modo eficiente os custos decorrentes dos prejuízos oriundos de um acidente, dos custos de prevenção e dos custos com processos para determinar esses custos. O princípio geral da responsabilidade civil nessa análise; portanto, é de que os custos sejam suportados pela parte que poderia evitar ou minimizar os riscos dos referidos acidentes, sempre com vistas a maximizar o valor comum de bens e serviços, ou seja, garantir eficiência econômica.

No âmbito dos danos provocados, há divisão entre duas espécies: primeiro, sabidamente, os danos de ordem material e uma segunda espécie, a qual analisaremos de modo mais aprofundado, os danos morais (*lato sensu*) ou danos extrapatrimoniais.

⁷⁰ Ver, por todos, USTÁRROZ, Daniel. **Responsabilidade civil pelo ato lícito**. 1ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

⁷¹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria geral do fato jurídico: plano da existência**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 177.

⁷² SAVATIER, René. **Traité de la responsabilité civile en droit français**. Paris: LGDJ, 1951. T. I: Les sources de la responsabilité civile, p. 01-02.

⁷³ MIRAGEM, Bruno. **Direito Civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 25. O autor sublinha, na mesma ocasião, que “No sistema da *common law*, contudo, há separação estrita entre *law of torts* e *law of contracts*, o que no direito romano-germânico é mitigado pela recondução de danos decorrentes do inadimplemento contratual, sob a égide da responsabilidade contratual, ao sistema de responsabilidade civil geral”.

Cabe, neste ponto, distinção entre as categorias. Danos morais *lato sensu*, expressão consagrada na doutrina⁷⁴, referem-se àqueles prejuízos causados à vítima e que atingem a esfera de seus direitos da personalidade. Decorrem da violação direta dos atributos da personalidade nas mais variadas situações da vida, podendo ser objeto de reparação pecuniária⁷⁵.

A contraposição dos danos extrapatrimoniais é com a figura do dano moral em sentido estrito, é espécie de dano extrapatrimonial, representando “toda a alteração de estado anímico do indivíduo”, que derive de lesão a atributos da personalidade, provocando dor ou sofrimento que vulnere o estado anímico do sujeito, sendo tal dano indenizável⁷⁶.

Com relação a estes, pode-se dizer que são lesões a direitos de personalidade da vítima, em elementos que não são passíveis de mensuração clara e objetiva.

Indeniza-se mediante prestação de natureza pecuniária, neste caso os atributos da personalidade com previsão sob a forma de interesses tuteláveis juridicamente ou até mesmo de direitos subjetivos, expressos na legislação vigente. Tais danos são eventualmente cumuláveis àqueles de natureza patrimonial, e diz-se “eventualmente” por decorrência de sua autonomia. A reparabilidade de tais danos encontra ampla acolhida na jurisprudência⁷⁷ e na doutrina brasileira nos dias de hoje (digno de nota que, anteriormente, havia fortes correntes doutrinárias opondo-se a tal possibilidade⁷⁸).

No que tange às formas de efetiva proteção aos direitos da personalidade, a abordagem pode se concretizar de duas maneiras, quais sejam, *preventiva* ou *corretivamente*.

Quanto à primeira hipótese, esta se revela por meio de instrumental que represente meio idôneo a incentivar o potencial lesante a abster-se da conduta lesiva. Em relação à abordagem pelo viés *corretivo (compensatório)*, para outros),

⁷⁴ MIRAGEM, Bruno. **Direito Civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 174. O autor prefere a expressão *dano extrapatrimonial*, opção a qual nos filiamos, por entender que apresenta escopo mais abrangente da fenomenologia.

⁷⁵ BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 3 ed. São Paulo: Ed. RT. 1999, p. 38.

⁷⁶ MIRAGEM, Bruno. **Direito Civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2015, p.198.

⁷⁷ Cf. Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça (STJ): “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”. STJ. **Súmulas do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2017.

⁷⁸ MIRAGEM, Bruno. **Direito Civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 173-174.

temos efetivamente a esfera que nos interessa, qual seja, a da responsabilidade civil, que se materializa quando o dano ocorre e, ato contínuo, surge o dever de indenizar, oriundo, nos casos de danos extrapatrimoniais, de ofensa a direitos da personalidade⁷⁹.

Deve-se destacar a lição de Mosset Iturraspe, o qual menciona que ações versando sobre responsabilidade aumentaram consideravelmente, em números, variedades e montantes. Isso porque muitas situações de dano antes eram suportadas em silêncio, tomadas como fatalidades do destino, que agora viram processos. Isso (a partir da) “*revalorización de la persona humana, de su integridade física y espiritual, unida a um mayor celo en el cuidado de las relaciones jurídicas, de los bienes que componen el patrimonio. Es poco común que en los países en vías de desarrollo y más aún en los países industrializados, la víctima de un prejuicio se conforme com su situación; acepte el menoscabo que el otro le ha causado, con resignación y tolerancia*”⁸⁰.

Os danos extrapatrimoniais, por suposto, não são passíveis de reposição natural, já que a honra violada não mais pode ser reestabelecida à situação anterior, sendo que a reparação, nesses casos, consiste na entrega de soma pecuniária, arbitrada pelo magistrado, com o fito de entregar ao lesado uma satisfação compensatória em decorrência do dano que sofreu, atenuando parcialmente as consequências advindas do ato lesivo. A reparação se dá em pecúnia, dado se tratar de danos inestimáveis economicamente, ante à inviabilidade de recomposição.⁸¹

Orlando Gomes sustentava que o dano não patrimonial não era propriamente *indenizável*, considerando que indenização significa “a eliminação do prejuízo das consequências, o que não é possível quando se trata de dano extrapatrimonial”. Gomes prossegue, dizendo que *compensação* seria termo técnico mais adequado quando se trata de danos extrapatrimoniais, e conclui:

Entendida nesses termos a obrigação de quem o produziu, afasta-se a objeção de que o dinheiro não pode ser o equivalente da dor, porque se reconhece que, no caso, exerce outra função dupla, a de expiação, em relação ao culpado, e a de satisfação, em relação à vítima. [...]. Admite-se, porém, que o pagamento

⁷⁹ MIRAGEM, Bruno. **Direito Civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 179-180.

⁸⁰ MOSSET ITURRASPE, Jorge. **Responsabilidad por daños**. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, t. V, 1999, p. 44.

⁸¹ MIRAGEM, Bruno. **Direito Civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 179-180.

da soma de dinheiro é um modo de dar satisfação à vítima que, recebendo-a, pode destiná-la, com diz Von Thur, a procurar as satisfações ideais ou materiais que estime convenientes, acalmando o sentimento de vingança inato no homem.⁸²

Adotaremos, neste trabalho, a nomenclatura danos extrapatrimoniais para tratar dos danos não patrimoniais, dada a maior abrangência semântica da expressão.

Neste cenário, a responsabilidade civil tem de desempenhar não apenas a tradicional função reparatória de danos patrimoniais, cuja limitação é dada pela extensão do prejuízo efetivamente provocado⁸³ (calcada que é na ideia de *justiça comutativa*, de matriz tomista-aristotélica). Tal afirmação não implica a existência de hierarquia entre as funções, apenas induz que a responsabilidade civil pode e deve ir além do que tradicionalmente vem desempenhando em se tratando de ações advindas das relações de consumo.

Essa postura, contudo, encontra arguta resistência não apenas no Judiciário, mas também na academia, advinda ora dos defensores do direito civil “clássico” (cujas raízes estão fincadas no Código Bevilacqua, sobretudo), ora nos estudiosos da escola da “análise econômica do direito”⁸⁴, apenas para nomear duas das mais proeminentes correntes de pensamento que apontam óbices ao reconhecimento das funções punitiva e preventiva do instituto.

No âmbito dos danos extrapatrimoniais, a indenização fixada, para que seja satisfatória a responsabilização, deve, necessariamente, atender a outras funções que tenham o condão de, efetivamente e tanto quanto possível, sanar o prejuízo causado, por danos à pessoa, danos à saúde, danos à imagem, à sua honra, etc.

A questão das funções que a responsabilidade civil pode desempenhar, contudo, passa longe de consenso doutrinário, como bem adverte André Tunc:

On pourrait penser que la responsabilité civile, résultat d'une évolution presque aussi longue que celle de l'humanité elle-

⁸² GOMES, Orlando. **Obrigações**. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 272.

⁸³ Na dicção do art. 944 do Código Civil: “A indenização mede-se pela extensão do dano”. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 2002

⁸⁴ Neste sentido, confira-se, entre outras, interessante obra de Hugo Acciarri: ACCIARRI, Hugo A. **Elementos da análise econômica do direito de danos**. Coordenação da edição brasileira Marcia Carla Pereira Ribeiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

même, possède des fonctions biens établies et clairement définies. Malheureusement, ce ne pas le cas.⁸⁵

Tunc delinea, contudo, que no decorrer da história, considerando as variações de tempo e espaço, a responsabilidade civil parece assumir cinco funções estreitamente interligadas: a) castigo do culpado; b) e c) vingança e indenização da vítima; d) e e) restabelecimento da ordem social e prevenção dos comportamentos antissociais⁸⁶.

A tutela integral da pessoa humana, focando o homem como centro do ordenamento jurídico⁸⁷ impõe que, para a tutela dos direitos de personalidade, fossem buriladas novas funções à responsabilidade civil.

Constituem objeto de crescente e percuciente análise pela doutrina privatista as variadas funções da responsabilidade civil, e o tema ainda é, sem dúvida, de natureza controvertida.

Tais funções, tradicionalmente arroladas, não guardam entre si hierarquia, ou seja, nenhuma possui predominância sobre a outra quando o juiz, no caso concreto, passa a analisar a aplicação da lei.

Conforme preleciona Nelson Rosenvald:

[...] no direito brasileiro do alvorecer do século XXI, a conjunção destas orientações permite o estabelecimento de três funções para a responsabilidade civil: (1) Função reparatória: a clássica função de transferência dos danos do patrimônio do lesante ao lesado como forma de reequilíbrio patrimonial; (2) Função punitiva: sanção consistente na aplicação de uma pena civil ao ofensor como forma de desestímulo de comportamentos reprováveis; (3) Função precaucional: possui o objetivo de inibir atividades potencialmente danosas.⁸⁸

Na mesma linha apontada por Tunc acima, percebe-se que, para além da função reparatória haveria, igualmente, uma função *compensatória*, cuja

⁸⁵ TUNC, André. **La responsabilité civile**. 2. ed. Paris: Economica, 1989, p. 133.

⁸⁶ TUNC, André. **La responsabilité civile**. 2. ed. Paris: Economica, 1989, p. 133.

⁸⁷ As bases da visão do homem como centro do ordenamento podem ser traçadas à obra de Immanuel Kant, na qual o autor adere à revolução de Copérnico (que colocou o sol, e não a terra, no centro do Universo). Ver: KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2006. Igualmente, Lorenzetti alude à ideia do homem (ser humano) como centro do ordenamento, rogando proteção especial. Conforme: LORENZETTI, Ricardo. **Fundamentos de direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 145.

⁸⁸ ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil**: a reparação e a pena civil. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 77.

essência seria, a partir da noção de que o dano extrapatrimonial é irreparável, cumprir a vítima o direito de receber, por meio da indenização, um conforto material de natureza pecuniária, de maneira a permitir uma compensação pelo dano que sofreu, dada a impossibilidade fática de reparação (no sentido de restabelecimento do *status quo ante*) do mesmo.⁸⁹

Importante frisar essa didática diferenciação, nos moldes propostos por Hector Valverde Santana, entre as terminologias distintas da *indenização*, do *ressarcimento* e da *reparação*. Em que pese eventualmente sejam tidas por expressões sinônimas, em verdade não o seriam, o que acarreta indesejada falta de rigor na atividade científica, podendo levar a contradições ou a equívocos.

Youssef Said Cahali, alude que, no dano patrimonial, intenta-se reposição em espécie ou seu correspondente em dinheiro, visando, portanto, à indenização integral da vítima, eliminando por completo a diminuição patrimonial a qual ela havia sido exposta, restituindo-a ao estado anterior ao ilícito cometido, e o equivalente em dinheiro faria as vezes de *ressarcimento* do dano patrimonial. No dano moral, a seu turno, a situação é outra; o dinheiro não visa a recomposição patrimonial. A reparação dá-se no sentido de proporcionar à vítima uma *compensação*, distinguindo-se da finalidade de *ressarcimento*.⁹⁰

Ocorre que a função reparatória, como referimos, demonstra ser limitada, e a nova realidade, a vida no mundo contemporâneo, demanda que o direito esteja aberto à percepção de uma nova categoria de danos, de repercussão que transcenda a esfera individual, projetando-se, de modo reiterado e difuso, ocasiona grandes prejuízos a coletividades, (como, por exemplo, aos consumidores, mas não apenas a eles)⁹¹. E para uma (nem tão) nova categoria de danos, a abordagem dada pela função meramente reparatória não produz os efeitos desejados, dado que os ofensores por assim dizer “assimilaram” suas limitações e lacunas e as exploram com vistas a reiterar as lucrativas condutas lesivas que adotam.

Visando a uma categorização, o saudoso professor Antonio Junqueira de Azevedo batizou essa fenomenologia por meio da expressão “danos sociais”.

⁸⁹ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 5. Ed. Rev. Atual. Amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 630.

⁹⁰ CAHALI, Youssef Said. **Dano moral**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 46.

⁹¹ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 5. Ed. Rev. Atual. Amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 631.

Para indenizar tais danos, deve-se buscar além da reparação, a prevenção, isto é: combate-se não apenas os *efeitos*, mas as *causas* dos danos.

Junqueira referia que “os danos sociais, porquanto afetam a sociedade, causando lesões no seu nível de vida, e seriam causa de *indenização punitiva*, por “dolo ou culpa grave”, e de “indenização dissuasória”, na hipótese de decorrerem de atos de pessoas jurídicas que acarretem uma piora na qualidade de vida da população, frisava.⁹²

Toda a ciência do Direito do Consumidor pauta-se pela ideia de que, sendo o consumidor um indivíduo, mas, ao mesmo tempo, uma coletividade, dificilmente o dano a um consumidor é único; milhares ou milhões de situações de idênticas feições, mas com suas particularidades casuísticas, reiteram-se contra outros consumidores todos os dias.

Logo, o dano individual é uma pequena peça que compõe um grande mosaico maior, de um dano coletivo.

Emerge desse cenário, logo, o gérmen para o maior desenvolvimento de uma *função punitiva* no âmbito da responsabilidade civil no direito brasileiro. Dessas hipóteses, envolvendo a dita “indenização punitiva” e das funções punitiva e preventiva da indenização, assim como suas particularidades, é que passamos a nos ocupar a seguir.

1.2.1. Função Reparatória

A função reparatória da responsabilidade civil é a função clássica do instituto, calcada na ideia de restituição do lesado ao *status quo ante*, o estado anterior à causação do evento danoso.

André Tunc adverte que tal função é, a um só tempo, indiscutível, porém limitada e não raro difícil de ser exercida, observando, quanto a dificuldade em seu exercício, que:

Même si l'on néglige les pertes de temps, d'argent et d'énergie, qui sont normalement nécessaires pour obtenir une indemnité, la détermination de dommages-intérêts pose presque toujours de problèmes très délicats, de difficulté croissante si l'on

⁹² AZEVEDO, Antônio Junqueira. Por uma nova categoria de dano da responsabilidade civil: o dano social. In: FILOMENO, José Geraldo de Brito et. al. **O código civil e sua interdisciplinabilidade**. Os reflexos do Código Civil nos demais ramos do direito. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 370-375.

considere les dommages à la propriété, les dommages aux intérêts d'affaires, les pertes économiques résultant d'un dommage corporel, l'aperte des satisfactions de la joie de vivre résultant de ce dommage corporel et le dommage à les valeurs morales.⁹³

Como acima mencionado, há, igualmente, além da função *reparatória*, uma função *compensatória*, reconduzível à figura do dano extrapatrimonial; é que se parte da noção de que o dano extrapatrimonial não seria passível de *reparação*, e ao lesado restaria o direito de receber, por meio da indenização, um conforto material de natureza pecuniária, de maneira a permitir uma compensação pelo dano que sofreu, dada essa impossibilidade fática de *reparação* (no sentido de reestabelecimento do *status quo ante*) do mesmo.⁹⁴

Repisando, em sede de dano patrimonial, o que se intenta é a reposição (em espécie ou ao seu correspondente em dinheiro). Busca-se, portanto, a indenização integral do lesado, eliminando a diminuição patrimonial a qual havia sido exposto, integralmente, restituindo-o ao *status quo ante* ao dano experimentado, sendo que o equivalente em dinheiro faria as vezes de *ressarcimento* do dano patrimonial. Em se tratando de danos extrapatrimoniais, a situação é outra, já que o dinheiro não tem em vista a recomposição patrimonial. A reparação, nesses casos, opera-se com vistas a proporcionar à vítima uma *compensação*, escopo distinto da finalidade de *ressarcimento*.⁹⁵

Guégan-Lecuyer assim leciona sobre o ponto:

La dimension collective de ces situations dommageables, portée par l'adjectif collectif, ne vise pas un grand nombre de victimes auxquelles il est porte atteinte mais plutôt les circonstances dans lesquelles se déroule l'activité en cause qui engage nécessairement plusieurs personnes.⁹⁶

Neste cenário, a reparação integral seria o piso, o mínimo em matéria de responsabilidade civil. No contexto de danos em massa, contudo, o conceito de reparação integral, por si só, não é capaz de proporcionar o restabelecimento do

⁹³ TUNC, André. **La responsabilité civile**. 2. ed. Paris: Economica, 1989, p. 143.

⁹⁴ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 5. Ed. Rev. Atual. Amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 630.

⁹⁵ SANTANA, Hector Valverde. **Dano moral no direito do consumidor**. 2.ed. ver. Atual. Ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 161.

⁹⁶ GUÉGUAIN-LECUYER. Anne. **Dommages de masse et responsabilité civile**. Paris: LGDJ, 2013, p. 300.

tecido social rompido pela atuação lesiva reiterada engendrada por grandes fornecedores, que tem por hábito a inobservância das normas que protegem o consumidor, possivelmente por terem compreendido que a dinâmica do Judiciário brasileiro tende a repelir indenizações elevadas, assim como uma percepção de que parte considerável dos consumidores lesados não leva a apreciação do Judiciário a lesão sofrida, entre outros fatores.

Para fazer frente a tal postura, aprofundar o uso das funções preventiva e punitiva, funções estas que parecem mais aptas a pautar os padrões de condutas futuros dos causadores de danos, na medida em que alteram os elementos por eles tomados em consideração na adoção de suas condutas. A litigiosidade, no somatório final da equação, aparenta se apresentar como a alternativa menos custosa sob o prisma econômico.

Contudo, parece persistir, não apenas no Brasil, mas em outros países adeptos à tradição romano-germânica, um temperamento judicial refratário à coibição de danos em massa por meio de caracteres punitivos da indenização⁹⁷. Como magistralmente expressa Iturraspe, comentando a obra de Tunc o tema de por que a figura do júri (*jury*) nos EUA costuma fixar indenizações em montantes muito mais elevados que os juízes naturais:

[...] en nuestro medio, podemos contestar, tal vez con verdad, que por el seguimiento ciego de la ley, la resolución en pura justicia, con desdén de la equidade; o quizás, el temor a la “catarata de damnificados” ¿Pero cuál es la razón em EE.UU., con un derecho de precedentes y sin normas legales rígidas?⁹⁸.

O questionamento instiga maior aprofundamento no estudo do tema.

1.2.2. Função Preventiva

⁹⁷ Há notícia de que a Corte de Cassação da Itália negou aplicação à decisão exarada nos EUA, em que se fixou indenização a partir de elementos punitivos, por ser contrária à ordem pública, no entendimento daquela Corte. Conforme: MONDAQ. **Italy**: Italian Supreme Court confirms stance on punitive damages. Disponível em: <<http://www.mondaq.com/italy/x/212846/Arbitration+Dispute+Resolution/Italian+Supreme+Court+Confirms+Stance+On+Punitive+Damages>>. Acesso em: 03 mar. 2017.

⁹⁸ MOSSET ITURRASPE, Jorge. **Responsabilidad por daños**. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, t. V. 1999, p. 45.

A função preventiva da responsabilidade civil talvez seja aquela cuja relevância no atual contexto dos danos de massa receba menos atenção do que mereça.

Tratando de danos decorrentes de acidentes envolvendo energia atômica, Caio Mário, fazendo menção a René Rodière, previa que “durante séculos o princípio da responsabilidade civil pôde assegurar a dupla função preventiva e corretora: ‘os homens sabiam o que deviam fazer; quando procediam erradamente, tinham que indenizar as suas vítimas”⁹⁹. E concluía a sua exposição prevendo que “existe uma visão factual nova com que o mundo terá de conviver, e sobre ela há de incidir um raciocínio iluminado por sua incidência”¹⁰⁰.

Valendo-nos desse prenúncio do reconhecimento de uma função preventiva é que se conclui que esta se encarrega precisamente daquilo que a clássica função meramente reparatória não logra enfrentar: o caráter *dissuasório* que a responsabilidade civil, por meio do montante fixado a título de indenização, pode e deve desempenhar.

A relevância da discussão sobre o papel preventivo a ser desempenhado pela responsabilidade civil resta clara, sobretudo, quando se considera que os fornecedores não internalizam perdas, então, mesmo eventuais revezes judiciais com indenizações de ilícitos civis são embutidas nos preços dos produtos e de serviços e, em última análise, repassadas aos próprios consumidores, como bem acentua Ronald Coase, quando sustenta acerca da clara noção das consequências econômicas das decisões judiciais dos tribunais que:

In such cases, the courts directly influence economic activity. It would therefore seem desirable that the courts should understand the economic consequences of their decisions and should, insofar as this is possible without creating too much uncertainty about the legal position itself, take these consequences into account when making their decisions. Even when it is possible to change the legal delimitation of rights through market transactions, it is obviously desirable to reduce the need for such transactions and thus reduce the employment of resources in carrying them out.¹⁰¹

⁹⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1993, p. 61-62.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 62.

¹⁰¹ COASE, R. H. **The problem of social cost**. *The Journal of Law and Economics*. v. III, p. 19, oct. 1960. Disponível em: <<http://www2.econ.iastate.edu/classes/tsc220/hallam/Coase.pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2017.

Afinal, mesmo dentro da escola da análise econômica do direito a percepção do que vem a ser *prevenção* não deve ser tomada apenas pelo ponto de vista do empresário-fornecedor, senão, igualmente, pelo prisma do lesado. Richard Posner informa que uma solução que seja eficiente a ambos os envolvidos passa “pelo incentivo de que tanto um como outro tome precauções para que os danos civis não ocorram”¹⁰² – contudo, é difícil imaginar situações nas quais a ocorrência dos danos civis possa ser evitada por precaução a ser tomada pelo consumidor, exceto, claro, pela opção em não consumir.

Outrossim, não passou despercebido a Cooter e Ulen a importância do papel da precaução à prevenção de danos até mesmo para a atividade econômica como um todo – sem, contudo, deixar subjacente uma crítica à postura dos tribunais anglo-saxônicos em relação ao modo como buscam tal precaução, desconsiderando que a internalização dos custos de perdas de ações consumeristas pelo empresariado nunca é levada a cabo, havendo sempre o repasse escamoteado ao consumidor:

When injurers internalize the cost of the harm, they will balance it against the cost of precaution, as required for economic efficiency. Thus, tort law requires injurers to take precaution as if accidental harm to others were their own. Judges may call this ‘a requirement that injurers show equal concern for the harms suffered by others as for themselves’. But this is simply cost internalization under another name.¹⁰³

De todo o modo, a noção de prevenção que aqui se busca trabalhar poderia ser vinculada à ideia de desincentivo da reiteração da postura lesiva. Calca-se no espírito de dissuasão, que deita raízes na chamada *deterrence theory*¹⁰⁴ do direito anglo-saxônico.

¹⁰² POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. 8th ed. New York: Aspen Publishers, 2010, p. 219-220.

¹⁰³ COASE, R. H. **The problem of social cost**. *The Journal of Law and Economics*. v. III, p. 416, oct. 1960. Disponível em:

<<http://www2.econ.iastate.edu/classes/tsc220/hallam/Coase.pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2017.

¹⁰⁴ No auge da guerra fria, quando o mundo se polarizava entre as potências americana e soviética, o tênue equilíbrio de forças deitava raízes na noção de que ambas tinham o poder de destruição total reciprocamente, o que num cenário de guerra nuclear instaurada significaria o fim do mundo. Logo, nesse poder de destruição jazia um poder de dissuadir o adversário de agir de forma danosa, pois a resposta seria igualmente danosa. Essa dissuasão pela noção da consequência da conduta lesiva serviria de inspiração à prevenção que se busca inculcar pelo uso da responsabilidade civil. Steven Shavell leciona: “The theory of deterrence has been concerned primarily with situations in which individuals consider whether to commit a single harmful act. For

Hugo Acciarri reconhece que, dentro do campo que a escola da análise econômica do direito (*Law & Economics*), há o que se denomina de Direito dos Danos (*Accident Law*), sendo aceita a percepção de que o processo civil tem servido há certo tempo como um instrumento para adoção de medidas tendentes à prevenção que se diferenciam estruturalmente da indenização como usualmente conhecida¹⁰⁵.

Acciarri divide a dita ideia de prevenção (*deterrence*) em duas vertentes: a *specific deterrence* (prevenção específica) e a *general deterrence* (prevenção genérica), aludindo à obra “*The Costs of Accidents and Economic Analysis*”, de Guido Calabresi, como a que popularizou a referida terminologia.

A partir da distinção estabelecida por Calabresi e analisada por Acciarri, teríamos que, por *general deterrence* teríamos que:

[...] nesta dimensão da prevenção, o potencial causador do dano enfrenta uma decisão entre um benefício que proporcionará realizar uma atividade de acordo a certas bases (por exemplo, adotando certos níveis de precauções) e o custo que lhe infligirá assumir a indenização de um dano, no caso de este ser produzido.¹⁰⁶

Logo, neste primeiro cenário, decidiria por si se desenvolveria a referida atividade, assim como as eventuais precauções a serem adotadas caso optasse por explorá-la.

Como a *specific deterrence* consistira mais nas ações estatais administrativas e decisões penais preventivas tendentes a subtrair do causador

instance, a person may be deciding whether to discharge a pollutant into a lake. In some contexts, however, a person may be contemplating which of several harmful acts to commit whether to discharge a pollutant into a lake or instead to discharge it onto the ground (where it might cause a different level of harm). In such contexts, the threat of sanctions plays a role in addition to the usual one of deterring individuals from committing harmful acts: it influences which harmful acts undeterred individuals choose to commit. Notably, undeterred individuals will have a reason to commit less rather than more harmful acts if expected sanctions rise with harm”. SHAVELL, Steven. **A note on marginal deterrence**. *International Review of Law and Economics*, 1992, v. 12, issue 3, p. 345-355. Disponível em: <http://law.harvard.edu/faculty/shavell/pdf/12_Inter_Rev_Law_Econ_345.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2016.

¹⁰⁵ ACCIARRI, Hugo A. **Elementos da análise econômica do direito de danos**. Coordenação da edição brasileira Marcia Carla Pereira Ribeiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 63.

¹⁰⁶ ACCIARRI, Hugo A. **Elementos da análise econômica do direito de danos**. Coordenação da edição brasileira Marcia Carla Pereira Ribeiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 64.

do dano a opção pela atividade, parece-nos que a figura da função preventiva da responsabilidade civil estaria mais ligada à figura da *general deterrence*.

Isso porque, em se tratando de grandes fornecedores que litigam com habitualidade, a opção pela exploração do serviço no mercado de consumo já foi feita, e, ao que tudo indica, os incentivos suplantam e muito os eventuais desincentivos, além de vir compensando não adotar maiores precauções, dado que a *specific deterrence* no Brasil é de baixa incidência e a *general deterrence* ainda persiste sendo um “mal menor” a ser arcado para explorar certos setores da atividade econômica¹⁰⁷.

Parece socorrer razão, contudo, a Rosenvald, quando abordando o suposto controle da correção e segurança de setores da atividade econômica prescindiria de influxos oriundos da responsabilidade, leciona que este argumento “não resiste a uma abordagem econômica realista na qual se percebe que danos existenciais e patrimoniais são praticados – em maior ou menor grau – por todos os participantes de um setor, normalmente concentrado nas mãos de poucos agentes econômicos (v.g. aviação, telecomunicações etc.).

Some-se a isso o fato de que as vítimas mantêm contratos cativos de longa duração com fornecedores ou demandam bens essenciais (v.g. educação, energia, assistência médica). Tudo isso depõe a favor da manutenção de práticas empresariais ofensivas aos interesses metaindividuais, sem que existam regras no direito privado capazes de combater a essa dinâmica perversa”¹⁰⁸.

De todo o modo, primeiramente, há que se estabelecer as bases a partir das quais serão assentadas as conclusões mais adiante atingidas. A responsabilidade civil assume quatro funções basilares: a de reação ao ilícito que provoca o dano, com vistas a reparar a vítima, assim como a de restabelecer o lesado ao *status quo ante*, o estado anterior à provocação do dano. Essas duas primeiras funções fincariam raízes na *civil law*.

¹⁰⁷ Posicionamento expendido novamente por Hugo Acciarri sustenta que “não faz sentido pensar em qualquer efeito reeducativo no pagamento de uma indenização e, por isso, não seria correto dizer que quem pagou uma indenização civil esteja incluído na extensão da *specific deterrence* de uma maneira análoga ao que cumpriu uma pena e se reeducou”. Ver: ACCIARRI, Hugo A. **Elementos da análise econômica do direito de danos**. Coordenação da edição brasileira Marcia Carla Pereira Ribeiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 67.

¹⁰⁸ ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 118.

De outra banda, as funções de reafirmação dos poderes sancionatório/punitivo do Estado, bem como a de desestímulo a qualquer indivíduo que almeje por praticar atos tendentes a provocar prejuízos a terceiros¹⁰⁹.

Esse fracionamento mostra que a função preventiva perpassa não apenas uma, porém várias dessas ditas funções, sendo que nenhuma delas pode avocar com exclusividade a nomenclatura de “função preventiva”. Talvez porque o escopo preventivo permeie, mesmo que de modo subjacente, o espírito do instituto da responsabilidade civil, como um signo de repelência à ideia de impunidade.

Se é correto dizer que a função reparatória consubstancia um acréscimo na indenização a título de “prevenção de danos”, em sede da função punitiva (que abordaremos adiante), à pena civil se acresce uma “prevenção de ilícitos”, e, a seu turno, em se tratando da função dita precaucional, o que temos é espécie de “prevenção de riscos”. Como Rosenvald bem leciona:

O sistema de responsabilidade civil não pode manter uma neutralidade perante valores juridicamente relevantes em um dado momento histórico e social (conforme Sconamiglio). Vale dizer, todas as perspectivas de proteção efetiva de direitos merecem destaque, seja pela via material, seja pela via processual, em um sincretismo capaz de realizar um balanceamento de interesses, através da combinação das funções basilares da responsabilidade civil: punição, precaução e compensação.¹¹⁰

Não se pode olvidar, igualmente, que mesmo a função preventiva logra conduzir à dissuasão da conduta lesiva, sendo relevante norteador quando se trata de responsabilidade civil. Há autêntica relação de progressividade direta que o aumento da indenização desempenha fator de moderação na conduta do lesante, por via da dita *deterrence*.¹¹¹

¹⁰⁹ Ibid., p. 16.

¹¹⁰ ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil**: a reparação e a pena civil. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 17.

¹¹¹ COUTO E SILVA, Clovis. **Principes fondamentaux de la responsabilité civile en droit brésilien et comparé**. Cours fait à la Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Saint Maur (Paris XII). Porto Alegre: UFRGS, 1988, p. 56.

Novamente Rosenvald trabalha, então, a ideia de *sanção preventiva*, modalidade de sanção (técnica de controle social e de medida estabelecida pelo sistema para reforçar a observância das normas).

Desta forma, a ideia é intervir ou moderar a conduta do potencial lesante antes que o ilícito seja praticado; mesmo antes da conduta demeritória do ofensor, preestabelece-se uma consequência jurídica ao comportamento negativo exemplar¹¹², como que emanando um alerta aos agentes econômicos potencialmente ofensores de que certo padrão de conduta não será tolerado pelo ordenamento, prevenindo-se não aos danos, mas aos comportamentos lesivos *a priori*.

Tal ideia, ao menos em tese, parece atender a necessidade de repressão à violação massiva dos direitos dos consumidores, especialmente (mas não apenas) em se tratando de danos extrapatrimoniais perpetrados em escala. Todavia, o Judiciário e até mesmo parcela significativa da doutrina brasileira parecem repelir esse ideário, atendo-se aos perfis clássicos dos institutos privatistas.

Válido aludir, igualmente, ao que sustenta Bernd Kern, quando diz que:

“(...) Devem ser avaliadas e somadas as funções de compensação e de satisfação, mas nunca como se fossem parcelas independentes. Ao contrário, trata-se "de duas maneiras de atuar da mesma pretensão, não necessariamente em seus pormenores, e que se completam reciprocamente dentro de uma delimitação. Num exame conjunto, elas fluem sob a óptica da equidade.”¹¹³

1.2.3. Função Punitiva

A mera ideia de institutos com caracteres punitivos dentro do direito privado é objeto de resistência não apenas na doutrina, como também na jurisprudência brasileira. Bruno Miragem menciona o exemplo das *astreintes*¹¹⁴, multas por descumprimento de decisões judiciais que, em regra, são reduzidas pelos tribunais, sendo que tal recebe críticas mormente por ser tomada pela

¹¹² ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 129-132.

¹¹³ KERN, Bernd-Rüdiger. **A função de satisfação na indenização do dano pessoal Um elemento penal na satisfação do dano?** *Revista de Direito do Consumidor*, v. 33. São Paulo: RT, jan. – mar. 2000, pp. 9 - 32. p. 10.

¹¹⁴ MIRAGEM, Bruno. **Direito Civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 390.

função punitiva da indenização, quando, em verdade, a função das *astreintes* é reforçar a autoridade da decisão judicial, como alude Miragem.

A abordagem da função punitiva que a responsabilidade civil pode desempenhar, como se vê, sempre foi estigmatizada por dogmas, bem como por uma carga considerável de associações indevidas que tergiversam da essência de tal função.

Contudo, Caio Mário da Silva Pereira faz advertência à necessária faceta de punição na responsabilidade civil quando menciona:

Tendo em vista a reparação, a responsabilidade civil oferece um plus adicionado à reparação. Esta pressupõe a existência de um dano. Mas o dano permanece no plano abstrato se o direito positivo não identificar o sujeito a quem é atribuível. O sociólogo pode contentar-se com a configuração filosófica da responsabilidade. O jurista tem o dever de ir mais longe. Sente a necessidade de identificar o autor do dano, e oferecer ao ofendido a satisfação que, além de afirmar a existência da lesão, impõe sanções ao causador dela. E concretiza essas sanções.¹¹⁵

São frequentes as equiparações à figura dos *punitive damages*¹¹⁶, seguindo-se uma torrente de argumentos em sentido contrário, marcados por demasiado apego a parâmetros de um privatismo típico do começo do século XX, pertencentes a outro tempo e realidade, em descompasso com os desígnios crescentemente dinâmicos da vida contemporânea.

A principal linha de raciocínio dos críticos é de que a responsabilidade civil se cinge somente aos limites do direito privado, mormente da visão clássica do dito direito civil, esgotando sua razão de ser na função reparadora.

Deve-se divisar que os adeptos da visão clássica do direito civil assentam sua percepção com base nas premissas de que há uma *summa divisio* entre o direito público e o direito privado; de que há predominância de normas dispositivas e de conteúdo patrimonial; de que a liberdade contratual seria virtualmente irrestrita no âmbito da autonomia privada e, por fim, de que predominam as relações jurídicas paritárias no direito privado.

¹¹⁵ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade civil**. 3.ed. Forense: Rio de Janeiro, 1993, p. 17.

¹¹⁶ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva. **Revista do Centro de Estudos Judiciários**. Brasília, n. 28, p. 17-19, mar. 2005.

Como se pode concluir, tratam-se de premissas em contundente descompasso com a realidade atual, sobretudo considerando os princípios norteadores da Constituição Federal que irradiam seus efeitos por todo o ordenamento jurídico, assim como o necessário e imprescindível diálogo entre as fontes normativas que conduz à exegese mais consentânea dos diversos diplomas cuja aplicação é convergente¹¹⁷.

Dentro dos domínios deste direito civil clássico é assentado que a responsabilidade deriva do Código Civil que delineia como elementos objetivos a conduta, o nexa de causalidade e o resultado. Os danos indenizáveis seriam, num primeiro momento histórico, apenas os de ordem patrimonial (material) e num segundo momento, e após intenso debate doutrinário¹¹⁸ e jurisprudencial, extrapatrimoniais (ou morais).

O poder de punir (*ius puniendi*), seria exclusivo do poder público (o Estado), não encontrando espaço na esfera privada. Associam, indevidamente, um caractere ou função punitiva (uma das tantas que a responsabilidade pode desempenhar) com a punição que o Estado impõe aos infratores, estes, enquadrados em condutas prescritas no Código Penal. Trata-se de crítica que não se sustenta, como demonstraremos.

Ocorre que, se num primeiro momento a responsabilidade centrava a vítima, buscando sua reparação, um lenitivo pelo dano experimentado, o passar do tempo deixou claro que essa abordagem não evitava ou desestimulava a repetição dos danos.

O infrator não estava na alça de mira do Direito. Mais: o estabelecimento do processo e de toda a dificuldade no acesso ao Judiciário e ao exercício do direito de ação garantiam a impunidade de muitos dos ofensores, que em verdade, sentiam-se encorajados a reprisar suas condutas delitivas.

Quando a doutrina mudou o foco do infrator para a vítima, buscando compreender e reprimir a conduta lesiva e os danos que dela derivam, além de superar os tradicionais filtros da culpa e do nexa causal¹¹⁹, deu-se uma mudança

¹¹⁷ Acerca da *Teoria do Diálogo das Fontes*, ver, por todos: MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

¹¹⁸ MIRAGEM, Bruno. **Direito Civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 172-173.

¹¹⁹ SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. In: ARRUDA ALVIM, Angélica (coord). **Atualidades de Direito Civil**. Volume II - Estudos Sobre a Responsabilidade Civil. Curitiba: Juruá, 2007, p. 294.

no movimento do pêndulo do instituto, afinal, parece mais racional que se busque coibir de antemão a ocorrência do dano do que se tentar remediar o lesado após a concretização da lesão, o que nem sempre é possível.

Contudo, o enfoque tradicionalmente dado à matéria, sobremaneira atrelado às já mencionadas premissas privatistas do final do Século XIX e do alvorecer do Século XX sobrevive, mormente naqueles que sustentam a necessidade de se evitar uma (alegada) indústria do dano moral, valendo-se de tal argumento para justificar a limitação do uso das funções da responsabilidade civil.

O que se pode afirmar é a existência de consenso quanto à existência da função punitiva, dado o elemento dissuasório que pode ser desempenhado pela responsabilidade civil¹²⁰.

Aliás, Bruno Miragem se encarrega de promover uma necessária diferenciação entre a função punitiva e os *punitive damages* quando destaca que estes podem ser acessórios à pena principal, espécie de parcela adicional a ser acrescida ao valor devido, sendo que as críticas se resumiriam a quatro pontos: a) ofensa ao art. 944 do Código Civil (que limita a indenização à extensão do dano); b) possibilidade de fixação de valores excessivamente elevados de indenização a partir do arbitramento judicial, vulnerando a previsibilidade das sanções; c) incentivo a demandas sobre danos extrapatrimoniais em casos em que não se discute direitos de personalidade; e d) confusão entre as funções precípuas do direito civil – a reparação e a compensação – e do direito penal – punir e e) violação ao princípio da legalidade¹²¹.

No presente trabalho, algumas destas críticas foram objeto de enfrentamento e outras o ainda serão.

O elemento punitivo é tão somente um dos elementos que o juiz, a partir de arcabouço que lhe faculta larga margem de cognição fundamentada, pode se valer para majorar a indenização. A extensão que tal elemento pode vir a assumir na fixação da responsabilidade e na determinação do *quantum* indenizatório é que ainda é campo de franca dissensão doutrinária, dada a ausência de critério legal objetivo, como seguiremos abordando.

¹²⁰ MIRAGEM, Bruno. **Direito Civil**: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 380-382.

¹²¹ *Ibid.*, p. 392-393.

O multicitado Bruno Miragem diferencia a função punitiva da dissuasória aludindo que esta mira o futuro, para evitar a reiteração dos danos, ao passo que aquela se ocupa do passado, punindo o infrator pelo dano causado¹²². Desta sorte, a função dissuasória seria, em verdade, a função reparatória. Contudo, pensamos que uma dosimetria precisa do caractere punitivo podendo, igualmente, mesmo não sendo esta sua função precípua, dissuadir a reiteração de condutas lesivas por parte dos fornecedores.

1.3. A NECESSÁRIA RELEITURA DAS FUNÇÕES PREVENTIVA E PUNITIVA DA INDENIZAÇÃO.

O papel da academia é servir de espaço para estudo e discussão, com vistas ao debate e ao aprimoramento dos institutos, não apenas servir de lugar no qual os conhecimentos são repassados *ipsis litteris*; certo é que a gênese, a funcionalidade dos institutos importa, mas na academia as possibilidades de novas abordagens qualificadas, transformando-se em verdadeiro *thinktank*, é capaz de trazer à luz o enfoque de velhos institutos sob novos prismas.

A ideia não é a do abandono de um conceito vetusto e sedimentado: ao revés, busca-se dar ao mesmo conceito, a partir da atividade interpretativa e analítica, de hermenêutica, novas perspectivas, capazes de corrigir o prumo de elementos que, bem articulados, seriam capazes de trazer mais Justiça à vida dos cidadãos e às relações travadas no âmbito da autonomia privada.

Tal ilação ganha ainda mais força no vácuo das instituições públicas, inoperantes, incapazes de salvaguardar a contento os interesses dos consumidores enquanto coletividade.

No mercado de consumo brasileiro, o vácuo de atuação deixado pelo ineficaz modelo regulatório das agências reguladoras impõe dos operadores do direito uma postura menos ortodoxa quanto à aplicação dos comandos de responsabilidade civil, sob pena de que apenas os consumidores mais esclarecidos e de maior poder aquisitivo sejam capazes de reverter, excepcional e pontualmente, as condutas lesivas em escala que parecem ser assíduas por parte dos grandes fornecedores.

¹²² MIRAGEM, Bruno. **Direito Civil**: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 394.

Conforme aponta com precisão Eduardo Ulian em sua tese de doutoramento, a ausência de um reconhecimento expresso pelo ordenamento jurídica e pelos operadores do direito da possibilidade de reconhecimento de funções preventivas e punitivas à responsabilidade civil de modo mais aprofundado implica quatro consequências, quais sejam: “a) uma falta de eficiência à reparação de danos morais em suas funções retributiva e dissuasória, pela necessidade de equilibrar os fatores punitivos e compensatórios no mesmo quantum condenatório; b) um favorecimento à imposição de valores economicamente injustos; c) uma facilitação do arbítrio na atividade jurisdicional e d) uma extensão indevida do mecanismo próprio à tutela dos direitos da personalidade para a tutela de direitos não-monetizáveis que não se enquadrem sob essa categoria”¹²³.

O Judiciário brasileiro ainda não logrou obter um ponto de equilíbrio no processamento das demandas repetitivas em matéria de consumo. Ainda se verifica uma injustificada resistência à aplicação do Código de Defesa do Consumidor e de todo o seu arcabouço protetivo, como se a aplicação dialógica de ambos os diplomas (Código Civil e CDC) fosse impossível.

Bruno Miragem menciona que a responsabilidade civil em matéria de consumo segue uma tendência de socialização de riscos tipicamente reconduzível à imputação de responsabilidade objetiva, isto é, desimporta a presença ou aferição de elementos ligados à culpa (imperícia, imprudência ou negligência no agir do lesante) bastando, neste sentido, a mera conduta de colocação do produto ou serviço defeituoso no mercado de consumo (ou mesmo a participação na cadeia de fornecimento) para que, ocorrendo danos e havendo nexo de causalidade (“relação lógica de causa e efeito”) entre tais resultados e a conduta, configure-se a responsabilização civil pelos eventos danosos¹²⁴.

O autor refere, igualmente, ao desprezo a qualquer espécie de tarifamento ou limitação do *quantum* indenizatório, tendo em vista a efetiva reparação de danos imposta pelo CDC¹²⁵.

¹²³ ULIAN, Eduardo. **Responsabilidade civil punitiva**. São Paulo: USP, 2003, 121 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003, p. 96.

¹²⁴ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 5 ed. ver. Atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 533.

¹²⁵ Idem. Pp. 629.

Como adverte Ricardo Lorenzetti, o que se tem é, diante de uma nova seara de danos, reclama-se a adoção dessas novas funções para a indenização, considerando a tutela integral da pessoa humana¹²⁶.

É lapidar a colocação de Bruno Miragem quando diz que:

Em paralelo à consideração sobre as limitações e a incapacidade da função reparatória abranger todo o sentido e finalidade da indenização, a identificação de novos danos, cuja repercussão não se percebe com gravidade em nível individual, mas cuja projeção, por repetições em indefinidas vezes gera sensível prejuízo a grupos ou espaços supraindividuais como a comunidade, o mercado, os consumidores, dentre outros, dá causa à necessidade de readequar a possibilidade de indenização também a estes danos¹²⁷.

Enfim, parece inquestionável a existência de tais funções, sendo que a sua efetiva aplicação, mesmo que ainda pontual, demonstra que há julgadores abertos e aptos a compreender o fenômeno da responsabilidade civil na seara consumerista como mais amplo e com maiores nuances do que aquelas que a seara civilista comporta, ao reduzir a responsabilidade meramente à função reparatória.

É amplo o campo a ser prospectado, e acima das ideias de certo e errado, há a realidade dos danos de massa, a desafiar os aplicadores do direito ao encontro em um campo neutro de reconhecimento dessa inegável realidade e de enfrentamento de suas nefastas consequências.

¹²⁶ LORENZETTI, Ricardo. **Fundamentos de direito privado**. São Paulo: RT, 1998. p. 145.

¹²⁷ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 5 ed. ver. Atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 631.

PARTE II – INEFICÁCIA DAS SANÇÕES A LESÕES REITERADAS A CONSUMIDORES E A NECESSÁRIA RELEITURA DAS FUNÇÕES DA INDENIZAÇÃO.

2.1. A REPERCUSSÃO EXCLUSIVAMENTE ECONÔMICA DO ILÍCITO PARA FORNECEDORES LITIGANTES HABITUAIS E A INEFICÁCIA DO MODELO DE TUTELA INDIVIDUAL DE REPARAÇÃO DE DANOS

A defesa dos interesses dos consumidores pode ser operada por duplo viés: de um lado, pelo direito do consumidor propriamente dito, com seu vasto arcabouço de normas protetivas que promove a tutela dos direitos do consumidor nas esferas administrativa e judicial, penal e cível, preventiva e repressivamente; de outro, pelo prisma do direito concorrencial, seara na qual se protege o direito dos consumidores de modo reflexo, por meio da proteção da *ordem econômica e financeira*, consagrada constitucionalmente, e pela proteção da *livre*

concorrência, viabilizando que os agentes do mercado de consumo, mediante campo de atuação de liberdade regrada, compitam entre si, e que dessa saudável e almejada competição emergjam produtos e serviços melhores e a preços mais competitivos para os consumidores. Todavia, essa situação ideal é distante do que se verifica na realidade.

Em um cenário mercadológico como o brasileiro, no qual predomina a impressão da ineficiência das agências reguladoras dos setores outrora explorados exclusivamente pelo Poder Público, não existe incentivo à adesão, por parte dos fornecedores, a padrões de conduta virtuosos e pautados pela competição que privilegie os interesses dos consumidores; uma análise mesmo que perfunctória dos setores dos chamados 'ex-serviços públicos'¹²⁸ – mas não apenas nestes, diga-se – demonstra a concentração do mercado em alguns poucos agentes (em regra, menos de dez grandes conglomerados ou empresas) que atuam de modo quase cartelizado, no sentido de não haver considerável diferença em relação aos preços que praticam e à qualidade dos produtos e serviços que comercializam.

O não exercício de concorrência efetiva entre os fornecedores conduz à mera gestão dos setores de atividade entre os agentes já consolidados, virtualmente inviabilizando a chegada de novos competidores. Isso leva à manutenção dos padrões de preço e de qualidade dos serviços praticados que, em regra, não se modificam de modo substancial a ensejar cenário interessante para o consumidor. Ademais, no aspecto menos favorável, cria-se um ambiente propício à perpetuação da reiteração das lesões impingidas, em escala, aos consumidores.

É de se ressaltar, também, que uma atuação estatal pouco convincente, tanto administrativa, quanto judicialmente falando, contribui para a degeneração do cenário dos danos de massa aos consumidores.

A repercussão administrativa advém da conduta leniente da ANS na área da saúde suplementar e da ANATEL na da telefonia, *v.g.*, cujo déficit na atividade de fiscalização constitui depoimento veemente acerca da atrofia da função fiscalizatória. De outra banda, a repercussão judicial decorre na manutenção de

¹²⁸ MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O Novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2ª. Ed, Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 156-157.

uma postura excessivamente atrelada a interpretações restritivas por parte dos tribunais, que recalçam em adotar comportamentos que condenem e reprimam a reincidência dos litigantes habituais.

O reflexo de tais comportamentos do poder público nas esferas administrativa e judicial é a postura dos fornecedores litigantes habituais, o que se pode concluir que configura, no lado mais obscuro do espectro, aquilo que, em seara penal, é qualificado como *willful blindness*¹²⁹ ou ‘cegueira deliberada’, situação na qual o agente infrator, ciente dos desmandos que pratica no mercado, opta por desconhecê-los de modo premeditado, simulando ignorá-los.

Essa opção voluntária e deliberada reflete desígnios desconhecidos, porém deduzíveis e é exatamente essa imponderabilidade acerca do motor de tais ilícitos que conduz a cogitar-se se não seria o caso de exercício da vetusta prática do *lobby* por parte de tais empresas.

A cegueira deliberada poderia ser atribuída, numa vertente e à guisa de exemplo, no ramo da telefonia móvel, aos setores da empresa responsáveis pela parte comercial que, no afã de bater metas de gestão, “cegam-se” ou fazem “vistas grossas” a massivas contratações simuladas de serviços não solicitados e de valor em regra baixo, a ponto de não serem percebidos pelo consumidor que, ignorando tais cobranças, (e, às vezes, não dispondo de conhecimento o bastante para identificá-las) acaba por internalizar as perdas sem sequer saber.

A hierarquia organizacional bem estruturada e as organizações que primem pelo governo das empresas¹³⁰ (ou a chamada ‘governança corporativa’), assim como ao *compliance*, são prováveis caminhos para, se não sanar por completo tais vicissitudes, amenizá-las dentro do parâmetro do possível.

¹²⁹ Igualmente conhecida como *Ostrich Instruction*, (“instrução da avestruz”, em tradução livre), a teoria remete ao ato daquele animal, consistente em esconder a cabeça em situações de risco. A origem da teoria remete aos tribunais ingleses, especialmente o caso Regina V. Sleep, em que o júri condenou o réu por estar de posse de produtos navais marcados com símbolo que deixava indiscutível a propriedade do governo. O júri entendeu que o acusado não possuía conhecimento da representação da marca; porém, dispunha de “meios razoáveis” de obter tal conhecimento. Malgrado tal decisão tenha sido objeto de reforma, este julgamento deu início ao uso da teoria em cortes do sistema *Common Law*. Ver: IRA P. ROBBINS. **The Ostrich Instruction**: deliberate ignorance as a criminal mens rea, 81 J. CRIM. L. & Criminology, n. 191, p. 196, 1990. Disponível em:

<<http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6659&context=jclc>>
. Acesso em: 14 nov. 2016.

¹³⁰ WALD, Arnaldo. O Governo das Empresas. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, n. 15, p. 53-78, 2002.

Setores cruciais do mercado de consumo como o das operadoras de planos de assistência à saúde (matéria de natureza securitária, malgrado compreendamos que não deva se sujeitar integralmente às disposições do direito dos seguros, dada a relevância e o caráter de direito fundamental do objeto da prestação – o direito à saúde e à vida do consumidor, *in casu*¹³¹) abrem margem ao exercício de cogitação acerca do êxito do exercício da vetusta prática de *lobby*, reverberando e influenciando diretamente a tomada de decisões pelos Tribunais¹³².

O repúdio de certa corrente civilista aos valores oriundos do direito do consumidor logra que ainda haja julgadores que se atenham ferrenhamente ao princípio da força vinculativa dos contratos (*pacta sunt servanda*) sem considerar o aporte pós-moderno oriundo do direito do consumidor, mormente aquela da *teoria do diálogo das fontes*, assim como a necessária aplicação concatenada de normas (CF, CC, CDC, Lei 9.656/98 e Estatuto do Idoso) para fins de obtenção da norma que melhor salvaguarde os direitos da parte vulnerável na relação de consumo sob análise¹³³.

Em suma: considerando-se tais práxis adotadas pelos fornecedores de serviços do tráfego de massa (nomeadamente setores como a atividade bancária, securitária, a da telefonia e a da saúde suplementar), difícil vislumbrar que apenas uma função reparatória da responsabilidade civil seja apta a reverter um quadro que, como se disse, é sistêmico.

Neste cenário, apenas um fator exógeno, externo, poderia, ao menos em tese, ter o condão de romper com a lógica assentada pelas condições criadas

¹³¹ Ver, por todos: GREGORI, Maria Stella. **Planos de saúde**. A ótica da proteção do consumidor. 3 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

¹³² Em se tratando da área da saúde suplementar, o ano de 2016 foi um divisor de águas em termos de consolidação de uma jurisprudência que não privilegiou os interesses dos consumidores. Seja em decisões monocrática ou colegiadas, e até mesmo em sede da sistemática dos “precedentes” – em julgamento de Recursos Especiais repetitivos, por exemplo, firmou-se entendimentos como o que reconheceu a licitude dos reajustes por faixa etária nas mensalidades dos planos de saúde, ignorando que muitos desses ajustes (os mais vultosos, diga-se) operam-se a partir do 59 anos de idade, quando os beneficiários estão atingindo a terceira idade, em afronta reflexa ou direta ao Estatuto do Idoso, à letra da Lei 9.656/98 e à disposições do Código de Defesa do Consumidor, todos esses diplomas interpretados, como preleciona a *Teoria do Diálogo das Fontes*, à luz dos preceitos constitucionais. Vide o tema 610 das teses firmadas em Recurso Repetitivo no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

¹³³ MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2ª. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 150-163. Ver, igualmente: MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. 2ª. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1995, p. 39-66.

pelo poder público (computando-se aqui, até mesmo a postura dos tribunais, atrelada historicamente ao contratualismo vigente no Código Civil de 1916).

Tal ruptura, salutar (sobretudo se considerarmos que o que predomina até o momento são as condições propícias apenas à manutenção das violações aos direitos do consumidor, em escala, postura com a qual sociedades desenvolvidas não podem se coadunar) inclusive para a proteção e para a promoção da ordem econômico-financeira, poderia vir na forma da adoção mais aprofundada da função preventiva da responsabilidade civil¹³⁴. Não basta à ordem econômica ser livre; tem de atender a um dever de cuidado em seu exercício e ser, igualmente, ética e virtuosa.

Por fim, uma palavra deve ser dita sobre o sistema estabelecido para concretização da Política Nacional das Relações de Consumo¹³⁵ (PNRC), conforme posta no art. 4º do CDC.

Até porque a realidade dos danos em massa é sentida de maneira intensa, não apenas pelo consumidor, vítima direta e imediata desse tipo de lesão, mas igualmente por vários dos atores do chamado Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC).

Como é sabido, o SNDC é a reunião que consiste no conjunto de entidades administrativas, de caráter público ou privado, encarregadas de realizar a proteção do consumidor, nos termos indicados no Código de Defesa do Consumidor (CDC). A coordenação do dito sistema fica a cargo do

¹³⁴ Conforme preleciona Nelson Rosenthal: “A proteção de direitos fundamentais requer a civilização dos agentes econômicos, de forma a que o mercado possa atender a uma ordem econômica não apenas livre, como igualmente virtuosa: atenta aos deveres de cuidado e de ética no exercício de suas funções”. ROSENTHAL, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 135-141.

¹³⁵ A PNRC encontra previsão expressa no art. 4º do CDC, com especial destaque, considerando a temática do presente trabalho, aos incisos IV a VI – sobretudo este último, in verbis:

“Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo;

V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo;

VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores”. BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 12 set. 1990.

Departamento Nacional de Defesa do Consumidor (DNDC), organismo de coordenação do SNDC que integra a Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE), que a seu turno é vinculada ao Ministério da Justiça.

A previsão normativa do SNDC consta dos artigos 105 e seguintes do CDC. Trata-se da defesa administrativa do consumidor, mais uma das tutelas prestadas ao vulnerável pela lei, ao lado das tutelas civil, penal, processual, etc. Trata-se de uma rede de proteção ao consumidor consideravelmente ampla, dado que todo e qualquer órgão que se vincule de modo direto ou indireto à defesa do consumidor naturalmente integra ao SNDC. Ademais, tal atuação, no caso daqueles órgãos públicos vinculados à Administração, em geral se manifesta nas atribuições do referido órgão que podem ser tanto ligadas à formulação de políticas públicas de proteção ao consumidor (a exemplo dos Conselhos Estaduais de Defesa do Consumidor, gerindo fundos públicos que são financiados em parte pelo produto de condenações judiciais), quanto a regulação e fiscalização do mercado de consumo e setores que o compõem (sob o aspecto que a defesa da concorrência enseja, mesmo que de modo mediato, a defesa dos interesses dos consumidores)¹³⁶.

Mas seja na realidade cotidiana dos PROCONS (nestes, sobretudo, mas não apenas neles), seja no caso das Promotorias de Defesa do Consumidor, nas Defensorias Públicas, etc., o que se verifica é que todos, cada um à sua maneira, veem-se reiteradamente tendo suas atenções como que monopolizadas pelos danos reiterados e repetitivos aos direitos do consumidor, predominantemente por danos causados por grandes fornecedores, sejam eles operadoras de telefonia, de planos de assistência à saúde, sejam de bancos ou de seguradoras.

A composição do SNDC, como bem refere Bruno Miragem, se dá por “órgãos que tenham a finalidade específica a defesa do consumidor, mas nada impede que assim se considere aqueles que tenham entre suas varrias atribuições a defesa do consumidor. Neste sentido, refira-se que embora tenham inclusive capacidade postulatória e legitimação ativa para interposição de ações coletivas, por força do art. 82 do CDC, poderão ou não ter personalidade jurídica

¹³⁶ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V; Miragem, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 1764.

própria, e com isso legitimidade passiva para ações que tenham por objeto questionar sua atuação”¹³⁷.

Pode-se mesmo dizer que a atuação em âmbito administrativo até logra em desempenhar uma função minimante preventiva, à medida em que, de uma forma ou de outra, é dado andamento à reclamação deduzida nesta esfera. Contudo, seja por falta de informação ou por uma escolha voluntária e consciente do consumidor, essas vias acabam recebendo não mais do que parte dos lesados, que veem nelas o meio para desfazer a injustiça do caso.

A vantagem para os grandes fornecedores, litigantes habituais, é poder estender a discussão extrajudicial, tornando o processamento das reclamações moroso e cansativo ao consumidor (*desvio produtivo*¹³⁸) ou entregar, ao final do processamento, tão somente aquilo que originalmente deveriam ter feito.

Esses resultados podem desencadear, na somatória final dos fatores, as seguintes consequências: no primeiro caso, um desincentivo ao consumidor buscar seus direitos, por uma análise de custo-benefício que resta sobremaneira desfavorável; no segundo, o consumidor até consegue a reparação do dano, mas à custa de muito empenho de tempo e de outros recursos escassos, para que, ao final, o lesante repare o mal causado na exata medida concreta, sem haver, na situação, nenhum tipo de ingerência do poder público no sentido de desincentivar ou dissuadir a postura do lesante, o que, pela máxima da experiência¹³⁹, demonstra não haver o incentivo a não mais infringir os direitos do consumidor.

A discussão fora da esfera judicial, como se vê, é árdua, e nela sabidamente não conta o consumidor com o arcabouço de medidas protetivas conferidas pelo CDC em se tratando de uma situação submetida à apreciação do Judiciário.

¹³⁷ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 5. Ed, rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 744.

¹³⁸ Sobre o tema, ver, por todos: DESSAUNE, Marcos. **Desvio Produtivo do Consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

¹³⁹ Por máximas da experiência teríamos '*definições ou juízos hipotéticos de conteúdo geral, desligados dos fatos concretos, que são julgados no processo, procedentes da experiência e independentemente dos casos particulares de cuja observação tenham esses juízos sido deuzidos*'. Cf.: STEIN, Friedrich. **El conocimiento del juez**. 2a. Ed. Santafé de Bogotá: Temis, 1999. p. 27.

O que parece ser, acima de dúvidas, é que mesmo fora do universo das demandas individuais, as figuras integrantes do SNDC também poderiam se valer (como tantos casos de ações coletivas demonstram) das ferramentas *punitivas*¹⁴⁰ e, acima de tudo, *preventivas*, oriundas da responsabilidade civil, no combate aos danos reiterados derivados das relações de consumo. Defensorias Públicas, Ministérios Públicos e associações civis país afora já lograram êxito em obter sucesso, junto ao Judiciário, em ações nas quais o provimento jurisdicional condenou os fornecedores de modo expresso com base na dissuasão à reiteração dos danos provocados.

2.2. A EQUIVOCADA EQUIPARAÇÃO DA FUNÇÃO PUNITIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL À FIGURA DOS *PUNITIVE DAMAGES* E AS SUAS CONSEQUÊNCIAS

No direito norte-americano, a disciplina dos *punitive damages* encontra tratamento no âmbito da *tort law*¹⁴¹, seara na qual é abordada a questão da responsabilidade civil nos EUA (cujo sistema judicial é calcado de modo basilar nos precedentes).

¹⁴⁰ Vide, neste sentido, o art. 5º do Decreto 2.181/97, instrumento responsável pela organização do SNDC: “Art. 5º. Qualquer entidade ou órgão da Administração Pública, federal, estadual e municipal, destinado à defesa dos interesses e direitos do consumidor, tem, no âmbito de suas respectivas competências, atribuição para apurar e punir infrações a este Decreto e à legislação das relações de consumo.

Parágrafo único. Se instaurado mais de um processo administrativo por pessoas jurídicas de direito público distintas, para apuração de infração decorrente de um mesmo fato imputado ao mesmo fornecedor, eventual conflito de competência será dirimido pela Secretaria Nacional do Consumidor, que poderá ouvir a Comissão Nacional Permanente de Defesa do Consumidor - CNPDC, levando sempre em consideração a competência federativa para legislar sobre a respectiva atividade econômica”. BRASIL. Decreto nº 2.181, de 20 de março de 1997. Dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC, estabelece as normas gerais de aplicação das sanções administrativas previstas na Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, revoga o Decreto nº 861, de 9 julho de 1993, e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 21 mar. 1997.

¹⁴¹ *Tort*, na lição do Black’s Law Dictionary, seria “*A civil wrong for which a remedy may be obtained, usually in the form of damages*”. Ver: BLACK, Henry Campbell et. al. **Black’s Law Dictionary**. 6 Ed. Saint Paul: West, 1990, p. 1.496.

No direito norte-americano há claro viés de perseguir, não apenas reparar ou compensar o dano ocorrido, mas também prevenir danos futuros¹⁴². Estamos diante de, então, da figura dos *punitive* ou *exemplary damages*, cujo intuito é inculcar no ofensor a ideia de que o cometimento do ilícito não compensa. Os *punitive damages* constituem soma variável, estabelecida em separado dos *compensatory damages* (a tradicional indenização compensatória), quando o dano decorre de comportamento ilícito marcado por grave negligência, opressão ou malícia. Contudo, não basta a conduta do agente ser dotada de culpa: a elevada reprovabilidade da mesma é *conditio sine qua non* para a imposição dos *punitive damages*.¹⁴³

Nos Estados Unidos, os *punitive damages* não se limitam a hipóteses de dano moral, já que o motor do instituto é punir o ofensor, estabelecendo sanção que lhe sirva de exemplo a fim de que não reincida na conduta lesiva, além de dissuadir (*deter*) terceiros de adotar condutas similares, como um imperativo de desincentivo geral.

Os montantes fixados a título de *punitive damages* na América do Norte têm sido objeto de grande controvérsia entre partidários e opositores¹⁴⁴ da chamada *tort reform*¹⁴⁵.

Naquele país, é a figura do júri que toma decisões acerca da fixação dos montantes dessas condenações, o que os críticos alegam fragilizar a idoneidade e a imparcialidade das decisões, bem como a aptidão técnica de ser proferida objetivamente uma “decisão justa”. Andrade cita critérios como o de Estados como o Alabama (que limitou valores de *punitive damages* ao triplo dos

¹⁴² E aqui faz-se necessária alusão à *deterrence theory*, teoria da intimidação ou dissuasão, datada do período da Guerra Fria, segundo a qual “*deterrence is a strategy intended to dissuade na adversary from taking an action not yet started, or to prevent them from doing something that another state desires*”. (Ver BRODIE, Bernard. “**The Anatomy of Deterrence**” as found in **Strategy in the Missile Age**. Princeton: Princeton University Press, 1959, p. 264–304). Ainda sobre o tema: “*A court can properly find wilful blindness only where it can almost be said that the defendant actually knew. He suspected the fact; he realized its probability; but he refrained from obtaining the final confirmation because he wanted in the event to be able to deny knowledge. This, and this alone, is wilful blindness*”. Conforme WILLIAMS, Glanville. **Criminal Law: The General Part**. 2 ed. Stevens Publication: London, 1961. § 57, p. 159.

¹⁴³ ANDRADE, André Gustavo Corrêa. Indenização Punitiva. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 9, p. 109, 2006.

¹⁴⁴ CHRISTIE, George C.; MEEKS, James E.; PRYOR, Ellen S.; SANDERS, Joseph. **Cases and materials on the law of torts**. 3 ed. St. Paul West Publishing Co., 1997, p. nota 10. GARNER, Bryan A. Common law. In: **Black’s law dictionary**. 7. Ed. St. Paul: West Group, 1999.

¹⁴⁵ *Tort Reform* seria, em apertada síntese, o conjunto de mudanças propostas no sistema de Justiça civil que visam a redução da capacidade das vítimas ingressarem com demandas pedindo indenização de danos ou a redução dos montantes indenizatórios que elas poderiam receber.

compensatory damages ou US\$ 500.000,00, o que for maior) ou como New Jersey, para fins exemplificativos.¹⁴⁶

A partir da jurisprudência norte-americana na matéria de *punitive damages*, os principais fatores que são analisados no processo de imposição e de quantificação desses danos seriam a existência de nexos causal entre o chamado “dano punitivo” e o prejuízo experimentado pela vítima, o grau de culpa do agente causador do dano, a existência de práticas anteriores semelhantes, a lucratividade da atividade desenvolvida, o montante dos custos processuais e a situação financeira do violador destes direitos, dentre outros fatores¹⁴⁷.

Tal raciocínio é dotado de certa dose de sentido, sobretudo se cogitarmos depoimentos como o de Charles Keckler, professor titular da Faculdade de Direito da George Mason University¹⁴⁸. Abordando a “economia política” que permeia as ações coletivas nos EUA – a maior jurisdição no direito consuetudinário – Keckler dissecou um sistema que se tornou, em suas palavras, vulnerável a manipulações e que parece burilado para, lá sim, ensejar o surgimento de uma indústria de indenizações.

Nas ações coletivas, pela sistemática norte-americana, verifica-se marcadamente uma assimetria entre as partes (uma coletividade de indivíduos representada de um lado, em contraposição, em regra, a grandes corporações do outro), situação essas que, segundo Keckler, ensejam a ruptura da paridade entre autor e réu, aristotelicamente primando-se pela igualdade material (tratamento desigual aos desiguais) em detrimento da igualdade formal (tratamento igual aos iguais).

Contudo, esse tratamento desigual poderia degenerar em um tratamento “excessivamente desigual”, provocando o efeito oposto ao esperado: a injustiça de “tratar igualmente coisas desiguais”.¹⁴⁹

¹⁴⁶ ANDRADE, André Gustavo Corrêa. Indenização Punitiva. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 9, p. 109, 2006.

¹⁴⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 232.

¹⁴⁸ KECKLER, Charles. Ações Coletivas em Relações de Consumo. In: **Seminário Internacional de Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Editora Justiça e Cidadania, 2004, p. 71.

¹⁴⁹ “A lei processual acha isso muito difícil porque, depois que a assunção de paridade entre as partes é removida, não existe uma forma óbvia para escolher que tipo de procedimento compensatório será suficiente” (Ver: KECKLER, Charles. Ações Coletivas em Relações de Consumo. In: **Seminário Internacional de Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Editora Justiça e Cidadania, 2004, p. 74-75).

No sistema americano, apenas alguns dos afetados (as vítimas efetivas do prejuízo) acham viável economicamente ou possuem nível de sofisticação jurídica suficiente para efetivamente agir contra o produtor que os causou danos e, mesmo assim, nem sempre são bem-sucedidos em seus intentos.

Há que se considerar ainda que naquele país, contando 50 estados e mais de 3.000 condados, cada um com sua própria corte, qualquer derrota se torna, potencialmente, um precedente sob o qual a demanda poderá ser reproposta.¹⁵⁰ O próprio Keckler obtempera, contudo, que não se pode deixar que aqueles autores que efetivamente possuem o direito sejam vítimas inocentes das tentativas de eliminar os maus litígios.

Finalizamos aludindo que a esfera de aplicação dos *punitive damages* é variada¹⁵¹, alcançando, em termos práticos, a plenitude das áreas que compõem o grande campo da responsabilidade civil: hipóteses como a da responsabilidade civil dos produtores e fornecedores por danos decorrentes de produtos defeituosos (*product liability*), ofensa à honra (*defamation*), erro médico (*malpractice*), ilícitos dolosos (intencionalmente cometidos, *intentional torts*), ou seja, em condutas em que se identifique alto grau de culpa, etc.¹⁵²

De outra banda, no que tange à *função punitiva da responsabilidade civil*, a aceitação é consideravelmente menos turbulenta – sem deixar de ser cercada de polêmica e de divergência, bem como por resistência em sua aplicação na extensão e intensidade em que poderia provocar o efeito esperado de desincentivo à reiteração de condutas lesivas.

A doutrina majoritária e a jurisprudência brasileiras acolhem o entendimento de que as indenizações por danos extrapatrimoniais se prestam a dupla função. De uma banda, a justa compensação à vítima pelo dano a ela

¹⁵⁰ O autor alude ainda aos estratagemas que o sistema norte-americano propicia, em que escritórios de advocacia milionários (em decorrência de valores astronômicos fixados em sede de *punitive damages*) selecionam “jurisdições mágicas” nas quais, financiados por condenações de réus não-locais, atuam investindo na campanha para eleger um juiz “pró-autor”. São proferidas, por esses juízes eleitos, decisões favoráveis aos autores que formam precedentes, tornando tal jurisdição “favorável aos autores”. O fim desse ciclo se dá com o juiz abandonando a toga e tornando-se, ele próprio, advogado de autores, beneficiando-se do ambiente favorável que ele mesmo criou, reinvestindo parte do que auferir na eleição de sucessores que darão continuidade à prática. (Ver: KECKLER, Charles. Ações Coletivas em Relações de Consumo. In: **Seminário Internacional de Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Editora Justiça e Cidadania, 2004, p. 94).

¹⁵¹ COOTER, Robert. Punitive Damages, social norms and economic analysis. **Law and Contemporary Problems**, v. 60, n. 3, p. 4, 1997.

¹⁵² ANDRADE, André Gustavo Corrêa. Indenização Punitiva. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 9, 2006, p. 109.

impingido; de outra, uma justa e adequada pena à conduta lesiva adotada pelo ofensor¹⁵³, hipótese que traz em seu âmago, em determinada medida, a ideia de *deterrence*, de desincentivo à reiteração de práticas lesivas.

Como afirma Bruno Miragem:

Não se desconhecem situações em que, por expressa consagração jurisprudencial, sobretudo em se tratando de danos morais ou extrapatrimoniais, os critérios usualmente adotados para a configuração da função punitiva da indenização, como o grau de culpa do ofensor, a repercussão do dano e a necessidade de desestímulo na repetição da conduta, são adotados para o fim de quantificar a indenização.¹⁵⁴

Em semelhante esteira de raciocínio, Caio Mário da Silva Pereira, citando a obra dos Mazeaud e a de Von Thur, aduz que, no bojo da indenização por dano moral, conjugam-se dois motivos (concausas), quais sejam, a punição do infrator pelo fato de haver ofendido um bem jurídico da vítima, já que imaterial e, por outro lado, alcançar ao ofendido soma que não configura *pretium doloris* (o “preço da dor”), mas um meio de viabilizar a ele a chance de obter alguma satisfação “de qualquer espécie, seja de ordem intelectual ou moral, seja mesmo de cunho material, o que pode ser atingido pelo fato de a pessoa saber que a soma em dinheiro pode amenizar a amargura da ofensa e de qualquer maneira o desejo de vingança”, concluindo que “a isso é de acrescentar que na reparação por dano moral insere-se a solidariedade social à vítima.”¹⁵⁵

Enfim, o que se conclui é que ver identidade entre as funções preventiva e punitiva da responsabilidade civil e o instituto do *punitive damages* consiste em distorção que só pode ser creditada a desconhecimento ou má-fé de quem sustenta tal afirmação. Há, como se viu, sensíveis diferenças que dificultam sobremaneira até mesmo traçar um paralelo entre os institutos comparados.

De rigor considerar essa desigualdade a fim de evitar causar prejuízos aos consumidores no montante da fixação do *quantum* indenizatório, assim como o prejuízo advindo dessa associação indevida para a coibição da reiteração de condutas lesivas por parte de fornecedores litigantes habituais.

¹⁵³ Ibid., p. 110.

¹⁵⁴ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 5. Ed. Rev. Atual. Amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 631-632.

¹⁵⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. Rio de Janeiro. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 338.

2.3. NOVAS TÉCNICAS DE INTERPRETAÇÃO DA RESPOSTA ADEQUADA AOS DANOS DOS CONSUMIDORES

2.3.1. O Reconhecimento dos Danos Sociais como Categoria Autônoma

Atento às mudanças pelas quais a sociedade passava, o professor Antonio Junqueira de Azevedo, refletindo acerca da dinâmica dos danos na contemporaneidade, elaborou estudo, em seus pareceres de direito privado, no qual realizou arrojada proposta de uma nova categoria de danos, que não se confundia com danos meramente coletivos e que ia além dos clássicos danos emergentes e lucros cessantes, conformações típicas das feições clássicas que a responsabilidade civil assumia: a categoria dos *danos sociais*.

Junqueira de Azevedo advertia, então, que talvez o maior tema da responsabilidade civil da década de 1990 fora o dos danos morais e toda a polêmica que os cercava (sua admissibilidade ou não; sua extensão às pessoas jurídicas ou não *et cetera*). Aludia a isso por conta da notória batalha travada nas searas doutrinária e jurisprudencial para que se chegasse a hoje incontroversa aceitação da possibilidade dos danos morais¹⁵⁶. Referia que a próxima onda da responsabilidade civil seria o reconhecimento de uma nova modalidade de danos, a qual ele deu o nome de danos sociais.

Na concepção de Junqueira, o advento do (então) novo Código Civil, em seu art. 944, não daria margem a que o dano moral pudesse exercer as funções de punição e de desestímulo, por implicar um “*plus* à indenização, a título de pena ou dissuasão”¹⁵⁷. O dano social consistiria em uma categoria própria, um *tertium genus*, apartada das demais, com raízes fincadas na assim chamada “socialização do direito” e contraposta ao dano meramente individual, sendo aparelhada das funções de *desestímulo e punição*¹⁵⁸.

O foco que Junqueira de Azevedo adotou tomava em linha de

¹⁵⁶ AZEVEDO, Antônio Junqueira. Por uma nova categoria de dano da responsabilidade civil: o dano social. In: FILOMENO, José Geraldo de Brito et. al. **O código civil e sua interdisciplinariedade**. Os reflexos do Código Civil nos demais ramos do direito. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 377.

¹⁵⁷ Ibid., p. 378.

¹⁵⁸ FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. Uma nova proposta para a diferenciação entre o dano moral, o dano social e os punitive damages. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 958, p. 8, 2015.

consideração a “profunda insegurança quanto à incolumidade física e psíquica” da população, o que desafiava juristas de variados ramos do direito a pensar alternativas e soluções para a ocorrência de atos ilícitos.

Junqueira de Azevedo buscava a ruptura do axioma de que ao direito civil cabe apenas, em matéria de responsabilidade civil, a função de buscar a reparação (cujo limite seria, então, aquele dado pelo art. 944, que limita à extensão do dano causado o dever de reparar), ao passo que ao direito penal caberia, com exclusividade, a função *punitiva*. Para tanto arrola casos em que a lei civil apenas os que cometem ilícitos. Como bem refere um de seus discípulos, Silvano Flumignan:

Portanto, danos sociais, seria uma nova categoria de danos, dotada de características próprias. Contrapunha-se ao dano individual, na medida que apresenta as funções de punição e prevenção da indenização, ainda não exploradas neste instituto. O que vige em matéria de danos individuais, é sabido, são as funções de equivalência, em se tratando de danos patrimoniais, e de compensação, quando versamos sobre os danos morais. Ao limitar a indenização, o art. 944 não impede a reparação por dano social, pois o seu conteúdo representa as funções de punição e prevenção.¹⁵⁹

Menciona Junqueira de Azevedo que “um ato, se doloso ou gravemente culposo, ou se negativamente exemplar, não é lesivo somente ao patrimônio de material ou moral da vítima, mas sim, atinge a toda a sociedade, num rebaixamento imediato do nível de vida da população, causa dano social”¹⁶⁰.

Com relação ao cotejo danos sociais *versus* danos individuais, temos que o dano social se diferencia em relação a quem é alvo da lesão. Não importa, pois, o conteúdo do dano, se é ou não patrimonial. Desse modo, danos sociais *podem* ser patrimoniais – exemplificando com o direito do consumidor, quando uma operadora de telefonia cobra indevidamente de milhões de consumidores – e pode, igualmente, ser não-patrimoniais (a exemplo de inclusões indevidas em cadastros de inadimplentes, mantendo nossos exemplos na seara consumerista). O que os caracteriza como sociais é o fato de atingirem e

¹⁵⁹ FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. Uma nova proposta para a diferenciação entre o dano moral, o dano social e os punitive damages. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 958, p. 121, 2015.

¹⁶⁰ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 380.

diminuírem a qualidade de vida da sociedade como um todo¹⁶¹.

O uso do expediente da função punitiva da indenização por dano extrapatrimonial, como se vê, não é objeto de dicotomia com a figura dos danos sociais. Sendo categoria própria, dotada de sistemática peculiar, enquanto aquela (a função punitiva da indenização pelo dano extrapatrimonial) pode se dar no âmbito de danos individuais e coletivos (essa sim uma dicotomia), os danos sociais são indenizados pelo dano à sociedade, pela piora das condições materiais de existência.

Por outro lado, os *punitive damages*, que no Brasil encontram na expressão “indenização punitiva” talvez a sua mais fiel tradução, consistem, em breve síntese, na responsabilidade civil assumindo uma faceta de pena, ideia rechaçada pela doutrina e academia brasileiras, com argumentos calcados, sobretudo, na *summa divisio* entre o direito privado e o direito público, acima de tudo considerando que a ideia de pena civil fere os fundamentos de nosso sistema jurídico, de raiz romano-germânica. O monopólio da punição estaria reservado apenas e tão somente ao universo do direito penal, não podendo a responsabilidade civil abrigar semelhante instituto, sustentam¹⁶².

Parte considerável das críticas tecidas aos *punitive damages*, de fato, tem sua dose de razão, dado que a pura e simples importação deste ao ordenamento pátrio, além de impossível enquanto não houver previsão legal expressa (dado seu caráter de pena civil, entre outras razões), poderia trazer mais problemas do que soluções ao Judiciário brasileiro, entre outros motivos, porque o instituto, da tradição da *common law*, possui uma série de elementos caracterizadores e formas de materialização (por exemplo: não se coadunar com a responsabilidade objetiva, dado que a análise do elemento culpa na conduta do agente lesante possui grande valor na fixação do *quantum* a título de *punitive damages*)¹⁶³.

¹⁶¹ Interessante estudo sobre a questão da judicialização da saúde foi levado a cabo em 2015 pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, esquadrihando a situação a partir de dados de Tribunais de Justiça do país. CNJ. **Justiça Pesquisa** – Judicialização da saúde no Brasil: Dados e experiências. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/6781486daef02bc6ec8c1e491a565006.pdf>>. Acesso em: 04 mar. 2017.

¹⁶² Entre os variados trabalhos criticando a importação do instituto dos *punitive damages*, ver, por todos: MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva. **Revista do Centro de Estudos Judiciários**, Brasília, n. 28, p. 15-32, jan./mar. 2005.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 23.

Contudo, deve-se dizer que não se pode, a pretexto de afastar a aplicação, mesmo que por construção jurisprudencial, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, os *punitive damages* rechaçar outra situação completamente distinta, que vem a ser explorar as funções que a responsabilidade civil pode exercer, para além da função de meramente reparar danos.

No âmbito dos danos extrapatrimoniais, o diferencial que pode, casuisticamente, aprimorar a qualidade da decisão judicial é, indubitavelmente, o uso das funções punitiva e preventiva da indenização nesse caso, para, sobretudo, atingir os fins de dissuasão e de prevenção da reiteração de condutas lesivas por parte de determinados agentes. O grau de complexidade para executar na prática tal tarefa não pode servir de álibi para a inércia diante a reiterada e massiva lesão aos direitos dos consumidores.

Imprescindível não confundir danos sociais com outras categorias de dano, a exemplo do dano coletivo. Em que pese haja, de fato, aproximação pontual entre tais conceitos, equipará-los consiste em equívoco, que resulta em imprecisão técnica.

Danos coletivos se contrapõem a danos individuais. Estes consistem nos danos que podem ser experimentados por um indivíduo determinado, de modo exclusivo. Danos coletivos, de outra banda, comportam dois sentidos, conforme a lição de Bruno Miragem.

Primeiramente, como múltiplos danos individuais, oriundos de uma mesma origem ou fato lesivo, franqueando o exercício coletivo da tutela indenizatória, hipótese em que teríamos direito individual homogêneo (nos termos do art. 81, III, do CDC), cabendo o exercício da substituição processual (nos termos do art. 82 da mesma lei), e estes substitutos podendo propor a ação, em nome próprio e no interesse das vítimas ou de seus sucessores, via ação coletiva de responsabilidade civil pelos danos que aqueles, individualmente, experimentaram¹⁶⁴.

O segundo sentido que se atribui aos danos coletivos é, contudo, aquele que mais o aproxima da noção de danos sociais. Trata-se da concepção do dano coletivo como espécie do gênero dano *transindividual*.

¹⁶⁴ MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 217.

Quanto a essa *transindividualidade*, impõe-se dizer que, como característica dos direitos difusos e coletivos *strictu sensu*, merece ser objeto de análise sob o aspecto subjetivo. Tal característica recai sobre o *titular* do direito em questão, que não vem a ser um único sujeito individual. Trata-se, pois, de direito pertencente a um grupo de indivíduos, e não à administração pública, tampouco ao particular, que venham a aspirar uma mesma pretensão de natureza indivisível, como afirma Maria Celina Bodin de Moraes:

São como um feixe ou conjunto de interesses individuais, de objeto indivisível, compartilhados por pessoas indetermináveis, que encontrem unidas por circunstâncias de fatos conexas.¹⁶⁵

O dano se configura *transindividual* quando atinge uma coletividade, ligada ou não por uma “relação jurídica base”, sendo que não é possível determinar com precisão quais são os sujeitos individualmente atingidos pelo dano, apenas sua abordagem metaindividual.

Outro aspecto a ser considerado sobre o dano social é que ele integra o dito “dano-prejuízo”. Assim, não assistiria razão aos que os identificam em relação à natureza da norma protetora de interesses ou de direito subjetivo lesado. Ainda, como propõe Flumignan:

Até o termo dano moral ecológico ou dano moral coletivo não é dos mais convenientes. Como se relaciona a uma consequência danosa e não ao evento, afeta a coletividade. Melhor seria se falar em dano social decorrente de uma violação a normas protetoras do meio ambiente.¹⁶⁶

Segundo leciona Bruno Miragem, por dano social, sobretudo pelo prisma do estudo de Junqueira, entende-se aquele que resulta de um ato que afeta toda a sociedade indistintamente, podendo, inclusive – admitindo-se ampliação de sentido – considerar-se a afetação de gerações futuras¹⁶⁷.

Em suma, é equívoco tratar o dano social como sinônimo de dano coletivo. Também é equivocado buscar diferenciar um do outro partindo do prisma do

¹⁶⁵ BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 53.

¹⁶⁶ FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. Uma nova proposta para a diferenciação entre o dano moral, o dano social e os punitive damages. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 958, p. 123, 2015.

¹⁶⁷ MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 218.

direito violado. Como se viu, os elementos distintivos entre tais institutos são outros e a ideia de danos sociais, como burilada por Junqueira, tem delineamento todo próprio.

2.3.2. A Reiteração da Lesão aos Direitos dos Consumidores como Violação aos Bons Costumes

Parte da doutrina enfrenta a árdua tarefa de buscar a definição do que viriam a ser bons costumes a partir da utilização de diferentes fórmulas. Ora referindo a seu conteúdo e sua extensão¹⁶⁸, ora aludindo à moralidade pública. Às vezes, associam-se os bons costumes ao sentimento ético normal, ou a um “conjunto de demandas consciência ética coletiva moral”¹⁶⁹, ao passo que conceituá-los pela exceção pode ser uma tentativa de melhor enquadrar o conteúdo¹⁷⁰ dos bons costumes (*boni mores*), deixando claro que estes podem dizer respeito a um específico contexto histórico e social. De acordo com uma interpretação mais restritiva, contudo, outros buscam conceituar os bons costumes com hipóteses que reconduzem a princípios da moral sexual e familiar, alternativa que não constitui o viés mais adequado do ponto de vista científico¹⁷¹, implicando em redução indesejada de seu conteúdo e extensão. Stefano Rodotà alude serem os bons costumes uma espécie de “janela para o ético”¹⁷².

Importa que até mesmo a cláusula geral de bons costumes, para muitos desconhecida ou mesmo insuspeita, igualmente resta vulnerada a partir das condutas lesivas praticadas de modo sistemático e em massa pelos fornecedores. É sabido que, no âmbito da autonomia privada, as partes possuem ampla liberdade de contratar, atribuindo aos contratos, “de alta significação jurídica como fonte das obrigações” e “expressão máxima do auto-regramento da vontade pelos particulares”¹⁷³ os efeitos que desejarem.

¹⁶⁸ MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade civil da imprensa por dano à honra**. O novo Código Civil e a Lei de Imprensa. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 283.

¹⁶⁹ CARIOTA-FERRARA, Luigi. **Il negozio giuridico nel diritto privato italiano**. Edizione Scientifiche Italiane: Napoli, 1948, p. 598.

¹⁷⁰ RUGGIERO, Roberto de. **Istituzioni di diritto civile**, Vol. I. Giuffrè: Messina-Milano, 1934, p. 46.

¹⁷¹ MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade civil da imprensa por dano à honra**. O novo Código Civil e a Lei de Imprensa. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 286.

¹⁷² RODOTÀ, Stefano. Ordine pubblico o buon costume?. **Rivista Giurisprudenza di mérito**, Giuffrè, Milano, v. II, 1970, p. 106 e ss.

¹⁷³ MIRAGEM, Bruno. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. In:

Verificou-se o elevado adensamento conceitual desde a concepção do contrato como “representação jurídica de uma operação econômica”, nos moldes propostos por Enzo Roppo¹⁷⁴. Tal liberdade, contudo, não é ilimitada, e não apenas os bons costumes constituem baliza a tal liberdade, mas outros institutos de aplicação sabidamente mais frequente, a exemplo da boa-fé, da ordem pública e da função social dos contratos¹⁷⁵, nomeadamente.

O princípio da supremacia da ordem pública proíbe estipulações contrárias não apenas à ordem pública, mas também à moral e aos bons costumes. Tal princípio apregoa possuir maior importância o interesse público do que a liberdade contratual e resultou da constatação de que a ampla liberdade de contratar (outrora conferida pelo pensamento de matriz liberal), no mais das vezes, pode levar a desequilíbrios e iniquidades nas relações entre particulares, como por exemplo ocorre na exploração da parte economicamente mais fraca¹⁷⁶.

Impõe-se referir que até mesmo a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), em seu art. 17¹⁷⁷, prevê que não apenas as leis, atos e sentenças de outro país, mas também quaisquer declarações de vontade (leia-se, *par excellence*, contratos), não terão eficácia no Brasil quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os *bons costumes*.

Atualmente, a intervenção do Estado na esfera contratual (por alguns classificada como *dirigismo contratual*¹⁷⁸) é sentida de maneira bastante intensa, mormente em campos considerados de importância fundamental para a sociedade, como, por exemplo, os de saúde suplementar, o das telecomunicações, o securitário, o do sistema bancário, entre outros.

MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). **A nova crise do contrato**. Estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Ed. RT, 2007, p. 177.

¹⁷⁴ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 1988, p. 11.

¹⁷⁵ Ver, por todos: MIRAGEM, Bruno. Diretrizes interpretativas da Função Social do contrato. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 56, p. 22 – 45, 2012.

¹⁷⁶ Deve-se frisar que o aparecimento de movimentos favoráveis aos direitos sociais propiciou o surgimento de leis específicas, destinadas a garantir a supremacia, não apenas da ordem pública, mas também da *moral* e dos *bons costumes*. Referida linha de evolução originou, entre outras leis, as da usura, a da economia popular e o Código de Defesa do Consumidor, à guisa de exemplo.

¹⁷⁷ BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 09 set. 1942. “Art. 17. As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes”.

¹⁷⁸ “A intervenção do Estado na vida contratual é, hoje, tão intensa em determinados campos (telecomunicações, consórcios, seguros, sistema financeiro etc.) que se configura um verdadeiro dirigismo contratual”. GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil esquematizado**. v. 1, 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 720.

Tais limitações, como bem adverte Orlando Gomes, delimitam o conteúdo da autonomia da vontade, mas não podem ser definidas com precisão e objetividade. Tal dificuldade ou impossibilidade em sua conceituação permite a ampliação ou restrição do escopo conceitual conforme o pensamento dominante em cada época e país (binômio tempo e espaço), formado por ideias morais, políticas, filosóficas e religiosas.

Exemplos disso são que às partes é defeso celebrar contratos que vulnerem princípios básicos do direito hereditário, como a reserva da legítima ou o da proibição de pactos sobre sucessão de pessoa viva. Contrariam os bons costumes, também, os contratos relativos à exploração de casa de tolerância; os que têm por objeto a corretagem matrimonial¹⁷⁹; os que dizem respeito aos jogos de azar, etc.

Contratos deste jaez são eivados de nulidade, posto que, para a declaração de vontade ser válida e surtir os efeitos desejados, há que ser lícita a sua causa.

Sintetizando, Menezes Cordeiro observa que os bons costumes, que teriam relação com a boa-fé (ambos, mais a ordem pública, seriam espécies de delimitação negativa) a “algo exterior, que delimita o campo de actuação permitida na permissão genérica de produção de efeitos jurídicos – isto é, de autonomia privada”¹⁸⁰.

Isso significa dizer que há limitações impostas pelos bons costumes ao próprio conteúdo das obrigações. Sé é verdade que os bons costumes funcionam como limitador ao exercício de direitos em variadas ocasiões no decorrer do Código Civil, também o é dizer que o preenchimento do significado de bons costumes constitui tarefa de considerável complexidade para o intérprete que a tanto se proponha.

¹⁷⁹ Acerca da corretagem matrimonial, deve-se informar do que se trata a dita modalidade negocial. Nada mais é do que o contrato celebrado entre o interessado em convolar núpcias e uma agência matrimonial para que esta lhe agencie e apresente pretendentes que preencham os requisitos por ele previamente estabelecidos. Sílvio Venosa, informa que a denominação *corretagem matrimonial* refere-se à atividade desenvolvida por pessoas naturais ou jurídicas que se “dedicam à aproximação de casais para fins de casamento, comumente denominadas agências matrimoniais”. E prossegue, aludindo que dita expressão deriva-se do mesmo princípio do contrato geral de corretagem, e leva em conta a “aproximação útil”. Não há na lei vigente nenhuma proibição expressa a este tipo de negócio, malgrado haja doutrina considerável no sentido de que a atividade feriria a moral e os *bons costumes*. Ver: VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. Vol. VI. São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 34-35.

¹⁸⁰ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 1.213.

Clovis do Couto e Silva se encarregou de enfrentar a temática dos bons costumes, aludindo que estes seriam vinculados a valores de ordem moral, indispensáveis ao convívio social, dependentes da convicção popular, e que constituíam limite à autonomia privada na esfera negocial, caracterizando, acima de tudo, como um dever de não fazer (*non facere*)¹⁸¹. Bruno Miragem, a seu turno, sustenta que “as sensíveis considerações feitas por Couto e Silva acerca desses conceitos no plano obrigacional, podem ser estendidas ao exercício dos direitos subjetivos em geral”¹⁸².

Cunha de Sá refere que o instituto é dotado de “natureza variável e contingente”, sob o prisma sociológico e numa abordagem idealista (de “cariz filosófico ou religioso, orientada por um ideal divino ou humano”, que se opõe à rele aceitação das “práticas usuais, reagindo sobre elas, e por aí, dirigindo-se para esse mesmo ideal”¹⁸³). O próprio Cunha de Sá se insurge contra essas tentativas de enquadramento dos bons costumes, sobretudo quando afirma que, malgrado a religião oficial de Portugal seja a católica, outras confissões religiosas poderiam esposar outros valores e crenças¹⁸⁴.

Os bons costumes limitam a validade do negócio jurídico a partir do elemento *licitude do objeto* (objeto lícito), ligado, como é sabido, ao conteúdo do negócio. O conteúdo do objeto é lícito quando não contraria a ordem pública, a boa-fé, a função social ou econômica e os bons costumes.

Valemo-nos novamente da lição do português Cunha de Sá, que expõe que, naquela nação, uma das aplicações que a lei civil faz dos bons costumes é justamente pertinente aos requisitos do dito “objeto negocial”. Diz o lusitano:

É nulo o negócio jurídico que ofender os bons costumes (art. 280º., nº. 2) e se for apenas o seu fim que for ofensivo aos bons costumes o negócio também é nulo quando tal fim for comum a ambas as partes (art. 281º).¹⁸⁵

O autor adverte, contudo, que esta parte final, ligada à finalidade do negócio, é de apuração e justificação sempre tormentosa, dado que, mesmo

¹⁸¹ COUTO E SILVA. **A obrigação como processo**. Porto Alegre: UFRGS, 1964, p. 32.

¹⁸² MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade civil da imprensa por dano à honra**. O novo Código Civil e a Lei de Imprensa. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 290.

¹⁸³ CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. **Abuso do direito**. Coimbra: Almedina, 1997, p. 189-190.

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 191.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 194.

sendo o fim elemento externo ao negócio (o que ele coloca em xeque, por sinal), e haja proteção àquele que se encontra boa-fé, a nulidade do negócio, quando este eventualmente ofendesse aos bons costumes, estaria condicionada a elemento de configuração e delineamento complexos em termos de *modus probandi*.

Malgrado haja subaproveitamento das potencialidades ínsitas à cláusula dos bons costumes, alguns exemplos casuísticos constituem autênticos *leading cases*, tão emblemática é a utilização efetiva dos bons costumes como modo de calibrar o exercício de certos direitos.

Destacamos, dentre um universo relativamente amplo, três casos: o Caso Lüth, julgado pelo Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht*, ou *BVerfG*, abreviadamente) em 1958; o Caso da Fiança, também da lavra da Suprema Corte germânica, este datado de 1993; e, *in fine*, o caso da prisão civil do depositário infiel, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) em 2001.

O *leading case* em matéria de eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é, sem dúvidas, o caso *Lüth*. Narrativas sobre o caso são disponibilizadas em inúmeros veículos, sendo extensa a doutrina constitucionalista abordando-o¹⁸⁶.

Mesmo não se dando no âmbito obrigacional, o caso teve importante papel em contrapor institutos do direito público aos de direito privado e consigna importante exemplo de utilização da cláusula geral dos bons costumes.

Feita esta necessária remissão histórica, impõe-se dizer que a cláusula geral dos bons costumes, no sentido acima exposto, assume, nos dias de hoje, caráter eminentemente de proteção da eficácia do contrato em vista do interesse da comunidade na preservação da ordem jurídica; dos direitos fundamentais da pessoa humana, marcando, sobretudo, a indisponibilidade de certos direitos e poderes jurídicos do contratante, que se relacionam com aspectos de sua própria integridade pessoal e subsistência econômica, reconhecidos como interesses legítimos a serem protegidos pelo direito.

Logo, os bons costumes merecem, atualmente, interpretação para além da moralidade sexual, de cunho individual, mas em sentido geral de adequação e efetividade dos direitos fundamentais e sua proteção na relação com

¹⁸⁶ DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. pp. 152 e seguintes.

particulares (critério axiológico), bem como expressão das condutas desejáveis pela maioria da sociedade (critério sociológico), desde que não contraditórias aos direitos fundamentais e, como conclui Bruno Miragem, à proteção das minorias¹⁸⁷.

Contudo, há uma maioria, pode-se dizer, autêntica exceção à regra, igualmente merecedora de proteção pelo ordenamento, sendo possível lançar mão da cláusula dos bons costumes para a salvaguarda de seus interesses legítimos: os consumidores.

Entre as variadas utilizações que um desenvolvimento mais adequado e aprofundado da cláusula dos bons costumes poderia ter está, por exemplo, sua aplicação na esfera das relações de consumo, quando fornecedores de serviços do tráfego de massa (telefonia e planos de assistência à saúde, por exemplo), cujos contratos de adesão em regra contêm cláusulas obscuras em sua redação para os consumidores, quando não nulas de pleno direito, por abusivas, o que lhes acarreta uma série de danos com os quais o ordenamento jurídico brasileiro não pode coadunar, sob pena de patente violação de normas de matriz constitucional que consubstanciam direitos fundamentais cuja eficácia na relação entre particulares (*Drittwirkung*) é pacificamente reconhecida nos dias de hoje.

Esses danos, levados à apreciação do Poder Judiciário, via de regra, ensejam a condenação dos fornecedores em juízo. Ocorre que, mesmo à luz de tais condenações, a sistemática de demandas em massa desenvolvida pelos fornecedores não raro demonstra que estes não sofreriam perdas significativas em persistirem no descumprimento das normas protetivas do consumidor – até porque, acaso sofressem, já teriam aderido a padrões de conduta que diminuiriam a ocorrência dessas lesões.

Ao contrário, às vezes o não cumprimento das decisões levaria o consumidor lesado a desistir de buscar seus direitos e optar pela via “menos trabalhosa” (mas de consequências inegavelmente mais nefastas para a sociedade) de arcar com os prejuízos. Afinal, parece fora de dúvida que um aumento nas condutas lícitas redundaria em progresso social.

¹⁸⁷ MIRAGEM, Bruno. **Responsabilidade civil da imprensa por dano à honra**. O novo Código Civil e a Lei de Imprensa. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 299.

Na medida em que tais danos são perpetrados, o percentual de consumidores que efetivamente busca seus direitos até as últimas instâncias ainda é demasiado pequeno ao ponto de que reiterar a perpetração de tais danos, seja culposamente (por vícios dentro do procedimento das operadoras de telefonia ou de planos de assistência à saúde no decorrer da prestação do serviço), seja dolosamente (imaginando que não há motivação para cumprir os comandos judiciais, pois não há consequências negativas em caso de descumprimento), é uma forma clara de ofensa aos bons costumes e não apenas à letra da lei ou ao teor do comando judicial – afinal, observar as leis, ordens judiciais, etc. é algo desejável e esperado por parte de todos os membros da sociedade¹⁸⁸ e postura contrária a isso indubitavelmente vulnera os bons costumes.

Pode, desta forma, a partir do exemplo supramencionado, cogitar outras situações nas quais a cláusula dos bons costumes teria aplicação e utilidade prática no direito privado muito maior que até o presente momento vem demonstrando e tal subaproveitamento de suas potencialidades é prejudicial ao ordenamento jurídico como um todo.

Atentando a essas colocações, a cláusula dos bons costumes tem o potencial de prover muitas utilidades para os intérpretes e os aplicadores do direito, inclusive visando a estabelecer limitações em termos de validade e eficácia das relações jurídicas, sobretudo no campo do direito obrigacional, mas não só.

Violar reiteradamente as normas de proteção ao consumidor é uma clara forma de vulnerar os bons costumes.

2.3.3. Limites da Tutela Coletiva como Desestímulo aos Danos em Massa: Modos de Enfrentamento a partir do Sistema de Julgamento de Demandas Repetitivas do NCPC

Mesmo que o objeto do presente estudo pertença ao campo do direito material, é inegável que a ciência jurídica, dado seu caráter uno – sendo as divisões um meio de organizar o tratamento dado à cada matéria –, impõe que,

¹⁸⁸ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Nova tradução baseada na edição americana revista pelo autor, Jussara Simões; revisão técnica e tradução Álvaro de Vita. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 13.

nesta ocasião, o desdobramento processual seja abordado, posto que o processo civil, sobretudo com o advento do Código de Processo Civil (CPC) de 2015, que em seu art. 1º positiva que o processo civil passa a receber o influxo de valores e normas de assento constitucional, que impõem a ordenação, a disciplina e a interpretação do processo¹⁸⁹.

Coloca-se a seguinte indagação: como compatibilizar as já abordadas funções punitiva e preventiva que a responsabilidade civil pode desempenhar em ações de consumo envolvendo litigantes habituais com o tratamento que o Novo CPC destina ao julgamento das demandas repetitivas?

Admitindo-se que essa problematização seja possível, dado que há ponto de intersecção entre tais temas, é possível inferir uma interpenetração temática e a tarefa de demonstrar tal questionamento se dedica o presente tópico.

Valhamo-nos de uma figura de linguagem. O artista contemporâneo italiano Michelangelo Pistoletto, em obra de 2003 chamada “O Terceiro Paraíso”, reconfigurou o símbolo do infinito¹⁹⁰. No lugar do “número oito deitado” (um par de aros contíguos), intercalou mais um, maior, entre os dois anteriores. Explicou que, o aro da esquerda representaria o paraíso edênico, anterior ao consumo, no qual o ser humano vivia em harmonia com a natureza. O da direita, a seu turno, seria o (insustentável) paraíso artificial, domínio da indústria e da tecnologia, com o qual esmagamos o mundo natural. E o círculo intermediário, Pistoletto chamou de o “*terceiro paraíso*”, aquele no qual se combinam os outros dois, gerando um mundo novo, em que se adapta o artificial à natureza, em síntese.

Socorrendo-nos da engenhosa figura de Pistoletto e exportando-a para a ciência do Direito, na medida do possível, podemos dizer que a tentativa do CPC equivaleria a lançar as bases desse “terceiro paraíso” ao buscar inserir no ordenamento jurídico e na cultura processualística brasileiros uma sistemática de julgamento de casos repetitivos, com os recursos especial e extraordinário repetitivos e o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), que

¹⁸⁹ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. “Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”.

¹⁹⁰ O artista publicou um livro dedicado à referida obra. Ver: PISTOLETTO, Michaelangelo. **The Third Paradise**. Veneza: Marsilo, 2010.

poderia, em tese, propiciar uma mudança significativa no trato dado às demandas de massa¹⁹¹, sobretudo em matéria consumerista.

Tudo isso, diga-se, *em tese*, já que a aplicação da nova sistemática na realidade tem dado exemplos contundentes no sentido de que assiste razão à colocação de Cláudia Lima Marques, quando afirmava, antes mesmo da vigência do atual CPC, que “os repetitivos - por sua própria estrutura - não beneficiam os consumidores. Em matéria de consumo, para proteger os mais fracos é necessário partir do caso... com calma e com alma... e não da tese, que não beneficia um olhar humanista para o caso”¹⁹².

Malgrado tal consideração, dadas as funções que a responsabilidade civil logra desempenhar de acordo com parte da doutrina pátria e estrangeira e da jurisprudência, uma decisão, proferida na nova sistemática de julgamentos de demandas repetitivas, consagrando efetivamente a participação de todos os atores necessariamente considerados, conduziria, novamente, em tese, à fixação de precedente de elevada densidade em termos jurídicos.

Seria a conjugação do que já existe em termos de corrente doutrinária com a legislação posta, afastando, dessa forma, alegações que parecem buscar a manutenção do *status quo* independentemente de demonstrações de que o sistema apresenta vícios; criar-se-ia, assim, em tese, um “terceiro estágio”, no qual, a partir da resolução uniforme de demandas que se repetem em massa, por meio do uso das funções preventiva e punitiva da responsabilidade civil, haveria melhoria quantitativa (redução) e qualitativa da prestação jurisdicional, em tese.

Diz-se redução quantitativa considerando que a tese repetitiva (precedente, para alguns) fixada em sede tanto do IRDR (validade no âmbito do Estado em caso de instauração perante Tribunal de Justiça ou região, se a instauração for perante Tribunal Regional Federal) quanto dos recursos excepcionais repetitivos possui eficácia vinculativa a todas as causas futuras e presentes versando acerca da mesma matéria; com relação a “precedente”¹⁹³

¹⁹¹ Ver o comentário de Cassio Scarpinella Bueno sobre o art. 928. BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 577-578.

¹⁹² MARQUES, Cláudia Lima. Nota sobre a proteção do Consumidor no Novo Código De Processo Civil (Lei 13.105/2015). **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 104, p. 557, mar./abr. 2016.

¹⁹³ As aspas devem-se à viva dialética instaurada entre juristas do processo civil e da hermenêutica brasileiros acerca do enquadramento ou não como “precedente” das alterações trazidas ao julgamento de demandas repetitivas no âmbito do Código de Processo Civil de 2015.

firmado em sede de recursos especial ou extraordinário repetitivos, tal eficácia vinculativa abrange o território do país inteiro.

De outra banda, alude-se à melhoria qualitativa, na medida em que acaso, por ocasião do julgamento tanto do IRDR quanto dos recursos especiais ou extraordinários repetitivos, houvesse observância estrita da liturgia e da *mens legis*, a fim de que se resguarde a segurança jurídica da decisão¹⁹⁴, seria possível utilizar a tutela coletiva dos direitos do consumidor como meio de debelar danos repetitivos.

Veja-se que, como obtempera Medina, o critério para estender aos processos de todo o território nacional, a suspensão operada em sede do IRDR (v.g.) deve a causa versar sobre questão de direito constitucional ou federal infraconstitucional¹⁹⁵.

A combinação desses fatores, no ensejo do novo Código de Processo Civil (NCPC), poderia abrir, em tese, a possibilidade de uma nova abordagem que, caso utilizada em consonância com a melhor técnica (nos casos de ações de consumo, valendo-se da melhor interpretação a favor do consumidor¹⁹⁶, parte vulnerável, e salvaguardando seu *interesse útil*, promovendo na aplicação das normas autêntico diálogo das fontes¹⁹⁷ etc.), poderia, a um só tempo, elevar a justiça das decisões judiciais e devolver ao Judiciário o tempo outrora investido nessas demandas de massa para que, em matérias de maior complexidade,

Ver, por exemplo, crítica à nomenclatura “sistema de precedentes”: STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o sistema (sic) de “precedentes” no CPC?**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>>.

Acesso em: 04 mar. 2017. A favor da nomenclatura “sistema de precedentes”, DONIZETTI, Elpídio. **A força dos Precedentes do Novo Código de Processo Civil**. Disponível em: <<https://elpiodonizetti.jusbrasil.com.br/artigos/155178268/a-forca-dos-precedentes-do-novo-codigo-de-processo-civil>>. Acesso em: 04 mar. 2017.

¹⁹⁴ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. O art. 982, em seu § 3º, assim prevê: “§ 3º Visando à garantia da segurança jurídica, qualquer legitimado mencionado no art. 977, incisos II e III, poderá requerer, ao tribunal competente para conhecer do recurso extraordinário ou especial, a suspensão de todos os processos individuais ou coletivos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente já instaurado.”

¹⁹⁵ MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo código de processo civil comentado**: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 4ª. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.419.

¹⁹⁶ A exemplo do exposto no princípio norteador da interpretação de regras contratuais pró-consumidor, insculpido no art. 47 do CDC: “As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”. BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 12 set. 1990.

¹⁹⁷ MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

possa entregar aos jurisdicionados uma prestação jurisdicional de melhor qualidade (e mais célere), ou seja, proteger os interesses e direitos do consumidor de modo mais eficiente.

Na realização de tal intento, há uma série de conceitos prévios a serem apreendidos para que o manuseio desse ferramental não conduza a resultado contraproducente. Afinal, na experiência do *common law*, os “precedentes” não decorrem de imposição legal; ao revés, são fruto de secular tradição, do costume¹⁹⁸, integrando mesmo o ideário jurídico daqueles países – mormente Estados Unidos e Inglaterra. Daí a necessidade de aprofundamento do estudo das bases conceituais sobre as quais se pretende erigir essa nova sistemática processual no Brasil.

Pode-se citar, *en passant*, por exemplo, uma relevante diferenciação que não pode ser desconsiderada no exercício da fixação de tais “precedentes” vinculantes, qual seja, aquela entre Direitos Materialmente Coletivos (DMC) e Direitos Processualmente Coletivos (DPC), como acertadamente advertem Leonardo Roscoe Bessa e Ana Luísa Nunes¹⁹⁹.

Dentro dos limites demasiadamente estritos que o trabalho admite, propõe-se, então, analisar e refletir brevemente sobre a influência do Novo Código de Processo Civil pode ter nas demandas individuais e coletivas envolvendo responsabilidade civil em ações de consumo, sobretudo à luz das novas funções que este instituto teve desenvolvidas pela doutrina que, conjugadas com as diretrizes postas no art. 926 do CPC para a uniformização

¹⁹⁸ Ver, por todos: DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1998.

¹⁹⁹ NUNES, Ana Luisa Tarter. BESSA, Leonardo Roscoe. Convivência normativa entre o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e as ações coletivas: primeiras impressões. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, v. 108, ano 25, p. 122. Bessa e Nunes traçam tal diferenciação da seguinte maneira: “É fundamental conhecer e ressaltar a distinção entre as duas grandes categorias de direitos coletivos. De um lado, há direitos coletivos que não possuem um titular específico, pertencem a todos, como é o caso do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 da CF) e, no mercado de consumo, publicidades que não sejam enganosa (...). São direitos materialmente coletivos (DMC). O direito não possui titularidade subjetiva: pertence pela própria definição e natureza, a um grupo indeterminado de pessoas. Diferentemente são as situações de lesões a direitos que se repetem em grande escala e reclamam – por economia processual e necessidade de tratamento isonômico e mais célere – solução processual concentrada (DPC). Os casos-modelo indicados ensejam, paralelamente à tutela do DMC, ajuizamento de milhares ou milhões de ações individuais, como será demonstrado. São direitos individuais que podem naturalmente ser questionados numa única ação coletiva, ganhando, a partir do ajuizamento da demanda, caráter transindividual”. NUNES, Ana Luisa Tarter; BESSA, Leonardo Roscoe. Convivência normativa entre o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e as ações coletivas: primeiras impressões. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, v. 108, ano 25, p. 125-126.

da jurisprudência nos tribunais, mantendo-a *íntegra, estável e coerente*, teriam o condão de servir de contributo ao combate à reiteração de condutas lesivas pelos fornecedores litigantes habituais.

A temática das demandas repetitivas (na qual se inserem, entre outras, as demandas de massa) é, na dicção do art. 928 do NCPC²⁰⁰, parte da categoria de “julgamento de casos repetitivos”.

A novidade é o instituto do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), sem correspondência no Código de Processo Civil de 1973. O parágrafo único do referido dispositivo faz menção ao reconhecimento, por parte deste novo diploma processual, no âmbito dos ditos casos repetitivos, da possibilidade de discussão de questões de ordem tanto material quanto processual, expandindo verdadeiramente o escopo de fixação de teses para demandas de feições repetidas²⁰¹.

A tentativa de efetivar a técnica processual de dar tratamento uniforme a demandas já possuía previsão pouco aplicada, no Código de Processo Civil de 1973, em seu artigo 476, que tratava do incidente processual de uniformização da jurisprudência, que se operava no âmbito de cada Tribunal. A matéria, por óbvio, recebia tratamento distinto do IRDR, mas o gérmen do enfrentamento de demandas repetitivas estava ali presente.

Mitidiero e Marinoni, aludindo ao art. 477 do CPC de 1973, comentam, em se tratando da interpretação a ser observada, que “o tribunal deve se pronunciar tão somente a respeito da questão jurídica objeto do incidente sobre a qual pende dissídio jurisprudencial – qualquer outra questão escapa da cognição do tribunal neste momento. Ao enfrentá-la, deve fixar a interpretação a ser

²⁰⁰ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. “Art. 928. Para fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em: I- incidente de resolução de demandas repetitivas; II- recursos especial e extraordinário repetitivos. Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual”.

²⁰¹ Destaque-se dois relevantes enunciados ligados ao tema, do *Fórum Permanente de Processualistas Civis*, aprovados, ambos, no ano de 2015, e consignados na “Carta de Vitória”: Enunciado nº 88 (art. 976; art. 928, parágrafo único). Não existe limitação de matérias de direito passíveis de gerar a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas e, por isso, não é admissível qualquer interpretação que, por tal fundamento, restrinja seu cabimento. (Grupo: Recursos Extraordinários e Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas); Enunciado nº 327. (art. 928, parágrafo único). Os “precedentes” vinculantes podem ter por objeto questão de direito material ou processual. (Grupo: Precedentes). DIDIER JR, Fredie; MAZZEI, Rodrigo Reis (coord.). **Enunciados do Fórum permanente de processualistas civis**. Vitória, mai. 2015. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vit%C3%B3ria.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2016.

observada pelo tribunal na decisão dos casos em que debatida a mesma tese ulteriormente”²⁰².

O IRDR, no entanto, sob o ponto de vista teórico, não integraria, a rigor, este chamado sistema de “precedentes” que o novo CPC, segundo alguns sustentam, visa a instaurar. O art. 928 do NCPC arrola o instituto ao lado dos Recurso Especial e Extraordinários repetitivos como modalidades de julgamento de casos repetitivos, figuras de uniformização, integração e coerência da jurisprudência. Todavia, enquanto o IRDR é voltado à justiça do caso concreto, o dito “sistema de precedentes” nos reconduz à temática da ordem jurídica²⁰³, logo, não é cabível abordar os tópicos como sendo de natureza análoga.

Marinoni, Arenhardt e Mitidiero lecionam que, o IRDR presta-se a evitar que em causas nas quais haja repetido e semelhante fundamento de direito conduza a hipotético “tratamento anti-isonômico que repercuta na segurança jurídica, ou seja, no grau de cognoscibilidade, estabilidade e confiança para a população e para as próprias estruturas judiciais, a respeito de como dada situação será tratada pela Justiça Civil.”²⁰⁴

A sistemática dos precedentes²⁰⁵ constitui autêntico dever imposto expressamente pelo legislador processualista aos Tribunais a manutenção “uniforme, estável e coerente” (transcrição *ipsis litteris* do texto de lei) ao seu sistema de decisões judiciais, *conditio sine qua non* para o êxito de um sistema baseado em “precedentes” judiciais.

Cumprir aludir à precisa colocação de Medina, quando diz que “um modelo precedentalista depende, sobretudo, da mudança da atitude dos juízes, menos no sentido do *se dever obediência* ao precedente (embora isso também seja relevante), mas, especialmente, no sentido de *se produzir julgados*

²⁰² MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil**: comentado artigo por artigo. 5ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 499.

²⁰³ Conforme Marinoni, Mitidiero e Arenhart, o IRDR tem por finalidade “evitar que demandas repetitivas (ou seja, que envolvam a mesma discussão de questão exclusivamente de direito) possam gerar risco à isonomia e à segurança jurídica”. Ver: MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. ARENHART, Sergio da Cruz. **Curso de Processo Civil**. 2ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 913.

²⁰⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. ARENHART, Sergio da Cruz. **Curso de Processo Civil**. 2ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.035.

²⁰⁵ Constituído, segundo parcela da doutrina, pelos Recursos Extraordinários e Especiais repetitivos e pelo incidente de resolução de demandas repetitivas, conforme o Enunciado 345 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPCC), forma o chamado “microssistema de solução de casos repetitivos, cujas normas de regência se complementam reciprocamente e devem ser interpretadas conjuntamente”.

modelares, que sirvam de referência, que gerem confiança nos cidadãos”, tendo por ponto de partida “decisões judiciais bem fundamentadas”²⁰⁶.

Hélio Krebs, quanto ao IRDR, aduz que a “inspiração, segundo consta na exposição de Motivos do Anteprojeto do novo Código de Processo Civil, vem do direito alemão, em que a figura se chama *Musterverfahren*, pois gera decisão que serve de modelo (= *Muster*) para a resolução de uma quantidade expressiva de processos em que as partes estejam na mesma situação, não se tratando necessariamente, do mesmo autor nem do mesmo réu”.²⁰⁷

A ideia de valorizar o “precedente” como fonte do direito (os “Precedentes à brasileira”, como tem sido referidos por parte da doutrina²⁰⁸, assim chamados com restrições de variadas ordens), reforçada pelo CPC de 2015, retira sua inspiração, como se sabe, do *common law*. Sobressai a definição de Black:

[...] an adjudge case or decision of a court, considered as furnishing an example or authority for an identical or similar case afterwards arising or a similar question of law.²⁰⁹

Para além disso, deve-se dizer que é imprescindível o potencial para que venha a se tornar paradigma de orientação para advogados e para magistrados, a partir da elaboração de tese jurídica inédita ou definitivamente delineá-la, deixando-a cristalina²¹⁰.

O reconhecimento de que as demandas de massa, repetitivas, em matéria de relações de consumo, envolvendo grandes fornecedores litigantes habituais, poderiam subsumir-se perfeitamente à novel técnica de julgamento de demandas repetitivas, ao menos em tese. E nesse sentido, identificada a violação repetida ao direito do consumidor, a fixação de tese que reconhece a possibilidade de utilização das funções punitiva e preventiva da responsabilidade

²⁰⁶ MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil comentado**: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973 – 4ª. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.302.

²⁰⁷ KREBS, Hélio Ricardo Diniz. **Sistema de “precedentes” e direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p.176.

²⁰⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Brazilian Precedents**. Migalhas, 24 jun. 2014. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI203202,31047-Brazilian+precedentes>>. Acesso em: 30 nov. 2016.

²⁰⁹ BLACK, Henry Campbell. **Black’s Law dictionary**. 7a. ed. St. Paul: West Publishing, 1990, p. 1.176.

²¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **“precedentes” obrigatórios**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 216.

civil poderia influenciar de modo sensível a reformulação dos comportamentos dos ofensores.

O CPC institui a sistemática dos Recursos Extraordinário e Especial repetitivos (arts. 1.036 e seguintes) como “a outra metade” do assim dito “sistema de precedentes”, quiçá a mais vistosa, e tem como premissa a desnecessidade de compelir o STF e o STJ a afirmar inúmeras vezes a mesma solução a respeito de determinada questão. Sendo essas Cortes de interpretação e de precedentes, “a completa análise de determinada questão em uma única oportunidade é tendencialmente suficiente para que essas Cortes tenham por adimplidas suas funções paradigmáticas. E é por essa razão que a técnica de julgamento em bloco harmoniza-se perfeitamente com o novo perfil do recurso extraordinário e do recurso especial”²¹¹.

Mitidiero, Marinoni e Arenhardt, apontam as dificuldades enfrentadas pelo legislador processual de 2015 ao enfrentar os precedentes, e lecionam que “é preciso lembrar que a noção de precedente é uma noção material – tem a ver com a autoridade das Cortes Supremas – e qualitativa – tem a ver com o fato de as razões constantes da justificação serem necessárias e suficientes para a solução de determinada questão de direito”²¹².

Citando Francisco Rosito, informa Cláudia Nogueira Abagli:

Os precedentes são as decisões de uma corte que servem de subsídio para processos posteriores similares. O próprio nome já diz: é algo que precede o anteriormente ocorrido. São decisões de uma corte que são consideradas para um caso subsequente e podem, portanto, projetar efeitos jurídicos ao futuro condicionando os indivíduos, o que demonstra a sua força normativa.²¹³

²¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. ARENHART, Sergio da Cruz. **Curso de Processo Civil**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.113.

²¹² MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. ARENHART, Sergio da Cruz. **Curso de Processo Civil**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 873.

²¹³ NOGUEIRA, Cláudia Albagli. O Novo Código de Processo Civil e o sistema de “precedentes” judiciais: pensando um paradigma discursivo da decisão judicial. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 22, n. 88, p. 191, out./dez. 2014.

Sem pretensões de incursionar de modo demasiadamente aprofundado no assunto (posto não ser o tema específico do presente trabalho), mas para que se assentem bases sólidas para compreensão da associação que sustentamos ser possível, impõe-se dizer que, em matéria de “precedentes”, há um par de conceitos fundamentais a serem apreendidos para o correto entendimento do tema, quais sejam: *ratio decidendi* e *obiter dictum*. Ambos compõem a chamada “dimensão objetiva” do precedente (qual seja, a parte específica da decisão que adquire força de precedente, vinculativo ou persuasivo²¹⁴).

A *Ratio decidendi* constitui o conceito de maior importância no âmbito da teoria dos precedentes. O termo *ratio decidendi* vem a expressar a “razão de decidir”. Contudo, não equivale, em nosso sistema de *civil law*, à fundamentação da decisão judicial proferida, como erroneamente alguns sustentam, dado que a fundamentação (ou raciocínio judiciário) tem a ver com os contornos do caso, ao passo que a *ratio decidendi* tem a ver com a unidade do direito. “A *ratio* é uma razão necessária e suficiente para resolver uma questão relevante constante do caso” e “envolve a análise da dimensão fático-jurídica das questões que devem ser resolvidas pelo juiz”²¹⁵.

A nomenclatura *ratio decidendi* é muito utilizada na Inglaterra. Nos EUA, recebe a denominação de *holding*²¹⁶, segundo Tucci. Seria a motivação da decisão, a fundamentação pelo juiz adotada; em suma, os argumentos utilizados pelo magistrado, determinantes para aquela dada situação e que *podem* servir de paradigma para futuras decisões, diante de identidade de matéria.

Buscando exemplo oriundo do direito do consumidor, seria a parte (ou capítulo) da sentença no qual o Superior Tribunal de Justiça reconhece, em sede de recurso especial repetitivo²¹⁷, *v.g.*, respectivamente, a ocorrência de dano extrapatrimonial em caso de inclusão indevida em cadastro de inadimplentes.

²¹⁴ ROSITO, Francisco. **Teoria dos “precedentes” judiciais**: racionalidade da tutela jurisdicional. Curitiba: Ed. Juruá, 2012, p.103.

²¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sergio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 875.

²¹⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 177.

²¹⁷ Não apenas em casos de RE e REsp repetitivos temos presente a ideia de precedentes; eles estão presentes, outrossim, por exemplo, em casos de RE em que houve repercussão geral.

Sempre que tal ocorrer, caso exsurja em sede de Recurso Extraordinário ou Recurso Especial um julgamento favorável, cuja mesma *ratio decidendi* tenha sido adota pela maioria dos membros do colegiado, todos os demais casos futuros de idêntico contorno encontrariam o mesmo destino, prospectivamente.

Conforme Fredie Didier Jr., a *ratio decidendi* “são as razões de decidir do precedente que vão operar vinculação, extraíndo-se uma regra geral que se aplica a outras situações semelhantes”²¹⁸. Tucci complementa o raciocínio, afirmando que, no momento de analisar o precedente, o operador deve, primeiramente, realizar sua identificação e distinção, já que é “a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto (*rule of law*)”²¹⁹.

O segundo elemento da dimensão objetiva do precedente é o *obiter dictum*, que nada mais é do que as proposições da decisão que não fazem parte da *ratio decidendi*.

Obter dictum é “aquilo que é dito durante um julgamento ou consta em uma decisão sem referência ao caso ou que concerne ao caso, mas não constitui proposição necessária para sua solução”²²⁰.

Estão presentes *na* decisão, mas não são necessárias *para a* decisão. São juízos acessórios, secundários, laterais, incidentais, utilizados pelo juiz para a construção da decisão judicial, mas *prescindíveis* para o deslinde da controvérsia²²¹. Para José Rogério Cruz e Tucci, o *obiter dictum* não se presta para ser invocado como precedente vinculante em caso análogo, mas pode servir como argumento de persuasão²²².

²¹⁸ DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Processo Civil**. Vol. 2. 7a. ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 388.

²¹⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 174. Segundo Claudia Nogueira, considera-se na atualidade que esta (a *ratio decidendi*) englobaria não apenas o dispositivo da sentença, porém os principais fundamentos para aquela decisão. Desta feita, a *ratio decidendi* inclui: 1. os fatos relevantes da causa (*statement of material facts*); 2. o raciocínio lógico-jurídico da decisão (*legal reasoning*); e 3. o juízo decisório (*judgement*). Ver: NOGUEIRA, Cláudia Albagli. O Novo Código de Processo Civil e o sistema de “precedentes” judiciais: pensando um paradigma discursivo da decisão judicial. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 22, n. 88, p. 185-210, out./dez. 2014.

²²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sergio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 874.

²²¹ Considerando a área da saúde suplementar, exemplo de *obter dictum* seria, no âmbito dos REsp repetitivos ligados à questão do reajuste por faixa etária das mensalidades dos planos de assistência à saúde, alguma valoração ou manifestação da Corte quanto aos reajustes por sinistralidade, de natureza diversa e que não integram o objeto da demanda.

²²² TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.177-178.

Conforme Cláudia Nogueira, malgrado “não componha a regra de direito (*rule of law*) extraída do precedente, desempenha papel persuasivo e argumentativo fundamental, podendo ser relevante o seu uso para fundamentação de situações similares”²²³. Isto é: pode-se aludir a um precedente, uma manifestação da Corte superior ou Suprema sobre determinado tema, seja ele proferido como sendo a *ratio decidendi* (ou seja, a razão de decidir da Corte no caso) ou em sede de *obter dictum*, é dizer, não sendo a razão de decidir, mas sendo a manifestação incidental da Corte acerca do tema.

E complementa, diferindo *ratio decidendi* e *obter dictum*, sendo esta encontrada *a contrário sensu* no cotejo com aquela, residualmente:

[...] na prática, pode haver a dificuldade de identificação, no que sugere Karl Engisch que a distinção se dê por exclusão, ou seja, deve o sujeito delimitar a *ratio* (‘somente será vinculativa na medida em que necessária para a decisão do caso jurídico’) e não se encaixando o argumento nessa análise tratar-se-ia de *obter dictum*.²²⁴

De fato, uma análise mesmo que inicial e marcadamente perfunctória do instituto dos precedentes no âmbito do *common law* é o bastante para que se divise claramente a figura com os delineamentos que lá possui daquela que o legislador processual de 2015 logrou positivizar no novel Código de Processo Civil.

Estaríamos, no Brasil, diante de “normas diretivas de maior otimização das decisões paradigmáticas no âmbito dos Tribunais e dos efeitos que o novo CPC quer que estas decisões, as paradigmáticas – verdadeiros *precedentes* -, devem surtir nos demais casos em todos os graus de jurisdição, a começar pelo Supremo Tribunal Federal”²²⁵.

Precedente, nos dizeres de Fredie Didier Jr., é “a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para

²²³ NOGUEIRA, Cláudia Albagli. O Novo Código de Processo Civil e o sistema de “precedentes” judiciais: pensando um paradigma discursivo da decisão judicial. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 22, n. 88, p. 185-210, out./dez. 2014.

²²⁴ NOGUEIRA, Cláudia Albagli. O Novo Código de Processo Civil e o sistema de “precedentes” judiciais: pensando um paradigma discursivo da decisão judicial. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 22, n. 88, p. 185-210, out./dez. 2014.

²²⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 554.

o julgamento posterior de casos análogos”, com poder vinculante sobre decisões futuras emanadas pelo Judiciário²²⁶.

Exsurge, portanto, como claro o intuito do legislador de evitar a dispersão da jurisprudência e, ato contínuo, a intranquilidade social e o descrédito das decisões emanadas pelo Poder Judiciário²²⁷. Segurança jurídica e igualdade, é dizer, restam tão mais salvaguardadas quanto maior for o número de decisões iguais para casos iguais.

A adoção da técnica dos “precedentes” no ordenamento jurídico brasileiro, prevista em variados pontos do novo CPC, converge rumo à observância dos princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, norteadores da nova lei, conforme constam da Exposição de Motivos do Anteprojeto do novo Código de Processo, tendencialmente operando a redução nas ações judiciais.²²⁸

São pontuais as palavras de Cândido Rangel Dinamarco quando alude às influências recíprocas entre o direito processual e o direito constitucional, quando diz que “de um lado, o processo é profundamente influenciado pela Constituição e pelo generalizado reconhecimento da necessidade de tratar seus institutos e interpretar sua lei em consonância com o que ela estabelece.

De outro, a própria Constituição recebe influxos do processo em seu diuturno operar, no sentido de que ele constitui instrumento eficaz para a efetivação de princípios, direitos e garantias estabelecidos nela e muito amiúde transgredidos, ameaçados de transgressão ou simplesmente questionados”²²⁹.

Em posição crítica à tentativa de desenvolvimento de uma “cultura de precedentes” no Brasil (aos menos nos moldes propostos pelo novo CPC) perfilam-se juristas do porte de Marinoni e Tereza Arruda Alvim Wambier²³⁰ que tecem severas e pontuais críticas ao legislador processualista de 2015. Tais

²²⁶ DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael. BRAGA, Paula. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 385.

²²⁷ DONIZETTI, Elpidio. **Novo código de processo civil comentado (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015)**: análise comparativa entre o novo CPC e o CPC/73. São Paulo: Atlas, 2015, p. 695-697.

²²⁸ SILVA, Rodrigo Daniel. **Não há como democratizar o processo e esperar que ele seja mais rápido**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-07/entrevista-luiz-salomao-amaral-viana-juiz-professor>>. Acesso em: 12 fev. 2016.

²²⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Volume I, 8ª. ed., rev. e atual. segundo o Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 120.

²³⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Brazilian Precedents**. Migalhas, 24 jun. 2014. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI203202,31047-Brazilian+precedentes>>. Acesso em: 30 nov. 2016.

críticas são no sentido de que os “precedentes à brasileira”, como estão positivados no novo CPC, estariam eivados por uma série de graves defeitos de técnica processual, entre outras razões, porque não poderia lei infraconstitucional (o CPC) definir quais são as decisões da Suprema Corte que devem ser observadas pelos juízes, posto que não cabe ao CPC definir tal matéria, mas, sim, apenas à Constituição.

Marinoni exemplifica com o art. 927, I, do NCPC²³¹, alegando que o dispositivo não se refere a precedentes, mas à coisa julgada com efeito *erga omnes*, que já tem previsão legal, tornando a letra da lei inócua neste particular.

Fato é que o CPC de 2015 não é taxativo quanto a questão da vinculatividade dos ditos “precedentes”.

Como bem coloca Scarpinella, os ‘precedentes à brasileira’ ou, para homenagear a Professora Teresa Arruda Alvim Wambier, o ‘direito *jurisprudencial*’ a ser criado sobretudo (mas não exclusivamente) a partir dos arts. 926 a 928 é um dos pontos sensíveis do novo CPC e que já vem merecendo e merecerá, anos a fio, análise profunda da doutrina e da própria jurisprudência, inclusive (mas não só) na perspectiva do direito comparado”²³².

Em síntese, as discussões acerca da temática ainda estão longe de acabar, dado que ainda se está na iminência do começo da vigência da Lei 13.105 de 2015. Há campo fértil para o aprofundamento do embate teórico.

Contudo, constitui erro pensar que se está transplantando a cultura anglo-saxônica dos precedentes, até porque, além das famílias de direito serem distintas (dada nossa patente vinculação ao direito romano-germânico – *civil law*), e de ser inconcebível imaginar um transplante *ipsis litteris* de uma cultura estrangeira²³³ (o que estaria fadado ao irremediável fracasso, dado que o direito processual – mais: o Direito – é produto da cultura dos povos, cada qual à sua maneira) vê-se, pelos dispositivos do Capítulo I, Título I do Livro III do novo CPC, não para ter sido a intenção do codificador.

²³¹ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade”.

²³² BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 568.

²³³ Vide o caso dos *punitive damages* caso fossem importados da cultura anglo-saxônica sem as devidas adaptações. Ver, por todos MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva. **Revista do Centro de Estudos Judiciários**, Brasília, n. 28, p. 15-32, jan./mar. 2005.

Contudo, não parece ser açodada a impressão de que as demandas de massa em matéria de consumo são, *par excellence*, exemplo de demandas que se amoldam aos julgamentos repetitivos, e decisões favoráveis aos consumidores teriam o condão de não apenas obliterar o argumento de “indústria do dano moral”, como, a um só tempo, diminuir drasticamente o volume de trabalho ao qual está submetido o Poder Judiciário.

Se a aplicação de um “sistema de precedentes” (e mais: caso sua execução na prática forense cotidiana) será bem-sucedida ou não, só o tempo dirá. Inegável, contudo, é sua utilidade, idealmente, na coibição da reiteração de condutas lesivas nas relações de consumo por parte dos litigantes habituais. Existe, sobretudo num primeiro momento, sempre que se trata de grandes mudanças na práxis e no *status quo*, alta dose de resistência por parte dos operadores do direito. O *como* essa nova sistemática será recepcionada a partir de sua aplicação *in concreto* é que determinará se eventuais resistências têm ou não razão de serem.

No que concerne à temática específica das demandas de massa (dentro das quais considerável parte da seara consumerista se insere), as perspectivas, a princípio marcadas por otimismo, aparentemente alvissareiras, passaram a assumir um prognóstico menos promissor na salvaguarda dos direitos dos consumidores.

É fato que não cabe à Suprema Corte a tarefa primordial de analisar demandas repetitivas; seu papel é sabidamente maior do que este e se configura na proteção das normas constitucionais cujos efeitos irradiam influenciando os vetores interpretativos de todas as normas do ordenamento jurídico²³⁴.

Porém, uma mudança de funcionamento da magnitude tal como a instituição de um sistema brasileiro de precedentes judiciais equivale não poderia passar sem criar imensa celeuma, manifestada, em sua potência máxima, no campo da doutrina²³⁵ - e discussão a qual este trabalho não pretende de maneira nenhuma adentrar, dado que o assunto repercute apenas de modo reflexo no tema da responsabilidade civil em relações de consumo.

²³⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 466.

²³⁵ Talvez a crítica mais contundente aos “precedentes” que o Código de Processo Civil de 2015 reputa vinculantes provenha dos escritos de Lenio Streck e Georges Abboud, como se destaca em: STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto – o sistema (sic) de “precedentes” no CPC?**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>>. Acesso em: 04 mar. 2017.

Já á notícia de correntes de constitucionalistas sustentando a necessidade de uma mudança no texto da Constituição Federal, a exemplo do que se deu quando foi instituída a sistemática das Súmulas Vinculantes (instituídas pelo art, 103-A da Constituição, via Emenda Constitucional nº 45/04); só assim seria possível criar precedentes judiciais obrigatórios no ordenamento jurídico brasileiro. Trata-se, como se vê, de tópico de alta sensibilidade, dado que o novo CPC estrutura (melhor, busca estruturar), como se disse, um sistema de “precedentes à brasileira”.

Daí a imperatividade em se afirmar, mais uma vez, que não é de modo algum o intuito do presente trabalho aprofundar-se nestes debates, de feições que extrapolam e muito o objeto que se almeja enfrentar; a incursão que se intenta é cirúrgica, a respeito da precisa medida que o tema apresenta correlação com o objeto do presente estudo, qual seja, o uso de funções da responsabilidade civil na coibição de danos de massa em matéria consumerista.

Como afirma Marinoni:

Ao se criar uma fórmula para dar unidade à solução dos casos repetitivos corre-se o risco de esquecer da função das Cortes Supremas em nome da otimização do julgamento dos casos de massa, como se a razão para respeitar um precedente estivesse aí. É por isso que também os recursos extraordinários e especiais repetitivos devem ser pensados meios para a fixação de precedentes que atribuem sentido ao direito e, apenas por esta razão, devem regular os demais casos.²³⁶

Uma palavra deve igualmente ser dita sobre o trato da matéria no âmbito dos processos coletivos. Em se tratando da sistemática de julgamento dos processos coletivos nos países de *civil law* e *common law*, impõe-se fazer remissão ao pensamento de Kazuo Watanabe, que faz referência à problemática da legitimação.

Nos países do *civil law*, menciona três hipóteses de legitimação: a legitimação privada, conferida exclusivamente a pessoas físicas e/ou associações; a legitimação pública, atribuída exclusivamente a entes públicos e, por fim, a legitimação mista, que, “respondendo aos anseios de mais amplo acesso à Justiça e ao princípio da universalização da jurisdição, admite a

²³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. ARENHART, Sergio da Cruz. **Curso de Processo Civil**. 2ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 413.

legitimação tanto de pessoas físicas e/ou associações como também a dos entes públicos”²³⁷.

Watanabe aponta ainda que existe uma clara tendência, em países adeptos do *civil law*, a adotar legitimação mista, admitindo legitimação de entes públicos concomitantemente a pessoas físicas e entes privados, sendo que “em alguns países, são atribuídos poderes a órgãos públicos (Ministério Público, *Ombudsman* ou Defensor do Povo) para fiscalizarem o processo quando não forem parte, assumindo em certas circunstâncias a titularidade da ação em caso de desistência infundada ou abandono de causa e até mesmo para promoverem a execução de sentença”.²³⁸

Trata-se de discussão de suma importância, porque a solução que melhor atingiria o escopo do Código de Defesa do Consumidor, de promover a proteção do interesse útil dos consumidores, passaria, em nosso modesto sentir, pela gama mais ampla possível de legitimados a buscarem a salvaguarda dos interesses do consumidor.

Como na gênese do CDC subjaz uma linha de interpretação das normas que entende que, dado o caráter difuso das normas de consumo, (o que leva à conclusão que toda relação de consumo guarda na sua essência uma questão coletiva, considerando-se a massa de indivíduos colocados em situação idêntica) seria medida que melhor atenderia aos interesses consumeristas que não apenas entes públicos ostentassem legitimação para promover ações deste jaez, porém, igualmente, entidades privadas e, até mesmo, pessoas físicas. Assim, o arsenal para combater os danos em massa ganharia reforço.

Contudo, os elementos que circundam a cultura do “sistema de precedentes” que se visa a incentivar no Brasil ainda são demasiadamente incipientes. Autênticos precedentes sólidos demandam tempo e análise profunda e percucientes por parte das Cortes excepcionais (e em matéria de consumo, via de regra o Superior Tribunal de Justiça), em especial, que devem promover a discussão e convocar à manifestação no processo de todos os atores sociais (*amici curiae*) envolvidos e atingidos pela decisão a ser tomada, dados os efeitos que dela emanarão.

²³⁷ WATANABE, Kazuo. GRINOVER, Ada Pelegrini. **Os processos coletivos nos países de civil law e common law**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 301/302.

²³⁸ *Ibid.*, 301/302.

Feita de maneira açodada ou demasiadamente sujeita a fatores externos e indesejados (como o exercício invisível do *lobby*²³⁹ das grandes corporações junto aos Poderes, *v.g.*), aquilo que poderia servir como um meio de eliminar centenas e milhares de demandas repetitivas a partir de julgados marcados pela qualidade decisória, pode servir, em verdade, como meio de revestir com a roupagem da licitude a conduta de causadores de lesões em massa à coletividade dos consumidores em especial, sendo que o ordenamento jurídico brasileiro, calcado que é numa Constituição de alta carga axiomático-valorativa e principiológica, e que promove a defesa do consumidor ao *status* de direito fundamental, não pode coadunar, sob pena de flagrante retrocesso.

²³⁹ Acerca da figura do *lobby*, uma das estratégias dos grandes fornecedores é a utilização planejada da ferramenta, inserida na figura das ditas “relações governamentais” que seriam, *tout court*, o conjunto de ações e medidas das quais as grandes empresas se valem para promover a interação com o poder público. De se mencionar que, em meio a tais medidas, insere-se, com destaque, a figura do *lobby*, que vem a ser o conjunto de ações programadas, executadas direta ou indiretamente por representantes de entidades privadas junto a autoridades públicas, na defesa de interesses do grupo ou organização que representem. Malgrado diga-se que o exercício da defesa de interesses seja legítimo e até mesmo esperado num cenário de democracia indireta, o que não escapa de críticas são os pouco claros limites éticos do modo como tal defesa se realiza. Historicamente, o Brasil carece de fiscalização social e estatal da atividade do *lobby*. Nos EUA, por exemplo, a atividade é massivamente exercida, porém é regulamentada desde 1946 (*Federal Regulation Lobbying Act*), tendo sido revista a norma de regência no ano de 1995, por meio do *Lobbying Disclosure Act*, que, a seu turno, sofreu alterações em decorrência do *Honest Leadership and Open Government Act*, editado no ano de 2007. No Brasil, deve-se dar destaque à Proposta de Emenda Constitucional (PEC) 47/16, que versa sobre o tema, visando regulamentar o exercício da defesa de interesse em variados níveis da administração pública no âmbito de todos os Poderes. Vide, sobre o tema: PENA, Rodolfo F. Alves. **Lobby**. Disponível em: <<http://brasilecola.uol.com.br/politica/lobby.htm>>. Acesso em: 17 fev. 2017.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A tutela ressarcitória segue sendo um dos pilares sobre o qual se assenta o sistema de responsabilidade civil vigente, desde que Ulpiano enunciou o *neminem laedere*. A ideia de restabelecer o quanto possível o lesado ao *status quo ante* é e sempre será um dos elementos essenciais do instituto da responsabilidade. Porém, a tutela ressarcitória é o mínimo existencial em termos de responsabilização civil. Indenizar é o dever básico e inexpugnável que se impõe aos ofensores, sob pena de injustiça, ignomínia e repulsa por parte do ordenamento jurídico e da sociedade como um todo.

Este trabalho teve por objetivo colaborar, mesmo que minimamente, com a reflexão acerca de possíveis funções a serem exploradas no instituto da responsabilidade civil, em situações específicas de danos cometidos em massa – isto é, danos de mesmas características provocados em grande número –, por fornecedores litigantes habituais.

Como se disse, a encruzilhada perante a qual o Judiciário brasileiro se encontra, a par da improvável edição de lei mais rigorosa no trato de tais danos, é seguir um entre dois caminhos: ou aceitar a realidade e ignorar as diuturnas lesões causadas aos consumidores, ou, rompendo com a inércia, explorar as funções preventiva e punitiva da responsabilidade civil, com vistas a dissuadir a reiteração das lesões.

Demonstrou-se que, mormente nos danos extrapatrimoniais, dada a natureza dos direitos vulnerados, haveria flexibilização do conceito de reparação integral, assim como é notória a aceitação pelos tribunais de elementos dissuasórios, pedagógicos e até mesmo punitivos na fixação do *quantum* em caso de indenização por danos extrapatrimoniais.

Buscou-se demonstrar, igualmente, que alguns dos argumentos basilares da limitação do montante indenizatório no caso destes danos em massa cometidos por litigantes habituais em relações de consumo, tais como, notadamente, o da vedação ao enriquecimento sem causa não passam de falácia, seja pela impossibilidade de atingimento de ponto de equilíbrio entre montante que logre desincentivar a reincidência do lesante e, ao mesmo tempo, não gere enriquecimento ao lesado, sobretudo porque eventual enriquecimento tem como causas o dano causado e a decisão judicial que fixa a indenização. Trazer à baila o enriquecimento sem causa, neste caso, não passaria de uso equivocado do instituto.

Outra associação indevida trazida à tona quando se aventa o uso mais percuciente das funções punitiva e preventiva da responsabilidade civil é aquela com a figura dos *punitive damages*.

Em que pese a similitude quanto ao efeito produzido, enquanto os *punitive damages* obedecem à rigorosa tradição nos países da *common law* (sobretudo na cultura jurídica norte-americana), sua dinâmica é totalmente estranha à *civil law*: sua operacionalidade por meio da figura do júri, seu caráter de pena privada, sua autonomia em relação à indenização com caráter reparatório, etc. Enfim, muitas são as diferenças entre este instituto (cujo transplante é inviável ao ordenamento jurídico pátrio) e as funções da indenização por danos extrapatrimoniais que, em apertada síntese, são elementos conformadores da indenização por danos extrapatrimoniais como um todo, sendo que inexistem autonomamente, encontrando aplicação pontual por um juiz togado no âmbito de um processo e que não se confundem com uma pena civil *per se*.

Mais uma vez, nota-se o esforço dos críticos ao uso das funções da responsabilidade civil em associar a institutos alienígenas características que o ordenamento vigente já coloca à disposição do magistrado, no afã de proteger os interesses de grupos econômicos em detrimento dos consumidores.

Acerca das funções preventiva e punitiva da responsabilidade civil, demonstrou-se que se tratam de sofisticadas ferramentas já à disposição do julgador; caso não encontrem maior acolhida, é por opção que exprime misto de receio (provavelmente infundado) de ensejar uma suposta “indústria do dano moral”, somada a um temor que, intuímos, é igualmente desprovido de fundamento objetivo, de que haja empecilhos à livre iniciativa e à atividade econômica em si. Anui-se com a “indústria dos danos”; repele-se uma busca generalizada pela indenização de tais danos, em suma.

Essa postura, como se disse, somada à pouca efetividade dos órgãos estatais de fiscalização (capitaneados pelas agências reguladoras), acaba por deixar desprotegidos justamente os sujeitos mais vulneráveis da relação de consumo, quais sejam, os consumidores, uma vez que são alvo das reiteradas lesões de pequeno, médio e grande porte.

Do universo de consumidores lesados, apenas um percentual ínfimo busca a reparação no Judiciário e deste grupo restrito, menos ainda levam a demanda às últimas instâncias. O sistema acaba por instigar no ofensor um senso de impunidade, de que provocar o dano compensa e de que se adequar (com os eventuais custos de tal adequação) não compensa, tomando em consideração razões de ordem meramente econômica.

A ideia de punir e prevenir a reincidência em danos repetidos em sede de ações indenizatórias está longe de ser novidade no mundo do direito. No direito francês, Boris Starck lançara as sementes do tema quando em 1947 redigiu seu *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée dans sa double fonction de garantie et de peine privée*. As fontes de resistência a esse ideário sempre adotaram, em linhas gerais, posicionamentos semelhantes.

Contudo, se há setenta anos a ideia de buscar na responsabilidade civil elementos de punição e prevenção pareciam vanguardistas, nos dias de hoje, e acima de tudo diante da plêiade de lesões patrimoniais e extrapatrimoniais impostas à coletividade dos consumidores (a rigor, virtualmente toda a sociedade), danos sociais (nos dizeres de Junqueira de Azevedo) que verdadeiramente rebaixam a qualidade de vida da sociedade como um todo, é mais do que passada a hora de repensar a responsabilidade para além da mera reparação.

Os meios para empreender tal tarefa passam não só por ferramentas ligadas ao direito material, como também podem passar pelos influxos do direito processual. O Código de Processo Civil de 2015 e seus recursos excepcionais repetitivos, assim como o incidente de resolução de demandas repetitivas claramente visam a inserir no quadro legal nacional um sistema de precedentes de inspiração marcada naquele da *common law*.

Como alhures informamos, o processo de amadurecimento e formação do precedente vinculante há de observar uma série de fatores e requisitos. Ademais, decisões que não observem este necessário amadurecimento e debate ensejarão injustiça e iniquidade, numa ponta, e noutra, serão intenso alvo de críticas e tentativas de *overruling* (técnica de superação do precedente fixado).

A associação promovida pelos críticos às funcionalidades preventivas e punitivas da responsabilidade civil é realizada entre tarefas que seriam precípua ao direito penal, e uma suposta invasão por parte do direito civil quando passa a desenvolver funções que apenas se afeiçoam ao espírito daquelas.

Nem de longe se propõe que o direito civil se torne um campo no qual, em qualquer processo judicial que verse sobre responsabilidade civil, haja a imposição da condenação valendo-se das funções preventiva e punitiva. O que se sustenta é proposta que considera a sistemática específica dos grandes fornecedores litigantes habituais, cujo *modus operandi* internalizou há muito no cômputo dos custos da atividade econômica (que são prontamente repassados aos próprios consumidores na formação do preço dos produtos e de serviços) aquilo que eventualmente decorrerá de derrotas em juízo, por condenações a indenizar.

Estatísticas e dados objetivos, mas mais do que isso, a própria experiência de qualquer consumidor com tais serviços (como os de telefonia, os serviços bancários e planos de assistência à saúde, entre outros) são provas mais do que bastantes de que, na prática, no dia a dia, as lesões se repetem, acumulam e avolumam, sem perspectiva real de mudança neste quadro.

Como se disse, o consumidor, aparentemente superprotegido pelo arcabouço jurídico do qual o CDC é o pináculo, em verdade fica a descoberto diante as reiteradas condutas lesivas. Procons, a Defensoria Pública, o Ministério Público, as associações civis, as agências reguladoras, o Legislativo

e o Judiciário, enfim, todo o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor parece incapaz de prover respostas satisfatórias a este problema que se reitera sem aparente solução e cujos efeitos se estendem da sensação de ineficiência do estado na provisão de um ambiente equilibrado de consumo, desembocando na notória sobrecarga ao Poder Judiciário.

Ao menos uma discussão mais séria e aprofundada deve começar a ser travada acerca da matéria. Não se propõe aqui criar nenhuma espécie de empecilho à livre iniciativa e à atividade econômica; contudo, não enfrentar o problema abre margem a questionamentos que enfraquecem o sistema como um todo.

Não se ignora os argumentos em sentido contrário, contudo, *d.m.v.*, estes são calcados eminentemente em construções doutrinárias cujas principais vertentes são o direito civil clássico (naturalmente hermético à temática consumerista e as profundas mudanças que tal realidade impôs sobretudo quanto à teoria contratual) de um lado e, de outro, a escola da análise econômica do direito cujo escopo por vezes parece se escudar em premissas questionáveis e fórmulas matemáticas imperscrutáveis que geram um *gap* considerável entre o mundo real e as suas formulações hipotéticas.

A realidade, o mundo concreto, todavia, é composto por uma grande massa ignara de consumidores (alheia ao fato de possuir, militando a seu favor, uma das legislações consumeristas mais sofisticadas do continente) e cuja propensão natural não é buscar a judicialização imediata e desnecessária do conflito. As condições da ação estão efetivamente presentes na maior parte destas demandas.

O consumidor certamente não se apraz em ter de buscar um causídico e ingressar com o processo, pois ao menos, em tese, tem ciência dos custos de tempo e dinheiro que a lide impõe, sendo muitas vezes uma tarefa extenuante, estranha ao homem comum.

Porém, premido pelas circunstâncias, acaba por ter de se socorrer do Judiciário e este, no lugar de, diante da realidade dos danos em escala, adotar uma medida proativa na coibição da reiteração dos mesmos, quase sempre se restringe apenas à vedação do enriquecimento sem causa do consumidor, assim como numa análise por vezes tendente a restringir a indenização ao consumidor a um mínimo.

Há maneiras de contornar essa preocupação do julgador. Uma delas, que não subtrairia o impacto de medidas que tendessem a aumentar os *quanta* indenizatórios em geral, seria trabalhar com a destinação da metade ou até mesmo da maior parte da indenização a um fundo coletivo de direitos do consumidor ou de direitos difusos. Assim, estaria mantida a intensidade da condenação (atendendo a feições de caráter dissuasório e pedagógico a um só tempo), sem risco de ensejar o tão temido enriquecimento sem causa.

O principal vetor a ser modificado é a conduta dos agentes lesantes. Pouco importa se partindo de ferramentas vinculadas ao direito material ou processual, o que se busca é o atingimento de modo objetivo da percepção que violar os direitos dos consumidores não compensa, dado que, até o presente momento, tudo demonstra que compensa.

Os agentes econômicos, detentores de tal poder, não são capazes de se desvincular da lógica estritamente econômica na tomada de decisões nas relações de consumo. Inadvertidamente ou não, se não houver um desincentivo por meio de sanção preventiva (espécie de tutela inibitória), é inócuo esperar que, repentinamente e sem ação externa, ocorra uma recondução aos parâmetros legais da conduta por parte desses agentes. Daí que, até mesmo por “paralelismo entre as formas”, se a *ratio* possui fundo econômico, nada mais lógico do que mirar no elemento econômico da equação imanente à relação de consumo, a fim de reequilibrá-la, tanto quanto o possível.

Em um sistema no qual os grandes fornecedores detêm de antemão a noção de que o regime de responsabilidade civil posto tende sempre a limitar as indenizações ao prejuízo material apurado, não existem incentivos econômicos para que os agentes lesantes passem a adotar condutas de precaução; mais do que isso, pode-se mesmo concluir que há quase que um desincentivo a não causar danos aos consumidores.

Em síntese, o atual quadro legal já oferece, quanto à responsabilização civil pelos danos extrapatrimoniais, a possibilidade da utilização das funções punitivas e preventivas na indenização de danos no âmbito das relações de consumo.

Longe de estigmatizar a figura do grande fornecedor, mas tecendo considerações lastreadas em dados estatísticos sólidos, somado à demonstrações de que os argumentos expendidos contra as funções da

responsabilidade civil demonstram pouca densidade técnica, é quase impossível não concluir que tais danos promovem piora da qualidade de vida de toda a sociedade, dado que instigam um senso de impunidade nos ofensores, que se escudam no poder econômico gigantesco para, dolosa ou culposamente, perpetuar suas práticas lesivas, fazendo letra morta da lei consumerista, sob vários aspectos, e o pior: encontrando respaldo a tais condutas junto ao Poder Judiciário.

O que se propõe é, a partir do esclarecimento de alguns dos pilares da corrente que sustenta que a responsabilidade civil se restringe à mera reparação, promover o ambiente no qual se progrida, mesmo que paulatinamente, no que tange ao combate aos danos em massa nas relações de consumo, protegendo efetivamente a sociedade e a figura do consumidor, acima de tudo.

A legislação vigente disponibiliza, àqueles que operam o direito, instrumentos que, a partir de uma hermenêutica que não descure dos princípios de matriz constitucional e interprete de maneira dialógica os múltiplos diplomas normativos que podem ser aplicados às relações de consumo, diminuindo, assim, grande parcela dos danos em massa.

O uso das funções punitiva e preventiva da responsabilidade civil pode não ser a única solução para o quadro posto, mas há poucos motivos para se afirmar que não seja um bom começo.

As funções punitiva e preventiva da responsabilidade civil, como se buscou demonstrar no presente trabalho, podem se prestar ainda a tal intento e, desta maneira, tornar o mercado de consumo brasileiro um ambiente que verdadeiramente salvasse os interesses dos consumidores.

BIBLIOGRAFIA

ACCIARRI, Hugo A. **Elementos da análise econômica do direito de danos**. Coordenação da edição brasileira Marcia Carla Pereira Ribeiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

ANATEL. **Pesquisa de Qualidade Percebida 2013 (telefonia celular e banda larga fixa)** – Destaque dos resultados nacionais. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=313262&assuntoPublicacao=Pesquisa%20para%20Aferi%E7%E3o%20da%20Qualidade%20Percebida%20-%20Apresenta%E7%E3o%20-%20Ano:%202013&caminhoRel=In%EDcio--&filtro=1&documentoPath=313262.pdf>>. Acesso em: 03 mar. 2017.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa. Indenização Punitiva. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 9, 2006.

ARISTÓTELES. **Ética à Nicômaco**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2000.

ARTICLE 19. **Germany: Lüth Case**. Disponível em: <<https://www.article19.org/resources.php/resource/3202/en/germany:-I%C3%BCth-case>>. Acesso em: 30 jan. 2016.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano da responsabilidade civil: o dano social. In: FILOMENO, José Geraldo de Brito et. al. **O código civil e sua interdisciplinariedade**. Os reflexos do Código Civil nos demais ramos do direito. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para o consumo**: a transformação das pessoas em mercadorias. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BECKER, Verena Nygaard. A Categoria jurídica dos atos existenciais. Transformação da concepção clássica de negócio jurídico. **Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre**, Porto Alegre, ano VII, VIII, p. 15-53, 1973/1974.

BENJAMIN, Antonio Herman. **Teoria da qualidade**. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/16339/Teoria_Qualidade.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2016.

BESSON, André. **La notion de garde dans la responsabilité du fait des choses**. Paris: Dalloz, 1927.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 3 ed. São Paulo: Ed. RT. 1999.

BLACK, Henry Campbell et. al. **Black's Law Dictionary**. 6 Ed. Saint Paul: West, 1990.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BRASIL. Decreto nº 2.181, de 20 de março de 1997. Dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC, estabelece as normas gerais de aplicação das sanções administrativas previstas na Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, revoga o Decreto nº 861, de 9 julho de 1993, e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 21 mar. 1997.

_____. Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 09 set. 1942.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 mar. 2015.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 12 set. 1990.

BRODIE, Bernard. **"The Anatomy of Deterrence" as found in Strategy in the Missile Age**. Princeton: Princeton University Press, 1959.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CARIOTA-FERRARA, Luigi. **Il negozio giuridico nel diritto privato italiano**. Edizione Scientifiche Italiane: Napoli, 1948.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. São Paulo, Atlas, 2008.

CHRISTIE, George C.; MEEKS, James E.; PRYOR, Ellen S.; SANDERS, Joseph. **Cases and materials on the law of torts**. 3 ed. St. Paul West Publishing Co., 1997.

CNJ. **Justiça Pesquisa** – Judicialização da saúde no Brasil: Dados e experiências. Disponível em: <
<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/6781486daef02bc6ec8c1e491a565006.pdf>>. Acesso em: 04 mar. 2017.

COASE, R. H. **The problem of social cost**. **The Journal of Law and Economics**. v. III, p. 19, oct. 1960. Disponível em:

<<http://www2.econ.iastate.edu/classes/tsc220/hallam/Coase.pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2017.

COOTER, Robert. Punitive Damages, social norms and economic analysis. **Law and Contemporary Problems**, v. 60, n. 3, 1997.

COOTER, Robert. ULEN, Thomas. **Law and Economics**, 6th edition. Berkeley Law Books, 2016.

COULON, Fabiano Koff. Critérios de quantificação dos danos extrapatrimoniais dotados pelos Tribunais brasileiros e análise econômica do direito. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito & economia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

COUTO E SILVA, Clovis. **Principes fondamentaux de la responsabilité civile en droit brésilien et comparé**. Cours fait à la Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Saint Maur (Paris XII). Porto Alegre: UFRGS, 1988.

_____. **A obrigação como processo**. Porto Alegre: UFRGS, 1964.

CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto. **Abuso do direito**. Coimbra: Almedina, 1997.

DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1998.

DESSAUNE, Marcos. **Desvio Produtivo do Consumidor**: o prejuízo do tempo desperdiçado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DIDIER JR, Fredie; MAZZEI, Rodrigo Reis (coord.). **Enunciados do Fórum permanente de processualistas civis**. Vitória, mai. 2015. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vit%C3%B3ria.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2016.

DIDIER JR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael. BRAGA, Paula. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodivm, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Volume I, 8ª. ed., rev. e atual. segundo o Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Malheiros, 2016.

DONIZETTI, Elpidio. **Novo código de processo civil comentado (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015)**: análise comparativa entre o novo CPC e o CPC/73. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. **A força dos Precedentes do Novo Código de Processo Civil**. Disponível em: <<https://elpidiodonizetti.jusbrasil.com.br/artigos/155178268/a-forca-dos-precedentes-do-novo-codigo-de-processo-civil>>. Acesso em: 04 mar. 2017.

DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

DRESCH, Rafael de Freitas Valle. Análise econômica do direito: uma análise exclusiva ou complementar?. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito & economia**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ESTADÃO. **Telefonia lidera reclamações nos Procons de todo o País**. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/suas-contas,telefonia-lidera-reclamacoes-nos-procons-de-todo-o-pais,1631857>>. Acesso em: 01 mar. 2017.

FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. Uma nova proposta para a diferenciação entre o dano moral, o dano social e os punitive damages. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 958, 2015.

GARNER, Bryan A. Common law. In: **Black's law dictionary**. 7. Ed. St. Paul: West Group, 1999.

GHERSI, Carlos Alberto. **Cuantificacion economica del daño. Valor de la vida humana**. 2da. Edición. Buenos Aires: Ed. Astrea, 1999.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil esquematizado**. v. 1, 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

GORÉ, François. **L'enrichissement aux dépens d'autrui: source autonome et générale d'obligations en droit prive français** – essai d'une construction technique. Paris: Dalloz, 1949.

GREGORI, Maria Stella. **Planos de saúde**. A ótica da proteção do consumidor. 3 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

GUÉGAN-LÉCUYER, Anne. **Domages de masse et responsabilité civile**. Paris: LGDJ, 2006.

HECK, Luís Afonso. Direitos fundamentais e sua influência no direito civil. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 16, 1999.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2001.

IRA P. ROBBINS. **The Ostrich Instruction**: deliberate ignorance as a criminal mens rea, 81 J. CRIM. L. & Criminology, n. 191, 1990. Disponível em: <<http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6659&context=jclc>>. Acesso em: 14 nov. 2016.

ITU. **Mensuring the information society**. Disponível em: <http://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Documents/publications/mis2013/MIS2013_without_Annex_4.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2016.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2006.

KASER, Max. **Direito privado romano**. Trad. de Samuel Rodrigues; Ferdinand Hämmeler. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

KECKLER, Charles. Ações Coletivas em Relações de Consumo. In: **Seminário Internacional de Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Editora Justiça e Cidadania, 2004.

KERN, Bernd-Rüdiger. **A função de satisfação na indenização do dano pessoal Um elemento penal na satisfação do dano?** *Revista de Direito do Consumidor*, v. 33. São Paulo: RT, jan. – mar. 2000, pp. 9 - 32.

KREBS, Hélio Ricardo Diniz. **Sistema de precedentes e direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LORENZETTI, Ricardo. **Fundamentos de direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LOURENÇO, Paula Meira. **A função punitiva da responsabilidade civil**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

LUDWIG, Marcos Campos. Fundamento e delineamento da pretensão restitutória: comparação entre a *condictio romana* e o direito civil brasileiro. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir**, Porto Alegre, UFRGS, v 4, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. ARENHART, Sergio da Cruz. **Curso de Processo Civil**. 2ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil: comentado artigo por artigo**. 5ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. O “problema” do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 249, ano 40, p. 399-419, 2015.

_____. **Precedentes obrigatórios**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, Cláudia Lima. Nota sobre a proteção do Consumidor no Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015). **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 104, p. 555-564, mar./abr. 2016.

_____. **Contratos no Código de defesa do consumidor**. 2ª. Ed. São Paulo: RT, 1995.

_____; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014.

_____; BENJAMIN, Antonio Herman V. BESSA; Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva. **Revista do Centro de Estudos Judiciários**. Brasília, n. 28, mar. 2005.

_____ ; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva. **Revista do Centro de Estudos Judiciários**, Brasília, n. 28, p. 15-32, jan./mar. 2005.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Leon; CHABAS, François. **Traité Théorique et Pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle**. 4 ed. Paris: Montchrestien, 16eme Édition, v. 1, t. 3, 1945.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo código de processo civil comentado**: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 4ª. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria geral do fato jurídico: plano da existência**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2001.

_____. **Tratado de direito civil português**. 2 ed. Tomo I. Coimbra: Almedina, 2000.

MICHELON JR., Cláudio F. **Direito restitutivo: enriquecimento sem causa, pagamento indevido, gestão de negócios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 5. Ed, rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Direito civil**: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. Diretrizes interpretativas da Função Social do contrato. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 56, p. 22-45, 2012.

_____. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **A nova crise do contrato**. Estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Ed. RT, 2007.

_____. **Responsabilidade civil da imprensa por dano à honra.** O novo Código Civil e a Lei de Imprensa. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MONDAQ. **Italy:** Italian Supreme Court confirms stance on punitive damages. Disponível em: <<http://www.mondaq.com/italy/x/212846/Arbitration+Dispute+Resolution/Italian+Supreme+Court+Confirms+Stance+On+Punitive+Damages>>. Acesso em 03 mar. 2017.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 14 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana:** uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOSSET ITURRASPE, Jorge. **Responsabilidad por daños.** Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, t. V, 1999.

NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem causa.** São Paulo: Saraiva, 2004, p. 15

NOGUEIRA, Cláudia Albagli. O Novo Código de Processo Civil e o sistema de precedentes judiciais: pensando um paradigma discursivo da decisão judicial. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, ano 22, n. 88, p. 185-210, out./dez. 2014.

NUNES, Ana Luisa Tarter. BESSA, Leonardo Roscoe. Convivência normativa entre o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e as ações coletivas: primeiras impressões. **Revista de Direito do Consumidor.** São Paulo, v. 108, ano 25.

O GLOBO. **Ações de consumo somam quase a metade dos 90 milhões de processos no Judiciário.** Disponível em: <<http://www.idec.org.br/em-acao/noticia-consumidor/aces-de-consumo-somam-quase-a-metade-dos-90-milhes-de-processos-no-judiciario>>. Acesso em: 01 mar. 2017.

_____. **Tarifa de celular no Brasil é a mais cara do mundo em termos absolutos.** Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/sociedade/tecnologia/tarifa-de-celular-no-brasil-a-mais-cara-do-mundo-em-termos-absolutos-10279511#ixzz4EwMISRGf>>. Acesso em: 20 jul. 2016.

OXFORD. **Word of the year 2016 is.** Disponível em: <<https://en.oxforddictionaries.com/word-of-the-year/word-of-the-year-2016>>. Acesso em; 17 nov. 2016.

PENA, Rodolfo F. Alves. **Lobby.** Disponível em: <<http://brasilecola.uol.com.br/politica/lobby.htm>>. Acesso em: 17 fev. 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil.** 20 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, v. 2, 2003.

_____. **Responsabilidade civil.** 3ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1993.

PERLINGIERI, Pietro. **Il diritto civile nella legalità costituzionale.** 2. ed. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1991.

PISTOLETTO, Michaelangelo. **The Third Paradise.** Veneza: Marsilo, 2010.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado.** Parte especial. TOMO XLIII. Direito das Obrigações. Mandato, Gestão de negócios alheios sem outorga. Mediação. Comissão. Corretagem. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

POSNER, Richard A. **Economic analysis of law.** 8th ed. New York: Aspen Publishers, 2010.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça.** Nova tradução baseada na edição americana revista pelo autor, Jussara Simões; revisão técnica e tradução Álvaro de Vita, 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

RIPERT, Georges. **La règle morale dans les obligations civiles.** 4 ed. Paris: LGDJ, 1949.

RODIE, Bernard. **"The Anatomy of Deterrence" as found in Strategy in the Missile Age.** Princeton: Princeton University Press, 1959.

RODOTÀ, Stefano. Ordine pubblico o buon costume?. **Rivista Giurisprudenza di mérito,** v. II. Giuffrè: Milano, 1970.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 1988.

ROSEVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil**: a reparação e a pena civil. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ROSITO, Francisco. **Teoria dos precedentes judiciais**: racionalidade da tutela jurisdicional. Curitiba: Ed. Juruá, 2012.

RUGGIERO, Roberto de. **Istituzioni di diritto civile**, Vol. I. Giuffrè: Messina-Milano, 1934.

RUZON, Bruno Ponich. O paradoxo na quantificação do dano moral nas relações de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 78, abr./jun. 2011.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **Princípio da reparação integral**. Indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTANA, Hector Valverde. **Dano moral no direito do consumidor**. 2.ed. ver. Atual. Ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SAVATIER, René. **Traité de la responsabilité civile en droit français**. Paris: LGDJ, 1951.

SCHMITT, Cristiano Heineck. **Consumidores hipervulneráveis**: a proteção do idoso no mercado de consumo. São Paulo: Atlas, 2014.

SCHREIBER, Anderson. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. In: ARRUDA ALVIM, Angélica (coord). **Atualidades de Direito Civil**. Volume II - Estudos Sobre a Responsabilidade Civil. Curitiba: Juruá, 2007.

SCHWABE, Jurgen. **Cinquenta Anos da Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Trad. Beatriz Hennig, et al. Disponível em: <http://www.kas.de/wf/doc/kas_7738-544-1-30.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2016.

SENACON. **Relatório do Cadastro Nacional de Reclamações Fundamentadas**. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/Anexos/cadastronacionalreclamacoes2012.pdf>>. Acesso em: 25 fev. 2017.

SHAVELL, Steven. **A note on marginal deterrence**. International Review of Law and Economics, 1992, v. 12, issue 3, p. 345-355. Disponível em: <http://law.harvard.edu/faculty/shavell/pdf/12_Inter_Rev_Law_Econ_345.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2016.

SILVA, Rodrigo Daniel. **Não há como democratizar o processo e esperar que ele seja mais rápido**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-07/entrevista-luiz-salomao-amaral-viana-juiz-professor>>. Acesso em: 12 fev. 2016.

SINDEC. **Boletim da Secretaria Nacional do Consumidor de 2015**. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/sindec/anexos/boletim-sindec-2015.pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2017.

STARCK, Boris. **Essai d'une theorie générale de la responsabilité civile em as double fonction de garantie et de peine privéé**. Paris: L. Rodstein Librarie, 1947.

STJ. **Súmulas do Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2017.

STEIN, Friedrich. **El conocimiento del juez**. 2a. Ed. Santa fé de Bogotá: Temis, 1999.

STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. **O que é isto – o sistema (sic) de precedentes no CPC?**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>>. Acesso em: 04 mar. 2017.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TUNC, André. **La responsabilité civile**. 2. ed. Paris: Economica, 1989.

ULIAN, Eduardo. **Responsabilidade civil punitiva**. São Paulo: USP, 2003, 121 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.

USTÁRROZ, Daniel. **Responsabilidade civil pelo ato lícito**. 1ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

VAZ, Caroline. **Funções da responsabilidade civil**. Da reparação à punição e dissuasão. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**. Vol. VI. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

_____. **Direito civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2011.

VINEY, Geneviève. JOURDAIN, Patrice. **Les effets de la responsabilité civile**. *Traité de Droit Civil, sous la direction de Jacques Ghestin*. 3.ed. Paris, LGDJ, 2010.

_____. **Traité de droit civile: introduction à la responsabilité**. 2 ed. Paris: LGDJ, 1995.

WALD, Arnaldo. O Governo das Empresas. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, n. 15, p. 53-78, 2002.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Brazilian Precedents**. Migalhas, 24 jun. 2014. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI203202,31047-Brazilian+precedentes>>. Acesso em: 30 nov. 2016.

WILLIAMS, Glanville. **Criminal Law: The General Part**. 2 ed. Stevens Publication: London, 1961.

WATANABE, Kazuo. GRINOVER, Ada Pelegrini. **Os processos coletivos nos países de *civil law* e *common law***. Editora RT: São Paulo, 2007.

ZWEIGERT, Konrad. **El derecho comparado como metodo universal de interpretacion**. Boletín del Instituto de Derecho Comparado de Mexico. Mexico, ano XI, n. 31, p. 51-69, abr. 1958.