

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
PROGRAMA DE MESTRADO

ALEXANDRE PEREIRA BONNA

DANOS EM MASSA E OS *PUNITIVE DAMAGES*

Belém
2015

ALEXANDRE PEREIRA BONNA

DANOS EM MASSA E OS *PUNITIVE DAMAGES*

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade Federal do Pará, como parte dos requisitos para a obtenção do título de Mestre.

Área de concentração: Relações Privadas e Direitos Humanos.

Orientadora: Profa. Dra. Pastora do Socorro Teixeira Leal.

Belém
2015

ALEXANDRE PEREIRA BONNA

DANOS EM MASSA E OS *PUNITIVE DAMAGES*

Aprovado em: 04/03/2015

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: _____

Profa. Dra. Pastora do Socorro Teixeira Leal, UFPA.

Banca Examinadora:

Prof(a). Dr(a). _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof(a). Dr(a). _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof(a). Dr(a). _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

À Ivete (*in memoriam*), Evandro, Leila, Lizandra e Davi.

AGRADECIMENTOS

Ao longo dessa jornada, algumas pessoas confirmaram e outras revelaram ter enorme consideração, carinho e respeito comigo, influenciando direta ou indiretamente no desenvolvimento do trabalho, por meio de palavras de apoio, provas de paciência, compreensão e amor e até mesmo por apontamentos sobre os rumos da pesquisa, que foi o caso das professoras Dra. Pastora do Socorro Teixeira Leal – minha extraordinária orientadora e quase coautora, que me recebia por horas junto com minha família inúmeras vezes em sua residência para discutir e lecionar temas importantes da pesquisa - e Dra. Gisele Góes - que sempre fomentou a criação de terreno fértil para a pesquisa acadêmica com suas perguntas formidáveis e muitas vezes sem respostas, que é o grande motor do avanço de qualquer ciência. Agradeço a todos os funcionários pela presteza corriqueira, a todos os colegas que ingressaram no ano de 2013 no mestrado pela união e a todos os professores desse Programa de Pós-Graduação em Direito, em especial ao professor Dr. Antônio Maués, já que a pesquisa utiliza muitos autores apresentados por ele a mim e com este professor estudei três matérias: Direitos Fundamentais, Justiça Constitucional Comparada e Teoria dos Direitos Humanos.

Meus agradecimentos aos funcionários, estagiários e advogados do Escritório Coelho de Souza, em particular aos doutores Roberta e Bruno pela confiança e compreensão, aos advogados André, Daniel, Hélio, Alessandro, Kallyd, Antônio e João pela amizade, e aos estagiários Sergie, Paulo e Amanda pela entrega profissional.

Aos meus pais, pela preocupação, apoio e amor incondicional, o verdadeiro amor, que não se fragiliza diante das adversidades.

E, falando de amor, meus agradecimentos aos donos do meu coração, Davi e Lizandra, pela enorme paciência nesses anos e ajuda nas madrugadas de estudo, pois sem o afago, o carinho e o calor de vocês esse trabalho não seria o mesmo.

Os problemas significativos com os quais nos deparamos não podem ser resolvidos no mesmo nível de pensamento em que estávamos quando eles foram criados.

Albert Einstein

RESUMO

Propõe uma releitura do instituto dos *punitive damages* (indenização punitiva) a partir de sua interface situada entre as ações coletivas e os danos em massa. Examina se o manejo da indenização punitiva para fazer frente a esses danos deve ocorrer em sede de ações coletivas ou individuais, buscando responder satisfatoriamente qual das vias é a mais adequada (superior), por meio de análise baseada no método comparativo calcada em dois fatores: o direito à prova dos fatos relevantes para caracterizar os *punitive damages* e aferir o grau de censurabilidade da conduta e a teoria econômica dos *punitive damages* relativa ao desestímulo, tendo como base a teoria de Polinsky e Shavell. Realiza pesquisa que parte do pressuposto de que os *punitive damages* têm cabimento no ordenamento jurídico brasileiro com base na teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin, contudo, procura os contornos dos *punitive damages* na experiência jurídica norte-americana como base teórica para a comparação realizada com os olhos voltados para o caso brasileiro. Realiza levantamento dos precedentes da Suprema Corte Americana e adota os fatos relevantes para indenização punitiva com base na interpretação desta Corte. Traça o perfil de aplicação dos *punitive damages* nos Estados Unidos e da indenização punitiva no Brasil, buscando identificar elementos débeis na prática jurídica pátria. Traz o requisito da superioridade da ação coletiva prevista da experiência norte-americana para o direito brasileiro a partir do interesse de agir e da efetividade do processo. Aprofunda o significado do teste de superioridade a partir do *superiority test* existente na experiência norte-americana com as *class actions*, o qual é utilizado na tarefa de determinar se os direitos em jogo estão aptos a serem tutelados coletivamente no contexto da *class action for individual damages*, ou seja, a superioridade é um requisito para o processamento de uma *class action*, devendo o magistrado avaliar se a ação de classe é superior a outros procedimentos disponíveis, em termos de justiça e eficácia da decisão. Examina a superioridade da tutela coletiva em relação ao direito à prova dos fatos relevantes para a incidência dos *punitive damages* e avaliação do grau de censurabilidade da conduta. Avalia a superioridade da tutela coletiva sob o papel de desestímulo situado nos fundamentos econômicos dos *punitive damages*. Adota a conceituação dos danos em massa alocada no âmbito do direito processual. Conclui que quando se está diante de danos individuais de massa, produzidos em larga escala, a maneira mais adequada de obter um nível adequado de dissuasão e repreender o comportamento do ofensor é fazendo uso da ação coletiva, do mesmo modo que as ações coletivas se revelaram como superiores em razão da legitimidade repousada no direito à prova dos fatos relevantes para caracterizar a incidência dos *punitive damages* e avaliar o grau de censurabilidade da conduta.

Palavras-chave: indenização punitiva. danos em massa. adequação. direito à prova. teoria econômica do desestímulo. ações coletivas.

ABSTRACT

A rereading of the punitive damages institute is proposed from the perspective of its interface situated between the collective action and the mass damages. It is examined whether the indemnity that arises out of the punitive damage should be handled in a context of collective or individual actions, aiming to satisfactorily answer which of the aforementioned ways is the most suitable, by taking an analysis based on the comparative method, sustained by two factors: the right to proof of the relevant facts to characterize the punitive damages and measuring the degree of reprehensibility of the conduct and the economic theory of punitive damages on the discouragement, based on the theory Polinsky and Shavell. A research is performed assuming that the punitive damages has a place is Brazilian's legal system based on the theory of law as integrity from Ronald Dworkin, nevertheless, the outline of the punitive damages are searched in the North American Juridical experience as a theoretic base for the comparison made with eyes turned to the Brazilian case. An analysis of the precedents of the Supreme Court of the United States is performed and the relevant facts for the punitive damage are adopted based on the interpretation of such Court. The application profile of the punitive damages in the United States and in Brazil are traced, intending to identify the weak elements in the national legal practice. The requisite of the superiority of the collective actions seen in the North-American experience is brought to Brazilian Law from the perspective of the interest to act and the effectiveness of the process. The meaning of the superiority test is deepened based on the test that exists in the North-American experience with the class actions, which is used in the task to determine if the rights at stake are able of being collectively judged in the context of the class action for individual damages, in other words, the superiority is a requisite for the processing of a class action, implying that the magistrate must evaluate whether the class action is superior to other available proceedings, in terms of justice and efficiency of the decision. Examines the superiority of collective protection for the right proof of the relevant facts to the impact of punitive damages and assessing the degree of reprehensibility of conduct. Assesses the superiority of collective protection under the paper disincentive situated in economic fundamentals of punitive damages. The conceptualization of mass damages is adopted, allocated in the scope of procedural law. It is concluded that when facing individual mass damages produced in a large scale, the most suitable way of obtaining an adequate level of dissuasion and reprehend the behavior of the offender is to make use of the collective action, the same way that the collective actions have proved to be superior because of the legitimacy that lies on the right to evidence of the relevant facts in order to characterize the incidence of the punitive damages and assess the degree of reprehensibility of the conduct.

Keywords: punitive damages. mass damage. suitability. right to evidence. economic theory of disincentive. collective actions.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

CF/1988	- Constituição Federal de 1988
CPC	- Código de Processo Civil (Lei Federal n. 5.869/1973)
LACP	- Lei da Ação Civil Pública (Lei Federal n. 7.347/1985)
CC/2002	- Código Civil de 2002 (Lei Federal n. 10.406/2002)
CDC	- Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal n. 8.078/1990)
STJ	- Superior Tribunal de Justiça
STF	- Supremo Tribunal Federal
TST	- Tribunal Superior do Trabalho
TRT/8	- Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região
TJ/SP	- Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 AS FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL	22
2.1 NOÇÕES BÁSICAS DE RESPONSABILIDADE.....	22
2.2 AS FUNÇÕES REPARATÓRIA E COMPENSATÓRIA.....	32
2.3 AS FUNÇÕES PUNITIVA E PREVENTIVA: DUAS FACES DA MESMA MOEDA.....	35
3 OS DANOS INDIVIDUAIS DE MASSA: UM NOVO PERFIL DE LITÍGIO	38
3.1 A SOCIEDADE DE MASSA DE CONSUMIDORES E DE TRABALHADORES NO MUNDO MODERNO DECORRENTE DA VITÓRIA DO <i>ANIMAL LABORANS</i> DO PENSAMENTO ARENDTIANO.....	38
3.2 A NATUREZA PROCESSUAL DOS DANOS INDIVIDUAIS DE MASSA.....	44
3.2.1 AS AÇÕES COLETIVAS NA EXPERIÊNCIA NORTE-AMERICANA (<i>CLASS ACTION</i>) E INTROITO À TUTELA COLETIVA NO BRASIL.....	48
3.2.2 A CONTROVÉRSIA SOBRE O DANO MORAL COLETIVO.....	57
3.2.3 A DEFINIÇÃO DOS DIREITOS INDIVIDUAIS DE MASSA NO CAMPO DO DIREITO MATERIAL E A SUA CRÍTICA.....	59
3.2.4 A DEFINIÇÃO DOS DIREITOS INDIVIDUAIS DE MASSA NO CAMPO DO DIREITO PROCESSUAL.....	62
3.2.5 O CRITÉRIO DA SUPERIORIDADE (<i>SUPERIORITY TEST</i>) E A SUA RECONDUÇÃO AO DIREITO BRASILEIRO.....	67
4 OS <i>PUNITIVE DAMAGES</i> (INDENIZAÇÃO PUNITIVA)	70
4.1 OS <i>PUNITIVE DAMAGES</i> NA EXPERIÊNCIA JURÍDICA NORTE-AMERICANA.....	70
4.1.1 A DECISÃO JUDICIAL COMO BASE DO SISTEMA DA <i>COMMON LAW</i> E A REGRA DO <i>STARE DECISIS</i>	78
4.1.2 AS FUNÇÕES DESEMPENHADAS PELOS <i>PUNITIVE DAMAGES</i>	83
4.1.2.1 OS FUNDAMENTOS ECONÔMICOS DA FUNÇÃO DE PREVENÇÃO OU DE DESESTÍMULO (<i>DETERRENCE</i>).....	83
4.1.3 OS PRESSUPOSTOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS DOS <i>PUNITIVE DAMAGES</i>	93
4.1.4 A INTERPRETAÇÃO DOS LIMITES CONSTITUCIONAIS E PRESSUPOSTOS DOS <i>PUNITIVE DAMAGES</i> PELA SUPREMA CORTE AMERICANA.....	102

4.1.5 OS <i>PUNITIVE DAMAGES</i> E A SUA APLICAÇÃO NAS <i>CLASS ACTIONS</i> : OS <i>PUNITIVE DAMAGES CLASS</i>	109
4.2 O MODELO DE APLICAÇÃO DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA NA EXPERIÊNCIA JURÍDICA BRASILEIRA.....	112
4.3 REESCREVENDO O CRITÉRIO DA SUPERIORIDADE (<i>SUPERIORITY TEST</i>).....	122
5 ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE AÇÕES COLETIVAS E INDIVIDUAIS SOBRE A ADEQUAÇÃO DO PROCEDIMENTO EM RELAÇÃO À INDENIZAÇÃO PUNITIVA PARA DANOS EM MASSA.....	123
5.1 COMPARAÇÃO PAUTADA EM ASPECTOS ECONÔMICOS DO DESESTÍMULO OFERECIDO PELOS <i>PUNITIVE DAMAGES</i> : A TEORIA DE POLINSKY E SHAVELL.....	124
5.2 COMPARAÇÃO PAUTADA NO DIREITO À PROVA DOS FATOS QUE ATRAEM OS <i>PUNITIVE DAMAGES</i> E AFEREM O GRAU DE CENSURABILIDADE.....	133
6 CONCLUSÃO.....	142
REFERÊNCIAS.....	145
ANEXO A – ACÓRDÃOS E VOTOS DO STJ.....	157
ANEXO B – ACÓRDÃOS E VOTOS DO STF.....	158
ANEXO C – ACÓRDÃOS E VOTOS DO TST.....	159
ANEXO D – ACÓRDÃOS E VOTOS DO TRT/8ª.....	160
ANEXO E – ACÓRDÃOS E VOTOS DO TJ/SP.....	161

1 INTRODUÇÃO

Como pensar o Direito quando o seu aparato consubstanciado no Estado-Juiz perde fôlego como instrumento de pacificação social? Como refletir sobre categorias jurídicas que alimentam a lógica da perpetração de danos no lugar de contribuírem para a sua não reiteração? É neste cenário que se situa a presente pesquisa, no contexto dos danos individuais de massa nas relações privadas.

Estes danos, em que pese não perderem a sua característica de danos individuais, adquirem, pela prevalência das questões coletivas sobre as individuais, pela superioridade da ação coletiva sobre a individual, pela garantia do acesso à justiça, pela inviabilidade de formação de litisconsórcio com todas as vítimas ou qualquer outra demanda individual, um status de “tuteláveis coletivamente”.

Ou seja, a natureza desses danos massificados não se encontra no campo do direito material, não sendo possível atribuir a estes um conteúdo diferenciado de outros danos individuais. É no aspecto processual que os danos individuais de massa encontram a sua formatação, já que a partir de alguns critérios é possível qualifica-los como “tuteláveis coletivamente”, de modo que tanto na experiência norte-americana, com a *class action for individual damages*, quanto na brasileira, com as ações coletivas para a tutela de direitos individuais homogêneos, o Direito fornece um instrumento processual apto para tratar coletivamente questões individuais.

São exemplos de danos massificados: ausência de acessibilidade em espaços públicos ou privados, trabalho escravo em fábrica ou propriedade rural, propaganda enganosa divulgada a consumidores, desrespeito ao limite de tempo de espera em instituições financeiras, atraso na entrega de empreendimento imobiliário, cláusulas abusivas em contratos de consumo de produtos ou serviços, posto de gasolina que comercializa gasolina adulterada, fornecedor que põe em circulação produtos em quantidade inferior ao indicado na embalagem, fornecedores de produtos ou serviços que não possibilitam atendimento do consumidor de forma satisfatória, empregados que sofrem constantes violações dos direitos trabalhistas em geral, no contexto do mesmo empregador ou da mesma categoria, dentre outros.

Em que pese haver discussão intensa na doutrina para discriminar pormenorizadamente os danos metaindividuais (coletivos *stricto sensu* e difusos) e os danos individuais tuteláveis coletivamente, a presente pesquisa relega a um

segundo plano essa digressão, haja vista que mesmo em se tratando de danos metaindividuais, os danos individuais considerados singularmente ou coletivamente poderão ser reparados e/ou compensados, além do que gozam da mesma dimensão social daqueles, não havendo razões para profundas diferenças, salvo àquelas relacionadas às minúcias do procedimento, em especial a liquidação de sentença.

É no bojo dos danos em massa que se fortalecem e perpetuam práticas promotoras de danos em larga escala, caracterizadas por enorme desconsideração aos direitos alheios e má-fé, estimulada pela insuficiência do sistema de responsabilidade civil brasileiro, o qual promove resposta não condizente com a gravidade do dano em massa, assentado em decisões fragmentadas em processos individuais de pequena parcela das vítimas e condenação em valor apenas suficiente para reparar ou compensar o dano, valor este menor do que o lucro obtido com a conduta danosa e os gastos com indenizações do ofensor.

Esta lógica de responsabilização espalhada em demandas individuais de pequena parcela representativa das vítimas importa em um prêmio aos réus que praticaram condutas de alta gravidade, pois pagarão menos por terem investido menos em segurança e em qualidade do produto, serviço e/ou condições de trabalho, já que o preço para um padrão ótimo de suas atividades é inferior aos valores indenizatórios arbitrados judicialmente. Deste modo, Francis McGovern (2010, p. 452/453) acentua que “If a defendant is not obligated to pay for all the harm it causes, it will underinvest in safety” (se o réu não é obrigado a pagar por todo o mal que fez, ele vai investir menos em segurança), engendrando uma conclusão esdrúxula de que quem investe menos paga menos. Por consequência, quem arca com o prejuízo não suportado pelo ofensor é a sociedade (“society at large paid for them”).

Por esta razão, surge a necessidade não só de repensar a função reparatória/compensatória da responsabilidade civil em favor da punitiva/preventiva, mas também de avaliar a conveniência da conjugação entre a indenização punitiva¹ e as ações coletivas no contexto dos danos em massa, a partir de pesquisa que investigue a superioridade das ações coletivas para o manejo da indenização punitiva para danos desta natureza.

¹ Ao longo da pesquisa a expressão “indenização punitiva” será utilizada para se referir ao instituto dos *punitive damages* no contexto da experiência brasileira. Do mesmo modo, a expressão “punitive damages” será empregada apenas para inserir a discussão no âmbito da experiência norte-americana.

Nasce a hipótese de que se a ação coletiva for superior para a aplicação dos *punitive damages* (indenização punitiva) para danos em massa, poderá atuar na transformação do plano concreto a partir da inibição eficaz de arrogos do poder privado no cometimento de danos em massa. E mais, vislumbra-se que não há motivo para que o Poder Judiciário decida de forma distinta e fragmentada uma questão que é única e decorrente de um mesmo padrão de conduta e promove danos em massa.

Quando se aceita a fixação de indenização punitiva em sede de demandas individuais, a sanção imposta pela Justiça nunca será proporcional à agressão feita em massa, seja pelo conflito de decisões (umas aplicam a indenização punitiva e outras fixam apenas valores compensatórios ou reparatórios), seja pela porcentagem mínima de vítimas que ingressam com demandas judiciais (o tempo, o desgaste, a falta de informação e o ônus financeiro afasta muitas vítimas de buscar a tutela jurisdicional), problema este que não se sustenta em sede de ações coletivas pela possibilidade inclusive de condenação genérica representativa das vítimas que não se habilitaram no processo.²

O modelo de aplicação da indenização punitiva na experiência brasileira segue uma lógica eminentemente individual, em dissonância com o fenômeno da litigiosidade de massa e da constante transformação dos conflitos individuais em coletivos no âmbito da sociedade inserida no mundo moderno.

A reflexão em torno das ações coletivas e da indenização punitiva contribui para o rompimento dos requisitos subjetivos dos *punitive damages* (pautados em elementos psicológicos ou anímicos tais como malícia, ilícito intencional, má-fé, etc.), pois como a ação coletiva permite acesso a um banco de danos mais representativo do verdadeiro exército de vítimas, faz com que a simples existência dos danos em massa qualificados por elementos objetivos que caracterizem a gravidade do resultado danoso expresse a patente desconsideração com os direitos alheios, e, por consequência, atraia a aplicação dos *punitive damages*.

O liame entre a indenização punitiva e as ações coletivas apresenta um terreno fértil para a potencialização da função primordial daquela: a de prevenir

² O *fluid recovery* é um remédio criado pela jurisprudência norte-americana para fazer frente a danos causados a milhares ou milhões de pessoas - na hipótese de não haver habilitação de quantidade de interessados compatíveis com a gravidade do dano. O legislador brasileiro previu esta hipótese no artigo 100 do CDC, permitindo sentença em valor indenizatório genérico que represente o dano globalmente considerado, mesmo com a inércia na habilitação dos titulares do direito à indenização.

novos danos, dissuadindo o ofensor a partir de uma indenização em valor superior ao necessário para compensar o(s) prejuízo(s) sofrido(s) pela(s) vítima(s).

As principais pesquisas desenvolvidas no Brasil sobre a aplicação dos *punitive damages* não investigaram a eficácia preventiva do referido instrumento em demandas individuais ou coletivas. Destacam-se as teses de Ricardo Pedro e Serpa (2011), Geandrei Stefanelli Germano (2011), Marcela Alcazas Bassan (2009), André Gustavo de Andrade (2009), Carolina Vaz (2009), a obra de Maria Celina Bodin de Moraes (2009) e o artigo de Judith Martins-Costa e Mariana Pargendler (2005).

A finalidade primordial dos *punitive damages* é punir para ensejar a dissuasão/prevenção/detenção de uma conduta repudiada pelo ordenamento jurídico, contudo, a aplicação do instituto em demandas judiciais no Brasil e os estudos desenvolvidos sobre o tema, apesar de abordarem a função punitiva e preventiva, deixam de refletir sobre a eficácia para a prevenção de danos. E mais, as ações coletivas, como instrumento no campo processual para potencializar o propósito de coibir condutas gravosas de alto impacto danoso não têm sido objeto de reflexões em torno da temática.

É preciso se preocupar, assim, com a utilidade do instituto no plano pedagógico, sob pena de torná-lo inútil à sua finalidade primordial, sendo imperiosa a valorização e aperfeiçoamento dos *punitive damages* no âmbito das ações coletivas para engendrar maior proteção de direitos em face de práticas repugnantes nas relações de privadas.

O tema apresenta grande relevância sob a ótica dos direitos humanos e seus mecanismos de proteção na ordem interna e internacional. O sistema de proteção dos direitos humanos é marcado pela coexistência harmônica dos sistemas regionais (americano, europeu, africano) e global sob a direção das Nações Unidas. É por isso que os princípios constantes nos tratados, pactos, declarações e convenções se imbricam para melhor tutelar a pessoa humana, não havendo hierarquia entre os instrumentos e sistemas de proteção, tendo em vista que ambos “compõem o universo instrumental de proteção dos direitos humanos no plano internacional. Sob essa ótica, os diversos sistemas interagem em benefício dos indivíduos protegidos” (PIOVESAN, 2004, p. 25).

Com o pontapé dado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1968, um verdadeiro *corpus juris* foi se formando e se solidificando, acentuados pelos Pactos Universais de Direitos Humanos aprovados pela Assembleia Geral em

1966. Neste panorama é possível afirmar que os direitos humanos na contemporaneidade se caracterizam pelos “pelos processos de universalização e internacionalização desses direitos, compreendidos sob o prisma de sua indivisibilidade” (PIOVESAN, *Op. Cit.*, p. 25). Essa indivisibilidade rechaça qualquer relevância da fase história em que os direitos foram conquistados ou reconhecidos, uma vez que compreendem um todo unitário, interdependente e relacionado.

Embora formalmente distintos quanto ao tipo de relação jurídica e o modo de pleitear, os danos das vítimas inseridas em relações privadas e de atos do Estado esbarram na mesma limitação: ausência de dispositivo expresso que determina a reparação integral, não havendo nenhuma regra que faça alusão à possibilidade de o valor ultrapassar o suficiente para reparar o dano³. A interpretação literal de tais disposições no sistema americano de proteção de direitos humanos aliado às alusões corriqueiras ao “princípio da restituição integral”⁴, ensejaram, por vezes, o entendimento de que as normas internacionais de proteção dos direitos humanos não concebem os *punitive damages*⁵.

A problemática dos *punitive damages* e do dano moral no direito brasileiro está inserida na questão da proteção, garantia e efetivação dos direitos humanos, assim como da prevenção de violações dessa natureza. Ressalta-se, o dano moral é uma questão umbilicalmente relacionada com os direitos humanos, pois é

³ O Código Civil de 2002 (Lei n. 10.406/2002), de agora em diante CC/2002, determina em seu artigo 944 que “a indenização mede-se pela extensão do dano”; o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990 – de agora em diante CDC) preceitua em seu artigo 6º, inciso VI, que “são direitos básicos do consumidor (...) a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”; por fim, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) faz alusão apenas à possibilidade de compensação dos danos, em seu artigo 68, parágrafo 2º: “a parte da sentença que determinar indenização compensatória poderá ser executada no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado.”

⁴ No caso *Bárraca Velasquez x Guatemala*, o juiz Sérgio Garcia Ramirez assim se manifestou sobre o princípio da restituição integral: “Restitutio in integrum significa, en sentido estricto que es también su alcance literal, restitución de las cosas al estado que guardaban antes de que ocurriera la conducta ilícita y se vieran afectados los bienes jurídicos de ciertas personas. Eso es lo que se dice y se pretende al hablar de “plena restitución”, que no es una restitución a secas, inevitablemente parcial y relativa. Aquella restitución plena que implica un retorno pleno es conceptual y materialmente imposible.” Disponível: <http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/jurisprudencia>, acesso em 21/02/2014.

⁵ “The expression ‘fair compensation’, used in Article of the Convention to refer to a part of the reparation and to the “injured party,” is compensatory and not punitive. Although some domestic courts, particularly the Anglo-American, award damages in amounts meant to deter or to serve as an example, this principle is not applicable in international law at this time” (FONTANA, 1991, p. 1158). Tradução Livre: “A expressão ‘compensação justa’, utilizada no artigo da Convenção para se referir a uma parte da reparação e ao ‘lesado’, é compensatória e não punitiva. Embora alguns tribunais nacionais, em particular os anglo-americanos, concedam indenizações em quantias destinadas a impedir ou para servir de exemplo, este princípio não é aplicável no direito internacional no momento.”

modernamente conceituado como lesão à dignidade da pessoa humana, princípio jurídico que também norteia as normas de proteção internacional de direitos humanos, de modo que as violações de direitos humanos perpetradas pelo Estado não se diferenciam ontologicamente das ofensas ultrajantes do poder privado, como nas relações entre fornecedores e consumidores. Ou seja, os direitos da pessoa humana violados nas relações privadas são substancialmente equivalentes aos gravames à pessoa humana por parte do Estado.

Diante do panorama descrito, a pergunta que se pretende responder, como questão primária, é: qual sede (ações coletivas ou individuais) é mais adequada (superior) para o manejo da indenização punitiva em face de danos individuais de massa no âmbito das relações privadas? Em seguida, pergunta-se: qual é mais adequada no tocante o direito à prova dos fatos que atraem a indenização punitiva e aferem o grau de censurabilidade do comportamento causador de danos em massa?; qual é mais adequada para uma análise econômica que favoreça o desestímulo dos danos em massa.

Indiretamente, o trabalho percorrerá por diversos assuntos problemáticos e apontará preferências, mas é importante asseverar que não constitui objeto da presente pesquisa o cabimento ou não dos *punitive damages* no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que o estudo parte do pressuposto de que o mesmo encontra guarida na integridade do direito pátrio.

Não será apreciada a discussão relativa à destinação da indenização punitiva, assim como não serão feitas reflexões sobre os critérios para a fixação do *quantum* indenizatório em se tratando de danos existenciais, tema que ainda representa grande celeuma na jurisprudência e doutrina brasileira em razão da impossibilidade de tarifação de valores indenizatórios de forma estanque e da inviabilidade de diagnósticos sólidos a respeito da compensação de danos no âmbito existencial da pessoa humana. De igual forma, o trabalho não se ocupará sobre a necessidade ou não de alteração legislativa no tocante às ações coletivas, tendo em vista às inúmeras problemáticas envolvendo tal assunto, demonstradas pelos vários projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional⁶.

⁶ PL 5.139/2009, PL 8.046/2010 e PL 282/2012. E, ainda, o Código de Processo Modelo para países de Direito Escrito, elaborado por Antônio Gidi; anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América, elaborado por Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Antonio Gidi, e revisado por uma comissão de juristas; anteprojeto do Instituto Brasileiro de Direito Processual, considerado o primeiro anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, tendo como

Em que pese a enorme importância da atuação do Ministério Público no âmbito extrajudicial, inclusive com a possibilidade de aplicação de indenizações punitivas nesta seara a partir dos Termos de Ajustamento de Conduta - TAC, com forças concretas para promover a prevenção de danos, o trabalho se ocupará apenas do tema no campo judicial e não extrajudicial, tendo em vista que a análise da prevenção de danos no aspecto extrajudicial envolveria necessariamente estudo muito amplo, abarcando os órgãos de controle que exercem fiscalização de determinadas atividades, como é o caso da ANATEL, ANEEL, ANCINE, ANAC, ANTAQ, etcetera.

Um esclarecimento importante a ser feito é que a incidência dos *punitive damages*, como categoria que está calcada na responsabilidade civil, exige que o réu seja responsável pela reparação/compensação do dano. Portanto, o resultado da pesquisa não corre o risco de se tornar inócuo por incompatibilização entre indenização compensatória e punitiva em um mesmo processo, individual ou coletivo, de modo que o processo que apreciar os *punitive damages* está apto para definir os valores necessários para reparar ou compensar os danos sofridos, sem possibilidade de ferir a economia processual ou provocar maiores tumultos.

Assim, toda demanda que tiver por objeto os *punitive damages* terá obrigatoriamente também que se posicionar sobre a reparação ou compensação de danos, incluído aqui um novo perfil de dano, caracterizado pela violação à ordem jurídica e à pessoa humana a partir da exposição ao risco, quando a responsabilização se torna possível tanto como elemento de reparação como de prevenção, ensejando os *punitive damages* quando a conduta apresentar alto grau de censurabilidade.

Constitui objetivo geral da pesquisa responder satisfatoriamente se a via coletiva ou individual é a mais adequada (superior) para a aplicação da indenização punitiva em face de danos em massa inseridos nas relações privadas. Esta superioridade representa um requisito para a coletivização de danos individuais, encontrada no ordenamento jurídico brasileiro por meio da recondução da superioridade das *class actions* da experiência norte-americana pelo interesse de agir.

principal idealizadora Ada Pellegrini Grinover; e, Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, elaborado em conjunto pelos Programas de Pós-Graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e Universidade Estácio de Sá, sob a coordenação de Aluísio Gonçalves de Castro Mendes.

O estudo dirigiu-se a: a) averiguar o direito à prova e a sua relação com os fatos que atraem a indenização punitiva e que compreendam elementos de censurabilidade da conduta no contexto dos danos em massa; b) investigar a superioridade da tutela coletiva e individual quanto ao desestímulo a conduta sob um viés econômico dos danos em massa.

O âmago da pesquisa se assenta no método comparativo tendo como objeto as ações individuais e coletivas, porém, antes percorrer-se-á embasamento teórico razoavelmente suficiente para a respectiva comparação. Na primeira fase da pesquisa, por meio de estudo bibliográfico, serão avaliadas as principais características dos danos individuais de massa, discorrendo sobre a sua inserção como categoria do direito processual. Em seguida, será discriminado o requisito da superioridade da ação coletiva para o fim de reconduzi-lo ao direito brasileiro, por meio do interesse de agir e efetividade do processo.

Com base em pesquisa bibliográfica de obras nacionais e estrangeiras, bem como documental atinente a precedentes da Suprema Corte Americana, serão traçados os contornos do instituto dos *punitive damages* no direito norte-americano, destacando suas justificativas de aplicação, bem como delimitando as suas hipóteses de cabimento e elementos utilizados para aferir o grau de censurabilidade da conduta.

Em seguida, por meio de pesquisa bibliográfica e documental de decisões de tribunais pátrios, será feito levantamento de decisões judiciais que aplicaram os *punitive damages* (indenização punitiva) em face de danos em massa, no sentido de estabelecer qual o perfil de aplicação do instituto no caso brasileiro. Quanto à investigação de jurisprudência, serão coletadas decisões colegiadas no período de agosto de 2013 a agosto de 2014, que julgaram procedente pedido de condenação em valor indenizatório acima do suficiente para compensar ou reparar o dano. A pesquisa será feita junto aos bancos de jurisprudência acessados nos sítios eletrônicos do Tribunal de Justiça de São Paulo (www.tjsp.jus.br), do Superior Tribunal de Justiça (www.stj.jus.br), do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região (www.trt8.jus.br) e do Tribunal Superior do Trabalho (www.tst.jus.br), com a utilização das expressões “punitive damages”, “indenização punitiva”, “caráter pedagógico do dano moral”, “desestímulo do agente”, “danos em massa” e “direito individual homogêneo”.

Por fim, por meio de análise comparativa tendo por objeto as ações coletivas e individuais, buscar-se-á responder qual a mais adequada para aplicar os *punitive damages* (indenização punitiva) em face de danos individuais de massa. A comparação terá por objeto os seguintes aspectos: 1) O direito à prova em relação aos fatos que atraem os *punitive damages* e os que se refiram à censurabilidade da conduta, considerando como fatos relevantes para os *punitive damages* aqueles sedimentados nos precedentes da Suprema Corte Americana; 2) Refletir sobre a eficácia da indenização punitiva como real fator de desestímulo para o ofensor a partir de comparação entre a aplicação da indenização punitiva fragmentada em ações individuais e a sua viabilização por uma ação coletiva, tendo como base a teoria econômica dos *punitive damages* de Polinsky e Shavell (2001). Ou seja, possui como objetivo investigar qual procedimento (coletivo ou individual) permite fixar valor de indenização punitiva que possibilite que o ofensor tome medidas de precaução.

Vale ressaltar que existem outros aspectos que são relevantes para avaliar a adequação do procedimento quanto à aplicação dos *punitive damages*, distintos dos eleitos pela presente pesquisa, contudo, em face da vastidão do tema, bem como pela necessidade de responder satisfatoriamente a questão primária, considera-se que os critérios escolhidos são de grande relevância.

O método comparativo - que será utilizado para avaliar a superioridade da demanda coletiva para a aplicação da indenização punitiva em face de danos individuais de massa – terá por objeto as ações coletivas e individuais. Este método é capaz de produzir conhecimento nas ciências sociais, no momento em que permite a construção das diferenças, tensões e vantagens de um objeto em relação a outro.

Portanto, o uso do método comparativo calcado nestes dois elementos (prova e análise econômica) permitirá concluir qual ação (individual ou coletiva) está mais em consonância com a prova dos fatos que atraem a incidência dos *punitive damages* e avaliam a censurabilidade da conduta, e qual favorece maior poder de prevenção de danos pela indenização, tudo restrito aos danos individuais de massa. Diante destas constatações será possível afirmar qual ação é superior (mais adequada) para a aplicação dos *punitive damages* em face de danos em massa.

Antes de adentrar no desenvolvimento da pesquisa, necessária digressão sobre o cabimento dos *punitive damages* no ordenamento jurídico brasileiro, o qual passará a se constituir como pressuposto do trabalho. Não é unívoco na doutrina e

jurisprudência brasileira que a responsabilidade civil pode desempenhar uma função diversa da ressarcitória, nem tampouco que ela é adequada para promover a punição e prevenção de condutas graves, dentre outros argumentos, em razão de o artigo 944 do CC/2002 estabelecer que o valor da indenização mede-se pela extensão do dano, não aludindo expressamente à permissão de o valor indenizatório ser maior do que o suficiente para recompor o prejuízo, de modo a servir de desestímulo para o agente causador do dano.

A presente pesquisa concebe que os direitos que os cidadãos têm não emanam de um dispositivo legal isolado, mas sim da interpretação construtiva do direito⁷, dentro da qual o juiz metaforicamente elabora mais um capítulo de uma história ainda inacabada, continuando a interpretação do direito como em um romance em cadeia, sendo possível buscar respostas corretas contrárias a um sentido literal de um artigo de lei.

Para além do fato de a indenização punitiva potencializar o princípio da dignidade da pessoa humana a partir da coibição de reiteração de condutas que provocam o seu gravame, acrescenta-se ainda que ela está em consonância com o ideal da Constituição Federal de 1988 (de agora em diante CF/1988), em razão de umbilical relação com o objetivo fundamental de construir uma sociedade justa e solidária, com o princípio de defesa do consumidor que arrima a ordem econômica e está descrita como direito fundamental⁸. No plano infraconstitucional, o próprio CDC estabelece como direito básico a “efetiva prevenção de danos”⁹.

Além do mais, salienta-se que o Direito Civil e nenhum de seus institutos são incompatíveis com funções punitivas, haja vista que o Diploma Civil brasileiro é

⁷ Expressão utilizada em alusão à teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin (2003), que concebe um direito construído a partir de um complexo empreendimento em cadeia e não como algo dado objetivamente a partir de teorias ou princípios abstratos, permitindo haver respostas corretas no Direito mesmo em caso de silêncio da lei, fortalecendo a efetivação de direitos.

⁸ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

V - defesa do consumidor;

⁹ Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

repleto de medidas essencialmente punitivas¹⁰, no sentido de sanção jurídica que impõe como pena a privação de outros direitos, inclusive diversos da liberdade, em razão da prática de ato de elevada gravidade dentro da ordem jurídica. Nesse sentido, Hans Kelsen (2000, *Apud*, SERPA, *Op. Cit.*, p. 190), ao tratar das sanções jurídicas, alertou que a demissão ou a perda de direitos políticos são “punições”, as quais não seriam exclusivas do Direito Penal, já que pena é qualquer privação de direito em decorrência de um ato censurado.

Portanto, a pesquisa utiliza o cabimento dos *punitive damages* no ordenamento jurídico brasileiro como pressuposto para desenvolver a análise sobre a adequação das ações coletivas para uma aplicação eficaz dos *punitive damages* em face dos danos em massa.

¹⁰ Art. 150. Se ambas as partes procederem com dolo, nenhuma pode alegá-lo para anular o negócio, ou reclamar indenização.

Art. 555. A doação pode ser revogada por ingratidão do donatário, ou por inexecução do encargo.

Art. 557. Podem ser revogadas por ingratidão as doações:

I - se o donatário atentou contra a vida do doador ou cometeu crime de homicídio doloso contra ele;

II - se cometeu contra ele ofensa física;

III - se o injuriou gravemente ou o caluniou;

IV - se, podendo ministrá-los, recusou ao doador os alimentos de que este necessitava.

Art. 1.814. São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários:

I - que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente;

II - que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro;

III - que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade.

Art. 1.992. O herdeiro que sonegar bens da herança, não os descrevendo no inventário quando estejam em seu poder, ou, com o seu conhecimento, no de outrem, ou que os omitir na colação, a que os deva levar, ou que deixar de restituí-los, perderá o direito que sobre eles lhe cabia.

2 AS FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Torna-se inarredável o estudo da categoria jurídica da responsabilidade civil e de suas funções, uma vez que o instituto dos *punitive damages* (indenização punitiva) está inserido no campo de ação da função preventiva. Não obstante, a aplicação da indenização punitiva deságua em questões que carecem de reflexão sobre elementos e/ou temas próprios da responsabilidade civil, como o dano e a responsabilidade objetiva.

2.1 NOÇÕES BÁSICAS DE RESPONSABILIDADE

O fenômeno da responsabilidade não é exclusivamente jurídico, nem tampouco de determinado ramo do Direito, estando enrustado em diversos âmbitos da vida em sociedade. Tanto no campo da responsabilidade moral quanto jurídica, a responsabilidade estará sempre vinculada a uma repercussão obrigacional da atividade do homem e concebe a ideia de que “os seres humanos consideram-se uns aos outros como agentes morais, ou seja, seres capazes de aceitarem regras, cumprirem acordos e de agirem obedecendo a essas determinações” (BARRETTO, 2008, p. 998).

A ideia de responsabilidade é inseparável da de obrigação, a qual incorpora deveres de garantia à atividade de determinado sujeito, impondo a este um padrão de conduta qualificado por intensiva responsabilidade na hipótese de respeitar deveres previamente estabelecidos ou não: caso o agente descumpra seus deveres (obrigações), deve ser responsabilizado por isso, contudo, caso não os descumpra, o sujeito permanece responsável por cumpri-los, afastando-se assim a noção tradicional de que a responsabilidade civil só surge quando violado um dever jurídico preexistente¹¹.

Nesse viés, a responsabilidade se desloca da responsabilidade do homem pela sua ação (calcado na figura do ofensor) para a responsabilidade do homem pela(s) vítima(s), relegando a um segundo plano o “caráter de punição do culpável, dando lugar ‘à responsabilidade sem culpa’ (...) fundamentada na ideia de

¹¹ Sobre a existência da responsabilidade independentemente da violação da obrigação, acentua-se que se o sujeito atua conforme seus deveres “não há vantagem, porque supérfluo, em indagar da responsabilidade daí decorrente. Sem dúvida, continua o agente responsável pelo procedimento” (DIAS, 2006, p. 4/5).

solidariedade, muito mais do que na necessidade de punição” (BARRETTO, *Op. Cit.*, p. 1011).

Como categoria do Direito Civil, a responsabilidade está relacionada com a necessidade de observância de obrigações previamente estabelecidas em negócios jurídicos, regras ou princípios, podendo atuar tanto antes do descumprimento de deveres jurídicos, no exercício da função preventiva, quanto depois, no campo da função compensatória ou ressarcitória. Nem sempre esses deveres jurídicos estarão claramente descritos em algum diploma legal ou instrumento particular, sendo possível que emanem da integridade do direito pátrio¹² ou mesmo de cláusulas gerais¹³.

Importante ressaltar que a constante interpretação das obrigações que acompanhem a ideia de responsabilidade no âmbito das relações privadas deve se situar em um contexto onde não haja dicotomia entre Direito Público e Direito Privado porque a pessoa passa a ocupar o núcleo de irradiação de direitos, então “produz-se um enlace, um ponto de contato entre o Direito Privado e o Público Constitucional” (LORENZETTI, 1998, p. 159).

É por isso que se diz que o Direito Civil se torna constitucionalizado, de forma que a produção legislativa e a constante interpretação do Direito Privado deve observar o conteúdo material e formal da constituição, engendrando um dever jurídico fundamental nas relações privadas de respeito à dignidade da pessoa humana, considerada o elemento nuclear de todos os direitos fundamentais e pináculo do ordenamento jurídico pátrio.

Sob essa ótica, a responsabilidade civil fomenta a concretização de direitos fundamentais¹⁴, que passam a gozar de eficácia direta e imediata nas relações privadas. Inicialmente, os direitos fundamentais foram fortalecidos com o escopo de

¹² Expressão utilizada em alusão à teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin (*Op. Cit.*)

¹³ As cláusulas gerais “son reglas, con sentido amplio” (CARRIÓ, 1994, p. 225), utilizadas como técnica legislativa para dar conta de acontecimentos futuros sobre os quais não se conhece ainda. As cláusulas gerais, buscando combater o engessamento da norma jurídica, são marcadas por uma lógica distante da casuística, que é “aquela configuração da hipótese legal que circunscreve particulares grupos de casos na sua especificidade própria” (ENGISHC, 2001, p. 229).

¹⁴ Os direitos fundamentais não se limitam ao elenco do artigo 5º da CF/1988, já que correspondem a um conjunto de direitos que são imprescindíveis à garantia da dignidade das pessoas: “os direitos fundamentais, ao menos de forma geral, podem ser considerados concretizações das exigências do princípio da dignidade da pessoa humana” (SARLET, 2004, p. 110). Portanto, outros direitos também são condição *sine qua non* para a plena realização e sobrevivência do ser humano, previstos no plano interno e no plano internacional por ocasião dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil, já que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (art. 5º, parágrafo 2º da CF/1988).

impor limites ao poder do Estado, com uma eficácia posta na verticalidade indivíduo-Estado, contudo, após a eclosão das revoluções industriais e da complexidade das relações sociais, os arrogos do poder econômico tornaram-se tão ameaçadores quanto os do poder estatal¹⁵.

Tradicionalmente, a responsabilidade civil esteve alicerçada sob o manto dos filtros de reparação, ou seja, obstáculos para a tutela da vítima e a reparação de seu dano: o nexo causal¹⁶, o dano e a culpa.

No que tange o dano, esse se subdivide em dano material e moral. Quando ao primeiro, assevera-se que “se estabelece mediante o confronto entre o patrimônio realmente existente após o dano e o que possivelmente existiria, se o dano não se tivesse produzido” (DIAS, *Op. Cit.*, p. 975). Assim, o arbitramento do dano material não possui maiores problemas uma vez que é encontrado por meio de uma diferença negativa em relação ao patrimônio no sentido jurídico, que é “a totalidade dos bens economicamente úteis que se acham dentro do poder de disposição de uma pessoa” (FISCHER, *Op. Cit.*, *Apud*, DIAS, *Op. Cit.*, p. 975).

De outro lado, sobre o conceito de dano moral individual, doutrina e jurisprudência brasileira desenvolveram três correntes para tal desiderato. A primeira afirma que o dano moral se caracteriza quando a pessoa for alvo de vexame e humilhação que lhe cause dor, sofrimento e angústia. A segunda corrente prega que o dano moral seria qualquer violação a um direito da personalidade, como a honra, a imagem e o nome. A última corrente realiza uma ponte axiológica entre a CF/1988 e o CC/2002 e leciona que o dano moral se configura quando ocorre a violação da cláusula geral de tutela da pessoa humana e/ou a violação ao direito subjetivo à dignidade, que deve ser encontrada no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.¹⁷

Quanto a esta última corrente, surge um dever fundamental de respeito à

¹⁵ Nesse sentido frisa Juan María Bilbao Ubillos (1997, p. 243): “los poderes privados constituyen hoy una amenaza para el disfrute efectivo de los derechos fundamentales no menos inquietante que la representada por el poder público.”

¹⁶ O nexo de causalidade se caracteriza pela ligação que tem de haver entre o dano e o fato ilícito.

¹⁷ Nesse sentido: (...) as hipóteses de dano moral são tão frequentes, porque a sua reparação está posta para a pessoa humana como um todo, sendo tutelado o valor da personalidade humana. Os direitos das pessoas estão, todos eles, garantidos pelo princípio constitucional da dignidade humana, e vêm a ser concretamente protegidos pela cláusula geral de tutela da pessoa humana (MORAES, 2008, p. 114). Corroborando com a impossibilidade de um *números clausus* para a tutela da pessoa humana no âmbito existencial, Pietro Perlingieri acentua que não existirá “um número fechado de hipóteses tuteladas: o tutelado é o valor da pessoa sem limites, salvo aqueles colocados no seu interesse e naqueles de outras pessoas” (2009, p. 156).

dignidade que deve nortear os atos das pessoas umas para com as outras, estando a proteção da dignidade da pessoa humana, enquanto princípio, vinculada apenas a lesão do valor da dignidade, que é expresso na integridade psicofísica, solidariedade, igualdade e liberdade, de modo que “todas as lesões que podem ser reconduzidas a pelo menos um desses quatro princípios são graves o bastante para gerar a reparação por dano moral.” (MORAES, *Op. Cit.*, p. 141).

O núcleo da proteção à dignidade da pessoa representa um valor sem limites, permitindo a reparação nas mais diversas situações, uma vez que visa a proteger a pessoa “naquilo que lhe é próprio, aspectos que se recompõem na consubstanciação de sua dignidade, valor reunificador da personalidade a ser tutelada.” (MORAES, *Op. Cit.*, p. 145)

Ainda sobre o elemento dano, assevera-se que por vezes o mesmo pode se revestir de algumas características que o destoe da aceção clássica de dano material e moral, causando a impressão de que a responsabilidade civil está incidindo em hipótese na qual não houve dano, como ocorre nos exemplos adiante: a) trabalhador que manuseia lixo hospitalar acondicionado de forma imprópria, sem o uso de luvas e aventais; b) bancário sem treinamento e habilitação para transporte de valores, submetido a tal função por necessidade do empregador, que o expôs a risco de assaltos; c) trabalhador de frigorífico sem roupa adequada para atenuar os efeitos das mudanças de temperatura entre o *freezer* e o ambiente externo; d) consumidor que compra veículo com *airbag*, mas o mesmo não está apto a funcionar caso ocorra uma colisão frontal.

Em todos os exemplos acima, mesmo diante da ausência do dano “a olho nu”, sem qualquer abalo físico ou mental aparente, houve violação clara de normas jurídicas, tais como os artigos 3º, 4º e 5º da Lei Federal n. 7.102/83 – que determina que o transporte de valores seja realizado por quem está habilitado – o artigo 166 do Decreto-Lei n. 5.452/1943 – que obriga a empresa a fornecer aos empregados equipamento de proteção individual adequado ao risco - e os artigos 6º, inciso I, e 8º, caput, do CDC – que aduzem ser a segurança um direito do consumidor, assegurando que produtos ou serviços não possam ser colocados no mercado de consumo representando riscos à saúde ou segurança dos consumidores.

A partir do uso da conceituação mais tradicional de dano, os fatos acima relatados não atrairiam o dever de indenizar, porque não restaria caracterizada a diminuição patrimonial apta a caracterizar o dano material, nem tampouco a lesão à

dignidade da pessoa humana suficiente para atrair a indenização por dano moral. Nesse sentido, sem dano não haveria que se falar em responsabilidade civil, e, por consequência, não incidiriam os *punitive damages*, que necessitam da existência de responsabilização do agente para poderem vir à tona.

Nesse sentido, não haveria responsabilidade civil pelas condutas acima perpetradas, uma vez que o “ato ilícito nunca será aquilo que os penalistas chamam de crime de mera conduta; será sempre um delito material, com resultado de dano” (CAVALIERI FILHO, *Op. Cit.*, p. 71), sendo o dano “elemento essencial e indispensável à responsabilização do agente” (STOCO, 2007, p. 128).

Contudo, vê-se que nos exemplos mencionados é possível encontrar não apenas violação da ordem jurídica como também a ofensa a valores da personalidade humana, como a integridade física e psíquica, valores estes que uma vez não observados, tornam adequado a responsabilização do agente por danos morais, pois, em sendo o dano moral violação à dignidade da pessoa humana, o dano se consuma com a simples ofensa ao valor da personalidade, independentemente de qualquer da prova ou existência de consequência aparentemente danosa, de dor, sofrimento, tristeza ou frustração.

Nos casos acima alinhavados, pela simples caracterização das vítimas como pessoas, que possuem valor que surge pela própria existência, uma vez violado o valor dignidade, resta revelado o dano a esse valor, e, portando, à pessoa, prescindindo da constatação material e substancial das consequências dessa ofensa à pessoa, motivo pelo qual um nascituro e uma pessoa em estado vegetativo estão aptos a sofrer danos morais.

Esse modelo de responsabilização, a um número ilimitado de violações, se torna possível em razão de o sistema de responsabilidade civil brasileiro ser atípico e aberto à existência de novos danos, sem limitação legislativa a determinados direitos ou interesses como mercedores de tutela:

(...) em matéria de dano ressarcível, os ordenamentos modernos dividem-se em duas vertentes bem definidas: (i) ordenamentos típicos ou fechados, que indicam taxativamente os interesses cuja violação enseja um dano reparável; e (ii) ordenamentos atípicos ou abertos, que não empregam semelhante restrição. Em outras palavras, nos ordenamentos típicos, o legislador limita o dano ressarcível a certos interesses previamente indicados, restringindo a atuação judicial a um campo determinado. Nos ordenamentos atípicos, ao contrário, o legislador prevê tão somente cláusulas gerais, que deixam ao Poder Judiciário ampla margem de avaliação no que tange ao merecimento de tutela do interesse

alegadamente lesado. (...) É atípico o ordenamento brasileiro, em que o legislador não indica os interesses cuja violação origina um dano ressarcível, limitando-se a prever uma cláusula geral de ressarcimento pelos danos patrimoniais e morais (SCHREIBER, *Op. Cit.*, p. 102).

Sob outra perspectiva, seria possível a responsabilização do agente pela necessidade de combater o risco de produção de danos, mesmo que eles nunca tenham ocorrido, a partir da atuação dos *punitive damages* como elemento de prevenção, uma vez que esta é a função primordial da responsabilidade civil, que pode considerar o risco atual de dano futuro, responsabilizando o agente ao menos a pagar indenização punitiva. Reforça-se esta interpretação pelo enorme número de situações com risco de produção de danos que não foram acompanhadas do incremento tecnológico apto a garantir um controle eficaz.

Destarte, não há limitação legal ao surgimento de novas hipóteses merecedoras de tutela, tais como a violação à norma ou ao valor da dignidade da pessoa humana, nem tampouco à exposição ao risco, abrindo-se horizonte com novas causas legitimadoras da responsabilização e do reconhecimento de novos interesses merecedores de tutela.

Deste modo, é necessário um critério revisado para a fundamentação e justificativa da responsabilidade civil, para o fim de englobar como dano a simples ofensa à norma jurídica e/ou ao valor da dignidade da pessoa humana, assim como possibilitar a responsabilização pela mera exposição ao risco.

Em razão da reviravolta calcada no deslocamento da pessoa do ofensor para a vítima, é possível estabelecer o surgimento da “erosão dos filtros de reparação” caracterizados pela perda de relevância dos referidos pressupostos, em especial o calcado na culpa.

Com a ideologia liberal que precedeu o Código de Napoleão (1804), a culpa se despreendeu do aspecto subjetivo próprio do direito romano-republicano e passou a ser encarada em sua faceta anímico-psicológica¹⁸ a partir do vínculo entre a responsabilidade e liberdade individual, de modo que o agente seria responsável caso fizesse mau uso dessa liberdade, conotação esta que foi fortalecida pela ideologia cristã do pecado e livre-arbítrio (SCHREIBER, *Op. Cit.*, p. 13/14).

Esta exigência psicológica da culpa representou paulatinamente uma grande

¹⁸ “A própria fórmula tríplice da negligência, imprudência e imperícia, incorporada a tantas codificações e apresentada frequentemente como substitutivo à definição de culpa, revela, claramente, o caráter moral e psicológico de que se costuma revestir o conceito.” (SCHREIBER, 2006, p. 15)

barreira à tutela de vítimas no contexto de uma sociedade industrializada, tecnológica e de relações fáticas massificadas, em decorrência da tarefa hercúlea de mergulhar nos impulsos psicológicos do ofensor e provar a culpa.

Nesse espectro, surge a teoria do risco como um mecanismo para desprender a vítima da necessidade de buscar a culpa do agente, e, no caso brasileiro, foi esculpida em formato de cláusula geral no parágrafo único do artigo 927 do CC/2002¹⁹, embora a responsabilidade objetiva já estivesse prevista em nosso ordenamento jurídico sem vinculação com uma ideia de risco²⁰.

Nesse sentido, não há que se falar em prevalência da culpa na experiência jurídica brasileira, nem tampouco na supressão da responsabilidade subjetiva, uma vez que se reconhece a coexistência pacífica dos dois sistemas de responsabilização. Por exemplo, tendo como base a presente pesquisa, será possível vislumbrar a aplicação da indenização punitiva em face do agente ofensor sem que seja imprescindível a análise da culpa, quando os danos postos em discussão por si só tornem irrelevante a culpa para a responsabilização e/ou sejam capazes de presumi-la em um sentido desvinculado de sua faceta anímico-psicológica.

Ou seja, o trabalho vislumbra a responsabilização de forma objetiva independentemente do encaixe perfeito em algum dispositivo de lei ou na cláusula geral da “atividade de risco” quando o dano for tal que por si só torne desnecessária a averiguação da culpa, ou, indo mais além, quando a extensão e característica do dano sejam capazes de presumir a culpa²¹. Esta visão da indenização punitiva – calcada também na responsabilidade objetiva – obriga-nos a uma revisão dos pressupostos subjetivos dos *punitive damages*, sendo possível, por vezes, dispensar a prova da malícia, má-fé e intenção do agente, sem, contudo, abandonar por completo tais requisitos na hipótese de os danos não externarem a possibilidade de punição, sendo imperioso adentrar nos meandros psicológicos para atestar a

¹⁹ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

²⁰ Exemplificadamente, art. 7^a, inciso XXVIII, art. 21, XXIII e art. 37, parágrafo 6^o, da CF/1988; Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei 7.565/86) e Lei de Estradas de Ferro (Decreto n. 2.681/12)

²¹ “Com efeito, na maior parte dos ordenamentos de tradição romano-germânica, fala-se em presunções judiciais, ou *presunzioni di fatto*, ou, ainda, *présomption dell'homme* no âmbito de aferição da culpa. Nesse sentido já sustentava Jossierand: 'há fatos que trazem em si mesmos a prova de sua origem, que são por assim dizer assinados'" (SCHREIBER, *Op. Cit.*, p. 34).

gravidade da conduta.

Em matéria de indenização punitiva e de responsabilidade objetiva, tem-se uma grande contribuição da experiência jurídica norte-americana, em especial da Suprema Corte. Antes de a Suprema Corte Americana apreciar casos que envolvam pedido de *punitive damages*, alguns tribunais norte-americanos já reconheciam a responsabilidade objetiva do produtor em caso de acidente de consumo, ficando a possibilidade de a vítima ter direito a indenização sem a necessidade de provar a conduta culposa do fabricante durante o processo de fabricação ou de distribuição que resultou no dano.

A demanda *Escola v. Coca Cola Bottling Co. of Fresno* (1944) foi motivada pelo estouro de uma garrafa de refrigerante nas mãos de uma garçonete, tendo o juiz Justice Traynor, da Suprema Corte da Califórnia, discorrido sobre a necessidade de um regime de responsabilidade objetiva em casos de acidente de consumo²², porém a decisão determinou o pagamento de indenização com fundamento na negligência do produtor, ainda calcada no elemento da culpa.

O primeiro caso resolvido com base na responsabilidade objetiva foi o *Greenman v. Yuba Power Products* (1962)²³, quando a Suprema Corte da Califórnia entendeu que apesar da comprovação de que se o autor manuseasse a ferramenta conforme o manual de instrução não haveria dano, impõem-se a obrigação de indenizar do fabricante em razão da ocorrência de um acidente de consumo.

Seguindo essa fundamentação, o *American Law Institute* promulgou o § 402

²² "I believe the manufacturer's negligence should no longer be singled out as the basis of a plaintiff's right to recover in cases like the present one. In my opinion it should now be recognized that a manufacturer incurs an absolute liability when an article that he has placed on the market, knowing that it is to be used without inspection, proves to have a defect that causes injury to human beings." Disponível em: <http://www.law.berkeley.edu/faculty/rubinfeldd/LS145/escola.html>, acesso em 07/03/2013. Tradução Livre: "Eu acredito que a negligência do fabricante não deveria mais ser sozinha a base para fundamentar o direito de indenização em casos como o dos autos. Em minha opinião, deve-se reconhecer que o fabricante tem responsabilidade quando põe um produto no mercado sabendo que não houve testes de segurança e esse produto vem a causar danos a seres humanos".

²³ "Greenman v. Yuba Power Prods., (1962), was the first major products liability case in which a court held a manufacturer strictly liable for injuries caused by its defective product. Although the court could have reached the same result on traditional negligence or breach of warranty grounds, it adopted a strict liability theory in order to relieve the plaintiff of proving manufacturer negligence in the design, manufacture, or distribution processes". (RODDY, 1981, p. 333) Tradução Livre: "Greenman v. Yuba Poder Prods., (1962), foi o primeiro grande caso de responsabilidade do produto em que um tribunal aplicou a responsabilidade objetiva ao fabricante pelos danos causados por seu produto defeituoso. O tribunal poderia ter alcançado o mesmo resultado pelo raciocínio da negligência tradicional, mas adotou uma teoria da responsabilidade objetiva, a fim de libertar o autor de provar a negligência do fabricante no projeto, processo de fabricação ou distribuição".

do *Restatement (Second) of Torts*²⁴, estabelecendo a responsabilidade objetiva do fabricante e do fornecedor de produtos, asseverando que a obrigação de indenizar se estende inclusive a pessoas que não adquiriram o produto²⁵.

Contudo, em matéria de Direito do Consumidor, a indenização prescindindo do elemento culpa não foi suficiente para que as ofensas fossem breçadas, motivo pelo qual os tribunais norte-americanos vislumbraram a necessidade de ir além da essência meramente compensatória da indenização. Foi então que em 1980, no caso *Gryc v. Dayton Hudson Corp*, os *punitive damages* foram aplicados pela primeira vez, tendo a Suprema Corte de Minnessota fixado indenização compensatória no valor de 750.000 dólares e 1.000.000 de dólares a título de *punitive damages*, em razão de a roupa produzida pelo fabricante ter pegado fogo rapidamente e provocado sérias queimaduras no corpo da vítima. A Suprema Corte de Minnessota acentuou que o fabricante realizou os testes de segurança e sabia da possibilidade de ocorrerem inúmeros acidentes com consumidores, motivo pelo qual adjetivou o ato de malicioso e intencional (*maliciously or in a willful or wanton manner*)²⁶.

Outro desdobramento da responsabilidade se situa no campo da

²⁴ Os *restatements* foram criados com o objetivo de que alguns termos e conceitos utilizados no direito norte-americano alcançassem uma espécie de uniformização. Até o presente momento foram desenvolvidos três *restatements* (1938, 1970 e 1979).

²⁵ "Special Liability of Seller for Product for Physical Harm to User or Consumer (1) One who sells any product in a defective condition unreasonably dangerous to the user or consumer or to his property is subject to liability for physical harm thereby caused to the ultimate user or consumer, or to his property, if (a) the seller is engaged in the business of selling such a product, and (b) it is expected to and does reach the user or consumer without substantial change in the condition in which it is sold. (2) The rule stated in Subsection (1) applies although (a) the seller has exercised all possible care in the preparation and sale of his product, and (b) the user or consumer has not bought the product from or entered into any contractual relation with the seller". RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS § 402 A (1965). Tradução Livre: "(1) Aquele que vende qualquer produto com defeito excessivamente perigoso para o usuário ou consumidor está sujeito a responsabilidade pelos danos causados ao usuário final ou consumidor, ou à sua propriedade, se (a) o vendedor está envolvida no negócio de venda de um produto desse tipo, e (b) espera-se e chega ao usuário ou consumidor, sem mudança substancial na condição em que ele é vendido. (2) (1) Aplica-se a regra indicada na Subseção mesmo (a) que o vendedor tenha exercido todo o cuidado possível na preparação e venda de seu produto, e (b) que o usuário ou consumidor tenha ou não comprado o produto ou celebrado qualquer relação contratual com o vendedor".

²⁶ "The Minnesota Supreme Court applied the standard used by the trial court when it reviewed the punitive damage award of \$ 1,000,000. (...) the defendant must act "maliciously or in a willful or wanton manner knew the federal safety test to be so unreliable that indisputably dangerous products could pass it, the defendant did not develop more accurate safety indicators of" (RODDY, *Op. Cit.*, p. 339). Tradução Livre: "(...) A Suprema Corte de Minnessota aplicou indenização punitiva no valor de U\$ 1,000,000, ressaltando que o réu agiu "de forma maliciosa ou dolosa. (...) As evidências mostraram que, embora o réu soubesse que o teste de segurança não era confiável para assegurar que seus produtos não fossem perigosos, não buscou desenvolver indicadores de segurança mais precisos."

responsabilização do Estado em matéria de direitos humanos. No plano internacional, em se tratando de responsabilidade do Estado por violações de Direitos Humanos, esses deveres jurídicos podem constar em princípios e regras previstas em tratados, pactos, declarações e/ou convenções internacionais. Em qualquer caso, a responsabilidade civil incluindo a do Estado, por meio da fixação de um valor indenizatório, visa a promover à recomposição do patrimônio violado da vítima e/ou a compensação de danos a bens existenciais, assim como pode perquirir o desestímulo de comportamentos danosos altamente graves e reprováveis.

Tal como existe a responsabilidade civil no Direito Civil decorrente do descumprimento de um dever jurídico originário previamente estabelecido, surge a possibilidade de o Estado vir a ser responsabilizado por ato contrário às disposições previstas nos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, uma vez que se obrigou a garantir que os respectivos direitos não fossem violados. No campo da reparação do dano, existe uma grande variedade de modalidades, que vai desde o restabelecimento da situação anterior (quando possível) e pagamento de indenização para compensar o prejuízo sofrido, até atos com a finalidade de atender interesses lesados pelo Estado (DIAZ CACEDA, 2008, p. 269/270).

O destaque à responsabilidade do Estado em matéria de Direitos Humanos se faz na medida em que a Corte Interamericana de Direitos Humanos vem utilizando paulatinamente elementos de cunho preventivo em suas decisões condenatórias, ora por meio de imposição de medidas educativas²⁷, ora por meio de ações que visem a servir de exemplo e mostrar que são moralmente condenáveis²⁸,

²⁷ Em decisão do Caso Gomez-Palomino vs Peru (2005), a Corte determinou que o Estado, a título de reparação, realizasse medidas educativas e concedesse bolsas de estudo aos irmãos da vítima e aos seus filhos e filhas, sustentando que após o falecimento de Gómez Palomino, seus familiares interromperam os estudos, por fatores financeiros e emocionais relacionados à tristeza, depressão e preocupação. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/resumen/gomez_palomino.pdf, acesso em: 21/02/2014. No Caso Cantoral-Benavides vs Peru (2001), a Corte condenou o Estado a fornecer uma bolsa universitária para a vítima, sob o argumento de que no momento da detenção ilegal da vítima, a mesma tinha 20 anos e cursava Biologia na Universidade Nacional de San Marcos. Disponível: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_88_esp.pdf, acesso em: 21/02/2014. No caso Barrios Altos vs Peru (2001), a Corte compeliu o Estado a arcar com despesas com educação dos familiares dos 15 mortos no massacre. Disponível: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_87_esp.pdf, acesso em 21/02/2014. No mesmo sentido, no julgamento do caso Aloeboetoe vs Suriname (1993), a Corte condenou o Estado a reabrir uma escola – haja vista a necessidade de os filhos das vítimas receberem um ensino adequado nas aldeias onde residem - e criar uma fundação para ajudar os beneficiários das vítimas. Disponível: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_15_esp.pdf, acesso em 21/02/2014.

²⁸ Nesse sentido, trecho do voto do juiz Sergio García Ramírez no julgamento do caso Bácamá Velásquez vs Guatemala: “A mi juicio es pertinente la decisión de publicar el capítulo de hechos probados y los puntos resolutivos de la sentencia, a título de reparación, en el “Diario Oficial” y en outro diario de circulación nacional. (...) En suma, la reparación del daño en este caso reviste efectos

ora por meio da aplicação de indenizações mais altas do que o suficiente para compensar o dano sofrido pelas vítimas, fazendo alusão expressa ao instituto dos *punitive damages*²⁹.

2.2 AS FUNÇÕES REPARATÓRIA E COMPENSATÓRIA

Sob a ótica da pesquisa, a responsabilidade civil não se resume a um dever de reparar o dano após este se consumir, mas também se impõe em momento anterior ao ato danoso, de modo a tornar o agente sempre responsável no mínimo por manter-se em condição de respeito aos direitos.

Destarte, independentemente da concepção que se tenha de responsabilidade civil, desde quando esta se acoplava ao direito das obrigações, evocava-se o “dever de indenizar” sob a ideia de algum objetivo a ser alcançado, como o de restabelecer o estado anterior em que a vítima se encontrava. Cabe um parêntese para acentuar que as funções da responsabilidade civil podem ser discutidas em uma esfera em que ainda não tenha havido perpetração do dano, quando, por exemplo, adotam-se medidas preventivas para evitar a produção ou reiteração de danos.

A função mais tradicional da responsabilidade civil é a reparatória, consistente na fixação de um valor indenizatório capaz de reparar o dano da forma mais

resarcitorios y preventivos; en este último sentido, considera la necesidad de prevenir la reiteración de conductas como la que dio origen al procedimiento ante las instancias internacionales.” Disponível: <http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/jurisprudencia>, acesso em 21/02/2014.

²⁹ Há dois casos emblemáticos sobre o tema. O primeiro é o *Myrna Mack Chang vs Guatemala* (2003), referente a inércia do Estado da Guatemala em investigar e sancionar os responsáveis pela execução extrajudicial de Myrna. Com destaque, o voto do então juiz presidente do caso, Antônio Augusto Cançado Trindade: “Todo el capítulo de las reparaciones de violaciones de los derechos humanos requiere un mayor desarrollo conceptual y jurisprudencial, a partir del reconocimiento de la estrecha relación entre el derecho a la reparación y el derecho a la justicia. Tal desarrollo se impone particularmente ante violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos, que, a su vez, requieren una firme reprobación de la conducta ilícita del Estado, y reparaciones de cuño disuasivo, para garantizar la no-repetición de los hechos lesivos, teniendo presentes tanto las expectativas de los familiares de la víctima como las necesidades e intereses superiores del medio social.” (parágrafo 46). Disponível: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf, acesso em 21/02/2014. O outro caso é o *Massacre de Plan de Sánchez vs* (2004), onde também cumpre sobressair trecho do voto do então juiz presidente Antônio Augusto Cançado Trindade: “Si se denomina las reparaciones ordenadas en la presente Sentencia de la Corte de ‘daños punitivos’ (*punitive damages*), - lo que ciertamente habrá de generar escalofríos en los que niegan la existencia de crímenes de Estado, - o si se las titula ‘reparaciones ejemplares’ o ‘ejemplarizantes’, u otro término del género, su propósito básico sigue siendo el mismo: reconocen la extrema gravedad de los hechos, sancionan al Estado responsable por las violaciones graves en que incurrió, reconoce el extremo sacrificio de las víctimas fatales y alivia el sacrificio de las víctimas sobrevivientes, y establecen la garantía de no-repetición de los hechos lesivos.” (parágrafo 25) Disponível: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_273_esp.pdf, acesso em 21/02/2014.

completa possível, na exata extensão do mesmo,³⁰ em atenção ao princípio da *restitutio in integrum*, assegurando que a vítima seja recolocada no estado em que se encontrava antes do evento danoso, ou seja, em uma posição em que seus direitos estivessem inteiramente preservados, chamada de *status quo ante*, como explica Pontes de Miranda:

Em sentido amplo, indenização é o que se há de prestar para se pôr a pessoa na mesma situação patrimonial, ou, por incremento do patrimônio, no mesmo estado pessoal em que estaria se não houvesse produzido o fato ilícito (*lato sensu*) de que se irradiou o dever de indenizar (1958, p. 183).

Nesse sentido, a função da responsabilidade civil se resume a estabelecer indenização no exato “valor que em verdade tem para o lesado o bem que se destruiu, ou a perda que sofreu” (MIRANDA, *Op. Cit.*, p. 183), e/ou, caso não seja possível, promover uma indenização por equivalente, residindo aqui a diferenciação entre indenização natural e por equivalente, sendo ambas consideradas medidas reparatórias.

Na primeira, se entrega à vítima exatamente o mesmo bem que lhe foi retirado como forma de repor o patrimônio em sua integridade, com as mesmas qualidades e características. Ou seja, “o patrimônio há de ser como era, no tocante ao que sofreu o dano” (MIRANDA, *Op. Cit.*, p. 225).

Surge a indenização por equivalente (geralmente em dinheiro) na hipótese de se tornar impossível ou muito difícil a indenização *in natura* com a reposição idêntica do bem, quando se abre a possibilidade de uma prestação equivalente, “*id quod interest*, ordinariamente em dinheiro, é imperfeita, aproximativa, mas tornou-se a mais frequente, por mais fácil” (MIRANDA, *Op. Cit.*, 183).

Percebe-se que a função reparatória não permite que a indenização exceda ao valor do bem violado. O valor fixado deve se ater ao que realmente foi danificado de forma emergente ou indireta, mesmo em se tratando de indenização por equivalente no caso de não ser possível a entrega do bem lesado. Sobre a indenização por equivalente e a sua consonância com o dano sofrido, salienta Pontes de Miranda: “pode o ofendido exigir quantia necessária a isso, desde que não superior ao valor (ainda estimativo) do bem lesado” (*Op. Cit.*, p. 209).

Surge um imbróglio quando o dano é moral, ou seja, atinge a esfera existencial da pessoa, representando um gravame à dignidade da pessoa humana.

³⁰ O CC/2002 estabelece, em seu art. 944, que “a indenização mede-se pela extensão do dano”.

Nesta hipótese diz-se que o dano é irreparável, tendo em vista que não podem ser objeto nem de reposição natural nem por equivalente, por impossibilidade absoluta de entregar coisa idêntica à vítima e/ou substituí-la por equivalente. Por exemplo, o abandono afetivo praticado por um pai a um filho gera um dano moral que não pode ser apagado pelo amor redobrado do pai pelo filho nos anos seguintes, assim como também é inviável o retorno no tempo para apagar da memória sentimentos indesejáveis.

É nesse espectro que surge a função compensatória, no intento de fundamentar uma reparação do dano, ainda que irreparável, mantendo-se filiada à função reparatória, uma vez que não deve ultrapassar o suficiente para compensar o dano moral sofrido. Por isso que se diz que o dano moral não se repara, já que “não se apaga, nem desaparece pela soma de dinheiro que se venha a conceder à vítima” (ANDRADE, *Op. Cit.*, p. 419).

Há quem entenda que é impróprio defender a função compensatória da responsabilidade civil para o caso dos danos morais, em razão de danos extremamente graves (como perda de um filho, de cônjuge, da visão ou de algum membro do corpo) e de impossível mensuração concreta, como é o caso do dano moral coletivo³¹, porém a presente pesquisa entende que os danos morais são compatíveis com a função compensatória e deve ser alocado no campo da função reparatória pela imposição de que o valor da indenização não deva ultrapassar o suficiente para compensar o dano, ou seja, ainda preso à noção de *restitutio in integrum*. Quando se está diante de danos existenciais a função reparatória é chamada de compensatória, apesar de visar a um mesmo objetivo, ainda que inalcançável em sua totalidade.

³¹ Esse é o posicionamento de André Gustavo Corrêa de Andrade (*Op. Cit.*, p. 164/166).

2.3 AS FUNÇÕES PUNITIVA E PREVENTIVA: DUAS FACES DA MESMA MOEDA

A função punitiva em si mesma é um campo riquíssimo de estudo, já que desempenha sozinha inúmeras outras funções para além da punição, como a prevenção, eliminação do lucro ilícito, preservação da liberdade contratual, manutenção do equilíbrio das relações de consumo, e, ainda, com aporte nos precedentes da Suprema Corte Americana, a função de justiça pública (*public justice*), de inibição do dano voltado ao ofensor (*specific deterrence*) e voltada à sociedade (*general deterrence*), funções estas que serão estudadas na conjuntura dos *punitive damages*.

A função punitiva da responsabilidade civil surge rompendo com o paradigma da função reparatória, em que pese haver quem compreenda que a indenização com fim reparatório já exerce uma função punitiva³², não havendo necessidade de um instituto como os *punitive damages* para instrumentalizar a referida função em contraposição aos *compensatory damages*, elevando o valor indenizatório em patamar acima do necessário para reparar ou compensar o dano.

Discorda-se desta posição, pois, ainda que se admita que o ofensor seja compelido a reparar integralmente todos os danos perpetrados (inclusive a partir do *fluid recovery*, se for o caso) e que por conta dessa medida adote mecanismos para não reiterá-los, haverá casos em que a reparação integral de todos os danos não representará desestímulo algum para o ofensor, em razão da ciência de que é mais vantajoso economicamente subsistir com atos danosos do que preveni-los a partir de investimentos em segurança e qualidade, realidade esta que se intensifica em face de danos individuais de massa de pequena relevância, se considerados individualmente, mas de significativa relevância se considerados coletivamente. Para estes casos a indenização reparatória “é de insignificante expressão econômica para o ofensor, que, por essa razão não se vê convencido de que não deve praticar atos lesivos iguais” (ANDRADE, *Op. Cit.*, p. 244).

Ou seja, haverá atos de tamanha gravidade e articulação que a mera indenização compensatória manterá aflorado o ambiente de ilegalidades e produção

³² “Defende-se, assim, que quando a indenização por danos morais é fixada, de modo a observar as características específicas do dano e permitir-lhe a compensação, ela é capaz de suscitar o nível exato de prevenção de danos, esperado nas relações civis. A ameaça da sanção, posta no dever de indenizar, e a possível condenação são suficientes à prevenção dos danos morais, não se justificando a necessidade de uma punição” (BASSAN, *Op. Cit.*, p. 128).

de danos. São para esses danos, considerados mais graves por algumas características, que a função punitiva da responsabilidade civil se revela adequada, estabelecendo-se aqui o contraponto com a função reparatória, que atua voltada para o dano e não para a gravidade da conduta que o provocou:

O que distingue a indenização punitiva da indenização compensatória é justamente a circunstância de que, na primeira, a fixação do montante leva em consideração a gravidade do comportamento do ofensor, enquanto, na segunda, o quantum é estabelecido com base na gravidade do dano sofrido pelo lesado (ANDRADE, *Op. Cit.*, p. 239).

Assim, ganhou força a função punitiva da responsabilidade civil, visando a punir o agente que cometeu danos a partir de condutas altamente reprováveis, “marcados que são pela intencionalidade ou pelo flagrante desrespeito para com os direitos alheios” (SERPA, *Op. Cit.*, p. 45). Outra justificativa para a aplicação da função punitiva diz respeito ao alcance do dano em patamar que extrapola o universo exclusivo da vítima, vindo a provocar uma diminuição da qualidade de vida da sociedade.

Dentre as várias justificativas para a aplicação da função punitiva a que mais se destaca é a de prevenção de danos, motivo pelo qual se afirma que ambas caminham juntas e cumprem escopos reciprocamente complementares, de modo que o viés de punir por meio de valor indenizatório além do necessário para compensar o dano, promove até certo ponto dissuasão das condutas reprimidas, contribuindo para a sua cessação e não incidência. Enquanto que o intento de compensar ou indenizar o prejuízo sofrido se concentra nas consequências suportadas pela vítima, na indenização punitiva o foco é a gravidade do comportamento do agente causador do dano.

Desta forma, a função preventiva é a que efetivamente “impõe valor de desestímulo para o agente causador do dano, o lesante” (CHINELLATO, 2008, p. 952) e vai além da compensação, mas sem perquirir apenas a punição. Caso a função punitiva visasse apenas a punição, a sanção se voltaria para o passado, exclusivamente ao ato reprovável para ensejar uma punição proporcional à reprovabilidade da conduta perpetrada. Contudo, em razão da complementariedade da função punitiva pela preventiva, a punição é estabelecida com um olhar para o futuro, visando a coibir a reiteração de danos. Ou seja, apesar de ser instrumentalizada pela indenização “que só incide após a ocorrência de um ato ilícito

danoso, a função preventiva visa a desestimular o cometimento de novos atos ilícitos semelhantes àquele que então é sancionado” (SERPA, *Op. Cit.*, p. 180).

3 OS DANOS INDIVIDUAIS DE MASSA: UM NOVO PERFIL DE LITÍGIO

3.1 A SOCIEDADE DE MASSA DE CONSUMIDORES E DE TRABALHADORES NO MUNDO MODERNO DECORRENTE DA VITÓRIA DO *ANIMAL LABORANS* DO PENSAMENTO ARENDTIANO

Os danos em massa estão inseridos no contexto do mundo moderno inaugurado a partir do final da 2ª Guerra Mundial e subsistente até os dias atuais (e não da era moderna compreendida entre os primórdios da Revolução Industrial no século XVII e início do século XX)³³. Estes danos foram e continuam ocorrendo em uma sociedade de massa, marcada pelo problemático equilíbrio entre trabalho e consumo, pela intensificação da atividade produtiva e pela elevação da atividade do trabalho como a mais relevante do homem moderno, em um ambiente de coisas efêmeras e apreendidas apenas para o consumo e não para o uso³⁴, o que favorece a massificação das relações privadas.

Em razão dos limites da pesquisa, serão objetos de reflexão os principais conceitos desenvolvidos pela autora para uma compreensão de como foi possível uma sociedade de trabalhadores e consumidores, deixando-se claro desde já que a noção de massa sob a ótica arendtiana não se confunde com a noção jurídica do dano em massa, já que Hannah Arendt concebe a sociedade de massa desprovida de seu lugar no mundo, com comportamento uniforme e propensa, a partir de suas necessidades, a ser seduzida pela propaganda dos regimes totalitários.

De qualquer forma, o pensamento arendtiano é fundamental para compreender a sociedade massificada, até porque a eficácia da propaganda do regime totalitário é equivalente à da comercial própria das relações privadas, pois em ambas as esferas há um aproveitamento dos sonhos e prazeres para ludibriar e coagir os componentes da massa a adentrarem em um mundo fictício, já que “não apenas a propaganda política, mas toda a moderna publicidade de massa contém um elemento de coerção” (ARENDDT, 1990, p. 390).

Percorrer-se-á três etapas: a noção do *animal laborans*, a noção do *homo*

³³ “(...) a era moderna não coincide com o mundo moderno. Cientificamente, a era moderna, que começou no século XVII, terminou no limiar do século XX; politicamente, o mundo moderno em que vivemos hoje nasceu com as primeiras explosões atômicas” (ARENDDT, 2011, p. 7).

³⁴ O uso é caracterizado pela durabilidade, permanência e estabilidade, enquanto que o consumo está relacionado à falta de durabilidade, abundância, e processo produtivo interminável (*Id. Ibid.*, p. 155).

faber na era moderna e a sua correlata vitória, e, a noção do *animal laborans* no mundo moderno e a sua vitória sobre o *homo faber*, constituindo assim uma sociedade de massa.

O *animal laborans* representa o estado do homem enquanto mantenedor da vida e do processo biológico correlato, não se diferenciando nessa condição de outros animais. É caracterizado pela atividade do trabalho (*labor*), ou seja, para Hannah Arendt o trabalho é sinônimo de ações inseridas em um ciclo de obtenção de necessidades imediatas, tais como a de alimentos. Neste processo, o trabalho é marcado por ser cíclico e de caráter interminável em face da pouca duração dos seus frutos, exigindo com que o *animal laborans* esteja sempre em busca de mais coisas para se manter.

Sobre o tema, Hannah Arendt (2011, p. 118/119) acentua que a atividade do homem para satisfazer apenas suas necessidades vitais e diretas visa a manter a vida, e, por serem úteis ao homem possuem breve permanência no mundo, “seja por meio da absorção no processo vital do animal humano, seja por meio da deterioração (...) desaparecem mais rapidamente que qualquer outra parte do mundo”.

Em contrapartida, o *homo faber* (homem fabricante) possui como atividade a obra (*work*), por meio da qual violenta a natureza para produzir objetos duráveis, para além de seu ciclo biológico. Nesse estado, o homem opera sobre a natureza para produzir um conjunto de objetos artificiais com caráter permanente a serem partilhados por outros homens (*Id. Ibid.*, p. 169).

Enquanto o *homo faber* fabrica coisas no intento de utilizá-las, o *animal laborans* objetiva unicamente o consumo. O uso é marcado pela estabilidade, durabilidade e permanência, já que a coisa é utilizada por um longo período da vida do fabricante e subsiste no mundo mesmo após a sua morte; o consumo se caracteriza pela imediatidade a partir do exaurimento do objeto pela absorção do homem (*Id. Ibid.*, p. 156). Nesse sentido, uma mesa é usada enquanto que um pão é consumido, contudo, mais a frente será feita reflexão sobre se os itens que circundam o homem na modernidade são utilizados ou devorados pelo consumo, o que intensificaria uma sociedade massificada em razão da existência de consumidores e trabalhadores suficientes para corresponder a este modelo.

Em razão dos progressos científicos experimentados pela humanidade a partir do século XVIII, ocorreu uma inversão de posição entre o *animal laborans* e o

homo faber, e, como consequência, é contundente afirmar que “essa inversão tenha promovido o *homo faber* (...) à posição mais alta entre as possibilidades humanas” (*Id. Ibid.*, p. 381). Assim, o *homo faber* sagrou-se vencedor em relação ao *animal laborans* na era moderna, passando as atividades do homem a serem marcadas fortemente pelo processo de fabricação de novas ferramentas e instrumentos: os objetos de uso.

Nessa conjuntura, diz-se que o *homo faber* foi vitorioso nos primórdios da era moderna porque a instrumentalização da natureza pelo homem acompanhada de grande avanço científico acarretou o deslocamento do trabalho das necessidades imediatas para a obra do processo produtivo. Este processo se configurou como a principal atividade do homem, tornando tudo passível exploração, trazendo como consequência a elevação da atividade produtiva e a importância acentuada dos produtos: “o homem como *homo faber* (fazedor e fabricante) o processo de produção era apenas um meio para atingir um fim, mas a partir da era moderna o produto passou a ser o fim em si mesmo” (*Id. Ibid.*, p. 371).

Contudo, esse mesmo *homo faber* vitorioso na era moderna ficou derrotado pelo *animal laborans* no mundo moderno a partir do final da 2ª Guerra Mundial, quando se instaurou a sociedade de consumidores e a petrificação da atividade do trabalho como a mais importante da vida humana. É neste cenário que ocorre a inversão da estabilidade e durabilidade do *homo faber* em nome da abundância e efemeridade do *animal laborans* que busca a manutenção da sua vida pelo consumo voraz para satisfazer suas “necessidades”, criando um terreno propício para a manifestação de uma sociedade de massa de consumidores e trabalhadores.

A sociedade de consumidores está imbricada com a sociedade de trabalhadores, pois o consumo desenfreado do homem caracterizado pela voracidade da substituição rápida de móveis, carros, celulares, roupas e demais objetos do mundo engloba um processo produtivo composto de uma massa de trabalhadores para dar conta de imprimir alta produtividade em face da velocidade com que os itens de consumo são tragados e descartados.

É nesse sentido que se diz que o *animal laborans* venceu no mundo moderno, porque a abundância e efemeridade do mesmo são características próprias do homem que visa a manutenção da vida, em contraste com o *homo faber*, que depende esforços para que os objetos fabricados sejam efetivamente utilizados e

tenham durabilidade e permanência no mundo. Ou seja, o ciclo interminável da vida (caça, pesca, reprodução etc) se encaixa no ciclo interminável do consumo, e em ambas a fronteira entre a humanidade e a animalidade são estreitas.

Assim, o trabalho passou a ser a atividade mais importante do mundo moderno e a obra do homem fabricante passou a ser diminuída em face do trabalho do *animal laborans*, que centralizou suas forças na atividade do trabalho com a finalidade de “assegurar as coisas necessárias à vida e de produzi-las em abundância” (*Id. Ibid.*, p. 157). Esta tônica do trabalho chegou a tal ponto que o lazer passou a ser a oposição do trabalho e tudo o que não seja trabalho pode ser considerado divertimento (*playfulness*), pois “do ponto de vista de ‘prover o próprio sustento’, toda atividade não relacionada com o trabalho torna-se um ‘passatempo’” (*Id. Ibid.*, p. 157/158).

Ressalta-se que o trabalho no contexto do mundo moderno também pode produzir uma obra, à semelhança do que faz o *homo faber*, contudo, essa obra realizada pelo trabalho se torna objeto de destruição em razão do processo devorador por meio do qual o *animal laborans* se apodera da obra e a destrói. Há, na verdade, um tratamento dos objetos de uso como se fossem bens de consumo em razão da abundância, repetição e circularidade do ciclo de consumo imprimido pela indústria capitalista, características estas próprias do trabalho.

O trabalho do mundo moderno é duplamente encaixado no estado do *animal laborans*: em primeiro lugar, o produto do trabalho se torna objeto de consumo; em segundo lugar, o trabalho – como oposto do divertimento – é aceito pelo homem para que este possa assegurar a sua existência e a manutenção de sua vida. Assim, o trabalho “realiza ativamente aquilo que o corpo faz mais intimamente quando consome seu alimento” (*Id. Ibid.*, p. 123).

A indústria capitalista se apoia no processo de trabalho e não da obra, uma vez que os objetos de uso do *homo faber* desenvolvidos pelo trabalho tem a durabilidade e estabilidade descaracterizada a partir da substituição acelerada dos “itens de uso”, que nessa nova ótica passam a ter o destino do consumo.

Portanto, uso e consumo são patentemente diferentes. Enquanto o primeiro está relacionado a atividades que tiram proveito da coisa produzida, deixando-a intacta e aproveitável para outras gerações, o consumo é calcado em atitudes que exaurem e extirpam a coisa, tornando inarredável a sua substituição e o reinício de um novo ciclo.

É nesse contexto que se aflora o abismo entre um modelo de sociedade que produz conflitos individuais para serem tutelados individualmente (em processos individuais) e um formato de sociedade – calcado na voracidade do consumo e exaltação do trabalho – adubado de litígios individuais que podem ser reunidos coletivamente. Aqui surge um novo perfil de litígio, que contrasta com o paradigma liberal-individualista, o qual ainda está arraigado no ordenamento e prática jurídica brasileira, em que pese este modelo não ser suficiente para lidar com a nova realidade instaurada no mundo moderno.

Este paradigma individualista nasceu com a concepção jusnaturalista dos direitos do indivíduo, e por consequência, com a construção liberal dos direitos fundamentais no Estado Liberal, que deu enfoque demasiado aos direitos individuais como à vida, liberdade e propriedade (CANOTILHO, 2002, p. 382). Sob essa égide, um conjunto de regras foi desenvolvido no processo para amparar esses direitos individuais de forma individual pela falta de interesse – até então – na possibilidade de reunir direitos semelhantes em uma única causa e/ou tutelar direitos que extrapolam aspectos individuais. Exemplo desse arcabouço eminentemente individual ocorreu com a condição da ação da *legitimatío ad causam* ativa, em relação a qual somente o indivíduo titular do direito subjetivo poderia deduzir a sua pretensão em juízo.

Sob a influência desse paradigma, no Brasil, o Código de Processo Civil (Lei 5.869/1973 – de agora em diante CPC) estabeleceu regras - como a legitimação ordinária (artigo 6º) e o limite subjetivo da coisa julgada (artigo 472) – que fincaram o processo como coisa das partes litigantes, cabendo à tutela jurisdicional estender seus efeitos apenas a estes. Juntamente com esses aspectos, como corolário imediato, o direito à prova, a atuação dos juízes e a liquidação da sentença passaram a estar atrelada à mesma lógica individualista.

Assevera-se que o processo coletivo é espécie de litigação de interesse público, na esteira da expressão *public law litigation*, cunhada por Abram Chayes, em 1976, em artigo intitulado “The Role of the Judge in Public Law Litigation” (APPEL, 2000, p. 215), de modo que as ofensas a interesses metaindividuais e individuais passíveis de tutela coletiva passaram a ser preocupação do Estado.

Em seu estudo, Chayes demonstra que existem litígios diversos da clássica noção individual segundo a qual A processa B porque B violou direito de A, causando-lhe uma lesão C que B deve reparar porque B é responsável a indenizar

o dano. Nesse viés, Chayes descreve uma nova forma de demanda, rotulada de litigação de interesse público (*public law litigation*), na qual o objeto da causa extrapola questões particulares para se situar dentro dos objetivos a serem perquiridos a partir dos ditames constitucionais, tendo a jurisdição a função precípua de concretizar os valores previstos na constituição (APPEL, *Op. Cit.*, p. 219).

Defendendo a conotação de litígio de interesse público das ações coletivas, Fredie Didier e Hermes Zaneti Júnior (2008, p. 42/43) sublinham características das mesmas que denotam à sua relação com o *public law litigation*:

a) a natureza e relevância dos bens jurídicos envolvidos (meio ambiente, relações de consumo, saúde, educação, proibidade administrativa, ordem econômica etc); b) as dimensões ou características da lesão; c) o elevado número de pessoas atingidas.

Desta forma, como o processo coletivo se presta a solucionar interesses metaindividuais, tais como os relacionados ao meio ambiente, ao patrimônio histórico e cultural, aos consumidores, assim como os individuais tuteláveis coletivamente, se encaixa na exata noção de litigação de interesse público, externando a estreita relação que possui com os *punitive damages*, pois esses também estão inseridos no intento de fazer frente a interesses preconizados pela CF/1988, tais como a defesa do consumidor pelo Estado (artigo 5º, inciso XXXII) e a tutela de direitos fundamentais dessa classe de pessoas.

A sociedade de massa retromencionada alerta para a necessidade de superação do processo calcado no modelo liberal-individualista para solucionar esse novo perfil de litígio sob o qual as regras destinadas a processos individuais não são suficientes. Essa superação não deve ser compreendida no sentido de abandonar o sistema individual de tutela, mas sim em termos de coexistência com o sistema coletivo de proteção.

Para lidar com os direitos metaindividuais e os individuais tuteláveis coletivamente inseridos nesse novo perfil de litígio (relacionados, por exemplo, aos consumidores, meio ambiente, patrimônio artístico, histórico e cultural, assim como a interesses de grupos minoritários), o processo teve que albergar a legitimidade extraordinária para pessoas e/ou entes que não sejam estritamente os titulares do direito material ingressarem em juízo em defesa de direitos, além de disciplinar ferramentas relacionadas à extensão da coisa julgada, liquidação de sentença, etc.

3.2 A NATUREZA PROCESSUAL DOS DANOS INDIVIDUAIS DE MASSA

A tutela coletiva de danos individuais de massa no ordenamento jurídico brasileiro é disciplinada especificamente pelo CDC, contudo, em matéria de ações coletivas há uma interpenetração e complementariedade de vários diplomas legais, tais como a Lei do Mandado de Segurança (Lei n. 12.016/2009), da Ação Popular (Lei n. 4.717/1965) e da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985 – de agora em diante LACP), pelo que essa forma de tutela coletiva não se limita aos danos sofridos por consumidores, se estendendo a todo grupo de pessoas que tenha sofrido danos individuais tuteláveis coletivamente, como trabalhadores, pensionistas e contribuintes. Porém, o foco da pesquisa está nos danos individuais no âmbito das relações privadas, sobressaindo-se o caso dos consumidores e dos trabalhadores.

Os danos individuais de massa possuem íntima relação com os danos individuais homogêneos e, portanto, com os direitos individuais homogêneos. É por isso que a caracterização dos danos individuais de massa perpassa pela dos danos individuais homogêneos, que doutrina e jurisprudência estudam sob a denominação de “direitos individuais homogêneos”. Vê-se que quem causa ‘dano’ a outrem comete ato ilícito e, portanto, faz surgir o ‘direito’ à indenização para a vítima, não havendo diferença significativa entre utilizar a expressão ‘danos individuais homogêneos (de massa)’ e ‘direitos individuais homogêneos’.

A característica dos direitos individuais que admitem a tutela coletiva é a mesma dos respectivos danos. Ou seja, a tutela coletiva apta a tratar dos direitos individuais homogêneos também é aquela adequada para o manejo dos danos individuais de massa. De agora em diante, se subscreverá ‘direitos individuais de massa (homogêneos)’ apenas para inserir a discussão no âmbito doutrinário e jurisprudencial para em seguida retomar a expressão ‘danos individuais de massa’ quase como um sinônimo.

A busca por uma definição de direitos individuais de massa é duplamente relevante sob a ótica do presente trabalho. Em primeiro lugar, está diretamente relacionada com o objeto da pesquisa, tendo em vista que a investigação se dará no campo da adequação da ação para a aplicação da indenização punitiva em face de danos individuais de massa, e não frente a outros tipos de danos, como os individuais heterogêneos, coletivos *stricto sensu* e/ou difusos. Isto porque, por exemplo, para danos metaindividuais (difusos ou coletivos *stricto sensu*) “sequer se

poderia pensar em outra solução; a única tutela eficiente desses valores é, de fato, a tutela coletiva” (ARENHART, 2013, p. 41). De outra via, para danos individuais que não sejam de massa seria consectário lógico que a ação individual seria superior (mais adequada) do que a ação coletiva para a aplicação da indenização punitiva, não havendo motivação para a pesquisa científica.

É o caso de um gerente de uma agência bancária que assedia cotidianamente sua estagiária, com conivência da instituição financeira, em razão de não ter tomado providências mesmo após ter acesso às gravações de câmeras, contribuindo para a perpetuação da conduta ultrajante. No mesmo sentido, vislumbra-se o caso de um consumidor proibido de entrar em estabelecimento comercial pela forma como está vestido e/ou pela cor de sua pele. Em ambos os exemplos, a indenização punitiva pode e deve ser aplicada em demandas individuais, mesmo que o caso não seja reiterado, pois como será visto a reiteração e a existência de danos físicos apenas influenciam na censurabilidade da conduta, mas não fulminam o cabimento da indenização punitiva.

Em segundo lugar, se identifica a importância de um aprofundamento dos direitos individuais de massa no bojo da pesquisa também pelo fato de que o modo pelo qual são concebidos os direitos individuais de massa determina diretamente a possibilidade ou não da tutela coletiva para os mesmos. Ou seja, a sua conceituação acaba por direcionar o cabimento da tutela coletiva, já que para os direitos individuais o CDC estipula que a sua tutela coletiva é viabilizada apenas para o caso de serem homogêneos, entendido aqueles que decorram de origem comum (artigo 81, parágrafo único, inciso III). Nesta questão reside uma grande celeuma, sobre a qual a pesquisa se posiciona a favor de uma definição alocada no campo do direito processual, arrimada nos estudos de Sérgio Cruz Arenhart (*Op. Cit.*).

Oportuniza-se a tutela coletiva de direitos individuais de massa pertencentes a uma massa de sujeitos, em razão da identidade ou semelhança dos direitos individuais de titularidade de diferentes pessoas. Esses direitos não são metaindividuais (sem titular determinado) e/ou indivisíveis (só podem ser considerados como um todo) - como são os difusos e os coletivos *stricto sensu* - com tutela prevista no artigo 81, incisos I e II do CDC e artigo 1º, incisos I a VIII da LACP³⁵. Ao contrário, são direitos eminentemente individuais e passíveis de tutela

³⁵ Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se

separada de cada dano por meio de ação individual ou mesmo de averiguação distinta em ação coletiva na fase de liquidação de sentença. Mesmo em face dessas características de caráter individual e divisível, por diversos motivos a reunião das causas em um único processo se torna mais adequada. Os direitos individuais de massa, portanto, não são direitos coletivos; apenas possuem a permissão de serem tutelados coletivamente em dadas circunstâncias. Sobre a distinção entre a defesa de direitos coletivos e a defesa coletiva de direitos individuais, oportunas as lições de Teori Zavascki:

Direito coletivo é o direito transindividual (= sem titular determinado) e indivisível. Pode ser difuso ou coletivo *stricto sensu*. Já os direitos individuais homogêneos são, na verdade, simplesmente direitos subjetivos individuais. A qualificação de homogêneo não desvirtua essa sua natureza, mas simplesmente os relaciona a outros direitos individuais assemelhados, permitindo a defesa coletiva de todos eles. 'Coletivo, na expressão 'direito coletivo' é qualificado de 'direito' e por certo nada tem a ver com os meios de tutela. Já quando se fala em 'defesa coletiva' o que se está qualificando é o modo de tutelar o direito, o instrumento de sua defesa (1995, p. 33).

Acrescenta-se que a categorização de direitos em individuais homogêneos, coletivos *stricto sensu* e difusos por vezes enfraquece a tutela coletiva, ao fornecer argumentos para que demandas sejam extintas por ilegitimidade ativa e/ou julgadas improcedentes por falta de enquadramento, quando na verdade há um corpo normativo de processo coletivo no Brasil que deveria se imbuir na tarefa de resolver conflitos de massa, independentemente do enquadramento supramencionado, mesmo que este traga consequências de ordem prática.

Além do mais, torna-se nebuloso sustentar um caso concreto de forma

tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

I - ao meio-ambiente;

II - ao consumidor;

III - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

V - por infração da ordem econômica;

VI - à ordem urbanística.

VII - à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos.

VIII - ao patrimônio público e social.

estranque em alguma das categorias, pois muitas vezes um único ato ou padrão de conduta produz danos individuais homogêneos, coletivos *stricto sensu* e difusos, a depender do enfoque que se dá no pedido da demanda, o que o torna um fator chave nessa tarefa. Por exemplo, em uma ação coletiva ajuizada em face de uma operadora de telefonia em razão de publicidade enganosa, se o pedido pretender a reparação/compensação de danos materiais sofridos pelos consumidores estar-se-á mais próximo da categoria do direito individual homogêneo; se o pedido for pela declaração de nulidade dos contratos firmados com base no que foi veiculado ou pela reparação/compensação a um conjunto indeterminado de pessoas atingidas pela publicidade enganosa, vislumbra-se mais nitidamente a categoria dos direitos coletivos *stricto sensu* e difusos, respectivamente.

Desta forma, em razão do prejuízo de acesso à justiça, da impossibilidade de enquadramento perfeito nas categorias e da existência de um processo coletivo no Brasil apto a resolver quaisquer demandas de massa, defende-se que a categorização dos direitos pode perder relevância em prol da eficácia da tutela coletiva, eficácia esta que pode ser incrementada também pelo estudo da adequação, pois se posiciona que não haja o direito formal de acesso à justiça no âmbito da CF/88, mas sim o direito substancial de acesso a uma tutela jurisdicional adequada.

Portanto, não há nada que garanta o direito de o jurisdicionado buscar resposta no Judiciário individualmente, havendo apenas a garantia de tutela jurisdicional, podendo esta ser dada apenas em formato coletivo sem ferir o direito de acesso à justiça, desde que diante de alguns elementos se identifique que a tutela coletiva é superior. O apoio na CF/1988 se estabelece pela garantia da duração razoável do processo (artigo 5º, inciso LXXVIII) - pois “se o litígio já foi enfrentado pelo Judiciário, não se justifica a ressurreição da mesma discussão em outro feito” (ARENHART, *Op. Cit.*, p. 43/44) - e pelo direito de igualdade que gozam os jurisdicionados perante o Poder Judiciário, tendo em vista que “se esses interesses são comuns e possuem traços que denotam a sua identidade, não há razão para que se lhes dê tratamento distinto” (ARENHART, *Op. Cit.*, p. 43/44).

3.2.1 AS AÇÕES COLETIVAS NA EXPERIÊNCIA NORTE-AMERICANA (*CLASS ACTION*) E INTRÓITO À TUTELA COLETIVA NO BRASIL

Apesar de as ações coletivas se constituírem como um fenômeno moderno e particularmente tenham galgado *status* de direitos fundamentais por ocasião da CF/1988 (artigo 5º, incisos XXXV, LXX, LXXIII e 129, inciso III), o seu surgimento e desenvolvimento possui duas grandes fontes: a ação popular em defesa da *rei publicae* – na qual o cidadão romano agia em defesa dos bens públicos - e as ações coletivas de classes (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, *Op. Cit.*, 2008, p. 25), que se remetem às atuais *class actions* norte-americanas, que podem contribuir para fortalecer a função preventiva da indenização punitiva na experiência brasileira por meio da recondução das categorias da superioridade e prevalência.

Antes de discorrer sobre as ações coletivas e mais especificamente acerca das *class actions*, importante um parêntese para diferenciar o litisconsórcio das ações coletivas. Enquanto o litisconsórcio exige a presença dos titulares do direito material para o processamento da ação e se caracteriza por um grupo pequeno de pessoas litigando em um dos polos da relação processual defendendo direitos subjetivos individuais, as ações coletivas podem ser processadas sem que os titulares do direito sejam parte na ação, se propõe a solucionar conflitos envolvendo centenas, milhares ou milhões de pessoas, ou demandas que tem como objeto danos a bens difusos e coletivos *stricto sensu* sem a possibilidade de se discriminar quantas e quais pessoas foram lesadas.

Nas ações coletivas ocorre o fenômeno da legitimação extraordinária, a partir da substituição processual da classe, grupo, categoria ou indivíduos por pessoa que não é titular do bem tutelado (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, *Op. Cit.*, 2008, p. 25). É possível que pessoa que faça parte do grupo ou categoria substitua os demais litigantes, como ocorre nas *class actions* norte-americanas, legitimidade ativa que ainda não foi atribuída ao indivíduo de forma expressa no caso das ações coletivas no Brasil, que limitou a atuação do indivíduo à possibilidade de ser autor de ação popular e de ações individuais em que seja o único titular do direito material.

A legitimidade *ad causam* ou capacidade para conduzir o processo é o poder conferido por lei para que o sujeito possa deduzir o direito material em juízo (DIDIER, 2005, p. 228). A legitimação para agir se subdivide em legitimação ordinária e extraordinária tendo em vista a relação do legitimado com o objeto da

ação. Assim, a legitimação ordinária se manifesta quando o sujeito legitimado para deduzir o direito em juízo é apenas o titular do mesmo, ou seja, “quando houver correspondência entre a situação legitimamente e as situações jurídicas submetidas à apreciação do magistrado” (*Id. Ibid.*, p. 232). De outro lado, a legitimação extraordinária (legitimação anômala ou substituição processual) surge para conferir o poder de deduzir em juízo direito de outrem para pessoa estranha à relação material do objeto do litígio, não havendo “correspondência total entre a situação legitimante e as situações jurídicas submetidas à apreciação do magistrado” (*Id. Ibid.*, p. 232).

Na tutela coletiva ocorre o fenômeno da legitimação extraordinária porque uma pessoa que não detém totalmente a titularidade do direito material da causa defende a integralidade desse direito. Mesmo na experiência norte-americana, em que um indivíduo que compõe a classe pode atuar como autor da *class action*, acentua-se que ele pode ser titular do mesmo direito que os demais membros representados por ele possuem, mas mesmo assim ele não será o detentor de todo o direito em jogo. Essa legitimação extraordinária para a tutela coletiva fica mais cristalina no caso brasileiro em que são legitimados para o ajuizamento da ação civil pública e/ou ações coletivas para a tutela de direitos individuais essencialmente órgãos públicos e associações, por disposição expressa do artigo 5º da LACP e 82 do CDC. Em outras palavras, seja para a defesa de direitos coletivos *stricto sensu* ou difusos, seja para a tutela de direitos individuais, no Brasil se percebe claramente que quem tem poder para provocar o Judiciário é pessoa totalmente diversa daquela que é titular do direito material.

O reconhecimento da legitimidade ativa do indivíduo nas ações coletivas no Brasil sofre represália com base em inúmeros argumentos contrários, como o enfraquecimento do equilíbrio processual próprio de uma ação coletiva, risco de uso político-eleitoral da ação civil pública tal como ocorre com a ação popular, além da possibilidade de explosão de demandas coletivas sem relevância³⁶.

Em contrapartida, argumentos favoráveis à legitimidade do indivíduo vêm sendo construídos em oposição a esses aspectos levantados. Defende-se que não há risco de desequilíbrio processual, pois o bom assessoramento jurídico equalizará os polos processuais. Rechaçando a alegação de ajuizamento de ações de cunho

³⁶ Resumo de argumentos contrários oferecidos por Aluísio Mendes e Larissa Silva (2014, p. 1.246/1.248)

político ou de pouca relevância, assevera-se que qualquer legitimado – assim como o Ministério Público, Defensoria Pública e Associações – são submetidos a um controle judicial, pois “não é razoável imaginar que uma entidade, pela simples circunstância de estar autorizada em tese para a condução de processo coletivo, possa propor qualquer demanda coletiva” (DIDIER, 2005, p. 266).

Negar legitimidade ativa ao indivíduo para ajuizar ação coletiva e forçá-lo a atuar apenas ações individuais representa ainda violação do direito de acesso à justiça, na medida em que o indivíduo e o grupo de pessoas que compõe a classe ficariam “apenas aguardando a atuação dos legitimados previstos pela legislação” (*Id. Ibid.*, p. 1.251), espera esta que se agrava em um país com dimensões continentais como o Brasil onde é provável a existência de cidades com Ministério Público, Defensoria e associações pouco atuantes, e/ou de comarcas que temporariamente estejam com cargos para promotor e defensor público vagos.

Na experiência jurídica norte-americana, há inúmeras justificativas para fundamentar a aplicação da tutela coletiva de direitos individuais, justificativas estas que se confundem e se interpenetram com os objetivos da tutela coletiva de direitos coletivos: a) acesso à justiça – pois há danos que individualmente considerados são pífios e sob a ótica do custo-benefício envolvendo indenizações, despesas processuais e desgaste com a tramitação de um processo, tornam inviável o manejo de demanda, de modo que quando a causa ganha dimensões coletivas passam a ter relevância violações de direitos consideradas coletivamente; b) economia processual – porque demandas que guardam identidade em questões de fato e de direito e envolvem direitos metaindividuais podem ser julgadas de maneira uniforme e em um único processo, contribuindo inclusive para a diminuição de processos em todas as instâncias; c) igualdade perante a lei e segurança jurídica - haja vista que as ações coletivas substituem uma enorme quantidade de ações individuais que teriam desfechos distintos por uma prestação jurisdicional uniforme; d) equilíbrio das partes no processo – pois os litigantes em sede de ações coletivas não estarão em desigualdade excessiva como as que são oportunizadas pelas ações individuais, em sendo os direitos lesados defendidos concomitantemente (MENDES, 2002, p. 31/42).

Acrescenta-se ainda o objetivo de facilitar a demonstração do prejuízo conjunto e o de racionalizar a distribuição da prestação jurisdicional a partir da diminuição de tempo de prestação de serviços públicos e de demandas a serem

examinadas pelo Poder Judiciário (ARENHART, *Op. Cit.*, p. 126). A importância de demonstração do prejuízo em conjunto é de suma relevância para o tema da pesquisa, já que quanto melhor for demonstrado o prejuízo, melhor será a análise dos pressupostos da indenização punitiva e do grau de censurabilidade da conduta.

Ao promover a igualdade de tratamento dos jurisdicionados perante o Poder Judiciário para o fim de também lhes garantir maior segurança jurídica, a tutela coletiva, ao tratar igualmente os casos semelhantes ainda desafoga os tribunais de grande número de ações individuais para o mesmo problema, racionalizando inclusive os custos com a prestação jurisdicional pela economia com recursos a partir do uso de apenas uma ação para pôr fim a vários litígios, evitando:

a) a necessidade de manifestações judiciais idênticas em casos dispersos; b) o gasto de recursos judiciais para tratar de questões já resolvidas; c) o desperdício do tempo da prestação de serviços públicos; d) o excesso de demandas a serem examinadas pelo Poder Judiciário (ARENHART, *Op. Cit.*, p. 126).

Outro importante escopo da tutela coletiva que deve ser sublinhado é o que se relaciona com o acesso à justiça, pois é graças a tutela coletiva que muitos direitos de pouca relevância econômica - mas de grande envergadura quanto à sua reprovabilidade - podem obter a proteção judicial, seja no aspecto compensatório seja no que tange a punição do ato mediante valor indenizatório maior do que o suficiente para cumprir o papel reparatório. Ou seja, permite com que lesões pífias para ser objeto de litigação mostrem sua gravidade quando consideradas coletivamente.

Essa forma de tutela coletiva, que viabiliza a proteção de danos de pequena monta, é denominada na experiência norte-americana de “small claim class actions”, a qual não apenas protege aquelas vítimas que o processo seria muito custoso em relação ao dano sofrido, mas também os interesses de pessoas que integram grupos de hipossuficientes e/ou vulneráveis, tais como idosos, crianças e consumidores, fomentando, ao fim e ao cabo, o acesso à justiça (ARENHART, *Op. Cit.*, p. 83/84).

Os contornos atuais das *class actions* na experiência norte-americana – tal como os *punitive damages* - são fruto de uma sequência de decisões da Suprema Corte. Mesmo a *Equity Rule 48* (1842) e a *Rule 38* (1912) foram resultado de

desafios decorrentes das relações de massa existentes nos Estados Unidos enfrentados por paulatinas discussões na Suprema Corte (MENDES, *Op. Cit.*, p. 67).

Em 1938, as *class actions* foram reguladas pela *Rule 23*, o primeiro Código de Processo Civil no âmbito federal nos EUA, a qual previu, por influência da experiência acumulada pelas *Rules* anteriores e o alvorecer de novas problemáticas, os pressupostos das *class actions* e as suas espécies.

Para que uma demanda seja admitida como *class action* é necessário que a mesma seja certificada como tal em razão do preenchimento de alguns requisitos, os quais estão previstos na *Rule 23*, da regra 23(a) até a 23(a)(4): a possibilidade de identificar a classe de forma concreta; a numerosidade da classe que inviabilize o litisconsórcio; questões de fato ou de direito comuns à classe; harmonia entre a defesa ou pretensão feita pelo substituto processual com as aspirações da classe, e, a representatividade adequada. Estes requisitos serão aprofundados por ocasião do estudo da natureza processual dos danos em massa.

Mesmo em face de inúmeros elementos a serem reconhecidos para que uma *class action* tenha curso, na experiência norte-americana não é imperioso que a sentença da causa coletiva enfrente todos os pormenores das pretensões individuais, bastando que no emaranhado composto de questões comuns e individuais se limite àquelas, “sem adentrar na análise dos aspectos individuais – que serão deixados para outra etapa do processo” (ARENHART, *Op. Cit.*, p. 156/157).

Determinação semelhante fixou o legislador brasileiro, pela possibilidade, em sede de ação coletiva para a tutela de direitos individuais, em caso de procedência do pedido, de a condenação ser genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados (artigo 95 do CDC), quando será possível que a liquidação de sentença seja promovida pelas vítimas (artigo 97 do CDC).

Quanto aos efeitos da coisa julgada em uma *class action*, cabe salientar o tratamento distinto que impera entre a *class action for individual damages* – prevista na Rule 23 B (3) – e as *class actions* focadas em sentenças mandamentais e declaratórias – previstas na Rule 23 B (1) e (2). Enquanto que na ação de classe para danos individuais, aos membros da classe é concedido o direito de exclusão, nas outras duas espécies de *class actions* não há o direito de os membros não se sujeitarem à coisa julgada da tutela coletiva, principalmente porque a decisão judicial deve ser uniforme para todos os membros do grupo.

Portanto, na *class action for individual damages*, antes de o processo ter curso todos os membros da classe devem ser notificados pessoalmente para facultativamente requererem a sua exclusão da demanda caso tenham o desejo de não ficarem sujeitos à coisa julgada no processo coletivo e buscar individualmente a sua pretensão. Contudo, caso os membros devidamente comunicados da *class action* se mantenham inertes, o silêncio tem como desdobramento a inclusão da pessoa como parte no processo e inteira sujeição à coisa julgada. Por esse motivo, a experiência norte-americana exige ampla comunicação e divulgação da propositura da demanda por vários meios e para todos os membros.

Este modelo de inclusão e exclusão de membros do grupo como parte no processo calcado no direito de auto-exclusão é denominado de “opt out” e objetiva “preservar um mínimo de liberdade individual, a garantia constitucional do devido processo legal (...) e que ninguém pode estar vinculado a uma decisão se não foi parte do processo” (ARENHART, *Op. Cit.*, p. 90). Em contraposição a este modelo há o “opt in”, adotado no Brasil para a tutela coletiva de direitos individuais, o qual é caracterizado pela sujeição obrigatória ao julgado da ação coletiva apenas àqueles que voluntariamente aceitarem a sua inclusão na demanda, não podendo o silêncio forçar a sua sujeição à coisa julgada.

Sob determinados aspectos, o sistema “opt in” enfraquece a essência da tutela coletiva para aqueles casos em que os danos perpetrados forem de pequena monta, pois as vítimas não terão grande interesse em se habilitar na causa e se sujeitar aos seus efeitos, frustrando “os objetivos do processo coletivo, que são de evitar a multiplicação de demandas, a contradição de julgados e a fragmentação da prestação jurisdicional” (WATANABE, 2014, p. 302).

Ao tratar das ações coletivas no Brasil, cabe sublinhar a interação existente entre o CDC e a LACP. A LACP estabeleceu as ações de responsabilidade para buscar reparação ou prevenção dos direitos coletivos *stricto sensu* e difusos relacionados ao meio ambiente, grupos raciais, étnicos e religiosos, consumidor, etecetera, porém não previu nenhum mecanismo coletivo para a defesa de direitos individuais homogêneos pela ação coletiva, motivo pelo qual antes da CF/1988 e do CDC, “los miembros de un grupo podían recuperar sus daños individuales solamente interponiendo su propia demanda individual” (GIDI, *Op. Cit.*, p. 21).

O CDC buscou definir o que são direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos (artigo 81, parágrafo único), atribuiu legitimidade

extraordinária a alguns entes para a defesa de direitos de outrem (artigos 82), definiu pormenorizadamente procedimento atinente à defesa dos direitos individuais homogêneos pelos substitutos processuais, com regras que vão desde a competência para processamento e julgamento da causa até a liquidação e execução de sentença (artigos 91/100), bem como estabeleceu os efeitos da coisa julgada aos consumidores que compõe o grupo de lesados, individualmente considerados (artigos 103/104).

O anteprojeto do CDC foi elaborado por juristas atentos às problemáticas efervescentes relativas à efetividade dos direitos do consumidor em juízo e o correlato acesso à justiça, a partir da influência de trabalhos acadêmicos de juristas italianos publicados na década setenta, como “I limiti *soggettivi* del giudicato e le class actions”, de Michele Taruffo e “Formazioni social e interessi di grupo davanti ala giustizia civile”, de Mauro Cappelletti (GIDI, *Op. Cit.*, p. 18).

O CDC revelou-se, desse modo, como um agente unificador em matéria de ações coletivas, indo além do que expressamente previu em seu artigo 90 - segundo o qual as normas previstas no CPC e na LACP se aplicam, no que couberem, às ações coletivas em defesa do consumidor – para se tornar, juntamente com a LACP, Lei sobre Ação Popular (Lei n. 4.717/65), Lei sobre Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/1992) e Lei do Mandado de Segurança Individual e Coletivo (Lei n. 12.016/2009) um verdadeiro Código de Procedimentos Coletivos (GIDI, *Op. Cit.*, p. 23), pois se complementam umas com as outras, havendo apenas ênfase em consonância com a natureza do direito a ser tutelado:

(...) el procedimiento para la protección de derechos difusos y colectivos estan previsto en la Ley de la Acción Civil Pública, y el procedimiento para la protección de los derechos individuales homogéneos estan establecido en el Código del Consumidor (GIDI, Op. Cit., p. 23).

A tutela dos direitos individuais homogêneos prevista no CDC e dos direitos difusos e coletivos consubstanciadas na LACP foi fortemente influenciada pela experiência norte-americana das *class actions*, pelo que esta se tornará objeto de análise pormenorizada.

Como o estudo da tutela coletiva na pesquisa objetiva relacioná-la com os *punitive damages*, é importante frisar o caráter aberto das regras relativas à tutela coletiva no Brasil, sendo possível ampla adaptação da tutela coletiva para vários tipos de tutela, não havendo óbice legal algum em unir ações coletivas com os

punitive damages. É nesse sentido que Sérgio Cruz Arenhart fala em princípio da eficiência da prestação jurisdicional na tutela de interesses metaindividuais e individuais de massa, em razão do que dispõe o artigo 83 do CDC, “ao estabelecer que, para a tutela dos direitos e interesses ali previstos são cabíveis quaisquer espécies de demandas capazes de propiciar a sua adequada e efetiva tutela” (*Op. Cit.*, p. 47).

Estando em vias de o Novo Código de Processo Civil (Projeto de Lei n. 8.046/2010) ser aprovado pelo Senado, convém clarear a confusão havida entre a tutela coletiva prevista no corpo legislativo pátrio e o “incidente de resolução de demandas repetitivas” trazido pelo artigo 930 do texto-base. O respectivo incidente, com objetivos semelhantes da tutela coletiva, como a uniformidade de decisões e a diminuição de processos judiciais, permite o julgamento único de muitos processos sempre que a causa demonstrar que a multiplicação deles é calcada em questões idênticas de direito e haver risco de decisões conflitantes sobre a mesma matéria³⁷, embora os processos que serão afetados pela decisão única permaneçam separados e individualizados, ou seja, com diferentes juízes, partes e tramitando em suas respectivas varas, sem haver junção dos processos. Apenas opera-se um mecanismo que evita com que vários juízes decidam sobre questão idêntica relativa a muitos processos. Este incidente poderá ser requerido pelo juiz, pelas partes do processo, pelo Ministério Público ou pela Defensoria, e sempre será dirigido ao Presidente do Tribunal de Justiça local.

Caso o Tribunal de Justiça local aceite o incidente, ele será julgado e a decisão dos desembargadores daí advinda será denominada de “decisão paradigmática”, a qual deverá ser obrigatoriamente seguida pelos demais juízes que tiverem sob seu julgamento processos com a mesma questão de direito. Por este motivo, em razão do efeito que essa decisão paradigmática terá para outros casos, o Tribunal de Justiça deverá suspender a tramitação de outros processos pendentes de julgamento no primeiro e segundo grau de jurisdição.

O incidente não equivale a uma tutela coletiva. Na tutela coletiva pessoa que não é titular do direito pode ajuizar a ação coletiva em nome das vítimas, e em um processo único a questão controvertida de direito é decidida e aplicada, sem que

³⁷ Art. 930. É admissível o incidente de demandas repetitivas sempre que identificada controvérsia com potencial de gerar relevante multiplicação de processos fundados em idêntica questão de direito e de causar grave insegurança jurídica, decorrente do risco de coexistência de decisões conflitantes.

tenha que se falar em suspensão dos processos e observância da decisão por outros juízes, pois apenas um juiz decidirá e liquidará a decisão nos mesmos autos.

Mesmo não se encaixando na exata noção de ação coletiva, o incidente de resolução de demandas repetitivas também poderá ser útil para o intento de aplicação dos *punitive damages* para danos em massa, e, até certo ponto, suprir pontos não alcançados pela ação coletiva. Por exemplo, se há danos produzidos em larga escala que por alguma razão não sejam tuteláveis coletivamente, é possível que a questão de direito envolvida nessas demandas individuais e fragmentadas seja objeto de uma única apreciação judicial, pelo Tribunal de Justiça local. A decisão paradigma, em um de seus capítulos poderá versar sobre a incidência ou não dos *punitive damages*, o que de plano torna o incidente de resolução de demandas repetitivas superior para aplicação dos *punitive damages* em relação a um processo individual que terá uma decisão apenas válida entre as partes do mesmo.

Em que pese a importância do referido incidente, o calcanhar de Aquiles do mesmo perpassa pela constatação de que a aplicação dos *punitive damages* é também uma questão de fato e não apenas de direito, e, por consequência, toda a discussão de fato transita pelo direito à prova, tornando frágil a aplicação dos *punitive damages* pela ausência de instrução processual no Tribunal de Justiça local, inviabilizando em alguns casos a constatação de requisitos subjetivos ou objetivos dos *punitive damages*, bem como a identificação de elementos relacionados ao grau de censurabilidade da conduta.

3.2.2 A CONTROVÉRSIA SOBRE O DANO MORAL COLETIVO

Da mesma forma que uma pessoa individualmente considerada pode sofrer dano moral, a coletividade também pode, porque a proteção dos valores morais não está limitada aos valores morais individuais, sendo possível ofender um “bem juridicamente protegido, de que sejam titulares os membros de uma coletividade ou a própria coletividade” (CARPENA, 2008, p. 833). Desta forma, a comunidade também tem uma dimensão ética intimamente relacionada aos indivíduos que a compõe, dimensão esta diversa daquela individualmente considerada.

O dano moral coletivo tem previsão de acionabilidade e reparabilidade no CDC, que, em seu artigo 6º, inciso VI, acrescenta como direito básico do consumidor a efetiva prevenção e reparação de danos morais coletivos e difusos, assim como no artigo 81, parágrafo único, acentua que a defesa coletiva do consumidor será exercida quando se estiver diante de direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, realçando a existência de tutela para qualquer ofensa aos interesses ali previstos, inclusive a proteção a eventuais danos morais provocados a uma coletividade.

Uma grande barreira ultrapassada para o reconhecimento do dano moral coletivo no âmbito dos tribunais, especialmente do Superior Tribunal de Justiça, foi a desvinculação do dano moral como dor, sofrimento e outros sentimentos e emoções, para considerar também dano moral a lesão a valores e interesses de uma comunidade, abrindo possibilidade para a reparação de dano moral coletivo quando “é atingido o patrimônio imaterial de toda a coletividade ou de uma categoria de pessoas” (RAMOS, 1998, p. 131).

A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça julgou o “caso das pílulas de farinha” (Recurso Especial n. 866.636/SP – DJ 16/12/2007)³⁸, de Relatoria da Ministra Nancy Andrighi, que entendeu que o dano moral coletivo não precisa ser comprovado por meio de perícia em face das circunstâncias do caso e que o dano moral pode ser compensado diretamente à sociedade e não para indivíduos determinados, acentuado que “as condutas da requerida atingiram a sociedade

³⁸ Trata-se de Ação Civil Pública proposta pelo PROCON e pelo Estado de São Paulo em face da SCHERING DO BRASIL QUÍMICA E FARMACÊUTICA LTDA sob a alegação de que o Anticoncepcional Microvlar era formulado e distribuído sem princípio ativo capaz de impedir gravidez.

³⁸ Trata-se de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público Federal em face da BRASIL.

como um todo, causando danos morais e patrimoniais a pessoas indetermináveis, atingindo interesses metaindividuais.”

Apesar do avanço para o reconhecimento dos danos morais coletivos, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se mostrou oscilante, pois no julgamento do Recurso Especial n. 971.844/RS³⁹ (DJ 03/12/2009) a Primeira Turma, por meio do voto do Ministro Relator Teori Zavascki, entendeu pela não configuração do dano moral coletivo, argumentando que “os danos morais dizem respeito ao foro íntimo do lesado, pois os bens morais são inerentes à pessoa. (...) Seu patrimônio ideal é marcadamente individual.”

No mesmo ano de julgamento dos outros dois casos, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça julgou o Recurso Especial n. 1.057.274/RS⁴⁰ (DJ 26/02/2010). A relatora Eliana Calmon acentuou que “tanto o dano moral coletivo indivisível (gerado por ofensa aos interesses difusos e coletivos de uma comunidade) como o divisível (gerado por ofensa aos interesses individuais homogêneos) ensejam reparação.”

A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n. 1.221.756/RJ⁴¹ (DJ 10/02/2012), de relatoria do Ministro Massami Uyeda, entendeu pela possibilidade de reparação de danos morais coletivos. O Ministro Relator entendeu pela possibilidade de reparação de danos morais coletivos, ressaltando não ser razoável uma agência bancária com plenas capacidades financeiras “submeter aqueles que já possuem dificuldades de locomoção, seja pela idade, seja por deficiência física ou por causa transitória, à situação desgastante de subir lances de escadas, exatos 23 (vinte e três) degraus.”

Vale ressaltar que o valor indenizatório fixado em decorrência de um dano moral coletivo é destinado a um fundo, como dispõe o artigo 13 da LACP,⁴² não

³⁹ Trata-se de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público Federal em face da BRASIL TELECOM S/A e da AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES – ANATEL, sustentando que as rés não instalaram Serviço Telefônico Fixo na cidade de Bento Gonçalves/RS, nem tampouco procederam a reabertura de lojas de atendimento ao usuário.

⁴⁰ Trata-se de Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público Estadual em face da EMPRESA BENTO GONÇALVES DE TRANSPORTES LTDA, sob a alegação de que a ré adotou medidas para alijar o acesso gratuito dos idosos maiores de 65 anos ao serviço de transporte coletivo, exigindo prévio cadastramento destes usuários e respectiva confecção de carteirinhas.

⁴¹ O Ministério Público Estadual ajuizou Ação Civil Pública em face de BANCO ITAÚ UNIBANCO S/A. A., requerendo reparação de danos morais coletivos alegando que o réu não mantinha no térreo de uma de suas agências caixa convencional para atendimento prioritário a idosos, gestantes, deficientes físicos e pessoas com dificuldade de locomoção.

⁴² “Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o

ensejando o recebimento da importância por nenhuma vítima individualmente considerada.

Percebe-se que a indenização por dano moral coletivo se trata de medida reparatória/compensatória, eis que atua no mister de estabelecer o estado anterior ao da lesão ou ao menos atenuar os efeitos produzidos pelos danos à coletividade, não se confundindo, por esse motivo, com os *punitive damages*, o qual atua a partir de uma verba indenizatória maior do que a suficiente para compensar ou reparar o dano, visando a reprimir e desestimular comportamentos específicos com alto grau de reprovabilidade. Por este motivo, nada impede que a indenização por dano moral coletivo seja acompanhada dos *punitive damages*, uma vez caracterizado o alto grau de censurabilidade da conduta.

3.2.3 A DEFINIÇÃO DOS DIREITOS INDIVIDUAIS DE MASSA NO CAMPO DO DIREITO MATERIAL E SUA CRÍTICA

A busca por uma definição dos direitos individuais de massa se relaciona com os critérios aptos a definir quando direitos individuais poderão ser tutelados coletivamente, com grande controvérsia instalada pelo CDC no dispositivo que estabelece que esses direitos são individuais homogêneos quando corresponderem a uma “origem comum”, expressão que por si só é imprecisa, nela podendo ser encaixado tudo ou quase nada, tendo em vista que nas miríades das relações privadas é possível estabelecer a similitude de casos com base em disciplinas jurídicas, matérias de fato, causa de pedir e pedido, dentre outras circunstâncias.

Esta dificuldade de definição é bem representada pela relativa insuficiência da jurisprudência e legislação nacional sobre os direitos de massa, o que dificulta a aplicação das ações coletivas em favor dos danos em massa e contribui para a perpetuação do caráter individualista da prática jurídica brasileira, com milhões/milhares de ações para tratar da mesma questão.

É possível identificar uma forte corrente aparentemente dividida, mas essencialmente unida por caracterizar esses respectivos direitos com base em algum diferencial no campo do direito material “ou por considerá-los como formas peculiares de direitos difusos ou coletivos, ou por entenderem que esses interesses

Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.”

exigem, para sua configuração, alguma espécie de relevância especial” (ARENHART, *Op. Cit.*, p. 128).

A concepção dos direitos individuais de massa como expressão do direito material ganhou muito adeptos e se espalhou em decisões judiciais de tribunais superiores, os quais sedimentaram a caracterização desses direitos baseados em alguma característica que os diferenciam dos demais danos individuais, claramente preocupados em não tratá-los como “qualquer” direito em razão de sua suposta “relevância e dimensão diferenciada”⁴³, aduzindo, por exemplo, que seria uma visão restritiva os abordar como direitos meramente individuais, defendendo que os mesmos são “subespécies de direitos coletivos” e que “não se classificam como direitos individuais”⁴⁴.

Outra concepção arraigada na mesma linha de raciocínio sustenta ser necessária a união de duas circunstâncias para que os direitos individuais de massa possam ser tutelados coletivamente: “a homogeneidade e a indisponibilidade”, aduzindo que se distinguem com base na relevância social, qualificando-os e distinguindo-os dos demais danos individuais⁴⁵.

Corroborando com esse último entendimento, o STJ já se manifestou que a tutela coletiva de direitos individuais deve ser concedida caso os direitos em jogo sejam indisponíveis, sem a possibilidade de ser abdicado pelo titular, acrescentando ainda que essa forma de tutela coletiva apenas é viável em se tratando de relação de consumo: “o vínculo jurídico entre a instituição previdenciária e os beneficiários do regime de Previdência Social não induz relações de consumo (...) não há que se aplicar a hipótese do artigo 81, III do Código de Proteção e Defesa do Consumidor” (STJ, 5º T., REsp 369.822/PR, rel. Min. Gilson Dipp, DJU 22.04.2003).

Voltando os olhos para a expressão “origem comum”, o STJ tem entendido que a tutela coletiva dos direitos individuais de massa deve ocorrer quando as pessoas estão unidas pelo “mesmo fato” ou por “fatos similares”, e aí residiria a homogeneidade⁴⁶.

O certo é que não se pode afirmar que existe uma concepção uníssona de direitos individuais de massa, pois diante de análise superficial da jurisprudência dos

⁴³ V., assim, STJ, 5º T. AgRg no REsp 404.656/RS, rel. Min. Gilson Dipp, DJ 10.02.2003, p. 225 e STJ, 1º T., REsp 59.164/MG, rel. Min. Cesar Asfor Rocha. RSTJ, 78/114.

⁴⁴ V., assim, STF, REExt 163.231/SP, rel. Min. Maurício Correa. DJ 29.06.2001.

⁴⁵ V., assim, STJ, 1ª T. REsp 59.164/MG, rel. Min. Cesar Asfor Rocha. 29.03.1995. No mesmo sentido: STJ, 3. T. REsp 910.192/MG, rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 24.02.2010.

⁴⁶ STJ, 4º T., REsp 1.100.463/PR, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 20.10.2008.

tribunais superiores constata-se intensa disparidade de concepções, tornando nebulosa a tutela dos direitos de massa no caso brasileiro, reforçado pelo fato de estas decisões estarem contaminadas por equívocos sob a ótica da presente pesquisa por diferenciar os direitos individuais de massa na órbita do direito material e não do processual.

No que tange à caracterização dos direitos individuais de massa com base em sua maior relevância ou em uma suposta dimensão social diferenciada, assevera-se que eles nada possuem de mais relevante do que outros direitos individuais subjetivos, nem tampouco necessitam para a sua tutela coletiva de qualquer estatura social. Esse raciocínio está arrimado na preocupação de não tratar os direitos individuais de massa como “qualquer direito”, como se fosse preciso incrementar a sua valorização.

Ocorre que os direitos individuais de massa são direitos eminentemente individuais (crédito, propriedade, posse, etc.), os quais são apropriados para o tratamento coletivo por circunstâncias que tornam esta tutela superior em relação à individual.

Por este mesmo motivo, os direitos individuais de massa não constituem uma subespécie de direito coletivo, nem tampouco uma nova categoria de direito, pois permanecem com sua natureza e caráter individual intocável, havendo apenas “uma forma processualmente distinta de tratar direitos individuais (...) são direitos individuais enfeixados para tratamento coletivo” (ARENHART, *Op. Cit.*, p. 134).

Além disso, não existe nenhuma influência de eventual indisponibilidade dos direitos em jogo para a definição dos direitos individuais de massa. A indisponibilidade, em última instância, está relacionada à legitimidade do Ministério Público para atuar como autor de ação coletiva visando a tutela de direitos individuais, pelo atrelamento expresso às funções do Ministério Público aos “interesses sociais e individuais indisponíveis” (artigo 127 da CF/1988). Embora contestável, isso nada tem a ver com a caracterização dos direitos individuais de massa, que podem defendidos por outros legitimados, tais como a União, Estados, Municípios, Distrito Federal, entidades e órgãos da Administração Pública direta ou indireta e associações. Portanto, esta definição confunde “os casos em que o Ministério Público estaria legitimado a tutelar o interesse individual homogêneo e aqueles em que a ação coletiva (...) seria cabível” (ARENHART, *Op. Cit.*, p. 132).

Como o que caracteriza os direitos individuais homogêneos é a forma pela qual o direito processual o trata, é consectário lógico defender que eles não se resumem às relações de consumo nem tampouco à mera constatação de que os fatos são iguais ou similares no contexto dos titulares dos direitos, sendo imperioso investigar sob quais critérios e circunstâncias é possível afirmar que os direitos em jogo são de massa (individuais homogêneos), ou seja, “sua definição há de ser buscada com base em critérios processuais, o que significa dizer que esses direitos estão associados (...) à forma de tutela jurisdicional” (ARENHART, *Op. Cit.*, p. 134).

3.2.4 A DEFINIÇÃO DOS DIREITOS INDIVIDUAIS DE MASSA NO CAMPO DO DIREITO PROCESSUAL

Este é um ponto chave do trabalho, pois o critério processual de identificação de direitos individuais de massa (passíveis de tutela coletiva) denominado de “teste de superioridade” (*superiority test*) faz surgir o estudo da adequação do procedimento, cerne da pesquisa que investiga se a ação coletiva é superior para aplicar a indenização punitiva em casos de danos individuais de massa.

Muitos critérios foram criados para o fim de discriminar quais direitos individuais estariam aptos à tutela coletiva e ao tratamento conjunto. No Brasil, estes critérios foram desenvolvidos no afã de desbravar uma interpretação processualmente adequada do conceito de “origem comum” empregado pelo CDC como requisito basilar para a tutela coletiva de direitos individuais, porém, em todos eles se identifica clara inspiração na experiência jurídica norte-americana com a *Rule 23* do *Federal Rules of Civil Procedure* e o seu regramento da *class action*, instituto que trata dos litígios de grupo relacionados a pretensões indenizatórias ou de obrigações de fazer e não fazer dentre outras, o qual rompeu com o paradigma individualista da legitimidade de agir calcado no liberalismo clássico, segundo o qual o exercício do direito deveria ser instrumentalizado apenas por seu titular.

Todos os critérios de agora em diante mencionados são considerados requisitos para que uma ação de classe seja admitida (certificada), embora sirvam de igual modo para discriminar o que são e o que não são direitos individuais de massa. É de posse dos critérios para a identificação de direitos individuais tuteláveis coletivamente que a experiência norte-americana com a *class action* possibilita a “certificação” para a demanda coletiva, a qual só pode ter curso diante da

constatação de que os direitos em jogo reúnem condições aptas para o tratamento conjunto, quando a ação então é “certificada” para o viés coletivo.

A *Rule 23* (a)(1), (2), (3) e (4) compreendem 5 (cinco) requisitos para que qualquer *class action* seja admitida: identificação da classe, quantidade de sujeitos, questões comuns de fato e de direito, harmonia de defesa e pretensão entre a classe e o representante, e a representatividade adequada. Estes critérios, somados aos relacionados na *Rule 23* (b)(3) (que trata especificamente da *class action for individual damages*), interpretados conjuntamente, formam os parâmetros sobre os quais o magistrado deve se ater para uma resposta conclusiva a respeito da existência de danos individuais de massa tuteláveis coletivamente.

Um critério que diz respeito a toda e qualquer *class action* é a possibilidade de a classe ser identificada, de modo a viabilizar a comunicação aos membros, definir o alcance da decisão judicial, as provas a serem produzidas, etecetera, em que pese não ser imprescindível a delimitação exata dos membros, mas tão somente contornos sólidos da classe. Este requisito não está expressamente disposto na *Rule 23*, mas decorre diretamente da própria interpretação da acepção “classe”, a qual não está inserida em aspectos econômicos ou sociais, mas sim deve ser compreendida no sentido de conjunto de pessoas equiparadas por algum interesse. A identificação concreta nada tem a ver com eventual relação jurídica idêntica ou semelhante havida entre os membros da classe, possuindo uma “significação ampla, que pode ser equiparada a conjunto de pessoas interessadas, grupo ou categoria, não se exigindo, inclusive, qualquer relação jurídica base” (MENDES, *Op. Cit.*, p. 73).

Em seguida, surge o critério da quantidade dos sujeitos envolvidos previsto na *Rule 23* (a)(1), exigindo que o número de pessoas envolvidas no litígio do grupo seja tão grande a ponto de inviabilizar o litisconsórcio⁴⁷. Ele se refere à análise sobre a numerosidade da classe, de modo que para que a *class action* seja certificada é necessário que a reunião de todos os membros não seja possível, contudo, essa quantidade não é pré-fixada, devendo ser visualizada em conjunto com a complexidade das questões fáticas e jurídicas em jogo.

Portanto, quando a demanda puder ser resolvida por ação individual (o

⁴⁷ (a) Prerequisites. One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members only if:

(1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable;

litisconsórcio se enquadra como ação individual) e ainda levando-se em conta outros aspectos, não se apresentará como apropriada a tutela coletiva, e, portanto, não se estará diante de direitos individuais de massa por não serem merecedores da tutela coletiva (ARENHART, *Op. Cit.*, p. 146).

Outro critério exige questões comuns de fato e de direito (*there are questions of law or fact common to the class*), presente na *Rule* (a)(2). Para o preenchimento deste critério não é necessária identidade absoluta das questões, mas tão somente mera afinidade de um ponto em comum de fato ou de direito, tal como se exige para a formação do litisconsórcio no direito brasileiro⁴⁸. Sob esse raciocínio, rechaçam-se entendimentos que exigem uma quase intangível igualdade de causa de pedir próxima e remota (fatos e direito), devendo ser maximizado o alcance da expressão “origem comum” mencionada no artigo 81, parágrafo único, inciso III, do CDC, para:

(...) permitir a tutela conjunta de situações parecidas, ainda que decorrentes de origens diversas, mas que guardem certa semelhança. Portanto, doutrina e jurisprudência jamais empregaram a noção de 'origem comum' em sua interpretação gramatical, o que, aliás, geraria diminuição considerável do campo de abrangência da tutela coletiva (ARENHART, *Op. Cit.*, p. 151).

Ao lado desses critérios, ainda na *Rule 23*, existem as exigências da harmonia de defesa e pretensão e da representatividade adequada, porém estes, ao contrário dos anteriormente expostos, não se prestam para discernir o que são e o que não são direitos individuais de massa, pois funcionam apenas como exigências para o próprio curso da demanda, sem os quais se pode até estar diante de direitos individuais de massa tuteláveis coletivamente, mas em decorrência da falta de representatividade ou de harmonia de defesa e pretensão a tutela coletiva é inviabilizada.

Na *Rule 23* (a)(3), exige-se harmonia entre a pretensão ou a defesa a ser manejada pelo substituto processual com as da classe (*the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class*), no sentido de garantir que a condução da causa seja a melhor para os objetivos do grupo pelo vínculo estreito que o representante tem com os direitos em jogo, ou seja, se exige “a demonstração de que o representante da classe sujeita-se exatamente aos mesmos efeitos sofridos pela classe como um todo” (ARENHART, *Op. Cit.*, p. 88).

Em seguida, na *Rule 23* (a)(4), surge o requisito da representatividade

⁴⁸ Entendimento defendido por Sérgio Cruz Arenhart (*Op. Cit.*, p. 151)

adequada (*the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class*), pois como não há nenhum tipo de mandato ou de autorização formal dos membros da classe ao indivíduo representativo desta, torna-se inarredável que a representação exercida por terceiro seja objeto de fiscalização pelos órgãos judiciais no sentido de verificar se a representação dos membros da classe está sendo exercida de forma adequada, a partir da apreciação de alguns fatores, tais como, tempo disponível, vigor no andamento do feito, comprometimento, interesses em jogo, capacidade financeira, conhecimento dos fatos e direitos da causa, honestidade, credibilidade, etcetera (MENDES, *Op. Cit.*, p. 76).

O requisito da representatividade adequada está relacionado com a característica do regime de “opt out” da experiência norte-americana, pois a exigência de que o representante possua qualidades que os tornem adequado se legitima ainda mais pela sujeição que todos os componentes do grupo terão com a decisão extraída da ação de classe.

Há um critério que não está presente na *Rule 23*, mas é mencionado por parte da doutrina como apto para definir direitos individuais de massa tuteláveis coletivamente, e diz respeito à viabilização do acesso à justiça, pois há danos que individualmente considerados são pífios⁴⁹, os quais somados ao desgaste físico e financeiro com o processo, além da perda de tempo, tornam quase impraticável a prevalência da demanda individual, enaltecendo-se a tutela coletiva pelo argumento de permitir a tutela de direitos que apenas considerados coletivamente se tornam relevantes a ponto de serem judicializados. Assim, “favorece a proteção de certos interesses, que de outro modo (pela via individual) ou não seriam levados ao Judiciário, ou teriam tramitação muito mais complexa” (ARENHART, *Op. Cit.*, p. 139).

Estes critérios acima mencionados se aplicam a toda e qualquer espécie de *class action*, portanto, são critérios gerais e em parte úteis para definir direitos individuais de massa tuteláveis coletivamente.

Há três espécies de *class action* na experiência jurídica norte-americana, as quais correspondem cada uma delas a mais um critério/exigência para a tutela

⁴⁹ Aluísio Mendes expõe bem essa problemática, que favorece a perpetuação de condutas lesivas: “Os danos resultantes das lesões supramencionadas são, frequentemente, se considerados separadamente, em termos econômicos, de pequena monta, fazendo com que, na relação custo-benefício, o ajuizamento de ações individuais seja desestimulante e, na prática, quase que inexistente, demonstrando, assim, a fragilidade e as deficiências em relação ao acesso à Justiça. A eventual falta ou deficiência dos instrumentos processuais adequados para os chamados danos de bagatela, que considerados globalmente, possuem geralmente enorme relevância sócia e econômica, estimula a repetição e perpetuação de práticas ilegais e lesivas” (*Op. Cit.*, p. 34).

coletiva, porém o foco da pesquisa é a espécie denominada de “*class action for individual damages*” em razão da proximidade com a tutela coletiva de direitos individuais na experiência brasileira, embora haja outras duas espécies, que por se assemelharem à tutela de direitos difusos e coletivos não serão objeto de análise pormenorizada.

A primeira – prevista na *Rule 23 (b)(1)* - é chamada de *incompatible standards* e decorre da exigência de que a causa, caso não seja dada continuidade na demanda coletiva, as ações individuais promovam decisões judiciais absolutamente inconciliáveis e incompatíveis em face de um mesmo padrão de conduta. A segunda – encontrada na *Rule (b)(2)* - surge a partir do requisito segundo o qual quando a parte adversa à classe se recusar a agir ou tiver agido sob um fundamento que é aplicável à toda a classe, motivo pelo qual o pronunciamento judicial deve ser uniforme para todos os membros do grupo. As duas primeiras ramificações das *class actions* se aproximam, em relação ao direito brasileiro, da tutela dos direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, em razão da “indivisibilidade, material ou jurídica, do direito tutelado” (MENDES, *Op. Cit.*, p. 83).

Surge na terceira espécie de *class action*, esculpida no inciso (b)(3) da *Rule 23*, o requisito da prevalência das questões coletivas sobre as individuais e o da superioridade das *class actions for individual damages*, em termos de justiça e eficácia da decisão. É neste último critério (superioridade) que se assenta a problemática da pesquisa.

3.2.5 O CRITÉRIO DA SUPERIORIDADE (*SUPERIORITY TEST*) E A SUA RECONDUÇÃO AO DIREITO BRASILEIRO

O requisito da prevalência das questões coletivas sobre as individuais deve ser interpretado quase que conjuntamente com o critério da superioridade da ação coletiva sobre outros procedimentos, pois ambos se complementam na tarefa de determinar se os direitos em jogo estão aptos para serem tutelados coletivamente, no contexto da *class action for individual damages*. Ambos são, na essência, critérios complementares àqueles que se aplicam a toda e qualquer espécie de ação coletiva, vistos anteriormente, embora voltados especificamente para àquela espécie relacionada aos direitos individuais.

Nestes requisitos, o magistrado deve avaliar se “as questões de fato ou de direito comuns aos membros da classe predominam sobre as individuais”, o que representa o requisito da preponderância, relevante para o fim de evitar tornar o “processo verdadeiro labirinto, diante do emaranhado de alegações, defesas e provas essencialmente individuais” (MENDES, *Op. Cit.*, p. 87). Simultaneamente a isso, o juiz precisa avaliar se a ação de classe é superior a outros procedimentos disponíveis, em termos de justiça e eficácia da decisão, a teor do que dispõe o *caput* da *Rule 23 (3)*⁵⁰.

O requisito da prevalência das questões coletivas sobre as individuais deve ser analisado a partir dos seguintes aspectos, oferecidos pelos itens (A), (B), (C) e (D) presentes na *Rule 23 (3)*:

A) interesse dos membros no controle individual da ação ou da defesa; B) a extensão e natureza do litígio; C) conveniência de concentrar o caso em um único órgão judicial, e, D) as dificuldades enfrentadas na ação de classe (Tradução Livre)⁵¹.

Já o critério da superioridade da ação coletiva sobre outros procedimentos deve ser “realizada sob o método comparativo, devendo o intérprete, por

⁵⁰ *Rule 23 (3)*: “the court finds that the questions of law or fact common to class members predominate over any questions affecting only individual members, and that a class action is superior to other available methods for fairly and efficiently adjudicating the controversy.” Tradução Livre: “o juiz deve considerar que as questões de direito ou de fato comuns aos membros da classe predominam sobre quaisquer questões que afetam apenas os membros individuais, e que a ação de classe é superior a outros métodos disponíveis em termos de justiça e eficácia da decisão.”

⁵¹ “(A) the class members’ interests in individually controlling the prosecution or defense of separate actions; (B) the extent and nature of any litigation concerning the controversy already begun by or against class members; (C) the desirability or undesirability of concentrating the litigation of the claims in the particular forum; and (D) the likely difficulties in managing a class action.”

consequente, verificar a existência de outros procedimentos adequados no sistema processual norte-americano” (MENDES, *Op. Cit.*, 87).

Esses pressupostos (prevalência e superioridade), apesar de não estarem expressamente previstos na legislação pátria, podem ser reconduzidos à nossa experiência, o que foi objeto de estudo de Ada Pellegrini Grinover (2004) Vislumbra-se a existência do pressuposto da prevalência no caso brasileiro, pois a tutela coletiva para direitos individuais exige que esses direitos sejam homogêneos, trazendo como consectário lógico, que exista prevalência das questões coletivas sobre as individuais, pois caso contrário estar-se-ia diante de direitos heterogêneos de origem comum, para os quais não se admite tutela coletiva, por falta de possibilidade jurídica do pedido.⁵² De outro lado, também o requisito da superioridade da tutela coletiva previsto na experiência norte-americana pode ser transportado ao ordenamento jurídico brasileiro a partir do interesse de agir e da efetividade do processo.

O interesse de agir é uma das condições da ação, o qual exige que a prestação jurisdicional para o caso seja útil e adequada. Quanto à observância do interesse de agir na modalidade interesse-adequação exige-se que o procedimento escolhido pelo autor seja o mais apto à tutela do direito material, dentre todas as outras opções legais, algo muito similar ao que à condição imposta pelo requisito da superioridade.

O outro aspecto a ser considerado, na recondução da categoria da superioridade das ações coletivas ao direito brasileiro, é o da efetividade do processo coletivo, tendo em vista que a *Rule 23 (b) (3)* exige que a tutela coletiva seja superior também em termos de “justiça e eficácia da decisão”. Assim, no direito brasileiro a justiça e eficácia da decisão em sede de ação coletiva deve representar a efetividade do processo, de modo que “gerar provimentos jurisdicionais efetivamente inúteis levaria ao descrédito do instrumento, à frustração dos consumidores de justiça, ao desprestígio do Poder Judiciário” (GRINOVER, *Op. Cit.*, p. 866).

As categorias da prevalência e superioridade da *class actions for individual*

⁵² Sobre a discussão, Ada Pellegrini Grinover (*Op. Cit.*, p. 864) acentua que “chegar-se-ia, por esse caminho, à conclusão de que a prevalência das questões comuns sobre as individuais, que é condição de admissibilidade no sistema das *class actions for damages* norte-americanas, também o seria no ordenamento brasileiro, que só possibilita a tutela coletiva dos direitos individuais quando estes forem homogêneos.”

damages podem, a partir da recondução ao direito brasileiro, contribuir para o fortalecimento da função preventiva da indenização punitiva em face de danos individuais de massa, por possibilitar o discernimento sobre qual a ação (individual ou coletiva) é mais adequada (superior) para este desiderato. Após o trabalho apresentar os contornos dos *punitive damages*, o critério da superioridade será reescrito para o fim de ser utilizado especificamente para o tema em análise, com foco nos pressupostos dos *punitive damages*, nos fatos relevantes para a aferição do grau de censurabilidade da conduta e na potência inibitória calcada em análise econômica do direito.

Destarte, quanto mais adequado for o procedimento para aplicar os *punitive damages* em face de danos em massa, mais escorreita será a sua aplicação, em maior grau o seu principal objetivo será contemplado (prevenção de danos), mais direitos serão respeitados e um maior número de condutas iníquas serão evitadas.

A escolha do critério da superioridade se dá na medida em que é o que em maior medida engloba ou compreende os outros critérios. Quando o número de pessoas da classe atingida for tão grande que não comporte o litisconsorte, a ação coletiva será também a mais adequada, e, portanto, superior a outros procedimentos existentes no ordenamento jurídico. Da mesma forma ocorre se a causa, para garantir maior acesso à justiça, tiver que ser coletiva, a demanda coletiva será também a mais adequada e por consequência superior em termos de justiça e eficácia da decisão.

Como a análise da superioridade da ação coletiva está umbilicalmente relacionada à adequação do procedimento, abrem-se outros importantes elementos para a questão ser discutida, ganhando solidez qualquer pesquisa que vise a avaliar algum aspecto de direito em relação a ação coletiva para danos individuais de massa, motivo pelo qual o presente trabalho, objetivando estudar o instituto dos *punitive damages* no contexto dos danos massificados, elegeu o referido critério para desbravar sua pesquisa. Em razão da riqueza que o estudo da adequação traz, escolheram-se dois elementos para discuti-la: o direito à prova e a análise econômica do direito para fins de deter condutas indesejadas, tornando possível imprimir um maior grau de fidelidade no resultado da pesquisa.

4 OS *PUNITIVE DAMAGES* (INDENIZAÇÃO PUNITIVA)

4.1 OS *PUNITIVE DAMAGES* NA EXPERIÊNCIA JURÍDICA NORTE-AMERICANA

Como visto alhures, existe a possibilidade de a responsabilidade civil, a partir da imposição da obrigação de indenizar, desempenhar um papel diverso do ressarcitório, indo além do valor suficiente para recompor ou compensar o dano sofrido pela vítima, no afã de coibir condutas altamente reprováveis e/ou de evitar a não responsabilização do ofensor pela baixa expressão dos danos causados. A esta função preventiva da obrigação de indenizar está relacionado o instituto dos *punitive damages*, que possuem desenvolvimento exponencial na experiência jurídica norte-americana nas últimas décadas, de modo que a pesquisa se apoiará na doutrina e jurisprudência da Suprema Corte desse país para estabelecer os requisitos subjetivos e objetivos dos *punitive damages*, assim como os parâmetros para avaliar o grau de censurabilidade da conduta.

A ideia menos formal e judicializada dos *punitive damages* desde suas origens no contexto do mundo moderno os vinculam como uma arma do mais pobre e frágil em face do mais forte e poderoso, ou seja, são vistos como elemento de proteção e preservação dos direitos individuais diante de manobras para vilipendiá-los e maculá-los por parte de alguém mais pujante (RUSTAD; KOENIG, 1993, p. 1.285), embora se saiba que na atualidade os *punitive damages* podem ser aplicados contra alguém tão poderoso quanto a vítima (em casos envolvendo ilícitos contratuais e/ou extracontratuais entre grupos econômicos)⁵³ ou até mesmo impostos a uma pessoa física (casos envolvendo agressões físicas graves),⁵⁴ tendo em vista que, ainda de forma superficial, a sua incidência é atraída por atos de

⁵³ A Suprema Corte Americana manteve indenização punitiva de 10 milhões de dólares fixada pelo júri na demanda *TXO Production Corp. v. Alliance Resources Corp.* (1993), no qual a TXO foi considerada responsável por enganar a contratante Alliance e estimulá-la por meio de estudos geológicos e omissão de informações relevantes, a concretizar a compra dos direitos sobre gás e petróleo de uma área denominada de “Blevins Tract”. Diante do negócio fenomenal, a Alliance prontamente realizou o contrato e pagou a sua obrigação, tendo descoberto mais tarde que em 1958 a TXO já havia transmitido vários direitos sobre os minérios para terceiros e que havia comprado apenas o direito sobre a mina de carvão, estando de fora petróleo e gás. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supct/html/92-479.ZO.html>, acesso em: 14/11/2014.

⁵⁴ É o caso do jovem agredido de forma brutal por um lutador de jiu-jitsu do lado de fora de uma boate no Rio de Janeiro por motivos de ciúme. O autor do ilícito atacou o jovem de surpresa pelas costas e, mesmo este tendo caído desacordado no chão, permaneceu desferindo chutes, socos e cotoveladas que por pouco não causaram a morte da vítima. O incidente foi decidido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que fixou indenização de caráter punitivo na base de 3.000 salários mínimos (TJRJ, Ap. Cív. 9.825/98, 8ª CC, Rel. Des. Adilson Vieira Mabu, disponível em: <http://conjur.uol.com.br/textos/5701>, acesso em 14/11/2014)

violação intencional/premeditada (mas não obrigatoriamente) e maliciosa para com os direitos ou a segurança de outrem.

Essa assertiva situada no senso comum é verdadeira no bojo da presente pesquisa, que se volta para os direitos individuais de massa (dos mais fracos) violados em larga escala por alguém mais poderoso e preparado para discussões técnicas e documentais, seja na qualidade de fornecedor de produtos e serviços ou de empregador, pelo que a maior força não é medida exclusivamente pelo valor do dinheiro, mas também pela posição de superioridade em que se encontram sob vários aspectos: jurídico, fático, técnico, informativo, social e cultural.

Estes atos têm sido comuns no atual cenário do mundo capitalista e por isso a aplicação dos *punitive damages* tem crescido nas últimas décadas, em especial na área dos chamados delitos financeiros (*financial torts*), que engloba danos relacionados a contratos de seguro, produtos e serviços de consumo em geral, relações de trabalho e direitos sobre bens imóveis⁵⁵. As práticas estrategicamente traçadas e direcionadas à violação de direitos não são estranhas ao mundo dos negócios, porque “na maior parte das empresas, todas as escolhas de projeto sobre segurança são debatidas num contexto de custo e benefício” (Tradução Livre) (SEBOK, *Op. Cit.*, p. 166)⁵⁶.

Como resultado, a indiferença para com os direitos e segurança de outrem pode ser constatada sem maiores análises em elementos subjetivos, já que se pressupõe que danos perpetrados em larga escala no mundo dos negócios são conscientes e decorrentes de escolhas delicadamente estudadas, sendo imperioso, também por esse motivo, defender que os *punitive damages* podem ser esse instrumento de repreensão (punição) e desestímulo (prevenção) independentemente da prova da intenção.

A doutrina dos *punitive damages*, apesar de alguns autores vislumbrarem a sua origem no Código de Hammurabi (2000 anos A.C), na Bíblia⁵⁷ e no Direito

⁵⁵ É o que constata Anthony Sebok (2007, 158): “The highest frequency of punitive damages awards have occurred in (...) what many refer to as ‘financial torts’ (fraud, insurance, employment, real property, contract, and commercial and consumer sales).” Tradução Livre: “A maior frequência de punitive damages tem ocorrido (...) onde muitos se referem como “delitos financeiros” (fraude, seguro, relação de emprego, bens imóveis, contrato, e as vendas comerciais e de consumo).”

⁵⁶ “in most businesses, all conscious design choices about safety are debated against a background of cost and benefit.”

⁵⁷ “The doctrine of punitive damages has an ancient lineage. The Babylonian Hammurabi Code, Hindu Code of Manu, and the Bible, all contain precursors to the modern remedy of punitive damages.” (RUSTAD; KOENIG, *Op. Cit.*, p. 1.285) Tradução Livre: “A doutrina dos punitive damages tem origem

Romano⁵⁸, é no Direito Inglês que a expressão foi cunhada pela primeira vez no caso *Huckle v. Money*, em 1973, e no Direito norte-americano que se desenvolveu de forma mais aprofundada, a partir do século XX, em decorrência do crescimento demográfico e do incremento da industrialização.

A experiência norte-americana na aplicação dos *punitive damages* sofre influência do seu federalismo, marcado por intensa autonomia política, legislativa e administrativa dos Estados, fruto do processo de transformação de Confederação em Federação que culminou na formação dos Estados Unidos da América⁵⁹, motivo pelo qual há 5 (cinco) Estados americanos que não adotam os *punitive damages* (Louisiana, Nebraska, Washington, Massachusetts e Hampshire)⁶⁰. Por conseguinte, o instituto dos *punitive damages* se apresentam de forma diversificada nos Estados norte-americanos que o utilizam, mesmo que substancialmente seja conceituado da mesma forma, como dispõe o § 908 do *Restatement of Torts*, elaborado pelo *American Law Institute*: “indenização que não a compensatória, concedida contra uma pessoa para puni-la por sua conduta ultrajante e dissuadi-la, e outras como ela, de praticarem condutas semelhantes no futuro”⁶¹.

Em outras palavras, a doutrina dos *punitive damages* é utilizada para o fim de coibir e punir (*deterrence* e *punishment*) a disposição e capacidade que pessoas físicas e jurídicas têm para praticar atos altamente reprováveis e “albergar vantagem com o lado menos forte de uma relação” (*take advantage of its less powerful*

antiga. O Código de Hammurabi, O Código Hindu de Manu, e a Bíblia, todos contém elementos do *punitive damages*.”

⁵⁸ “The laws of the XII Tables declared that whoever should do a personal injury to another should pay twenty-five asses, a considerable sum at the time. At a later time, however, when money abounded, this penalty became so insignificant that one Lucius Veratius used to amuse himself by striking those whom he met in the streets in the face, and then tendering them the legal amends, from a wallet which a slave carried after him for the purpose.” (RUSTAD; KOENIG, *Op. Cit.*, p. 1.269) Tradução Livre: “A lei das XII Tábuas declarava que quem causasse uma injúria a outrem deveria pagar uma soma significativa de dinheiro, que com o passar do tempo se tornou pouco relevante para pessoas com muitos bens em momentos de abundância. Foi o caso de Lucius Veratius, que usava o ‘preço do ilícito’ para se divertir atacando pessoas no rosto oferecendo em seguida o correlato pagamento.”

⁵⁹ Importante sublinhar que mesmo antes da formação da Federação, as 13 (treze) colônias inglesas nos Estados Unidos já gozavam de forte independência em relação ao poder central: “as comunas, em geral, só são submetidas ao Estado quando se trata de um interesse que chamarei de social, isto é, que elas partilham com outras.” (TOCQUEVILLE, 2005, p. 76)

⁶⁰ “four states (Louisiana, Nebraska, Washington, and Massachusetts) supreme courts have declared that their common law of tort does not permit these punitive damages. A fifth state (New Hampshire) abolished modern punitives by statute.” (KRAUSS, 2007, p. 219/220)

⁶¹ Tradução livre da definição contida na dissertação de doutorado *Integration of punitive damages into countries with a civil law system: mexico’s case*: “But, what are punitive damages? The Restatement of torts define them as: ‘1) damages, other than compensatory or nominal damages, award against a person to punish him for his outrageous conduct and deter him and others like him from similar conduct in the future.’” (VILLARREAL, 2009, p. 12)

'adversaries') (RUSTAD; KOENIG, *Op. Cit.*, p. 1.277), funcionando como um mecanismo “contra o risco de conduta ilegal das empresas” (*against the risk of corporate malfeasance*) (SEBOK, *Op. Cit.*, p. 156). E mais, ao se fixar um valor indenizatório diverso do compensatório, com caráter punitivo, se evita a realização de cálculos que permitam a obtenção de lucro com atos ilícitos, possibilidade esta característica dos danos em massa, que potencializam os ganhos baseados em violações de direitos em larga escala, principalmente quando se tem como contrapartida do Poder Judiciário a condenação em indenizações de cunho apenas compensatório. Nesse sentido:

A indenização de cunho apenas compensatório prejudicaria o efeito dissuasor do remédio, tornando possível para as empresas o cálculo de gastos com indenizações compensatórias e fazer lucro com essa prática, caracterizando-a como um bom negócio (Tradução Livre) (RUSTAD; KOENIG, *Op. Cit.*, p. 1.277)⁶².

A responsabilidade civil (*law of torts ou tort*) no direito norte-americano é composta pelo ato ilícito (*civil wrong ou wrongful act*) – que se manifesta também em descumprimento de obrigação contratual - e pelo dano (*damage*), podendo a vítima deste intentar ação de indenização para ter reparados seus danos e/ou aplicada indenização de caráter punitivo. A responsabilização civil também se aplica na hipótese de atos intencionais, negligentes e até mesmo sem culpa, na denominada responsabilidade objetiva, em todo caso sendo exigido o nexo causal entre a conduta e o dano causado. De acordo com Edward Kionka (2005, p. 1), a responsabilidade surge quando “alguém sofre um dano decorrente da conduta omissiva ou comissiva de alguém” (Tradução Livre).

Como consequência jurídica para o causador do dano moral, abrem-se duas possibilidades, a depender da gravidade do ato ilícito e de outras condições: ou a vítima recebe um valor em dinheiro suficiente para compensar o mal sofrido, que compreende os *compensatory damages*, “que consistem no montante da indenização compatível ou equivalente ao dano causado, atribuído com o objetivo de ressarcir o prejuízo” (MARTINS-COSTA; PARGENDLER, *Op. Cit.*, p. 16), ou, além de ter o dano compensado, a vítima recebe uma indenização complementar a título de *exemplar ou punitive damages*, “em valor expressivamente superior ao

⁶² “Capping punitive damages would undermine the deterrent effect of the remedy by making it possible for corporations to calculate their maximum exposure and therefore make a profit based determination as to whether “really mean behavior” is good business practice.”

necessário à compensação do dano, tendo em vista a dupla finalidade de punição (*punishment*) e prevenção pela exemplaridade da punição (*deterrence*)” (MARTINS-COSTA; PARGENDLER, *Op. Cit.*, p. 16) .

Os *punitive damages* podem ser conceituados como a indenização concedida ao autor de uma demanda em face do réu declarado responsável por flagrantes violações de direitos do autor, que só podem ser fixados após o júri manifestar o julgamento acerca da responsabilização do réu pelos danos suportados pelo autor, e, em regra, só é avaliado e fixado depois de ultrapassado o julgamento da indenização compensatória, que se apresenta como condição *sine qua non* para a incidência dos *punitive damages* (KAUFMAN, 2003, p. 3).

Os *punitive damages* são geralmente relacionados a casos onde se constata a existência de danos morais, chamados genericamente de *non pecuniary loss* ou *general damages*, os quais, dependendo da especificidade do caso assumem outras designações relacionadas a tipos específicos de lesões, como invasão de privacidade, dano à integridade física, sofrimento físico, dano às relações sociais, perda do prazer de viver, reação mental altamente desagradável, difamação, sofrimento mental, etecetera (ANDRADE, *Op. Cit.*, p. 178).

Um traço marcante dos *punitive damages* nos Estados Unidos é que o procedimento para a sua fixação tem como característica a inarredável participação do júri, formado por cidadãos leigos de um determinado território que representam a sociedade. No Brasil, o júri julga apenas crimes dolosos contra a vida (artigo 5º, XXXVIII, da CF/1988).

Convém esclarecer que apesar da exclusividade do júri para julgar e estabelecer o montante dos *punitive damages*, todos os contornos desta decisão ficam sujeitos a posterior revisão judicial a partir de recursos: “o regime do nosso *punitive damages*, em contraste, permanece permitindo ilimitada discricionariedade ao júri, estando sujeito ao reexame judicial apenas posteriormente” (PRIEST, 2003, p. 4).⁶³

A maior parte dos Estados nos EUA utiliza como critério para a escolha dos jurados uma lista dos condutores ou votantes da cidade ou do Estado, muito embora a escolha definitiva seja influenciada pelos advogados do réu e do autor da ação, aos quais é permitido questionar aos jurados alguns fatos antes do julgamento ser

⁶³ “our punitive damages regime, in contrast, remains committed to allowing the jury unlimited discretion to award any amount, subject only to subsequent judicial review.”

iniciado, e, com base em respostas, define se aceita ou não o jurado: “ambos os advogados possuem um número limitado de questionamentos para tentar escolher o jurado que aparenta ser o mais simpático ao caso” (Tradução Livre)⁶⁴ (PRIEST, *Op. Cit.*, p. 6).

Como o júri é composto de cidadãos leigos do ponto de vista do Direito, existe preocupação com a sua instrução pelo fato de a tomada de decisão lhe competir, de modo que a procedência ou não dos *punitive damages* é de sua total responsabilidade. Assim, após a colocação de alguns fatos pelos advogados de ambas as partes, o advogado do autor tradicionalmente explica que além do valor necessário para compensar o prejuízo será requerida verba distinta e superior para cumprir os objetivos de punição e prevenção da conduta violadora de direitos, contudo, o magistrado que preside o julgamento passa a explicar detalhadamente como os jurados deverão proceder para avaliar se a conduta merece ou não ser repreendida sob esse outro objetivo (PRIEST, *Op. Cit.*, p. 7/8).

Após regular instrução processual, com oitiva de testemunhas e apresentação de provas diversas, o julgamento se inicia. Primeiro, o júri deve apreciar se o réu é responsável pelos danos causados à vítima, para em seguida em caso de resposta positiva definir em que monta deve ser fixada a indenização compensatória em estrita harmonia com o efetivo dano sofrido. Portanto, “o júri enfrentará os *punitive damages* somente se o réu houver sido responsabilizado e os danos compensatórios fixados” (Tradução Livre)⁶⁵ (PRIEST, *Op. Cit.*, p. 8/9).

Este procedimento é denominado de bifurcado, porque “em primeiro lugar, ocorre o julgamento da responsabilidade e da indenização compensatória; em segundo lugar, ocorre o julgamento separado dos *punitive damages*” (Tradução Livre)⁶⁶ (PRIEST, *Op. Cit.*, p. 10), no qual ficam bem caracterizados os diferentes momentos de análise por parte do júri no tocante a responsabilidade e os danos compensatórios, e, de outro lado, quanto aos *punitive damages*. No procedimento bifurcado “só depois de todas evidências da responsabilidade e dos danos compensatórios é que é apresentado ao júri a questão dos *punitive damages*”

⁶⁴ “Both attorney are given a limited number of challenges that they use to try to choose a jury that is likely to be most sympathetic to their case.”

⁶⁵ “The jury will reach the *punitive damages* issue only if it both finds defendant liable and awards the plaintiff some level of compensatory damages.”

⁶⁶ “first, a trial on liability and compensatory damages; second, a separate trial on *punitive damages*.”

(Tradução Livre)⁶⁷ (PRIEST, *Op. Cit.*, p. 10). Em que pese a maior parte dos Estados adotarem o procedimento bifurcado, alguns ainda prevêm a fixação e julgamento dos *punitive damages* de forma conjunta com a responsabilidade e os danos compensatórios (*unitary procedure*).

A avaliação dos *punitive damages* pelo júri é delicadamente conduzida por perguntas específicas, justamente para suprir a falta de conhecimento jurídico dos seus componentes. Assim, a incidência ou não dos *punitive damages* é esclarecida em conformidade com as respostas do júri sobre os principais elementos objetivos e subjetivos que caracterizam uma conduta altamente reprovável. Por exemplo, o júri deve responder um questionário sobre se considera que a conduta do réu foi intencional, maliciosa, imprudente e/ou com total indiferença aos direitos de outrem, para o fim de averiguar se o réu, mesmo ciente das circunstâncias que importassem em danos para outras pessoas, prosseguiu com a atitude indiferente, omissiva ou comissivamente.

Em que pese a grande variedade de perguntas que possam ser feitas ao júri para identificar a incidência dos *punitive damages*, há uma espécie de tronco comum entre todas as exigências:

Apesar de haver algumas diferenças entre os estados, os termos mais usados como bases para os *punitive damages* são 'imprudência', 'descaso', 'maldade', 'opressão', 'censurabilidade', 'comportamento ultrajante' (Tradução Livre)⁶⁸ (PRIEST, *Op. Cit.*, p. 13).

A preocupação com medidas punitivas para prevenir novos danos é amplamente aceita, nascendo a afirmação de que a responsabilidade civil deve atuar para dissuadir condutas altamente reprováveis marcadas por dolo ou culpa grave, paralelamente à reparação do prejuízo, surgindo “os *punitive* ou *exemplar damages* como instrumento utilizado pelas cortes de justiça para ensinar que ‘tort does not play’, dissuadindo o causador do dano e outras pessoas” (ANDRADE, *Op. Cit.*, p. 178).

No direito norte-americano, marcado pela regra do *stare decisis*, os precedentes judiciais advindos principalmente da Suprema Corte Americana têm

⁶⁷ “only after all the evidence on liability and compensatory damages is presented does the jury reach the issue of punitive damages.”

⁶⁸ “Although there are some differences across states, the terms most commonly used as bases for a punitive damages award are 'recklessness', 'reckless disregard', 'maliciousness', 'oppression', 'reprehensibility', 'egregious or outrageous behavior’”.

construído os contornos dos *punitive damages* no tocante as características da conduta praticada, assim como quanto aos parâmetros para fixação do *quantum indenizatório*, já que se entende que “quando a indenização fixada for considerada abusiva, haverá violação da *Due Process Clause of the Fourteenth Amendment*, obtendo-se, então, o permissivo para o recurso à Suprema Corte Americana” (BODIN, *Op. Cit.*, p. 232/233). Acrescenta-se que o histórico de todos os nove casos já julgados pela Suprema Corte sobre *punitive damages* tinham alegações de violações também da 5ª e da 8ª Emenda Constitucional⁶⁹: a primeira é considerada uma complementação da 14ª na formação do princípio do devido processo legal e a 8ª estabelece a proibição de condenações em penas excessivas⁷⁰.

As referidas Emendas têm forte conteúdo principiológico e são de grande complexidade se interpretadas a fundo e em consonância com os precedentes dos tribunais, contudo, são pertinentes aos *punitive damages* na medida em que determinam que ninguém será privado de seus bens sem o devido processo legal (Emenda V e XIX), nem tampouco será compelido a pagar multas excessivas (Emenda VIII). Desta forma, o argumento jurídico para demonstrar o não cabimento dos *punitive damages* - além da utilização de provas que apontem para a inexistência de elementos objetivos e subjetivos e/ou de alegação pautada em precedentes anteriores - se baseia na afirmação de que o valor da indenização que ultrapassa o suficiente para compensar o dano representa apropriação indevida (ilegal) de bens do réu pelo Estado ou pela vítima, sem observância do devido processo legal que sustente o referido montante, e, na defesa de que o valor fixado

⁶⁹ Em estudo direcionado aos julgamentos realizados pela Suprema Corte norte-americana que envolveram *punitive damages*, Vanessa Burrows (2007, p. 2), após analisar caso a caso constata que “a indenização punitiva tem sido acusada de violar a oitava emenda relacionada a proibição de penas excessivas, assim como de violar a quinta e décima quarta Emendas Constitucionais, que juntas constituem a cláusula do devido processo legal.” (Tradução Livre)

⁷⁰ “EMENDA V - Ninguém será detido para responder por crime capital, ou outro crime infamante, salvo por denúncia ou acusação perante um Grande Júri, exceto em se tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças de terra ou mar, ou na milícia, durante serviço ativo; ninguém poderá pelo mesmo crime ser duas vezes ameaçado em sua vida ou saúde; nem ser obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo; nem ser privado da vida, liberdade, ou bens, sem processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização. (...) EMENDA VIII - Não poderão ser exigidas fianças exageradas, nem impostas multas excessivas ou penas cruéis ou incomuns. (...)

EMENDA XIV Seção 1. Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas a sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiverem residência. Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis.” (Tradução Livre)
Fonte: https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm, acesso: 09/03/2014.

foi excessivo, o que por si só violaria o direito constitucional de não imposição de multas descomunais.

4.1.1 A DECISÃO JUDICIAL COMO BASE DO SISTEMA DA *COMMON LAW* E A REGRA DO *STARE DECISIS*

A evolução dos *punitive damages* é marcada muito mais pelo desenvolvimento de decisões judiciais do que pela produção de textos legais, realidade esta válida principalmente para os Estados Unidos, Brasil e Corte Interamericana de Direitos Humanos. Nos Estados Unidos e Brasil há autores que defendem a imposição de limites legislativos aos *punitive damages* como requisito para o seu cabimento em razão da falta de previsão expressa⁷¹, o que de fato é verdade na ordem jurídica brasileira, americana e/ou internacional no campo da proteção dos direitos humanos, muito embora no introito da pesquisa a ausência de dispositivo legal tenha sido abordada como algo superável para o reconhecimento dos *punitive damages*.

A evolução de um instituto ou categoria do direito pautada em decisões judiciais marcadas por análise pormenorizada de fatos e esforço para seguir entendimentos anteriores em casos semelhantes ou iguais está inserida na tradição jurídica da *common law*, a qual, juntamente com a *civil law*, representam os dois maiores sistemas jurídicos do mundo ocidental, coexistindo harmonicamente em diversos ordenamentos jurídicos, a exemplo da manifestação paralela da força vinculativa de precedentes e o uso acentuado de lei. Por este motivo, é ultrapassada a noção que concebe a tradição *civil law* e *common law* como dois mundos incomunicáveis e reciprocamente excludentes.

A expressão “civil law” tem como origem o termo “jus civile”, que expressava em latim que as leis em Roma apenas poderiam ser evocadas para cidadãos romanos (*cives*). O assento mais remoto dessa tradição se encontra na compilação de leis feita pelo Imperador Justiniano no século VI d.C, formando uma espécie de codificação (*Corpus Juris*) que foi adotada, incrementada e adaptada às necessidades próprias por grande parte de países da Europa (DAINOW, 1966, p.

⁷¹ É o posicionamento de Leo Romero em “Punitive damages, criminal punishment, and proportionality: the importance of legislative limits” (2008) e Maria Celina Bodin de Moraes em “Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais” (2009).

420/421).

Neste período, surgia de forma incipiente o papel da doutrina nos países de tradição *civil law*, que tem como característica acentuada a importância de entendimentos de juristas acerca de temas jurídicos, em contraposição à carga que os países de *common law* atribuem às decisões judiciais. Enquanto os pretores eram responsáveis pela administração da justiça e julgamento dos litígios, os “highly skilled jurists” eram requeridos para esclarecer interpretações da lei, as quais “não eram apenas solicitadas pelos imperadores e juízes, mas principalmente eram em geral seguidas e adotadas por estes” (Tradução Livre)⁷² (DAINOW, *Op. Cit.*, p. 420).

Como acentua Joseph Dainow (*Op. Cit.*, p. 424/427), historicamente, o cerne da tradição *civil law* está relacionado à codificação de áreas do direito⁷³ e a utilização da lei como a principal fonte do direito, cabendo ao juiz decidir dentro do quadro legislativo previamente definido e sem que a sua decisão tenha mais peso para casos futuros do que o texto legal, tendo em vista que não há obrigatoriedade (a princípio) de os tribunais e juízes seguirem as decisões judiciais anteriores sobre o mesmo temas, já que a mera menção ao texto legislativo fornece o fundamento da decisão judicial, o que vem sendo relativizado com o fortalecimento do uso de precedentes nos países de tradição *civil law*.

Ao comentar as semelhanças no tratamento do precedente em países de *civil law* e *common law*, Maccormick e Summers (1997, p. 532) acentuam:

A primeira semelhança importante é que o precedente agora desempenha um papel significativo na tomada de decisão jurídica e no desenvolvimento do direito em todos os países e tradições jurídicas que nós analisamos. De um jeito ou de outro, ou o precedente é oficialmente reconhecido como formalmente vinculativo ou apenas como tendo outra força normativa em algum grau (Tradução Livre)⁷⁴.

Em relação a este “algum grau” (*some degree*) de força normativa dos

⁷² “Emperors and magistrates not only sought their consultation and advice but in general followed and adopted their opinion”.

⁷³ “A code achieves the highest level of generalization based upon a scientific structure of classification. A code purports to be comprehensive and to encompass the entire subject matter, not in the details but in the principles, and to provide answers for questions which may arise” (DAINOW, *Op. Cit.*, p. 424). Tradução Livre: “Um código atinge o maior nível de generalização baseado numa estrutura científica de classificação. Um código pretende ser exaustivo e englobar toda a matéria, não nos detalhes, mas nos princípios, e dar respostas para questões que possam surgir”.

⁷⁴ “The first major similarity is that precedent now plays a significant part in legal decision making and the development of law in all countries and legal traditions that we have reviewed. This is so whether or not precedent is officially recognized as formally binding or merely as having other normative force to some degree”.

precedentes, estes autores constataram - em todos os países de tradição *common law* e *civil law* - a existência um *continuum* quanto à vinculação do precedente, havendo apenas uma diferença de grau e não de qualidade no manejo dos mesmos, ou seja, em um extremo está a vinculação obrigatória formalmente reconhecida e de outro lado a menção ao precedente com força de argumento de persuasão, sendo enganosa a visão do precedente como algo inócuo em países de *civil law*, uma vez que ele “está presente em todos os países da *civil law* e são aceitos como necessários para decidir satisfatoriamente um caso” (Tradução Livre) (MACCORMICK; SUMMERS, *Op. Cit.*, p. 533).

Neste ponto, cabe ressaltar que apesar de acentuado peso da lei em comparação à decisão judicial, esta sempre se revelou, independente de sua força vinculante, como um elemento importante para a evolução do direito, mesmo que minimamente ligada à função de interpretação da lei, sendo evocada muitas vezes ao menos para esclarecer como a legislação deve ser concebida. Nesse sentido, Joseph Dainow (*Op. Cit.*, p. 426) frisa que mesmo nos países de tradição *civil law* constitui equívoco afirmar que a decisão judicial serve apenas para subsumir a lei ao caso concreto.

No caso brasileiro, este equívoco é agravado pelo exponencial fortalecimento da força vinculativa dos precedentes de tribunais superiores, em especial do Supremo Tribunal Federal em sede de recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida e mérito julgado, os quais são aplicados posteriormente por outros tribunais e juízes a casos similares, embora não exista ainda vinculação formalmente reconhecida como obrigatória⁷⁵.

De outro lado, a tradição jurídica da *common law* surgiu no século XI na Inglaterra e foi rapidamente difundida nos Estados Unidos a partir do século XVII por

⁷⁵ Sobre o tema: “(...) até o presente momento não há nenhuma norma no plano constitucional ou infraconstitucional que formalmente vincule absolutamente os tribunais estaduais, federais e superiores, bem como as turmas recursais e os juízes de primeiro grau, a seguirem e a adotarem os precedentes do STF extraídos de questões com repercussão geral reconhecida e de mérito julgado, cabendo ressaltar o caráter possivelmente transitório dessa realidade em razão das reiteradas apreciações do STF de reclamações constitucionais. (...) Destarte, não há qualquer vinculação legal das instâncias inferiores às decisões do STF com repercussão geral reconhecida. O que há, expressa e formalmente reconhecida, é a faculdade de retratação do tribunal de origem nas causas com pendência de recurso extraordinário concernente a matéria julgada pelo STF, bem como o impedimento de que outros recursos extraordinários sejam submetidos ao STF quando se tratar de caso semelhante. Nesse ponto, mesmo que a decisão da Corte Constitucional não esteja acompanhada de vinculação formal, ela se diferencia de qualquer outra decisão judicial na medida em que promove o sobrestamento de recursos e exige que o tribunal de origem construa um argumento para justificar o não acatamento de uma decisão proferida em recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida” (PINHEIRO NETO; BONNA, 2014, p. 3).

conta da fundação das 13 (treze) colônias para povoamento entre 1607 e 1733 (THE ROBBINS COLLECTION SCHOOL OF LAW, 2010, p. 1), as quais, apesar de gozarem de autonomia em relação à Inglaterra, absorveram a essência do direito inglês.

Esta tradição jurídica está ligada à manutenção dos precedentes judiciais historicamente construídos e documentados pelos juízes e tribunais, cabendo ao juiz a formação do próprio direito e não propriamente ao texto legal, embora este exista e seja de suma importância para tratar juridicamente determinadas relações jurídicas em suas miríades. Aliás, “recentemente tem ocorrido notável movimento de codificação em países da common law” (Tradução Livre)⁷⁶ (DAINOW, *Op. Cit.*, p. 426), a exemplo do tratamento dos pressupostos e tipos de *Class Actions* na *Rule 23*.

Nesse sentido, Joseph Dainow (*Op. Cit.*, p. 424) esclarece que foi “reconhecido que os casos já decididos eram a própria fonte e essência do direito” (Tradução Livre). Esta prática incorporada pela *common law* possui como fundamento a necessidade de garantir segurança jurídica, estabilidade e previsibilidade por parte dos cidadãos de como se dará a aplicação das normas jurídicas (BANKOWSKI *et al.*, 1997, p. 488), assim como também o valor de tratamento igualitário dos jurisdicionados pelo Poder Judiciário a partir da uniformidade de decisões⁷⁷, fortalecendo a técnica do precedente como um elemento central na *common law*:

Por meio de suas decisões, criaram a primeira uniformidade de regras e a primeira base da uniformidade da ordem jurídica, para que fossem comuns em todo o país, estabelecendo regras gerais que fossem comuns em todo o país. Era uma forma de a lei ser comum em todas as partes do reino; daí o nome, direito comum (Tradução Livre)⁷⁸ (DAINOW, *Op. Cit.*, p. 422).

Outros valores sustentam o respeito às decisões anteriores na *common law*, tais como a economia de esforço pelo Poder Judiciário, que não precisará construir

⁷⁶ “Recently there have been some notable exceptions and it might be asked whether this is the beginning of a movement toward codification”.

⁷⁷ Nesse sentido: “uniformity of law is an essential art of equality of treatment of essentially similar cases, that is, cases which qualify as similar under a given (and stable) interpretation of the law” (BANKOWSKI *et al.*, *Op. Cit.*, p. 488). Tradução Livre: “Assim, a uniformidade do direito é uma arte essencial de igualdade de tratamento dos casos essencialmente similares, ou seja, casos que se qualificam como semelhante ao abrigo de uma interpretação (estável) da lei”.

⁷⁸ “By means of their decisions they created the first uniform rules and the first basis of uniformity in the legal order, by establishing general norms which were common throughout the whole country. It was a form of general law or common law for all parts of the realm; hence the name, common law”.

novamente uma decisão para um conjunto de fatos; o aumento da confiança nas relações privadas pela solidez dos desdobramentos jurídicos constantes em precedentes, além da atenuação da litigação aventureira, pois já se sabe com alto grau de confiabilidade o desfecho de determinada lide (BANKOWSKI *et al.*, *Op. Cit.*, p. 490).

Em outros termos, é fundamental para a tradição jurídica da *common law* que a interpretação da lei seja uniforme e comum em todo o Estado, “garantindo a integridade do Estado como apoiador de um sistema legal único” (Tradução Livre) (BANKOWSKI *et al.*, *Op. Cit.*, p. 487) de modo a fomentar a coerência de todo o ordenamento jurídico e a sua correlata aplicação, utilizando como instrumento a força vinculativa dos precedentes, tornando-os obrigatórios em casos semelhantes ou iguais (BANKOWSKI *et al.*, *Op. Cit.*, p. 487).

Nesse espectro, surge a regra do *stare decisis*, segundo a qual juízes e tribunais são obrigados a seguir as decisões anteriores e não tumultuar o que já foi solucionado pelo Poder Judiciário, “exigindo do magistrado a mesma decisão para o mesmo problema a partir da vinculação à decisão mais antiga, ou seja, a que precedeu, o precedente” (Tradução Livre)⁷⁹ (DAINOW, *Op. Cit.*, p. 424). Contudo, a utilização de precedentes na experiência da tradição *common law* não se revela como algo simplório e menos complexo do que a interpretação de leis, pois há cuidado exacerbado com os fatos da causa que formou o precedente, já que a vinculação da decisão se refere apenas às razões de decidir (*ratio decidendi*). Nesse sentido:

Portanto, o sistema da common law, com a sua forma de análise caso a caso, (...) colocou um foco forte sobre os fatos e raciocínio em relação a esses fatos, assim como ao direito de cada precedente, uma vez que o estilo do julgamentos lida com a articulação detalhada dos casos que aparecem semelhante” (Tradução Livre)⁸⁰ (BANKOWSKI *et al.*, *Op. Cit.*, p. 489).

Essas razões de decidir são construídas com base nos fatos que envolvem a demanda, tornando vinculativo o entendimento jurídico esposado para outros casos com fatos similares (BANKOWSKI *et al.*, *Op. Cit.*, p. 488/489). No Brasil, não se

⁷⁹ “(...) the same result had to be reached for the same problem (...) obliged to ‘follow’ the earlier decision, the precedent”.

⁸⁰ “Thus, common law systems with their case-by-case way of arguing (...) put a particularly strong focus on the facts and the reasoning about facts and law in each precedent, since the style of the judgments deals with the detailed articulation of cases that appear similar”.

costuma voltar para a análise das razões do julgado, limitando-se a copiar o enunciado sumulado. Ou seja, o foco são os fatos considerados em toda a sua complexidade, o que implica no constante exercício de distinguir (*distinguish*) um caso atual com o anterior, podendo o juiz deixar de aplicar o precedente por não haver similaridade de fatos, assim como pode o juiz rever o entendimento manifestado na decisão precedente, por causa de transformações históricas, jurídicas ou de interpretação constitucional, estabelecendo nessa hipótese um novo precedente em um fenômeno denominado de “*overruling*” (DAINOW, *Op. Cit.*, p. 426).

Em que pese não ser possível mais afirmar que as duas maiores tradições jurídicas (leia-se *common law* e *civil law*) são inteiramente distintas, nem tampouco que os elementos de uma não se fazem presentes na outra, é certo que os *punitive damages* (assim como a *class action*) tal como se estudam hoje foram cimentados e lapidados no sistema da *common law*, em especial na experiência jurídica norte-americana por meio de precedentes judiciais, como se verá adiante.

4.1.2 AS FUNÇÕES DESEMPENHADAS PELOS *PUNITIVE DAMAGES*

Antes de discorrer sobre as funções desempenhadas pelos *punitive damages* na experiência jurídica norte-americana, sublinha-se que todas elas decorrem da mesma origem e encontram em maior ou menor intensidade os seus fundamentos na punição e prevenção, sendo adequado afirmar que o DNA dos *punitive damages* está na tarefa de punir e desencorajar o ofensor (VOLOKH, 1996, p. 10), motivo pelo qual “a maior parte dos estados norte-americanos o atribuem para o fim de punir e coibir a conduta” (Tradução Livre)⁸¹ (SEBOK, *Op. Cit.*, p. 171).

Os *punitive damages* vêm sendo justificados na experiência jurídica norte-americana pela necessidade de coibir a prática de novos danos e de censurar determinada conduta apontando-a como inadmissível no país. Essa finalidade preventiva – a partir de indenização que sirva de exemplo para que o ofensor não reincida em um determinado ato lesivo e para que outros potenciais transgressores não a pratiquem - é considerada primordial na aplicação dos *punitive damages*:

⁸¹ “the vast majority of states seem to attribute punitive damages awards to punishment and deterrence.”

(...) o Estado norte-americano visa também a demonstrar que determinadas condutas são mais censuráveis e, portanto, não aceitas no país. Por isso, com a concessão dos *punitives*, está igualmente pretendendo-se evitar que semelhantes condutas sejam praticadas e, conseqüentemente, outras vítimas (determinadas ou indeterminadas) lesadas (VAZ, *Op. Cit.*, p. 50).

A função de prevenção de danos pode se constituir em um aparelho eficaz para lutar contra a repatrimonialização do Direito Privado por meio do propósito de forçar condutas e atividades a observarem a primazia dos valores existenciais da pessoa humana sobre os valores patrimoniais⁸². Abandona-se, assim, a noção clássica de que ao Direito Privado tradicional cabe apenas repreender e agir depois da lesão, enquanto que o Direito Administrativo e o Estado cuidariam da tarefa de inibir (LORENZETTI, *Op. Cit.*, p. 119).

A função preventiva é um forte instrumento para combater o que pode se chamar de “preço do ilícito”, por meio do qual os ofensores sabem previamente quantas vítimas ingressarão em juízo e também quanto despenderão a título de indenização compensatória, verificando quão vale a pena violar direito alheio. Desse modo, os *punitive damages* podem romper com a iníqua equação pautada pelo resultado de uma relação custo/benefício do seu comportamento em detrimento dos direitos dos consumidores, trabalhadores e de todas as vítimas inseridas no contexto dos danos em massa, impedindo o ofensor de se beneficiar ou lucrar com o dano causado ou de encontrar na sanção meramente compensatória um preço conveniente (ANDRADE, *Op. Cit.*, p. 258).

Nesse espectro, surge a importância de – a partir dos *punitive damages* – tornar um ato ou um padrão de conduta danoso desvantajoso, desencorajando, coibindo, detendo e impedindo a sua reiteração da seguinte forma: caso o autor do dano, ao reiterar os atos que vem praticando, verificar que o pagamento de indenizações arbitradas judicialmente na proporção dos danos causados ainda deixá-lo em uma posição economicamente favorável, com custos decorrentes de indenizações e processos judiciais menores do que os lucros obtidos pela ilicitude, a perpetração de danos subsistirá porque a lógica de gastos-despesas continuará o orientando para a manutenção da conduta reprovável. Contudo, uma vez que a indenização de cunho punitivo se acople à compensatória, se começa a vislumbrar uma revisão da vantagem em manter-se violador (VOLOKH, *Op. Cit.*, p. 10). Por isso

⁸² Nesse sentido, Anthony Sebok acentua que os *punitive damages* podem ser “perfeitamente adequados para criar incentivos de produção conforme a lei civil” (Tradução Livre) (*Op. Cit.*, p. 167).

as funções punitiva e preventiva caminham juntas.

Em que pese os *punitive damages* decorrerem da função preventiva da responsabilidade civil, eles têm sido evocados para desempenhar outras funções pelos tribunais norte-americanos, como forma de legitimar e fundamentar a sua aplicação: função de *specific* e *general deterrence* (desestímulo do infrator e sociedade), *retribution* (castigo), *education* (educação), *compensation* (compensação) e *law enforcement* (cumprimento da lei) ou *public justice* (justiça pública)⁸³.

A função de *deterrence* (“deter”) equivale à função preventiva tendo em vista que visa a coibir atos danosos graves e altamente censuráveis, e se subdivide em *specific deterrence* – voltada a coibir reiteração da conduta indesejada pelo próprio ofensor - e *general deterrence* – voltada à sociedade em geral, possibilitando brejar potenciais transgressores. Assim, o incômodo de ser condenado a pagar os *punitive damages* desencoraja o ofensor e outras pessoas em potencial a repetir o mesmo comportamento censurado no futuro (GASH, *Op. Cit.*, p. 1.672/1.673).

A eficácia dessa prevenção de danos futuros também está relacionada com os mecanismos de divulgação da decisão que aplica os *punitive damages* para que o maior número de pessoas tome conhecimento da decisão e a mesma funcione como um efetivo aviso à sociedade de que “isto não deve ser feito”. Conseqüentemente, “quanto mais publicidade for dada à decisão, mais provável que o objetivo de desestímulo seja maximizado” (Tradução Livre)⁸⁴ (GASH, *Op. Cit.*, p. 1.672).

Esta preocupação com a comunicação da decisão que aplica os *punitive damages* não se faz presente na experiência jurídica brasileira com a indenização punitiva, já que as sentenças e acórdãos que a fixam têm a sua divulgação limitada ao Diário de Justiça, o qual dificilmente é lido pela sociedade em geral. Por esse motivo, a função de *deterrence* pode se manifestar no Brasil apenas na sua faceta *specific*, àquela que se volta a desestimular o ofensor que suporta o pagamento da indenização. Para estes casos – sem o interesse pelo *general deterrence* - Jim Gash (*Op. Cit.*, p. 1673) defende que a repreensão à conduta danosa permanece no estado anterior em que se encontrava.

⁸³ Classificação feita por Jim Gash (2005) em estudo denominado “Solving the multiple punishments problem: a call for a national punitive damages registry”.

⁸⁴ “the more publicity given to punitive damages awards or settlements, the more likely it is that the deterrence objective will be maximized”.

Não se pode passar pela função de desestímulo sem ao menos reconhecer a discussão que envolve a capacidade de a indenização compensatória sozinha desempenhar esse papel, desacompanhada dos *punitive damages*. Ou seja, há quem entenda que a mera condenação ao pagamento de indenização compensatória, por se tratar de imposição de uma sanção que repercute negativamente no patrimônio do ofensor, atua como mecanismo de desestímulo de atos censuráveis no futuro. Este é o posicionamento de Marcela Bassan:

(...) não há qualquer diferença essencial entre pena e a execução (civil), já que a execução civil também pode – sendo, como é, sentida como um mal pelo indivíduo que atinge – ter um efeito preventivo, de tal modo que a indenização pode se combinar com o fim da prevenção. (...) Assim, a eficácia preventiva da sanção não se limita ao âmbito da pena. Aquele que se vê tentado a produzir um dano, seja ele material ou moral, tem sobre si a ameaça de ser responsabilizado e, conseqüentemente, vir a ressarcir os prejuízos ou reparar o dano moral. É a obrigação de reparar o dano, enquanto sanção, desenvolvendo um papel na prevenção dos danos (*Op. Cit.*, p. 97).

Em contraposição ao argumento de que os *punitive damages* não seriam necessários para atuar no campo da prevenção de danos, parte da doutrina, atenta a aspectos econômicos que tornem uma conduta ilícita desvantajosa, acentua que:

(...) a utilização dos *punitive damages* como meio de prevenção será sempre adequada quando a responsabilização do lesante ao pagamento de indenização compensatória ('compensatory damages') for insuficiente para inibi-lo (bem como a outros potenciais ofensores) de cometer o ilícito. Isso ocorrerá sempre que os custos para evitar o prejuízo sejam maiores do que aqueles necessários para recompor o patrimônio do ofendido. Os *punitive damages* adequadamente desestimulam ilícitos futuros quando é necessária a utilização de uma ferramenta jurídica que aumente os custos de uma determinada atividade, tornando-a economicamente desvantajosa (*SERPA, Op. Cit.*, p. 43).

Sob a ótica do presente trabalho, no contexto dos danos em massa, torna-se nebuloso sustentar que as indenizações de cunho compensatório possam ser suficientes para reagir e coibir a reiteração de danos em massa, uma vez que a indenização compensatória permite que o ofensor internalize os custos com indenizações para vítimas, não removendo os efeitos maléficos da conduta do réu, embora seja inarredável reconhecer que os *punitive damages* dificilmente serão calibrados suficientemente para suprir essa limitação da indenização compensatória (*SUNSTEIN, 1997, p. 15*), uma vez que inúmeras variáveis influenciam a potência preventiva dos *punitive damages*, como a condição econômica do ofensor, o lucro

obtido com o ilícito e até mesmo os mecanismos de divulgação das decisões judiciais.

A função denominada de *retribution* (castigo) é calcada na idéia de que um ato grave que atinge toda a sociedade deve ser reprimido por algo maior do que a mera imposição de reparar o prejuízo, por isso, é similar à função punitiva (SERPA, *Op. Cit.*, p. 39/48). O que move essa função são dois sentimentos básicos: a repulsa da comunidade a uma conduta ultrajante (representada pela decisão do júri) e a vontade de diminuir a sensação de impotência da vítima (GASH, *Op. Cit.*, p. 1.669).

Deste modo, há uma simbologia que envolve a função punitiva, pois o valor pago a título de *punitive damages* somado à divulgação da decisão expressa o sentimento de repulsa da sociedade pela conduta censurada, e, ao mesmo tempo representa a contrapartida da vítima em face de um ato grave que a infringiu em seus direitos de um modo perturbador.

A função de *education* (educação) representa a possibilidade de por meio de um valor indenizatório que destoe do que comumente é concedido eduque a sociedade sobre aqueles interesses e valores legalmente protegidos, reforçando a responsabilidade de cada um pelo respeito a esses direitos, informando e lembrando o réu e a sociedade não só de que há uma responsabilidade e um valor formalmente protegido, mas que efetivamente a este direito específico é dada uma firme proteção (GASH, *Op. Cit.*, p. 1.671/1.672).

No Brasil a função educativa é muito veiculada pelos tribunais como "função pedagógica da condenação do dano moral"⁸⁵ e possui contornos semelhantes a esta função nos EUA, com a diferença que a divulgação da decisão se limita ao Diário de Justiça, sendo difícil sustentar a capacidade pedagógica da indenização no âmbito da sociedade em geral.

Por mais incompatível que possa parecer, os *punitive damages* são também evocados para desempenhar uma função compensatória (*compensation*), não em relação ao dano sofrido, mas sim para fazer frente a outros prejuízos inerentes a uma batalha judicial, como honorários contratuais do advogado, que tornam o valor recebido pela vítima insuficiente para compensar em sua inteireza o dano suportado.

⁸⁵ "o quantum indenizatório deve somar o total de trezentos mil reais (R\$ 300.000,00). Esse valor mostra-se razoável e proporcional ao grave dano causado ao recém-nascido, e contempla também o caráter punitivo e pedagógico da condenação" (REsp 910.794/RJ, 1ª Turma, Rel. Denise Arruda, DJe 04/12/2008).

De fato, além de a vítima suportar o dano, tem de enfrentar um enorme desgaste com a sua judicialização.

Para não ocorrer o risco de uma compensação exacerbada a ser desempenhada pelos *punitive damages*, é aconselhável que o seu montante seja de até o suficiente para permitir que o requerente pague o seu advogado e retenha cem por cento do valor indenizatório para si, embora para muitos essa função não possa ser considerada um objetivo legítimo dos *punitive damages*:

(...) mesmo se a compensação for considerada uma meta dos *punitive damages*, o fato de os mesmos excederem os danos compensatórios já mostra que a compensação não pode ser o objetivo dos *punitive damages* (Tradução Livre)⁸⁶ (VISSCHER, 2009, p. 222).

Considera-se um importante ponto de discussão a função compensatória dos *punitive damages*, pois de fato há perdas não contabilizadas no bojo de uma demanda judicial, como prejuízos de tempo (reuniões com advogado, audiências, perícias e outros atos inerentes a uma batalha judicial), além da aflição com o processo em si. Tudo isso não teria existido caso a conduta danosa não fosse perpetrada pelo ofensor, e, como esses ônus não recebem guarida legal para a sua compensação/indenização, nada mais adequado do que considerar viável o desempenho de mais essa função.

Como se percebe, os *punitive damages* direta ou indiretamente estão relacionados com a repreensão a um ato que foi mais grave do que uma simples violação de um direito, pelas circunstâncias objetivas e subjetivas com que foi perpetrado e por consequência pelo grau de censurabilidade que o caracteriza como de alta gravidade. Portanto, como o descumprimento do direito foi desmedido, descarado, maldoso, e/ou maliciosamente praticado, surge a importância de um instrumento que, muito mais agora do que em face de violações costumeiras, se imponha para mostrar o dever e a responsabilidade dos cidadãos para com o outro.

Nesta preocupação com o cumprimento da lei se encontra a função de *law enforcement* (cumprimento da lei) ou de *public justice* (justiça pública), as quais fomentam os *punitive damages* na promoção de um ideal de justiça a ser observado por todos, tendo em vista que por meio da punição exemplar, “a sociedade é melhor informada sobre os direitos e responsabilidades dos cidadãos e o desestímulo é

⁸⁶ “(...) even if compensation were regarded as a goal of tort law, the fact that punitive damages exceed compensatory damages already shows that compensation cannot be the goal of punitive damages.”

alcançado em maior grau em razão da divulgação pública da conduta do réu” (Tradução Livre)⁸⁷ (GASH, *Op. Cit.*, p. 1.675).

No caso brasileiro, em que pese pairar o reconhecimento de que a função primordial da indenização punitiva é a prevenção de danos, há quem entenda que os *punitive damages* desempenham funções diversas da punição e prevenção, tais como a “eliminação do lucro ilícito”, “preservação da liberdade contratual”, “manutenção do equilíbrio das relações de consumo” e “defesa de contratantes que se encontram em posição de inferioridade”, porém se acentua que esses outros objetivos “se inter-relacionam e se encontram, de forma mais ou menos intensa, conectados com aquelas funções” (ANDRADE, *Op. Cit.*, p. 246).

Destarte, a par da grande variedade de objetivos que possam estar associados à indenização punitiva, o cerne da pesquisa está na função preventiva, em razão da preocupação patente com a inibição de atos que importem em danos em massa, tendo em vista que a função preventiva do instituto pode atuar no campo das relações privadas como mecanismo de proteção desses direitos, coibindo reiteração de condutas altamente reprováveis, no momento em que “gigantescos grupos privados exercem um poder de fato não menos ameaçador que o Estado, convertendo em pura ilusão a teórica igualdade das partes” (LORENZETTI, *Op. Cit.*, p. 119).

⁸⁷ “society is better educated about the rights and responsibilities of citizens because of the public disclosure of the defendant’s conduct, deterrence is better accomplished because the fact and amount of punishment is more widely disseminated.”

4.1.2.1 OS FUNDAMENTOS ECONÔMICOS DA FUNÇÃO DE PREVENÇÃO OU DESESTÍMULO (*DETERRENCE*)

Por fim, vale ressaltar que o núcleo da função preventiva ou de desestímulo possui fortes fundamentos econômicos que o sustentam e atraem a sua legitimidade. No campo da responsabilidade civil, os custos com as perdas das vítimas, materiais ou morais, são denominados de custos primários e na teoria econômica dos *punitive damages*, considera-se que o objetivo de desestímulo (*deterrence*) é capaz de reduzir esses custos (VISSCHER, *Op. Cit.*, p. 219) pelo simples fato de promover a readequação de comportamentos de modo a exigir que os ofensores (aqueles que arquitetam produção de danos) internalizem altos custos por conta dos danos causados para além do suficiente para compensar ou reparar os prejuízos, tornando a conduta danosa desvantajosa do ponto de vista econômico:

A ameaça de ser responsabilizado induz os atores a incorporar os possíveis danos no momento de decidir o nível de cuidado que adotará em sua atividade. Esta lógica pode trazer como consequência a proporção de quanto mais cuidado menos danos, menos custos” (Tradução Livre)⁸⁸ (VISSCHER, *Op. Cit.*, p. 220).

Este raciocínio econômico exige que o valor indenizatório seja alto o suficiente para que o ofensor internalize os danos que causou, o fazendo tomar o devido cuidado em sua atividade, trazendo como lição que é vantajoso manter um nível ótimo de qualidade e atendimento e arcar com menos indenizações (carregadas pelos *punitive damages*) ao invés de conservar um nível baixo de qualidade e ser obrigado a pagar altas indenizações (VISSCHER, *Op. Cit.*, p. 220).

A principal razão ou circunstância de cunho econômico para a aplicação dos *punitive damages* é bem resumida por Louis T. Visscher (*Op. Cit.*): quando a probabilidade de ser responsabilizado é inferior a 100% (cem por cento).

Em relação a este fundamento econômico, os *punitive damages* são indicados todas as vezes que a conduta ou atividade danosa do ofensor tiver possibilidade de sofrer condenação pautada em sua responsabilidade em percentual inferior a 100% (cem por cento), seja por causa da apatia racional (*rational apathy*)

⁸⁸ “The threat of being held liable induces the actors to incorporate the possible losses of others into their decision on how much care to take and how often to engage in the activity. Taking more care and/or reducing the activity level can lower the probability of an accident and thereby the expected accident losses.”

daqueles que optam por não ingressar no Judiciário, seja em razão da dificuldade de provar aqueles que já ajuizaram suas demandas, mas possuem grandes obstáculos de cunho probatório para alcançar suas pretensões, provas estas relacionadas principalmente à culpa do ofensor⁸⁹.

A apatia racional significa que muitas vítimas deixam de ingressar com demandas porque ao comparar os custos com o resultado esperado do julgamento, consideram que não vale a pena contratar advogado, pagar custas processuais, se deslocar para audiências ou sofrer risco de sucumbência. É claro que esse aspecto pode sofrer substancial influência de aspectos jurídicos próprios de cada país, pois no Brasil o âmbito dos juizados especiais e o correlato *jus postulandi* pode atenuar sutilmente esse desgaste, embora não sane o problema, tendo em vista que muitos danos produzidos em larga escala são de pequena proporção, sutis e quase insignificantes.

Desta forma, a responsabilização do ofensor será menor do que 100% (cem por cento) em relação aos danos que causou pela ausência de contrapartida de todas as vítimas no âmbito do Poder Judiciário, sendo mais intenso este problema quando o dano está espreado em muitas vítimas. Destarte, a conduta deixará de ser vantajosa por um aspecto econômico dos *punitive damages*, ao fazer com que o valor da indenização chegue próximo ao valor total que deveria ser pago se todas as vítimas ingressassem em juízo (VISSCHER, *Op. Cit.*, p. 223).

É sobre este aspecto que os *punitive damages* se tornam instrumento para fazer o ofensor concluir que o baixo investimento em qualidade não é tão vantajoso, considerando que mesmo que a sua responsabilização seja abaixo de 100%, os seus gastos com indenizações irão equivaler ou ultrapassar o valor que gastaria com qualidade e segurança para evitar a perpetração do dano. Assim, surgiu na teoria econômica dos *punitive damages* uma espécie de cálculo para alcançar um patamar indenizatório ideal, tendo em vista a imprecisão que marca os *punitive damages* em comparação com a indenização compensatória/reparatória:

O fator com o qual indenização compensatória deve ser multiplicado é o inverso da probabilidade de ser responsabilizado. Então, se a probabilidade de ser responsabilizado é de 50%, a indenização compensatória deve ser

⁸⁹ Nesse sentido, “if not all the victims bring suits, or if they sue but fail because they cannot prove all the required elements, the probability of the tortfeasor being held liable falls below 100%.” (VISSCHER, *Op. Cit.*, p. 220) “Se a totalidade das vítimas não ingressam em juízo ou se não puderem provar os elementos da responsabilidade, a probabilidade de o ofensor ser responsabilizado é menor que 100%.” (Tradução Livre)

duplicada para fornecer os incentivos corretos (Tradução Livre)⁹⁰ (VISSCHER, *Op. Cit.*, p. 223).

A responsabilização do ofensor também pode ser menor que 100% em relação aos danos praticados por causa da dificuldade que as vítimas que ingressam com ações judiciais tem de provar o alegado, em especial a culpa do ofensor. Aqui cabe um parêntese para ressaltar que apesar de os *punitive damages* estarem focados na gravidade da conduta do ofensor e não tanto na extensão do dano da vítima, que ocorre também um forte movimento de foco na vítima, quando a responsabilidade civil se preocupa com os obstáculos impostos a esta para o reconhecimento do direito à indenização.

Nesse panorama, ganha destaque a responsabilidade objetiva, que retira o pesado encargo de provar a culpa por parte da vítima como requisito para o surgimento da obrigação da indenizar, teoria esta que se mostra atenta à tarefa hercúlea de provar a culpa (dolo, negligencia, imprudência, imperícia) do ofensor pelo prejuízo sofrido, principalmente em se tratando de produto ou atividades produzidas em escala industrial. Esta patente dificuldade é bem explanada por Pastora do Socorro Teixeira Leal (2014, p. 463):

Quanto à distribuição da carga probatória, a prática jurídica tem revelado a dificuldade ou até mesmo a impossibilidade de a vítima comprovar a culpa do agente causador, tendo em vista, na maioria dos casos, aquela não ter a possibilidade de acesso aos meios probatórios ou ao custeio para a produção destes, o que transforma seu encargo probatório em negativa do direito à respectiva indenização ou recomposição pela violação de sua esfera jurídica.

Ressalta-se de plano que a presente pesquisa concebe a possibilidade de a teoria dos *punitive damages* acompanhar esse movimento de erosão dos filtros da responsabilidade civil, para o fim de a sua incidência ser atestada sem a necessidade de averiguar aspectos subjetivos relacionados à culpa, pelo menos não em seu caráter moral e psicológico. Deste modo, conforme será mais bem exposto adiante, a pesquisa entende que os *punitive damages* podem ser atraídos a partir da constatação apenas de requisitos objetivos.

Esta faceta econômica dos *punitive damages*, ao se imbricar com danos em larga escala espalhado por muitas vítimas se aproxima da preocupação esposada

⁹⁰ “The factor with which compensatory damages should be multiplied is the reciprocal of the probability of being held liable. So, if the probability of being held liable is 50%, compensatory damages should be doubled to provide the correct incentives.”

alhores no tocante aos danos em massa e a correlata indagação de pesquisa sobre qual ação (coletiva ou individual) seria superior para aplicar os *punitive damages*, superioridade esta também avaliada – ao lado do direito à prova – por aspectos econômicos relacionados a uma efetiva prevenção de danos.

4.1.3 OS PRESSUPOSTOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS DOS *PUNITIVE DAMAGES*

Para que os *punitive damages* sejam aplicados na experiência norte-americana, o julgador (leia-se júri) deve respeitar algumas condições e estar atento para a presença de alguns elementos de ordem objetiva e subjetiva, conquanto este último aspecto mereça relativização sob a ótica da pesquisa, como se verá adiante com relação a certos graus de ocorrência de danos que apontem para a desnecessidade de demonstração de quaisquer aspectos subjetivos para que o comportamento seja considerado grave o bastante para a aplicação dos *punitive damages*.

A base destes requisitos está no questionário que é entregue ao júri e fundamenta o seu julgamento, o qual possui certa uniformidade de conteúdo em diversos Estados que permitem a aplicação dos *punitive damages*. A lapidação desses pressupostos também é encontrada nos precedentes da Suprema Corte do país, que teve o importante papel de estabelecer parâmetros para a investigação do grau de censurabilidade da conduta do réu, conforme digressão realizada no próximo subcapítulo.

Quanto aos elementos objetivos, ou seja, aqueles que independem de qualquer vontade do réu, constata-se 1) o dano (*that plaintiff has suffered some harm*); 2) o nexo de causalidade (*that the defendant caused the harm to the plaintiff*) e 3) o ato ilícito extracontratual (*that, in causing the harm, the defendant violated some legal standard controlling conduct in the society*) (PRIEST, *Op. Cit.*, p. 8/9), cabendo salientar que a incidência dos *punitive damages* em se tratando de atos ilícitos contratuais (*breaches of contract*) ainda é tema controvertido, uma vez que “a maior parte das jurisdições americanas não permite *punitive damages* por quebra de contrato, a menos que o descumprimento venha acompanhado também de um ilícito

extracontratual” (Tradução Livre)⁹¹ (DODGE, 1999, p. 629). Estes requisitos em geral se relacionam com os pilares da própria responsabilidade civil, de modo que os *punitive damages* só se tornam viáveis se antes o réu for declarado responsável pelos danos suportados pela vítima e seja atribuído a ele um montante a ser pago à título de *compensatory damages* (indenização compensatória/reparatória):

A questão aqui é se o júri considera o réu legalmente responsável pelos danos sofridos pelo demandante. Se o júri considerar que o réu é responsável, deve em um segundo momento determinar o valor da indenização compensatória, os chamados danos compensatórios. O júri vai chegar a questão dos *punitive damages* somente se o réu for considerado responsável e a indenização compensatória fixada” (Tradução Livre)⁹² (PRIEST, *Op. Cit.*, p. 9).

Nesse sentido, a primeira parte de um julgamento envolvendo pedido de *punitive damages* é composta por diversas perguntas a serem respondidas pelo júri por intermédio da instrução do juiz, as quais apontam para os pressupostos objetivos acima descritos. Por exemplo, costumeiramente indaga-se ao júri se o réu é responsável ou não? Se a resposta do júri for ‘sim’, considerando o réu responsável, vem o segundo comando relacionado ao montante que o réu deve arcar para reparar os prejuízos (PRIEST, *Op. Cit.*, p. 11).

No tocante ao requisito do dano, em que pese já ter sido explicitado em momento anterior do trabalho, na experiência norte-americana deve ser ressaltado que os “*punitive damages*” e os “*nominal damages*” se inserem no rol dos “*non-compensatory damages*”, pois ambos possuem o viés de atribuir obrigação de indenizar ao ofensor sem que esse valor indenizatório seja fixado apenas para reparar ou compensar o prejuízo, por isso são consideradas verbas “não compensatórias” (MENYHARD, 2009, p. 88).

Desta feita, o “*nominal damages*” foi desenvolvido enquanto categoria jurídica para simbolizar uma condenação em face de uma conduta censurada pelo ordenamento jurídico que por alguma razão não causou danos a ninguém. Por meio desse instrumento é possível o magistrado fixar valor indenizatório a título de “*nominal damages*” com o objetivo de realçar que no caso houve lesão a um

⁹¹ “the majority of American jurisdictions do not allow punitive damages for breach of contract unless the breach constitutes an independent tort”.

⁹² “The question here is whether the jury finds the defendant to be liable - legally responsible - for the harm suffered by the plaintiff. If the jury finds the defendant liable, the jury must secondly determine the level of damages that will compensate the plaintiff for the harm suffered by the actions of the defendant, called compensatory damages. The jury will reach the punitive damages issue only if it both finds the defendant liable and awards the plaintiff some level of compensatory damages”.

interesse juridicamente protegido.

Ao contrário do que possa parecer, o “nominal damages” fortalece o raciocínio de que um dos elementos dos *punitive damages* é a existência de dano, pois mesmo em casos onde não houve danos, o magistrado ainda sim precisa se valer desse mecanismo para fixar ao menos uma condenação simbólica, pois do contrário os *punitive damages* não seriam viabilizados: “praticamente todos os estados que permitem os punitive damages exigem que o dano seja demonstrado, nem que seja apenas um nominal damages” (Tradução Livre)⁹³ (SEBOK, *Op. Cit.*, p. 171).

No que diz respeito à necessidade de um ato ilícito extracontratual (*tort*), questão que divide opiniões é se o ilícito contratual (*breach of contract*) pode ensejar condenação em *punitive damages*, já que de um lado o réu violou tão somente um dever pactuado entre as partes para ter validade apenas entre elas e não um “legal standard controlling conduct in the society”, e, de outro lado, o ofensor pode se utilizar desse raciocínio para realizar uma conduta mais censurável do que um mero descumprimento de uma obrigação contratual, realizando uma violação eficiente do contrato, auferindo ganhos significativos com o “breach of contract”, ou mesmo uma violação oportunista, que apesar de não ter qualquer justificativa econômica deve simplesmente ser dissuadida (DODGE, *Op. Cit.*, p. 629/630).

Nesta senda, há quem argumente que quando a violação do contrato for intencional (*willful breaches*) e estiver pautada no objetivo de se beneficiar economicamente (*efficient breach*) ou no viés de ganhar outra vantagem de maneira oportunista (*opportunistic*), os *punitive damages* são atraídos e aplicáveis para esses casos específicos de violações contratuais, como explica William Dodge (*Op. Cit.*, p. 629/630), defendendo a aplicação dos *punitive damages* para ambos os casos de violações, a “opportunistic” e a “efficient”:

As violações intencionais se dividem em duas categorias: aquelas que são ‘oportunistas’ e aquelas que são ‘eficientes’. Uma violação ‘oportunista’ não aumenta o tamanho do benefício econômico. (...) Uma violação ‘eficiente’, pelo contrário, aumenta o benefício econômico, permitindo que a parte infratora continue tendo lucro após compensar o contratante vítima. A dissuasão de violações oportunistas por meio dos punitive damages é eficiente, pois tais infrações não trazem benefícios para a sociedade. Assim, os punitive damages devem ser rotineiramente aplicados em caso de violação oportunista, como má-fé e recusa em pagar uma dívida. A violação

⁹³ “(...) virtually every state that permits punitive damages has maintained, however, that actual damage, even if only nominal, must be shown to merit an award of punitive damages.”

eficiente também suporta punitive damages (Tradução Livre)⁹⁴.

Consideram-se os *punitive damages* adequados para casos nos quais se está diante apenas de um descumprimento contratual, tendo em vista que a divisão entre responsabilidade contratual e extracontratual deveria ser abandonada para caminhar para um tratamento jurídico único. Esta divisão é meramente didática e inteiramente flexível, podendo um ilícito contratual ser tão censurável e causar tantos danos quanto a violação de uma norma jurídica, assim como as regras da responsabilidade contratual podem ser aplicadas à responsabilidade extracontratual (CAVALIERI, Op. Cit., p. 39). Contudo, assim como a imprudência deve ser qualificada para ilícitos extracontratuais, também o descumprimento do contrato deve vir acompanhado de alguma característica que o torne mais grave do que outros.

Na esteira da divisão feita anteriormente, dá-se como exemplo de uma violação eficiente do contrato o atraso na entrega de empreendimentos imobiliários na hipótese de a construtora ter prometido intencionalmente prazo inexecutável aos consumidores para se beneficiar com a venda rápida de unidades imobiliárias supostamente próximas de serem concluídas. De outro lado, um exemplo de violação oportunista que não afeta a sociedade, mas que merece reprimenda pelos *punitive damages*, é o caso do inquilino que, proibido de alterar a estrutura do imóvel, se aproveita de longa ausência da cidade do locador e modifica inteiramente o 'layout' da casa sem permissão deste. Guardadas as devidas proporções de *quantum* indenizatório, ambas as condutas são passíveis de *punitive damages*, mesmo que em pequena monta.

Retomando o itinerário do julgamento realizado pelo júri, vêm então as questões relacionadas aos requisitos subjetivos, que apontam para perguntas sobre se o júri considera que o réu foi demasiadamente imprudente de modo a serem necessários os *punitive damages* para detê-lo de agir dessa maneira novamente, se agiu com extremo descaso e alto grau de desrespeito aos direitos, se seu

⁹⁴ "Willful breaches fall into two categories: those that are 'opportunistic' and those that are "efficient." An 'opportunistic' breach does not increase the size of the economic pie (...). An "efficient" breach, by contrast, increases the size of the pie, allowing the breaching party to compensate the nonbreaching party and still come out ahead. Deterring opportunistic breaches with the threat of punitive damages is efficient because such breaches by definition do not increase societal wealth. Thus, punitive damages should be routinely available in cases of opportunistic breach, such as pretextual termination, stonewalling, and bad faith refusal to pay a debt. Efficiency also supports extending liability for punitive damages to those breaches that are, in theory, 'efficient'".

comportamento foi arquitetado maliciosamente, dentre outras.⁹⁵

Os requisitos subjetivos, ao contrário dos objetivos, não são cumulativos, e exigem, para que a conduta seja passível de *punitive damages*, a presença de apenas uma das hipóteses de cunho subjetivo descritas e explicadas adiante: *malicious, reckless disregard e gross negligence*.⁹⁶

A má-intenção (*malicious*), a imprudência (*reckless*) e a negligência (*negligent*) constituem o tripé dos requisitos subjetivos. O ato malicioso, como requisito subjetivo, por si só basta para a incidência dos *punitive damages* enquanto que a imprudência e a negligência devem ser graves e desmedidas pela indiferença e descaso a tal ponto que a censurabilidade do comportamento seja mais alta do que um simples descuido (HASTIE *et al.*, *Op. Cit.*, p. 88).

A expressão “reckless disregard”, comumente utilizada para marcar os *punitive damages*, indica a imprudência (*reckless*) qualificada pela indiferença (*disregard*) com os direitos alheios, tornando a conduta mais censurável do que outras imprudentes, pelo simples fato de o réu ter agido com ou se mantido em um estado de indiferença, ignorando os riscos de perpetração de danos, mesmo conhecendo-os. Assim, a imprudência é “o conhecimento e desconsideração consciente de um risco injustificável de dano” (Tradução Livre)⁹⁷ (VOLOKH, *Op. Cit.*, p. 3).

Um exemplo de imprudência com total indiferença diz respeito a um empregador, que, após realizar testes de segurança, sabia que o uso de determinado equipamento não garantiria a proteção adequada ao trabalhador, mas pensando em poupar gastos, decidiu adotar mesmo assim este equipamento em detrimento de outro mais caro. O empregador sabia dos riscos e nada fez para incrementar a segurança do trabalhador.

A *gross negligence* (negligência grave), de outro lado, se manifesta quando “o réu deveria ter conhecimento do risco de que danos injustificáveis poderiam ocorrer

⁹⁵ Como exemplo de pergunta ao júri: “Did the defendant behave with reckless disregard? (...) Do you think the defendant's actions were a reckless level to justify punitive damages?” (PRIEST, *Op. Cit.*, p. 11) Tradução Livre: “O réu agiu com imprudência grave? (...) Você acha que o nível da imprudência do réu justifica a aplicação dos *punitive damages*?”

⁹⁶ Classificação adotada com base nos estudos de Alexander Volokh (*Op. Cit.*) e Reid Hastie, David A. Schkade e John W. Payne (2003)

⁹⁷ “Recklessness is the knowledge and conscious disregard of a substantial and unjustifiable risk of harm.”

com o seu ato, mas não teve” (Tradução Livre)⁹⁸ (VOLOKH, *Op. Cit.*, p. 3). Neste caso, o réu deveria ter conhecimento das circunstâncias que tornariam a sua conduta danosa, porém, em um nível inaceitável e grave não pautou seu ato em questões que deveria ter conhecimento para evitar o dano.

Um exemplo de negligência grave é o caso de companhia especializada em estudo de qualidade de água, que, após ser contratada para atestar se a qualidade da água de determinada comunidade estava dentro dos níveis de qualidade exigidos, não atestou a quantidade de componente químico danoso à saúde por ter passado despercebido no estudo. Pela natureza da atividade, a companhia deveria atestar a incidência do composto químico, mas por negligência grave não o fez.

Por este motivo, a doutrina tem buscado descrever o conjunto de ações que devem ser praticadas para que a imprudência e a negligência atinjam o patamar propício para a incidência dos *punitive damages*. Como dito, há uma tentativa de descrever uma ordem sucessiva de atos que possam caracterizar a imprudência ou a negligência como atos graves e censuráveis via *punitive damages*, conforme resumido abaixo.

Primeiramente, deve o réu ter a consciência do perigo (*conscious of danger*), estando subjetivamente ciente do risco e da previsibilidade de ocorrência de danos por meio de sua conduta. Em segundo lugar, deve o réu se portar com indiferença perante este risco (*disregard danger*), o que indica que mesmo após saber dos riscos de sua atividade ou de seu ato isoladamente, a apatia subsistiu. Em terceiro plano, o comportamento do réu deve ser marcado por um grave desvio (*gross deviation*), de modo que no momento de decidir como agir, o réu tenha optado pelo caminho do perigo e da produção de danos. Em último lugar e complementando as fases anteriores, deve a conduta do réu ser caracterizada por um desvio patente de cuidado (*dangerous outcome*) de tal modo que uma pessoa comum não incorreria (HASTIE *et al.*, *Op. Cit.*, p. 88).

Percebe-se, em suma, que o ato ou a sucessão de atos devem ser marcados pela culpa, pois tanto na conduta má-intencionada como na imprudente ou negligente a doutrina supracitada exige ou que o réu tenha causado danos conscientemente ou que não tenha considerado o risco de que os danos pudessem ocorrer ou que não tinha conhecimento do risco de ocorrência dos mesmos, embora

⁹⁸ “Negligence is when the defendant should have known, but didn't, of a substantial and unjustifiable risk that the damage would occur.”

devesse saber. Contudo, no tocante a este último aspecto subjetivo (negligência), é possível iniciar digressão que conduza a questão para uma esfera que prescindia da culpa.

Enquanto que os atos mal-intencionados e imprudentes envolvem a consciência de prejudicar alguém, o ato negligente pode ser tão grave a ponto de os seus próprios resultados apontarem para a desnecessidade de quaisquer elementos subjetivos, pelo simples fato de ficar escancarada a baixa ou nenhuma preocupação com investimento em segurança e/ou qualidade de sua atividade.

Por via de consequência, se o réu tivesse investido o suficiente em segurança e qualidade, os danos não teriam ocorrido, quando se conclui que se os danos se manifestaram em um nível inaceitável, das duas uma: ou o réu não tem controle sobre sua atividade ou logicamente não tem tido o cuidado devido, sendo inócuo investigar aspectos relacionados à subjetividade (vontade) do ofensor. Nesse sentido, Alexander Volokh (*Op. Cit.*, p. 19) relaciona a relação entre maior investimento e prevenção de danos:

Acidentes sempre acontecem, mesmo sob uma gestão responsável. Esta não é uma hipérbole; a menos que se evite completamente um determinado setor, mas eliminar todas as chances de um acidente é literalmente impossível. Podemos reduzir os acidentes; por gastar mais recursos na prevenção, podemos evitar mais acidentes, mas esses esforços custam dinheiro, e quanto maior o nível de segurança, maior o custo para evitar que cada acidente. Se fôssemos tentar eliminar todos os acidentes, acabaríamos subindo a extremos, gastando incontáveis recursos que seriam mais bem investidos em outros setores (Tradução Livre)⁹⁹.

Destarte, como prevenir danos custa muito caro em um contexto de consumo e trabalho em sintonia para o excesso, dever-se-á abraçar a teoria do risco calcada na responsabilidade objetiva para os *punitive damages* em alguns casos, pois, se o consumo e o trabalho estão em ritmo desenfreado e, por outro lado, prevenir o dano a vidas e direitos custa muito caro, nada mais adequado do que estabelecer não apenas a indenização sem a necessidade de demonstrar a culpa para as vítimas de danos ocasionados por atividades eminentemente danosas, como também a possibilidade de incidência dos *punitive damages* para fazer frente ao descontrole de

⁹⁹ “Accidents will always happen, even under the most responsible management. This isn't hyperbole; unless one completely avoids a particular industry, eliminating all chance of an accident is literally impossible. We can reduce accidents, though; by spending more resources in prevention, we can prevent more accidents, but these efforts cost money, and the higher the level of safety, the more it costs to prevent each additional accident. If we were to try to eliminate all accidents, we would end up going to extreme lengths, spending countless resources that would be better spent elsewhere”.

uma atividade, ultrapassando a afirmação de que “se a falha não é intencional, então é desnecessária para fins de dissuasão e punição a imposição do *punitive damages* em conjunto com a indenização compensatória” (Tradução Livre)¹⁰⁰ (COOTER, 1982, p 79).

Não se está aqui a dizer que a culpa deve ser relegada a um segundo plano ou que a má-intenção, a imprudência e a negligência não são mais necessárias para a caracterização de uma conduta grave. Pelo contrário, a pesquisa apenas aponta para um novo horizonte que se abre na interface dos *punitive damages* (que tradicionalmente têm sido alicerçados sobre as bases da culpa) com outra categoria jurídica que simplesmente prescinde de qualquer culpabilidade.

Desta forma, o extremo descaso e alto grau de desrespeito aos direitos – enquadrados como requisitos subjetivos - podem ser caracterizados apenas pela demonstração do dano, principalmente em sede de uma ação coletiva, onde o grau de censurabilidade da conduta do réu é exposto de forma mais fidedigna do que em uma ação individual pelo retrato cristalino do exército de vítimas.

Nesse sentido, o estudo dos requisitos subjetivos dos *punitive damages* conjugado com as ações coletivas permite alcançar um cenário onde é possível a erosão e rompimento da culpa como requisito basilar para a incidência dos *punitive damages* e da conseqüente responsabilização do réu, já que “verifica-se uma crescente conscientização de que a responsabilidade objetiva consiste em uma responsabilização não pela causa (...), mas pelo resultado (dano)” (SCHREIBER, *Op. Cit.*, p. 30).

Uma reflexão teoricamente apropriada sobre a erosão da culpa e do nexo de causalidade como pressuposto da responsabilidade civil e dos *punitive damages* exigiria esforço de dimensão monográfica, motivo pelo qual a pesquisa apenas se inclina a prescindir do elemento culpa e quaisquer aspectos relacionados à vontade do agente causador do dano em algumas hipóteses, em especial àquelas onde os danos por si só representem o alto grau de censurabilidade da conduta.

De outro lado, oferecendo um argumento subsidiário a uma interpretação mais rigorosa acerca da exigência da culpa para a aplicação dos *punitive damages*, pode ser dada uma dose de objetividade no próprio elemento culpa, a partir do

¹⁰⁰ “If fault is unintentional, then imposing punitive damages in addition to compensatory damages is both unnecessary for deterrence and undeserved as punishment.”

divórcio de seu caráter psicológico. Nesse sentido:

(...) Preocupações com a consciência da lesão ao direito alheio, com a previsibilidade do dano e com a reprovabilidade moral da conduta praticada esmoreceram diante das dificuldades de concreta demonstração destes aspectos, culminando com a consagração da chamada culpa objetiva. Sob tal designação, a culpa passou a ser entendida como 'o erro de conduta', apreciado não em concreto, com base nas condições e na capacidade do próprio agente que se pretendia responsável, mas em abstrato, isto é, em uma objetiva comparação com um modelo geral de comportamento. (...) Se de tal comparação resultar que o dano derivou de uma imprudência, imperícia ou negligência do autor do dano, nos quais não incorreria o homem padrão, criado *in abstracto* pelo julgador, caracteriza-se a culpa, ou seja, o erro de conduta. (...) implica um flagrante divórcio entre a culpa e sua tradição moral. O agente não é mais tido em culpa por ter agido de forma reprovável no sentido moral, mas simplesmente por ter deixado de empregar a diligência social média (SCHREIBER, *Op. Cit.*, p. 34/37).

Desta forma, mesmo que se admita a indispensabilidade da culpa para a incidência dos *punitive damages*, quando o julgamento do comportamento do agente é realizado de forma abstrata, alheio à intenção e demais aspectos subjetivos do agente, a culpa se torna objetivada, tornando possível a sua caracterização mesmo em face de um agente que agiu com todo o cuidado possível e ainda assim não obteve êxito no controle de produção de danos de seu ato ou conjunto de atos.

Responsável por transportar os requisitos objetivos e subjetivos da experiência norte-americana para a brasileira, Pedro Ricardo e Serpa demonstra que todos os requisitos objetivos retro mencionados (ato ilícito, nexa causal e dano) guardam estrita consonância com o caso brasileiro, inclusive a permissão de os *punitive damages* se manifestarem na hipótese de ilícitos contratuais¹⁰¹.

Cabe apenas uma ressalva quanto a existência do dano, pois, embora a regra seja a de que não há que se falar em responsabilidade civil (e por consequência em *punitive damages*) sem dano, não se pode negar a incidência dos *punitive damages* em face de condutas altamente censuráveis por afrontarem, ameaçarem e importarem em risco a interesses e direitos juridicamente tutelados, mesmo sem a existência concreta do elemento dano.

Há apenas uma ressalva relacionada à possibilidade de indenização simbólica representativa por meio do "nominal damages", instituto que inexiste na prática brasileira, na qual só incide a indenização punitiva se ocorrer a procedência

¹⁰¹ "(...) as mesmas circunstâncias tidas pelos tribunais norte-americanos como aptas a ensejar, excepcionalmente, a incidência dos *punitive damages* em decorrência de ilícitos contratuais (*breaches of contract*) são também consideradas pela jurisprudência nacional como suficientes para acarretar a condenação do responsável ao pagamento de danos morais" (*Op. Cit.*, p. 246).

da indenização compensatória: “(...) e só incidirá a indenização compensatória se houver a adequada alegação e cabal comprovação da ocorrência da danos. Sem danos, não existe indenização punitiva” (SERPA, *Op. Cit.*, p. 250).

No tocante aos requisitos subjetivos, verifica-se que também na experiência brasileira as exigências guardam semelhança com os pressupostos adotados nos Estados Unidos, pois se considera que o alto grau de reprovabilidade do ato deve estar arrimado também em uma culpa grave (que se assemelha à *gross negligence* e à *reckless disregard*) ou no dolo (que se relaciona com o *malicious*) (SERPA, *Op. Cit.*, p. 253).

4.1.4 A INTERPRETAÇÃO DOS LIMITES CONSTITUCIONAIS E PRESSUPOSTOS DOS *PUNITIVE DAMAGES* PELA SUPREMA CORTE AMERICANA

Ao lado dos pressupostos objetivos e subjetivos acima alinhavados, outros critérios importantes para a aplicação dos *punitive damages* e aferição do grau de censurabilidade da conduta (*the degree of reprehensibility of the defendant's misconduct*) vêm sendo paulatinamente acrescentados pela Suprema Corte Americana na análise de recursos contra a fixação da indenização pelo Tribunal do Júri. Como a conduta reprimida pelos *punitive damages* deve ser insultuosa e grave, em se tratando de um país com tradição de observância do “stare decisis”, nada mais natural que a evolução do tema seja resultado das decisões da Suprema Corte Constitucional, embora seja inequívoco que os precedentes daí advindos são profundamente influenciados pelas decisões das outras cortes de justiça do país e das fundamentações construídas pelos advogados.

Portanto, é adequado buscar as raízes do instituto nos meandros de décadas de experiência acumulada nos Estados Unidos. Será objeto de reflexão os precedentes mais importantes da Suprema Corte Americana no que tange aos pressupostos e limites dos *punitive damages*, embora nas últimas duas décadas a Suprema Corte Americana tenha julgado nove casos envolvendo *punitive damages*: *Browning-Ferris Indus., Inc. v. Kelco Disposal* (1989); *Pacific Mutual Life Ins. Co. v. Haslip* (1991); *TXO Production Corp. v. Alliance Resources Corp.* (1993); *Honda Motor Co. v. Oberg* (1994); *BMW of North America, Inc. v. Gore* (1996); *Cooper*

Industries, Inc. v. Leatherman Tool Group (2001); *State Farm Insurance v. Campbell* (2003); *Philip Morris v. Williams* (2007) e *Exxon Shipping Co v. Baker* (2008)¹⁰².

Em todos eles, o papel primordial da Suprema Corte Americana foi apreciar se a conduta violadora de direitos possuía as características necessárias para atrair os *punitive damages*, assim como verificar se o valor fixado a título de punição representava violação da 5^a, 8^a ou 14^a emendas constitucionais, que estabelecem, em suma, que nenhuma pessoa poderá ser privada da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal, nem tampouco compelida a pagar multas, fianças e penas excessivas, incomuns ou cruéis.

Quanto à análise das características de comportamentos passíveis de *punitive damages*, a Suprema Corte em geral foca nos fatos e busca estabelecer um raciocínio coerente e válido para casos futuros; quanto à violação das emendas constitucionais, a Suprema Corte realiza o “digit ratio” (raciocínio do dígito), buscando averiguar se a proporção entre os *compensatory damages* e os *punitive damages* está dentro de um limite que não gere a violação dos direitos ali assegurados, uma vez que um caráter excessivo da indenização pode gerar uma apropriação indevida da propriedade sem o devido processo legal.

Em uma pesquisa direcionada aos membros dos Comitês do Congresso Nacional dos Estados Unidos, Vanessa K. Burrows (*Op. Cit.*, p. 2-5) detalha o posicionamento da Suprema Corte especificamente acerca da proporção que os *punitive damages* devem guardar com a indenização compensatória. No caso *Pacific Mutual Life Insurance Co. v. Haslip* (1991), a Suprema Corte entendeu que os *punitive damages* fixados em quatro vezes o valor da indenização compensatória não violavam o devido processo legal; No *TXO Production Corp. v. Alliance Resources* (1993), entendeu que os *punitive damages* fixados em 526 vezes o valor do dano moral compensatório não violavam o devido processo legal, nem tampouco a proibição de penas excessivas; no julgamento do caso *Honda Motor Co. v. Oberg* (1994), considerou pela primeira vez que a cláusula do devido processo legal limita o valor da indenização punitiva na proporção de 5,4 pra 1 em relação aos danos compensatórios, se caracterizando “como uma salvaguarda processual relacionada

¹⁰² Vanessa Burrows (*Op. Cit.*, p. 2) acentua que nas últimas décadas a Suprema Corte Americana julgou oito casos que envolveram *punitive damages*. Contudo, no ano de 2008, em momento posterior ao estudo em comento, a Corte decidiu o caso *Exxon Shipping Co. v. Baker*, pelo que se considera que foram nove casos julgados até o momento.

ao valor das indenizações punitivas” (Tradução Livre) (BURROWS, *Op. Cit.*, p. 3)¹⁰³.

O caso *BMW of North America, Inc. v. Ira Gore* (1996) foi um verdadeiro marco na questão relacionada aos *punitive damages* e a sua harmonia com a Constituição, haja vista que a Suprema Corte Americana, além de ter decidido que uma indenização 500 vezes maior do que a compensatória violava a cláusula do devido processo legal, desenvolveu três parâmetros para que o magistrado pudesse decidir por um valor punitivo dentro dos limites constitucionais: “(1) o grau de censurabilidade da conduta do réu, (2) a proporção razoável entre a punição e os danos causados, e (3) as sanções civis e criminais autorizadas impostas em casos semelhantes” (Tradução Livre)¹⁰⁴ (BURROWS, *Op. Cit.*, p. 3).

Duas grandes contribuições foram sedimentadas pela Suprema Corte em 2003, ao julgar o caso *Farm State vs Campbell*. Primeiramente, a Corte acentuou que o grau de censurabilidade da conduta do réu já mencionado na decisão *BMW vs Gore* deverá ser avaliado levando-se em conta os seguintes aspectos: (1) se houve dano físico ou somente econômico; (2) se o ato ilícito evidenciou indiferença ou demasiado desrespeito à saúde ou segurança dos outros; 3) se a vítima era pessoa financeiramente vulnerável; (4) se a conduta foi reiterada ou um incidente isolado; 5) se o dano foi o resultado de um conduta intenção, negligência ou imprudência.

Cabe uma reflexão acerca desses aspectos, pois se defende que não é apenas a vulnerabilidade financeira que deveria estar em pauta, pois há outras vulnerabilidades, como a técnica e a jurídica que poderiam constar no rol acima. Quanto ao item 5) acentua-se que os elementos subjetivos podem ser relativizados casos onde os danos externem por si só a gravidade da conduta. Por fim, considera-se adequada a inclusão do interesse de conservação da empresa como elemento norteador para a fixação dos *punitive damages*, uma vez que as mesmas geram empregos, arrecadam impostos e também geram bem-estar social com serviços e produtos.

Em suma, estes degraus de análise são acrescentados e devem ser interpretados em conjunto com o rol de requisitos subjetivos e objetivos descritos pela doutrina, uma vez que são fundamentais para o esclarecimento se o

¹⁰³ “como uma salvaguarda processual relacionada ao valor das indenizações punitivas” (Tradução Livre).

¹⁰⁴ “(1) the degree of reprehensibility of the defendant’s conduct, (2) a reasonable ratio of punitive to compensatory damages, and (3) comparable civil and criminal sanctions, i.e. the difference between this remedy and the civil penalties authorized or imposed in comparable cases.”

comportamento em julgamento deve ser censurado a ponto de o seu desestímulo ser objeto de condenação em *punitive damages*.

De fato, uma conduta que foi reiterada, atingiu pessoa vulnerável, foi praticada com indiferença e causou dano físico é altamente grave, e, por este motivo, o Tribunal realçou que apenas um desses fatores pode não ser suficiente para ensejar a indenização punitiva, mas que a inexistência de todos eles torna os *punitive damages* praticamente inviáveis¹⁰⁵.

Posteriormente, a Corte acrescentou sobre a necessidade de instrução satisfatória dos componentes do Júri, não só sobre a natureza e finalidade da indenização punitiva, como também acerca do direito envolvido na causa. Por fim, estabeleceu que a proporção entre os danos compensatórios e os punitivos não pode ser superior do que uma razão de 9 pra 1, ressaltando que apenas em raríssimas exceções uma proporção maior do que esta satisfaz a cláusula do devido processo legal (BURROWS, *Op. Cit.*, p. 3-4).

Resumidamente, sob a ótica dos parâmetros desenvolvidos pela jurisprudência da Suprema Corte Americana no caso *BMW of North America, Inc. v. Ira Gore* (1996) e *Farm State vs Campbell* (2003), é possível estabelecer que esses precedentes, juntos, sedimentaram o seguinte raciocínio: para julgar a possibilidade jurídica de aplicação dos *punitive damages* e o conseqüente valor indenizatório deve o magistrado analisar (1) o grau de censurabilidade da conduta do réu e (2) a proporção razoável entre a punição e os danos causados. Ao avaliar o grau de censurabilidade do réu, inarredável indagar a) se houve dano físico ou somente econômico; b) se o ato ilícito evidenciou indiferença ou demasiado desrespeito à saúde ou segurança dos outros; c) se a vítima era pessoa financeiramente vulnerável; d) se a conduta foi reiterada ou um incidente isolado; e) se o dano foi o resultado de uma conduta com intenção, negligência ou imprudência.

Estes critérios para aferir quão grave foi o comportamento do réu se somam aos requisitos objetivos e subjetivos anteriormente mencionados engendrando uma moldura sobre a qual o magistrado e o júri devem se ater no momento de apreciar questões relacionadas aos *punitive damages*. Essa moldura é relevante para a

¹⁰⁵ "The Court began its analysis under the first guidepost — the degree of reprehensibility of the defendants misconduct. Under this guidepost, courts should consider whether: (1) the harm caused was physical as opposed to economic; (2) the tortious conduct evinced an indifference to or a reckless disregard for the health or safety of others; (3) the target of the conduct was financially vulnerable; (4) the conduct involved repeated actions or was an isolated incident; and (5) the harm was the result of intentional malice, trickery, deceit, or mere accident" (JAYNE, 2002, p. 885).

pesquisa na medida em que o problema relacionado à superioridade da ação coletiva sobre a individual será investigado também sobre o aspecto relacionado à prova desses fatos relevantes para a caracterização de uma conduta que atraia a incidência dos *punitive damages*.

Apesar de não ser paradigmática como as decisões advindas dos casos *BMW of North America, Inc. v. Ira Gore* (1996) e *Farm State vs Campbell* (2003), o pronunciamento da Corte na demanda *Philip Morris v. Williams* (2007) merece breve digressão em razão da pertinência com os danos em massa e o respectivo problema de adequação de uma demanda individual para aplicar os *punitive damages*.

A fabricante de cigarros *Philip Morris* foi demandada pela viúva de uma vítima do uso do produto (Sr. Williams), que morreu de câncer de pulmão por fumar excessivamente acreditando que era seguro o uso desta forma. A requerente alegou que a *Philip Morris* atuou descaracterizando as pesquisas que alertavam sobre o risco à saúde que o cigarro poderia proporcionar, além de não alertar os consumidores acerca dos efeitos nocivos do uso do tabaco. Em primeira instância o júri concedeu 79.500.000 (setenta e nove milhões e quinhentos mil dólares) a título de *punitive damages*, 21.485 (vinte e um mil, quatrocentos e oitenta e cinco mil dólares) de indenização por danos materiais e 800.000 (oitocentos mil dólares) de indenização por danos morais, como forma de compensação pelos danos sofridos, decisão esta que foi mantida pela Suprema Corte de Oregon (KRAUSS, *Op. Cit.*, p. 332/333).

O recurso à Suprema Corte Americana foi interposto pela *Philip Morris* exigindo a redução da condenação em *punitive damages* com base em dois argumentos: 1) em observância à proporção estabelecida entre danos compensatórios e os *punitive damages* no caso *State Farm Mut. Automobile Ins. Co. v. Campbell*, pois a proporção entre os *compensatory* e os *punitive damages* estava próxima de 100/1, ultrapassando a proporção de 9/1 descrita no precedente *State Farm* como o limite para satisfazer a cláusula do devido processo legal; 2) pelo fato de o júri ter sido influenciado por suposições de danos a outras pessoas que não eram partes no processo e que ainda poderiam ingressar com a sua demanda. O júri teria sido influenciado fortemente pela seguinte afirmação: "pensem em quantos

morreram nos últimos 40 anos no Estado de Oregon” (Tradução Livre)¹⁰⁶ (BANSAL, 2007, p. 53).

À luz deste argumento, a *Philip Morris* pediu para que a condenação carregasse consigo apenas a extensão do dano causado à viúva parte no processo e não alcançasse vítimas passadas e futuras que ainda poderiam interpor a sua própria ação, rogando para a observância da proporção razoável entre a indenização e os danos causados à vítima, critério estabelecido no precedente *BMW of North America, Inc. v. Ira Gore*.

Acatando parcialmente a pretensão recursal, a Suprema Corte Americana determinou o retorno dos autos à Suprema Corte de Oregon para que esta realizasse novo julgamento com observância dos limites estabelecidos nos precedentes *BMW of North America, Inc. v. Ira Gore* e *State Farm Mut. Automobile Ins. Co. v. Campbell*, considerando que o júri poderia tão somente agravar a censurabilidade da conduta do réu com base em danos ocasionados a pessoas que não foram parte no processo, mas de modo algum poderia ter o punido diretamente por tais danos que além de não terem sido comprovados nos autos, essas outras pessoas poderiam ingressar com sua própria demanda. Assim se posicionou a Suprema Corte:

A evidência de dano a pessoas que não são partes pode ajudar a mostrar que a conduta que prejudicou o requerente também representa um risco substancial de danos para o público em geral, e por isso foi particularmente repreensível, mas um júri não pode ir mais longe do que isso e usar os punitive damages para punir um réu diretamente por danos a pessoas que não são partes” (Tradução Livre)¹⁰⁷ (BALSAN, *Op. Cit.*, p. 53).

Este caso representa bem a necessidade de reflexão sobre as ações coletivas e os *punitive damages*, uma vez que caso a referida demanda tivesse sido processada como ação coletiva, mesmo que outras vítimas não fossem partes no processo, o júri – no caso norte-americano – ou o juiz – no caso brasileiro – poderia fixar indenização compensatória e punitiva em harmonia com todos os danos causados, em razão do instrumento denominado “fluid recovery” (indenização

¹⁰⁶ “(...) think about how many other Jesse Williams in the last 40 years in the state of Oregon there have been.”

¹⁰⁷ “Evidence of actual harm to nonparties can help to show that the conduct that harmed the plaintiff also posed a substantial risk of harm to the general public, and so was particularly reprehensible... [yet] a jury may not go further than this and use a punitive damages verdict to punish a defendant directly on account of harms it is alleged to have visited on nonparties.”

fluida), também presente no Brasil.

Desta forma, a ação coletiva potencializaria a força preventiva dos *punitive damages* e prestigiaria outros valores como a economicidade e igualdade dos jurisdicionados perante o Poder Judiciário. Isto porque com apenas uma decisão judicial a conduta do réu seria exemplarmente reprimida, incrementando a eficácia de desestímulo na medida em que o comportamento ultrajante teria uma resposta à altura do seu alto grau de censurabilidade, o que dificilmente ocorre em ações individuais, com aplicações fragmentadas e incertas pela polêmica imanente a esta categoria.

Sob a ótica da presente pesquisa, caso a ação coletiva seja superior à individual para o manejo dos *punitive damages*, poder-se-ia iniciar elaboração à título de *lege ferenda* no sentido de as ações individuais terem papel subsidiário na aplicação dos *punitive damages*, ou seja, apenas na ausência de ação coletiva ou no caso de mesmo tendo sido ajuizada a ação coletiva, o réu tenha ocasionado danos novamente e/ou praticado atos de menor proporção da mesma natureza. Isto porque não haveria sentido em manter um paralelismo de aplicação dos *punitive damages* uma vez reconhecida a superioridade de um determinado tipo de demanda em relação a outro.

4.1.5 OS *PUNITIVE DAMAGES* E A SUA APLICAÇÃO NAS *CLASS ACTIONS*: OS *PUNITIVE DAMAGES CLASS*

O casamento entre os *punitive damages* e as *class actions* tem experimentado uma relação tortuosa, com pouquíssimos casos registrados, produção doutrinária pífia e nenhum caso julgado pela Suprema Corte Americana até o presente momento (MULLENIX, 2010, p. 850). Esse vazio, somado ao ceticismo em relação ao tema e ao argumento de que o julgamento conjunto de questões individuais viola o devido processo legal com relação ao direito à defesa e produção de provas individualizadas, faz com que o cenário ideal para essa união esteja distante.

Por exemplo, o penúltimo caso julgado pela Suprema Corte (*Philip Morris v. Williams*) sedimentou que o Devido Processo Legal proíbe um Estado de condenar alguém sem permitir defesas e inquéritos individualizados, o que vai de encontro com o julgamento conjunto de questões individuais, o que sob essa ótica estaria favorecendo um julgamento baseado em suposições e especulações em detrimento do direito constitucional ao devido processo legal, como se percebe do seguinte trecho da defesa da Philip Morris:

Para permitir a punição por ferir vítima que não sejam partes, gostaria de acrescentar uma dimensão quanto aos *punitive damages*. Quantas dessas vítimas estão lá? Quão sério elas ficaram feridas? Sob quais circunstâncias as lesões ocorreram?... O Júri será deixado a especular. E ocorrerá a preocupação fundamental do devido processo para que os *punitive damages* não sofram riscos de arbitrariedades e incertezas (Tradução Livre)¹⁰⁸ Fonte: (<http://www.law.cornell.edu/supct/html/05-1256.ZO.html>)

O apogeu dos chamados “*punitive damages class*” ocorreu entre os anos de 1980 e 1990, pois, embora a questão nunca tenha sido apreciada pela Suprema Corte, neste período sobreveio um crescimento exponencial de demandas envolvendo ações de responsabilidade civil relacionadas a produtos no âmbito dos direitos do consumidor, quando juízes de primeiro grau e tribunais foram instados a conceder muitas vezes os *punitive damages* em sede de uma *class action* (MULLENIX, *Op. Cit*, p. 850).

¹⁰⁸ “To permit punishment for injuring a nonparty victim would add a near standardless dimension to the punitive damages equation. How many such victims are there? How seriously were they injured? Under what circumstances did injury occur?... The jury will be left to speculate. And the fundamental due process concerns to which our punitive damages cases refer – risks of arbitrariness, uncertainty, and lack of notice – will be magnified.”

Em suma, a experiência norte-americana demonstrou três formas diferentes de fundamentar a aplicação dos *punitive damages* em uma *class actions*: 1) por meio da aplicação direta de um precedente de um tribunal que reconheceu expressamente essa possibilidade, ou, 2) por meio do retalho da jurisprudência da Suprema Corte Americana, que apesar de não ter se manifestado ainda sobre a constitucionalidade dessa união, pode ter dado brechas em seus precedentes decorrentes de ações individuais.

Quanto à primeira forma, salienta-se que o pouco reconhecimento e aplicação dos *punitive damages class* se mostrou viável em dois casos paradigmáticos (*Exxon Valdez e Hilao v. Estate of Marcos*), os quais trouxeram como consequência a possibilidade de condenação em *punitive damages* no bojo de uma *class action* quando a espécie desta constarem nos itens (b) (3) ou (b) (1) (b) da *Rule 23*, que prevêm a possibilidade de julgamento coletivo de direitos individuais quando houver questões de direito e de fato comuns à classe e a ação coletiva seja superior do que outros procedimentos em termos de justiça e eficácia da decisão – no caso da *Rule 23* (b) (3) – e quando o julgamento separado de ações individuais gerarem o risco de fragilidade dos interesses da classe – *Rule 23* (b) (1) (b) (MULLENIX, *Op. Cit.*, p. 856).

De outro lado, alguns juristas trilham outro caminho, pelo fato de os precedentes acima citados não gozarem de forte autoridade perante a qualquer Estado ou tribunal, vislumbrando identificar abertura nos precedentes da Suprema Corte Americana para os *punitive damages class*:

Ao desagregar os precedentes da Suprema Corte Americana sobre *punitive damages*, é possível identificar um cenário limitado onde a *class actions* e os *punitive damages* podem ser bem sucedidos (Tradução Livre)¹⁰⁹ (MCGOVERN, *Op. Cit.*, p. 435).

Nesse sentido, interpreta-se, na esteira do precedente *Philip Morris v. Williams*, que se o objetivo do tribunal é punir e desestimular o cometimento de novas infrações de igual natureza e gravidade, nada mais adequado do que conjugar em uma única demanda todas as vítimas, o que fortaleceria o objetivo de dissuadir:

¹⁰⁹ “(...) by disaggregating the United States Supreme Court *punitive damages* jurisprudence, it is possible to identify a limited number of factual scenarios where a *class action* for *punitive damages* could be successful.”

A solução óbvia para a ‘punição por danos à vítima demandante’ ditada pelo Philip Morris v. Williams é trazer mais demandantes ante o tribunal, não só para garantir que um nível adequado de dissuasão, mas também para nivelar o campo de jogo, permitindo que os requerentes consigam atingir uma escala economicamente significativa do réu, diminuindo as chances de o réu não se intimidar com a responsabilização pela má conduta em grande escala (Tradução Livre)¹¹⁰ (MULLENIX, *Op. Cit.*, p. 877/878).

Os defensores desta permissão dos precedentes da Suprema Corte aos *punitive damages class* ainda argumentam que o grau de censurabilidade da conduta indicado no caso *BMW* e melhor definido no *State Farm* prescinde, inequivocamente, para uma análise mais completa, do elemento dano em sua inteireza, basta lembrar que uma maior ou menor censurabilidade da conduta estará diretamente relacionada ao fato de ter havido dano físico ou somente econômico, de o dano ter sido isolado ou reiterado, dentre outros fatores relacionados às características com que foram perpetrados, conforme se observa:

(...) se dano a outrem é um fator-chave para determinar a censurabilidade da conduta - e o grau de censurabilidade é um fator determinante na decisão de um júri para atribuir punitive damages, então o dano a outros será sempre uma parte integrante de qualquer dano. (...) A class action, então, é o veículo ideal para a avaliação de questões processuais, tais como os danos a outrem (Tradução Livre) (MULLENIX, *Op. Cit.*, p. 878)¹¹¹.

Por fim, a pretexto de um reconhecimento tímido dos *punitive damages class*, ressalta-se a existência de uma grande mobilização de juízes de primeira instância para fortalecer uma visão econômica dos *punitive damages* sob o aspecto do desestímulo. Assim, tem crescido o número de adeptos para a resolução de casos semelhantes de forma coletiva com o apoio dos *punitive damages* (MCGOVERN, *Op. Cit.*, p. 435). Esta visão econômica concebe o desestímulo como o ponto nodal dos *punitive damages* e prestigia a *class action* em detrimento de uma ação individual pelo fato de esta não permitir a internalização dos custos indenizações de modo a evitar novos danos. Em outras palavras, em sede de uma *class actions*, “o

¹¹⁰ “The obvious solution to the ‘punishment for harm to plaintiffs only’ dictate of Philip Morris [v. Williams] is to bring more plaintiffs before the court, not only to assure that an adequate level of deterrence is approached, but to level the playing field in such a societally essential litigation arena by enabling plaintiffs to obtain at least some of the economies of scale of aggregate prosecution, and to lessen the odds that an egregiously reprehensible defendant will elude full accountability for large-scale misconduct.”

¹¹¹ “(...) If the harm to others is a key factor in determining reprehensibility — and the degree of reprehensibility is a key determinant in a jury’s decision to award punitive damages — then harm to others will always be an integral part of any punitive damages case. (...) The class action, then, is the ideal procedural vehicle for assessing such harm to others.”

causador do dano internaliza todos os custos associados à sua comportamento lesivo, ao invés de apenas os custos associados à número limitado de autores que apresentam um ação individual” (Tradução Livre)¹¹² (MCGOVERN, *Op. Cit.*, p. 451).

Afora o estudo sobre a permissão de os precedentes da Suprema Corte Americana em relação aos *punitive damages class*, salienta-se que a pesquisa transita por esse imbróglio, embora não preocupada em refletir sobre o direito norte-americano. O presente trabalho encontra-se no plano teórico do estudo da adequação do procedimento, investigando se as ações coletivas são superiores para manejarem os *punitive damages* em face de danos em massa, em nada influenciando para o caminho aqui buscado os precedentes tanto nos EUA quanto no Brasil, pelo fato de se pretender responder a questão com base na averiguação de duas variáveis: a eficácia do desestímulo sob a ótica econômica e o direito à prova dos fatos que atraem os *punitive damages* e influenciam na aferição do grau de censurabilidade da conduta.

4.2 – O MODELO DE APLICAÇÃO DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA NA EXPERIÊNCIA JURÍDICA BRASILEIRA

A coleta de jurisprudência se ateve aos recursos julgados no período de 01/08/2013 a 01/08/2014 pelo Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região (TRT8), Tribunal Superior do Trabalho (TST), Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) e Superior Tribunal de Justiça (STJ).

As palavras-chave utilizadas foram conjugadas de modo a encontrar casos envolvendo indenizações punitivas e danos em massa, motivo pelo qual foram combinadas as expressões “*punitive damages*”, “indenização punitiva”, “caráter pedagógico do dano moral” e “desestímulo do agente” com “danos em massa” e “direito individual homogêneo”.

Foram excluídos da pesquisa julgados nos quais os julgadores entenderam que a indenização punitiva não receberia guarida no ordenamento jurídico brasileiro assim como àquelas decisões que se debruçaram apenas sobre danos individuais tuteláveis apenas individualmente, tais como trabalhadores vítimas de acidente de trabalho que implicaram em perdas de membros, sentidos e doenças graves, e/ou

¹¹² “(...) the tortfeasor internalizes all of the costs associated with its tortious conduct, rather than only the costs associated with the limited number of plaintiffs who file a lawsuit.”

consumidores vítimas de acidentes de consumo isolados. Os casos isolados, sem a possibilidade de aglutinação das vítimas para uma tutela coletiva foram ignorados pela impossibilidade lógica de por meio dessas demandas ser extraído o perfil da experiência brasileira no manejo da indenização punitiva em face de danos em massa.

Em que pese haver a possibilidade de incidência da indenização punitiva em situações onde inexistam danos em massa, em atenção aos objetivos do trabalho selecionou-se casos envolvendo danos passíveis de enquadramento no conceito de danos em massa traçado no segundo capítulo. Na hipótese de terem sido encontrados inúmeros julgados, a pesquisa deu preferência aos que tratavam de danos com vinculação mais sólida com os danos em massa.

Diante dos casos analisados, a investigação buscou responder as seguintes perguntas, de modo a possibilitar a formação de um contorno da aplicação da indenização punitiva no Brasil: 1) o caráter punitivo da indenização é representado por um valor destacado da indenização compensatória ou reparatória?; 2) os julgadores fundamentam a aplicação da indenização punitiva em requisitos subjetivos ou objetivos?; 3) a indenização punitiva em face de danos em massa é fixada em sede de ação coletiva ou individual. Foram coletados 3 (quatro) julgados de cada tribunal, os quais serão adiante expostos para ao final as perguntas acima serem respondidas, asseverando desde já que é possível apenas traçar um perfil provisório e superficial da aplicação dos *punitive damages* na experiência brasileira, sendo imperioso reconhecer que o delineamento da indenização punitiva no Brasil de forma exaustiva exigiria pesquisa de dimensão monográfica específica.

O Recurso de Revista n. 962-93.2010.5.15.0110, julgado em 6 de novembro de 2013 (Rel. Min. João Pedro Silvestrin) teve como objeto reclamação trabalhista originada por atos da reclamada no sentido de descumprir normas de segurança e saúde do trabalho, submetendo os trabalhadores a situações degradantes, decorrentes da ausência de instalações sanitárias e exposição à radiação não ionizante sem adequada proteção.

A indenização punitiva foi aplicada em sede de ação individual, assim como foi destacada da indenização reparatória/compensatória:

(...) entendo por bem majorar a indenização a título de danos morais, fixando-a em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), sendo R\$ 6.000,00 (três mil reais) a título de compensação e R\$ 14.000,00 (quatorze mil) a título de punição

e dissuasão, a fim de que a empresa adote condutas no sentido de permitir que os trabalhadores tenham devidamente respeitados os seus direitos.

Outrossim, os ministros da 8ª Turma do TST, por unanimidade, entenderam pela procedência do dano moral conjugado com a indenização punitiva. A procedência da indenização punitiva foi alcançada pelo preenchimento dos pressupostos da responsabilidade civil mais a análise da gravidade da conduta: “no presente caso, restou cabalmente demonstrado que a conduta da empresa reclamada é gravíssima. (...) Trata-se de um severo atentado aos direitos sociais.”

O Recurso de Revista n. 106900-47.2013.5.13.0007, julgado em 18 de junho de 2014 (Rel. Min. Hugo Carlos Scheuermann) teve como objeto reclamação trabalhista na qual o reclamante requereu indenização por restrição ao uso do banheiro durante o horário do trabalho, buscando caracterizar extrapolação do poder de comando do empregador.

A indenização punitiva foi aplicada em sede de ação individual e a verba punitiva foi acoplada ao valor da indenização suficiente para compensar o dano moral:

No que diz respeito ao valor da indenização por danos morais, primeiramente, há que se observar a sua dupla finalidade, ou seja, a função compensatória e a função pedagógico-punitiva. Presentes todos esses aspectos e considerando a dupla restrição constatada na espécie, arbitro a indenização em R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Desta forma, os ministros da 1ª Turma do TST, por unanimidade, entenderam pela procedência do dano moral incrementado pelos *punitive damages*, contudo, não houve digressão específica acerca da gravidade da conduta, embora a conclusão que pautou a indenização punitiva tenha se baseado na censurabilidade da mesma: "nem todos os empregados podem suportar, sem incômodo, o tempo de espera para o uso dos banheiros, sem que tal represente uma agressão psicológica (e mesmo fisiológica)."

O Recurso de Revista n. 25700-15.2013.5.13.0008, julgado em 25 de junho de 2014 (Rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira) tem pertinência com reclamação trabalhista com pretensão de indenização por danos morais em decorrência de revista íntima realizada em pertences do empregado.

A indenização punitiva foi aplicada em sede de ação individual e o valor indenizatório a título de compensação foi aglutinado com a verba punitiva/preventiva:

(...) o Eg. Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região manteve o valor da indenização por dano moral em R\$ 3.000,00. Tem-se, portanto, que restou observado o princípio da restauração justa e proporcional, nos exatos limites da existência e da extensão do dano sofrido e do grau de culpa, sem abandono da perspectiva econômica de ambas as partes.

No tocante à análise de requisitos, constatou-se a preocupação dos Ministros da 3ª Turma do TST com o preenchimento dos pressupostos da responsabilidade civil e também com o grau de culpa do ofensor:

Além disso, o dano moral, diferentemente do dano patrimonial, evoca o grau de culpa do autor do ato ilícito como parâmetro para fixação do valor da indenização. Nesse sentir, a atuação dolosa do agente reclama reparação econômica mais severa, ao passo que a imprudência ou negligência clamam por reprimenda mais branda.

O Recurso Ordinário n. 0002713-60.2012.5.08.0201, julgado em 20 de agosto de 2013 (Rela. Desa. Pastora do Socorro Teixeira Leal), tratou de pedido de indenização de trabalhador que realizava tarefa arriscada de transporte de valores sem ter recebido qualquer treinamento ou auxílio de empresa de segurança.

A 4ª Turma do TRT8 decidiu pela incidência da indenização punitiva em sede de ação individual e o valor indenizatório a título de compensação foi aglutinado com a verba punitiva/dissuasória:

(...) Diante do exposto, considerando que a atividade a qual estava sujeita o reclamante é extremamente arriscada e que exige, inclusive, utilização de armamento pesado pelas empresas que a desenvolve, bem como o fato de a reclamada ser uma empresa de grande porte e, principalmente, pelo efeito pedagógico que se pretende obter, haja vista que a reclamada insiste na conduta ora reprovada, conforme se verifica em vários processos que ingressam nesta especializada, considero razoável a indenização fixada pelo juízo de primeiro grau no montante de R\$ 50.890,00 (Cinquenta mil, oitocentos e noventa reais).

A fundamentação em relação aos requisitos para a indenização teve arrimo nos pressupostos da responsabilidade civil somados à análise da vantagem econômica do ofensor. No presente julgado, o ponto central a ser observado é que a procedência do dano moral e conseqüentemente da indenização punitiva prescindiu da prova do dano, a partir do reconhecimento de que a exposição do trabalhador ao risco de vida por si só presume o dano e abre o caminho para o surgimento do dever de indenizar em ambas as finalidades, reparatória e punitivo-pedagógica:

É necessário atentar que a hipótese ventilada é de dano moral 'in re ipsa' (pela força dos próprios fatos), onde suas consequências são presumíveis apenas pela dimensão dos fatos. (...) restou configurado que o bancário que realiza transporte de valores fica exposto a risco, haja vista que não foi contratado, tampouco treinado, para a atividade descrita, bem como tenho por certo que a conduta ominosa adotada pela instituição bancária de exigir do trabalhador o transporte de numerário enseja a reparação civil, haja vista que expõe o trabalhador a uma situação de risco, independentemente de configuração de roubo ou assalto.

O Recurso Ordinário n. 0002629-44.2012.5.08.0206, julgado em 4 de dezembro de 2013 (Rela. Des. Vicente José Malheiros da Fonseca) se refere ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Trabalho, alegando que a ré incidiu em atraso no pagamento de salários, retenção de carteira de trabalho e previdência social, bem como realizou controle ficto de jornada de trabalho.

A 2ª Turma do TRT8 deu procedência para a indenização punitiva em sede de ação coletiva, o valor indenizatório a título de compensação foi aglutinado com a verba punitiva/dissuasória e os pressupostos observados foram os mesmos da responsabilidade civil, com acréscimo da gravidade da conduta:

Quanto ao seu arbitramento, é essencial a conjugação de critérios capazes de conferir o caráter dúplice de compensação para a vítima e de sanção/punição para ao agente. (...) entendo que o *quantum* indenizatório deve ser mantido em R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), a título de dano moral coletivo, em face da gravidade dos ilícitos trabalhistas cometidos pela ré e a dimensão dos danos causados aos trabalhadores.

O Recurso Ordinário n. 0001302-12.2013.5.08.0115, julgado em 10 de junho de 2014 (Rela. Ida Selene Duarte Sirotheau Corrêa Braga) foi originado de reclamação pautada na alegação de que não havia local para a troca de roupa do reclamante, locais apropriados para refeições, água potável para beber nem tampouco banheiros, motivo pelo qual o reclamante utilizava a mata como local para fazer suas necessidades fisiológicas.

A 1ª Turma do TRT8 aplicou a indenização punitiva em sede de ação individual, o valor indenizatório a título de compensação foi aglutinado com a verba punitiva/dissuasória e os pressupostos observados foram os mesmos da responsabilidade civil, sem análise acerca da gravidade da conduta:

(...) a indenização por danos morais deve ser capaz de cumprir a uma tríplice finalidade que é de reparar, ainda que parcialmente, o dano suportado pela vítima (função reparadora), punir o infrator (função pedagógica) e prevenir a ocorrência de outros danos da mesma natureza

(função preventiva). Nesses termos, dou provimento ao apelo do reclamante para majorar o valor da indenização por danos morais para R\$ 20.000,00.

No que tange às decisões do STJ, cabe um pequeno retrospecto, uma vez que apesar de a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça já ter decidido por unanimidade que o valor da indenização por dano moral deve guardar harmonia com “a natureza punitiva e inibidora que a indenização, no caso, deve ter”, mais recentemente tem sedimentado que “a aplicação irrestrita dos *punitive damages* encontra óbice regulador no ordenamento jurídico pátrio.” (AgRg no Ag 850273/BA, DJ 24/08/2010, Resp 401358/PB, DJ 16/03/2009, Resp 210101/PR, DJ 19/12/2008).

De todo modo, isso não afasta a aplicação dos *punitive damages* pelo Tribunal da Cidadania, já que este tem reiteradamente se pronunciado também no sentido de que a “indenização deve ser suficiente para restaurar o bem-estar da vítima, desestimular o ofensor em repetir a falta, não podendo, ainda, constituir enriquecimento sem causa ao ofendido.” (AgRg no Resp 1373969/RS, DJ 19/06/2013, Resp 1171826/RS, DJ 27/05/2011, AgRg no Ag 1378431/SP, DJe 27/06/2013)

Percebe-se que o Superior Tribunal de Justiça, apesar da jurisprudência oscilante, caminha para a formação de precedentes que puguem o equilíbrio entre a finalidade de punir e prevenir com a vedação ao enriquecimento sem causa como princípio de nosso ordenamento jurídico.

No julgamento do Agravo em Recurso Especial n. 467.193/RJ (Rel. Min. Sidnei Beneti), em 18 de março de 2014, a 3ª Turma do STJ se debruçou sobre pedido de indenização por danos morais decorrente da negativa do Plano de Saúde em conceder tratamento de doença ao qual estava legal e contratualmente obrigado.

A indenização punitiva foi aplicada de forma conjunta com os danos morais e em sede de ação individual movida por um consumidor, sem ocorrer análise de quaisquer pressupostos da indenização punitiva, tais como o estudo da gravidade da conduta do ofensor:

A fixação dos danos morais no patamar de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) cumpre, no presente caso, a função pedagógico-punitiva de desestimular o ofensor a repetir a falta, sem constituir, de outro lado, enriquecimento indevido a reparação do dano deve ser fixada em montante que desestime o ofensor a repetir a falta, sem constituir, de outro lado, enriquecimento indevido.

No julgamento do Recurso Especial n. 1.342.899/RS (Rel. Min. Sidnei Beneti), em 20 de agosto de 2013, a 3ª Turma do STJ analisou pedido de indenização por danos morais em razão da prática abusiva e enganosa de fabricante de veículos, a qual lançava e comercializava veículo no ano como sendo modelo do ano posterior e, depois de comercializar esses modelos, paralisava a fabricação dos mesmos e lançava um novo modelo com diferentes detalhes no mesmo ano como modelo do ano seguinte.

A indenização punitiva foi aplicada de forma conjunta com os danos morais e em sede de ação coletiva movida pelo Ministério Público, sem ocorrer análise de quaisquer pressupostos da indenização punitiva nem análise da gravidade da conduta do réu:

Não se pode negar também o caráter pedagógico do reconhecimento dessa prática abusiva, de modo que futuras condutas da ré sejam pautadas em maior respeito ao consumidor. (...) Adequada a condenação, (...) do dano moral em 1% do preço de venda do veículo, devidamente corrigido, a ser pago ao primeiro adquirente de cada veículo.

No julgamento do Agravo no Recurso Especial n. 471.476/PE (Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho), em 08 de maio de 2014, a 1ª Turma do STJ apreciou pedido de indenização por danos morais decorrentes de inscrição indevida em cadastro de inadimplentes.

A indenização punitiva foi aplicada em demanda individual de forma conjunta com os danos morais na base de R\$ 10.000,00, não tendo ocorrido qualquer discussão em relação à gravidade da conduta:

A revisão do valor fixado a título de danos morais em razão da manutenção indevida da consumidora em cadastro de inadimplentes (...) fora estipulado em razão das peculiaridades do caso concreto, a exemplo, da capacidade econômica do ofensor e do ofendido, a extensão do dano, o caráter pedagógico da indenização.

Os três julgados do TJSP escolhidos pela pesquisa possuem a mesma essência em relação à indenização punitiva. Todos eles aplicaram a verba punitiva/dissuasória aglutinada com o valor compensatório do dano moral, além de terem sido estabelecidas em sede de ações individuais e não ter havido reflexão acerca da gravidade da conduta, mas tão somente aspectos relacionados aos pressupostos da responsabilidade civil, como se percebe na análise da Apelação n. 1017109-50.2013.8.26.0100 (negativa de Hospital em cobrir cirurgia), julgado dia 29

de julho de 2014, tendo como Relator o Desembargador Carlos Alberto Garbi¹¹³, da Apelação n. 0012591-68.2012.8.26.0003 (envio de faturas para o consumidor em valor superior ao devido), julgado dia 2 de junho de 2014, tendo como Relator o Desembargador Soares Levada¹¹⁴, e, da Apelação n. 4001881-47.2013.8.26.0564 (atraso na entrega de empreendimento imobiliário adquirido “na planta” para moradia), julgado dia 6 de maio de 2014, tendo como Relator o Desembargador Mauro Conti Machado¹¹⁵.

Uma característica da experiência brasileira é a intrínseca relação da indenização punitiva com os danos morais. Os magistrados estabelecem valor de indenização dos danos morais e o majoram o suficiente para compensá-los fundamentando na indenização punitiva. Apesar de o dano moral não se confundir com a indenização punitiva, os tribunais e juízes no Brasil têm feito uso do instituto em demandas que versem sobre dano moral.

A experiência brasileira é marcada também por ausência de fundamentação quanto à gravidade da conduta que descambou na punição. Isto porque para uma necessária fundamentação das decisões judiciais deveria o magistrado se reportar diretamente à reprovabilidade da conduta, justificando a punição por meio da indenização. Deste modo, deve-se atender ao comando constitucional que obriga o magistrado a fundamentar sua decisão judicial, a teor do que dispõe o artigo 93, IX da Carta Magna de 1988.

Outro ponto relevante na experiência brasileira é a falta de distinção entre valores relativos à compensação do dano moral e os destinados à punição e dissuasão. As decisões judiciais apenas elevam o valor da indenização compensatória aludindo a indenização punitiva, mas não discriminam qual o valor

¹¹³ Vale observar que se costuma mencionar, na fixação do valor do dano moral, o caráter pedagógico e punitivo da indenização. (...) Logo, atento à melhor doutrina, entendo que em consideração a todas as circunstâncias do caso, penso que a indenização deve ser fixada em R\$ 15.000,00.

¹¹⁴ Sem dúvida, a autora sofreu danos morais, traduzidos por ter seu nome indevidamente encaminhado aos cadastros restritivos ao crédito. (...) Frise-se, ademais, que a natureza do dano moral entre nós é também inibitória, à maneira dos 'punitive damages' ou 'exemplary damages' do direito norte-americano, fonte maior do nosso artigo 5º, V e X, da CF/88. Tem-se que, no presente caso, o valor da indenização moral fixada na data da sentença em R\$ 4.354,00, não se mostra absurdo ou desproporcional.

¹¹⁵ Inconcebível entender como mero aborrecimento os fatos aqui relatados, pois a expectativa quanto à realização do sonho da moradia própria foi frustrada pela conduta da construtora, que privou o apelado e sua família da fruição do bem adquirido. (...) 'In casu', é aplicável a teoria do valor do desestímulo em que o 'quantum' fixado deve ser de valor hábil a incutir naquele que agiu incorretamente uma repercussão tal que iniba a sua conduta antijurídica, impedindo a reiteração de seu ato.

suficiente para fazer frente ao prejuízo e qual se presta para punir e prevenir a conduta. Ou seja, a verba compensatória é incrementada como forma de enxertar a indenização punitiva em seu bojo, embora existam decisões isoladas que apliquem a indenização punitiva destacada da compensatória.

Alguns autores diferenciam a aplicação dos *punitive damages* com o arbitramento de indenização por dano moral baseado em critérios de ponderação axiológica, o qual, visando a compensar o dano sofrido pela vítima leva em consideração, dentre outros elementos, a conveniência de dissuadir o ofensor. Tenta-se distinguir-se o caráter punitivo da indenização com a indenização punitiva. Essa é a posição de Judith Martins-Costa e Mariana Souza Pargendler (*Op. Cit.*), mas da qual se discorda, porque a pretensão de apenas levar em conta a necessidade de punir e dissuadir, dentre outros elementos, justifica, em suma, uma indenização em valor maior do que o suficiente para compensar o dano.

Mesmo que não guarde coerência com os precedentes dos tribunais norte-americanos, ocorre verdadeira punição visando a prevenção de danos, motivo pelo qual se considera que a majoração da indenização pela censurabilidade da conduta ou com o escopo de prevenir novos danos se constitui em aplicação da indenização punitiva, pois esta não se manifesta apenas dentro das estritas características da experiência norte-americana, já que os tribunais brasileiros não estão obrigados a fazer uma importação automática do instituto.

O autor que defende a não existência da indenização punitiva na majoração do *quantum* indenizatório na hipótese em comento talvez acredite que só exista indenização punitiva quando forem estabelecidos valores muito altos, contudo, a média de indenizações punitivas nos EUA não é de valor exorbitante, girando em torno de US\$ 38.000,00. Assim, resta existente a indenização punitiva a partir da majoração, estando o problema situado na falta de divisão do valor para compensar e de punir, não sendo possível negar que os valores fixados naqueles moldes tem presente uma parcela destinada à punição, só que não destacada.

Importante asseverar que a realidade socioeconômica dos países tradicionalmente filiados à *common law* é diferente da do Brasil, devendo este ser um fator de consideração no momento de interpretar o que é e o que não é indenização punitiva na prática jurídica nacional.

No campo processual, a prática da indenização punitiva no Brasil em face de danos em massa aponta para uma visão essencialmente individual do referido

instituto. Esta forma de resolver conflitos e de aplicar o instituto pode enfraquecer a sua eficácia de desestímulo ante à fraca repercussão econômica do valor indenizatório, prejudicar a análise dos requisitos que o atraem e que são determinantes para a aferição do grau de censurabilidade da conduta (se o ato foi reiterado, se proporcionou lucro ao ofensor, se existiu elemento subjetivo que aponte para culpa grave ou dolo, etc.). Além do mais, em se tratando de danos em massa, uma visão individual afasta a possibilidade de uma proporção razoável entre a punição e o mal causado, por se tratar de demanda onde parcela expressiva das vítimas está ausente.

Assim, há grandes fornecedores de produtos ou serviços, que de forma reiterada perpetram ilegalidades em larga escala, mas em contrapartida tem como resposta da função punitivo-dissuasória da responsabilidade civil aplicações de indenizações desconexas com a gravidade dos danos, com os lucros obtidos com o ilícito, com o grau de censurabilidade da conduta, etcetera. Em razão da tensão causada entre a nova realidade social e a defasagem das categorias jurídicas destinadas a resolver problemas individuais, surgem conflitos e questões de massa que não encontram terreno fértil para serem solucionados pelo Poder Judiciário, premiando os cometedores de atos graves com indenizações fragmentadas e proporcionais a danos individualmente considerados e não à censurabilidade da conduta. A função preventiva, pilar da indenização punitiva, fica fragilizada.

É justamente esse panorama que as ações coletivas modificam, em consonância com a complexidade de produção de danos em uma sociedade de relações massificadas que por consequência produz conflitos em massa, sendo improvável solver problemas de responsabilidade civil com as mesmas categorias que alimentaram o paradigma liberal-individualista. O modelo de aplicação da indenização punitiva está em dissonância com o fenômeno da litigiosidade de massa e da constante transformação dos conflitos individuais em coletivos no âmbito da sociedade inserida no mundo moderno. Essas e outras implicações exigem um estudo sobre a adequação do procedimento para manejar a indenização punitiva em face dos danos em massa.

4.3 – REESCREVENDO O CRITÉRIO DA SUPERIORIDADE (*SUPERIORITY TEST*)

Diante do estudo dos pressupostos objetivos e subjetivos dos *punitive damages* na experiência jurídica norte-americana, dos contornos da indenização punitiva no Brasil e, considerando ainda a necessidade de avaliação da via superior para o manejo dos *punitive damages* em face de danos em massa, surge uma readequação do critério da superioridade da ação coletiva sobre a individual, agora reescrito para se envolver especialmente ao problema tratado na pesquisa.

Entende-se que a ação coletiva será superior à individual na aplicação dos *punitive damages* em face dos danos em massa caso seja a mais adequada para 1) promover o fator de desestímulo ao ofensor de um ponto de vista econômico; 2) possibilitar a prova de fatos que determinantes à análise da incidência dos *punitive damages* e do grau de censurabilidade da conduta: se houve dano físico ou somente econômico; se o ato ilícito evidenciou indiferença ou demasiado desrespeito à saúde ou segurança dos outros; se a vítima era pessoa financeiramente vulnerável; se a conduta foi reiterada ou um incidente isolado; se o dano foi o resultado de uma conduta marcada por intenção, negligência ou imprudência.

Nesse desiderato, a pesquisa busca uma resposta sobre se é mais adequado o ofensor pagar a verba punitiva/preventiva em ações separadas, fracionadas e fragmentadas e/ou arcar com a indenização punitiva em sede de uma ação coletiva, com dispêndio de valores relativos a apenas uma condenação. Estes dois caminhos serão postos no bojo do método comparativo, para então serem extraídos dados e informações suficientes para averiguar a superioridade do ponto de vista econômico em atenção ao desestímulo e também em relação à prova dos fatos importantes para a incidência dos *punitive damages* e aferição do grau de censurabilidade da conduta.

5 – ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE AÇÕES COLETIVAS E INDIVIDUAIS SOBRE A ADEQUAÇÃO DO PROCEDIMENTO EM RELAÇÃO À INDENIZAÇÃO PUNITIVA PARA DANOS EM MASSA

Como dito anteriormente, o objetivo geral da pesquisa é responder satisfatoriamente se a via da ação coletiva ou da ação individual é superior (leia-se mais adequada) para a aplicação da indenização punitiva em face de danos em massa.

A maior adequação ou superioridade, devidamente reescrita após os estudos sobre o interesse de agir e pressupostos objetivos e subjetivos dos *punitive damages*, deve representar a promoção do fator de desestímulo ao ofensor de um ponto de vista econômico e a partir do favorecimento do direito à prova dos fatos que permitam a incidência dos *punitive damages* e o julgamento do grau de censurabilidade da conduta, que compreende se houve dano físico ou somente econômico; se o ato ilícito evidenciou indiferença ou demasiado desrespeito à saúde ou segurança de outros; se a vítima era pessoa financeiramente vulnerável; se a conduta foi reiterada ou um incidente isolado; se o dano foi resultado de uma conduta marcada por intenção, negligência ou imprudência, embora esta última averiguação possa ser prescindível, como visto anteriormente.

5.1 – COMPARAÇÃO PAUTADA EM ASPECTOS ECONÔMICOS DO DESESTÍMULO OFERECIDO PELOS *PUNITIVE DAMAGES*: A TEORIA DE POLINSKY E SHAVELL

Em capítulo anterior foram apresentados os fundamentos econômicos da função de desestímulo dos *punitive damages*, momento em que se buscou demonstrar que o peso de uma indenização maior do que a suficiente para reparar ou compensar o dano permite uma readequação de comportamento por parte do ofensor, o qual verifica que o incremento da qualidade dos serviços e produtos que oferece é menos oneroso do que o pagamento de condenações carregadas pelos *punitive damages*.

O esboço desses fundamentos econômicos oferecido no capítulo anterior retrata de maneira incipiente a teoria econômica do desestímulo dos *punitive damages*, de Polinsky e Shavell (*Op. Cit.*) - que será mais bem retratada adiante - a qual aponta que a incidência dos *punitive damages* será apropriada sempre que a chance de o ofensor ser responsabilizado for menor do que 100% (cem por cento) pela inércia das vítimas, pela dificuldade destas em provar o dano, o nexo causal ou a culpa (se for o caso) e/ou por qualquer outro empecilho que torne o transgressor beneficiário de sua própria torpeza.

Preliminarmente, deve ser explicada a ausência de menção às teorias de Richard Posner - esposada em “values and consequences: an introduction to economic analysis of law” (1998) - e de Robert Cooter - descrita em “economic analysis of punitive damages” (1982). O primeiro desfocaria o objeto da pesquisa por tratar de forma genérica de aspectos econômicos do direito, não necessariamente vinculados ao tema “punitive damages”; o segundo, apesar de se debruçar sobre questões econômicas dos *punitive damages*, propõe que o valor indenizatório seja fixado com base em gráficos complexos que envolvem o “custo social” (*social cost*), o “custo de precaução” (*cost of precaution*) e o “custo com danos” (*cost of the harm*), pecando no aspecto prático, em contraste com a teoria de Polinsky e Shavell (*Op. Cit.*), a partir da qual “os juízes e jurados, muitas vezes, são capazes de aplicar a fórmula sem dificuldade porque ela é trivialmente transparente” (Tradução Livre)¹¹⁶ (POLINSKY; SHAVELL, *Op. Cit.*, p. 7).

¹¹⁶ “First, judges and juries often will be able to apply the formula without difficulty because the formula transparently (if trivially).”

Fora isto, Robert Cooter (*Op. Cit.*, p. 98) parece ter acertado ao afirmar que o cálculo suficiente para os *punitive damages* alcançarem um nível ótimo de desestímulo, do ponto de vista econômico, nunca será exato, assim como ao explicar que os julgamentos da Suprema Corte Americana se preocuparam com a dissuasão, mas em nenhum momento especificaram o que se entende por dissuadir (COOTER, 1982, p 79). Esta última afirmação colabora para entender que o estudo do desestímulo em sua faceta econômica ainda é situado no patamar mais teórico do que prático.

Nessa esteira, a presente pesquisa não se imbuíu da tarefa hercúlea de testar o efeito dissuasivo da indenização punitiva aplicada pelos diversos tribunais em diferentes atividades e casos, em que pese ser viável análise de um único tribunal em face de uma atividade ao longo de certo período de tempo, embora não se acredite que este método seja apropriado para trazer respostas satisfatórias por “não existir qualquer conjunto de dados completos disponíveis para estudar estes efeitos, e os que existem são confidenciais e secretos” (Tradução Livre)¹¹⁷ (SHARKEY, 2012, p. 503).

A teoria econômica dos *punitive damages* de Polinsky e Shavell parte de um pressuposto: para atender o objetivo da dissuasão, os *punitive damages* só poderão ser aplicados se e somente se o ofensor tiver uma chance menor de 100% (cem por cento) de ser responsabilizado, momento em que o transgressor pode escapar da inteira responsabilização pelos danos causados, embora caiba uma exceção, que incide quando a conduta do réu for socialmente indesejável do ponto de vista do bem-estar, contudo, como se trata de uma exceção, será avaliada primeiramente a regra.

Para a hipótese de o réu ter uma chance menor do que 100% de vir a ser responsabilizado, os *punitive damages* cumpririam o seu papel de dissuasão, na medida em que compensariam a ausência de responsabilização por meio da elevação do valor indenizatório, fazendo com que o ofensor sofresse todas as consequências jurídicas decorrentes dos danos que perpetrrou:

Se o ofensor pagar menos do que os danos que causou (...) os níveis de precaução podem estar inadequados, os produtos com preços baixos e as atividades produtoras de riscos excessivas. (...) Em resumo, os *punitive damages* devem ser ordinariamente concedido se, e somente se, o

¹¹⁷ “(...) there is no comprehensive dataset available to study these effects. Many settlements are confidential and sealed.”

agressor tem uma chance de escapar da sua responsabilização em relação aos danos que provocou (Tradução Livre)¹¹⁸ (POLINSKY; SHAVELL, *Op. Cit.*, p. 2/3).

E, diante do escopo de equacionar o vazio de responsabilidade dado como prêmio ao réu, a teoria econômica de Polinsky e Shavell propõe um cálculo a ser feito pelo julgador ao fixar o patamar indenizatório dos *punitive damages*, cálculo este que possibilita um alto grau de confiabilidade, pois, mesmo sendo inviável a sua exatidão, se revela como uma teoria prática para o uso de juízes e tribunais diante das informações constantes nos autos. O cálculo consiste em uma regra de multiplicação tendo por base o valor da indenização compensatória:

Quando um agressor tem a chance de escapar da responsabilização, o nível adequado dos *punitive damages* impostos a ele é o dano causado multiplicado pelo inverso da probabilidade de ser considerado responsável. Assim, por exemplo, se o dano é de \$ 100,00 e há uma chance de 25 por cento de o agressor ser considerado responsável pelos danos para o qual ele é legalmente responsável, a indenização compensatória deve ser multiplicada por 1/25, ou 4. (...) Assim, em média, o agressor vai pagar pelos danos que ele provoca, e ocorrerá uma dissuasão apropriada (Tradução Livre)¹¹⁹ (POLINSKY; SHAVELL, *Op. Cit.*, p. 3).

Em que pese o espírito desta fórmula estar inserido no bojo de dissuadir o réu na reiteração do ato danoso, o impossibilitando de encontrar na indenização meramente compensatória/reparatória uma zona de conforto para a continuidade de seu ato repugnante, a referida regra também é fundamental para evitar excessos na fixação do montante indenizatório, e é por isso que “o nível dos *punitive damages* dado pela fórmula é ideal não só porque serve como remédio para pífias indenizações, mas também para evitar excessos” (Tradução Livre)¹²⁰ (POLINSKY; SHAVELL, *Op. Cit.*, p. 6).

Ao mencionar a importância de combater excessos, os referidos autores trazem um alerta contra arbitrariedades e ausência de fundamentação nas decisões

¹¹⁸ “If injurers pay less than for the harm they cause (...) precautions may be inadequate, product prices may be too low, and risk-producing activities may be excessive. (...) In summary, punitive damages ordinarily should be awarded if, and only if, an injurer has a chance of escaping liability for the harm he causes.”

¹¹⁹ “When an injurer has a chance of escaping liability, the proper level of total damages to impose on him, if he is found liable, is the harm caused multiplied by the reciprocal of the probability of being found liable. Thus, for example, if the harm is \$ 100,00 and there is a 25 percent chance that injurer will be found liable for the harm for which he is legally responsible, the harm should be multiplied by 1/25, or 4. (...) Thus, on average, the injurer will pay for the harm he causes, and appropriate deterrence will result.”

¹²⁰ “that level of damages given by the formula is optimal not only because this level remedies problems of underdeterrence, but also because it avoids problems of overdeterrence.”

dos Tribunais, em especial da Suprema Corte Americana, que, como visto em capítulo anterior, busca sedimentar uma relação razoável entre indenização compensatória e punitiva à luz da cláusula do devido processo legal, mas sem demonstrar sobre qual fundamento a proporção pode contribuir para prevenir novos danos e cumprir o papel de desestímulo dos *punitive damages*:

No entanto, as indenizações punitivas dos tribunais não refletem de nenhuma maneira clara a fórmula que atinge dissuasão ótima. Embora os tribunais considerem a magnitude do dano a na avaliação do nível adequado de indenização punitiva, eles não usam uma base a ser multiplicada apropriadamente. Em vez disso, os tribunais tratam a indenização de forma vaga, mediante a aplicação do princípio geral de que a indenização punitiva deve ter um 'relacionamento razoável' com a compensatória. Eles não explicam o que esta relação deve ser e, mesmo quando identificam, eles não fornecem uma base para escolher uma relação especial (Tradução Livre)¹²¹ (POLINSKY; SHAVELL, *Op. Cit.*, p. 8).

Para os referidos autores, a probabilidade reduzida de o ofensor ser responsabilizado é o elemento central da tarefa de dissuadir, devendo ser encarada como a base multiplicadora para um patamar ideal dos *punitive damages*. Sob este viés, apenas sob essa base econômica se poderá – por meio dos *punitive damages* - induzir o réu a internalizar custos e se preocupar em evitá-los.

Por causa do foco demasiado na probabilidade de o ofensor não ser responsabilizado, a teoria econômica em comento considera desnecessária a investigação do grau de censurabilidade do réu para o julgamento acerca da incidência ou não dos *punitive damages*, uma vez que aspectos subjetivos e objetivos da conduta do réu em nada contribuiriam para alcançar o desestímulo com base na respectiva fórmula. Portanto, a censurabilidade da conduta do ofensor não representa o ponto nodal para a dissuasão e sim a chance de o agressor sofrer uma responsabilização menor que 100%, embora os autores reconheçam que o grau de censurabilidade da conduta muitas vezes fornece informações úteis acerca da chance de o ofensor escapar da responsabilidade (POLINSKY; SHAVELL, *Op. Cit.*, p. 12/13).

¹²¹ “However, courts' determinations of punitive damages do not reflect in any clear manner the formula that achieves optimal deterrence. Although courts do consider the magnitude of harm in assessing the proper level of punitive damages, they do not use harm as the base to be multiplied by an appropriate damages multiplier. Rather, courts take harm into account in a vague way, through application of the general principle that punitive damages should bear a 'reasonable relationship' to compensatory damages. They do not explain what this relationship should be and, even when they identify a ratio of punitive damages to compensatory damages that they find excessive, they do not supply a basis for selecting the particular ratio identified.”

Deste modo, por diversas razões – como a apatia racional, a dificuldade de identificar o ato danoso e as insuficiências probatórias da vítima¹²² - pode a chance de o ofensor ser responsabilizado ser menor do que 100%, o que de fato o estimula a não empreender níveis adequados de segurança e qualidade no âmbito da precaução.

Porém, esta deficiência é atenuada a partir dos *punitive damages*, que possibilita a superação do valor do passivo econômico que o transgressor esperava a partir de uma regra simples: se a probabilidade de vir a ser responsabilizado é de 50%, os *punitive damages* devem ser representados pelo valor duplicado da indenização compensatória.

Uma exceção à exclusividade do raciocínio pautado na chance de ser responsabilizado é apresentada pela teoria de Polinsky e Shavell e se refere a situações em que os benefícios extraídos pelo ofensor são socialmente inaceitáveis e sem nenhum acréscimo para o bem estar social, momento em que os *punitive damages* podem desempenhar a tarefa de impor ao transgressor a necessidade de maior cuidado partir de custos adicionais à sua atividade, independentemente de existir chance menor que 100% de ser responsabilizado. Aqui novamente o grau de censurabilidade da conduta ganha importância, ao ser determinante na avaliação do nível de perda do ponto de vista do bem-estar social, como frisam os autores:

Em resumo, acreditamos que a censurabilidade da conduta do réu geralmente não deve ser levada em conta para efeitos de fixação de um nível ótimo de *punitive damages*. A exceção notável a essa conclusão ocorre quando o réu é um indivíduo cuja conduta foi motivada pela malícia e cujos ganhos, conseqüentemente, não estão incluídos no bem-estar social (Tradução Livre)¹²³ (POLINSKY; SHAVELL, *Op. Cit.*, p. 14).

Para esta hipótese a avaliação do grau de censurabilidade volta a ganhar relevo, pois quando danos são perpetrados sem trazer nenhum benefício para o bem-estar social, o ato deve ser completamente detido por representar apenas a

¹²² Comentando essa insuficiência de responsabilização mencionada na teoria de Polinsky e Shavell, Catherine M. Sharkey (*Op. Cit.*, p. 489) acentua que a “under-enforcement results from a variety of factors including underdetection of wrongful conduct, failure to sue, plaintiffs’ inability to prove negligence and causation, and error.” Tradução Livre: “a sub-responsabilização resulta de vários fatores, incluindo a detecção insuficiente da conduta ilícita, a incapacidade de processar, a incapacidade dos demandantes para provar negligência e nexo de causalidade, e ilícito.”

¹²³ “In summary, we believe that the reprehensibility of defendant's conduct generally should not be taken into account for the purpose of determining optimal damages for deterrence. The notable exception to this conclusion occurs when the defendant is an individual whose conduct was motivated by malice and whose gains consequently are not included in social welfare.”

produção de danos e a redução da qualidade de vida das pessoas, reconhecendo a possibilidade de o réu ser 100% responsabilizado e mesmo assim sofrer a imposição dos *punitive damages*:

(...) a indenização punitiva pode ser socialmente desejável, mesmo se não há nenhuma chance de o réu escapar de sua responsabilidade. (...) Assim, algumas conduta censuráveis - condutas maliciosas - poderiam dar origem a ganhos que não são contabilizados no bem-estar social, caso em que a indenização punitiva pode ser justificada, mesmo na ausência de uma chance de escapar da responsabilidade (Tradução Livre)¹²⁴ (POLINSKY; SHAVELL, *Op. Cit.*, p. 13).

Em resumo, sob a ótica da teoria econômica de Polinsky e Shavell, os *punitive damages* devem ser aplicados apenas para desestimular e eliminar atos danosos que provavelmente ficarão impunes - pois os ofensores não serão responsabilizados por todos os danos que causaram - e atos marcados por consequências negativas no bem-estar da social - que também devem ser desestimulados por representarem um efeito indesejado. Nesse modelo, cabe ao magistrado investigar as chances de o réu vir a ser responsabilizado pela inteireza de seu ato, assim como julgar se a conduta do mesmo é socialmente indesejável.

Tanto em uma como em outra hipótese, a justificativa econômica para os *punitive damages* presente na teoria de Polinsky e Shavell é adequada aos casos onde a conduta do réu não é marcada pela intenção, uma vez que a incidência dos *punitive damages* é atraída pelo escopo de eliminar uma conduta que não será responsabilizada e/ou que é socialmente indesejável e não contribui para o bem-estar social. Assim, interpretando a respectiva teoria, Catherine M. Sharkey (*Op. Cit.*, p. 490) acentua que a mesma “não está vinculada a uma violação intencional; aplica-se igualmente às violações que não são intencionais.”¹²⁵ (Tradução Livre)

Há dois aspectos que são relevantes para detectar a procedência do pedido de condenação em *punitive damages*, tendo como arrimo a teoria econômica de Polinsky e Shavell: a) a chance de o réu escapar da responsabilidade pelos danos causados; b) o grau de censurabilidade da conduta. Como este último fator está umbilicalmente relacionado ao direito probatório, será objeto de investigação

¹²⁴ “(...) *punitive damages* might be socially desirable even if there is no chance that injurer could have escaped liability. (...) Thus, some reprehensible conduct - malicious conduct - could give rise to gains that are not counted in social welfare, in which case *punitive damages* may be justified even in the absence of a chance of escaping liability.”

¹²⁵ “is not tethered to intentional wrongdoing; it applies equally to breaches that are unintentional.”

posterior; por ora, será avaliada a superioridade para aferir a chance de o réu ficar impune.

Na ação individual, embora seja possível a reunião de muitas pessoas em litisconsórcio, dificilmente será mais representativa em relação ao total das vítimas e extensão dos danos que uma ação coletiva. Aliás, um dos requisitos para o processamento desta é exatamente a inviabilidade de formação do litisconsórcio, indicando que o seu campo de abrangência, numericamente, é muito maior, e, por este motivo se constitui em um terreno mais fértil para a investigação sobre a chance de o ofensor não ser responsabilizado.

Reforça-se a melhor aplicação da fórmula de Polinsky e Shavell em sede de ação coletiva, ao frisar que apesar de os legitimados para o ajuizamento de uma ação coletiva para a tutela de direitos individuais de massa preitearem em nome próprio direito das vítimas (artigo 91 do CDC), após o ajuizamento da ação é publicado edital e divulgado de forma ampla em outros meios de comunicação o chamamento das vítimas para ingressarem no processo como litisconsortes. (artigo 94 do CDC).

Ao contrário, em uma ação individual, após o ajuizamento da demanda, é promovida apenas a citação do réu, sem a possibilidade de publicação de edital e/ou outras formas de comunicação de modo a favorecer a intervenção de outros interessados. No máximo, se tornam possíveis as hipóteses de intervenção de terceiro previstas entre os artigos 50 a 80 do CPC (denúncia da lide, chamamento ao processo, oposição, nomeação à autoria e assistência), contudo, tais institutos não equivalem nem representam à intervenção de uma parte interessada na satisfação de seu direito em comunhão com o de outros semelhantes.

Ao lado dessa superioridade patente no aspecto numérico, aumentando as chances de o Poder Judiciário estabelecer uma base aproximada da realidade sobre o nível de impunidade da conduta do réu, a ação coletiva é superior ainda por outros fatores, como a presença obrigatória do Ministério Público ao menos como fiscal da lei¹²⁶, quando não for parte no processo, o que indica uma maior adequação da ação

¹²⁶ Tanto o artigo 92 do CDC quanto o parágrafo 1º do artigo 5º da LACP determinam que o Ministério Público, se não ajuizar a ação, atuará sempre como fiscal da lei.

coletiva para avaliar a chance de o ofensor escapar de sua responsabilidade.

Isto porque qualquer pessoa pode provocar o Ministério Público enviando informações sobre fatos relevantes para o objeto da ação coletiva (artigo 6º da LACP), qualquer juiz ou tribunal tem o dever de encaminhar fatos relevantes para o objeto de eventual ação coletiva ao Ministério Público (artigo 7º da LACP), e, como se não bastasse, o próprio Ministério Público possui competência para instaurar inquérito civil no sentido de investigar a fundo a questão fática envolvida nas acusações. (parágrafo 1º do artigo 8º da LACP).

Em contra partida, nas ações individuais o Ministério Público pode intervir apenas em casos excepcionais e contidos em rol exaustivo no CPC:

Art. 82: Compete ao Ministério Público intervir:

I - nas causas em que há interesses de incapazes;

II - nas causas concernentes ao estado da pessoa, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência e disposições de última vontade;

III - nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural e nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte.

O maior número de partes no processo somado ao salto qualitativo de informações disponíveis faz com que a ação coletiva seja mais adequada (superior) do que a ação individual para cumprir o papel de desestímulo dos *punitive damages* em face de danos em massa.

Como exemplo, imagine-se uma companhia de telefonia A, que divulgou e vendeu um plano inexecutável de X minutos de ligações por R\$ 0,25 centavos ao mês. Ao ser demandada por apenas um consumidor em uma ação individual, o magistrado tem muitos elementos para supor que o réu terá uma alta margem de impunidade, principalmente pelo baixo valor do plano, e, conseqüentemente das indenizações, incorrendo na hipótese de apatia racional. Baseado nisto, o juiz poderia elevar significativamente o valor da indenização reparatória dos danos materiais e compensatória dos danos morais à título de indenização punitiva. Assim, em sendo R\$ 10,00 de danos materiais e R\$ 10.000,00 de indenização por danos morais, poder-se-ia elevar o valor de R\$ 10.010,00 em até 70%, alcançando o valor de R\$ 17.007,00 representando a indenização punitiva e R\$ 17.017,00 representando o total da verba indenizatória.

Em outro cenário, caso uma ação coletiva tivesse sido proposta, por exemplo, pelo Ministério Público, para o fim de tutelar coletivamente os direitos individuais de

massa do caso em comento, o nível de suposições seria reduzido, uma vez que diante do número de habilitações de interessados nos autos do processo em contraste com o número de contratos do plano realizados mostraria um panorama muito mais propício para a fixação da indenização punitiva. Caso a operadora tenha realizado 10.000,00 contratos do plano em um Estado da Federação, mas nos autos da ação coletiva, após ampla divulgação em diversos meios, apenas 100 pessoas se habilitaram, o magistrado teria condições de julgar com maior grau de precisão o montante da indenização punitiva, podendo considerar no exemplo que o réu teria 95% de chances de escapar da responsabilização pelos danos causados. Assim, fixando indenização de danos morais de R\$ 10.000,00 para cada vítima e R\$ 10,00 de danos materiais, multiplicado pelo fator acima, se teria R\$ 9.509,50 de indenização punitiva e como indenização total o valor de R\$ 19.519,50, que, multiplicado pelo número de vítimas habilitadas, alcançaria o valor de R\$ 1.951.950,00 de indenização total.

Nesta hipótese, além de a chance de ficar impune ter sido analisada de forma mais fidedigna, o valor indenizatório representou fator de desestímulo mais contundente do ponto de vista econômico, podendo em maior grau atingir o objetivo da dissuasão de danos em massa, conforme leciona Francis McGovern, ao explicar que este modelo de aplicação dos *punitive damages* é mais adequado para promover a prevenção de danos a partir da internalização de custos associados à conduta danosa:

Esses danos são projetados para garantir que o causador do dano internalize todos os custos associados ao seu comportamento lesivo, ao invés de apenas os custos associados a um número limitado de autores que apresentam uma demanda. (...) A única forma de a indenização alcançar um nível ótimo de investimento em segurança em relação ao réu ocorre quando todas as vítimas vão a júízo e são indenizadas (Tradução Livre)¹²⁷ (*Op. Cit.*, p. 451/454).

Portanto, a aplicação dos *punitive damages* fragmentada em ações individuais não só dificulta a averiguação sobre a chance de o réu escapar da responsabilização, como também a finalidade de servir como instrumento eficaz para o desestímulo de determinado ato ou padrão de conduta socialmente

¹²⁷ “These damages are designed to ensure that the tortfeasor internalizes all of the costs associated with its tortious conduct, rather than only the costs associated with the limited number of plaintiffs who file a lawsuit. (...) A single award of damages to achieve an optimal level of investment in safety for a defendant could be achieved if all plaintiffs in a mass tort brought suit and were compensated.”

indesejado.

Desta forma, quando se está diante de danos individuais de massa, produzidos em larga escala, a maneira mais adequada de obter um nível adequado de dissuasão e repreender o comportamento do réu de forma compatível com os danos perpetrados, é fazendo uso da ação coletiva, quando se torna possível punir de forma compatível uma conduta que foi praticada em grande escala, responsabilizando, punindo e coibindo o ofensor a praticar novamente a conduta ultrajante.

Chega-se ao ponto central da questão, representado pela consequência social das insuficiências das ações individuais para alcançar o desestímulo via *punitive damages* para danos em massa: sob a perspectiva da sociedade, enquanto apenas uma pequena porcentagem de vítimas ingressarem em juízo e não existir um regramento capaz de assegurar a superioridade da ação coletiva, haverá sempre responsabilização menor do que o mal representado pela conduta danosa.

5.2 – COMPARAÇÃO PAUTADA NO DIREITO À PROVA DOS FATOS QUE ATRAEM OS *PUNITIVE DAMAGES* E AFEREM O GRAU DE CENSURABILIDADE

A superioridade da ação coletiva ou da individual para aplicar os *punitive damages* em face de danos em massa também necessita de uma investigação pautada no direito à prova dos fatos que atraem o instituto e são relevantes para aferir o grau de censurabilidade da conduta, uma vez que “as matérias que envolvem o conhecimento dos fatos, salvo excepcionalmente (artigo 334/CPC), requerem provas” (CAMBI, 2000, p. 147), e, que “não haveria sentido em se procurar obter decisões justas se o mecanismo processual não estivesse voltado à correta reconstrução das questões de fato que integram o objeto do processo” (CAMBI, *Op. Cit.*, p. 147).

Como visto ao longo da pesquisa, a justificativa dos *punitive damages* pode estar calcada no grau da censurabilidade da conduta ou na chance menor de 100% de o réu ser responsabilizado. Na primeira hipótese, o instituto é relevante para reprimir uma conduta mais grave do que as outras que apenas preenchem os pressupostos da responsabilidade civil, enquanto que a segunda hipótese se insere na perspectiva econômica da teoria de Polinsky e Shavell, relevante para evitar que o ofensor não seja responsabilizado pela inteireza de seu ato.

Como visto em capítulo anterior, o cabimento centrado no grau de censurabilidade da conduta pode ser extraído da doutrina, do formulário entregue ao júri e dos precedentes da Suprema Corte Americana. Porém, cabe uma justificativa para a não utilização dos pressupostos subjetivos e objetivos desenvolvidos pela doutrina, nem tampouco do formulário entregue ao júri para fins de averiguação da superioridade quanto ao direito probatório, em relação ao qual serão trazidos os fatos descritos pelos precedentes *BMW of North America, Inc. v. Ira Gore* (1996) e *Farm State vs Campbell* (2003) como necessários para o cabimento dos *punitive damages* e julgamento do grau de censurabilidade da conduta.

À guisa de justificativa, em que pese a importância dos requisitos de ordem subjetiva e objetiva e do formulário entregue ao júri na formação da moldura que compõe o cabimento dos *punitive damages*, os fatos descritos nos precedentes alhures mencionados representam em maior ou menor grau o conteúdo dos pressupostos e formulário, uma vez que se referem a existência de dano, nexo causal, reiteração do ato danoso, negligência e gravidade do ato, ainda com um diferencial: são marcados por menor nível de abstração e generalidade, se referindo a fatos concretos que porventura estejam presentes no caso.

Assim, considerando que esses fatos representam bem os requisitos subjetivos e objetivos dos *punitive damages* e são encarados com alto grau de força vinculativa na experiência norte-americana, serão a base da análise da superioridade baseada no direito à prova no tocante à hipótese dos *punitive damages* calcada no grau de censurabilidade da conduta, embora se reconheça que para uma análise completa dos *punitive damages*, estes fatos sacramentados pela Suprema Corte Americana se somam aos requisitos subjetivos e objetivos descritos na doutrina e ao formulário entregue ao júri.

Portanto, a via superior – coletiva ou individual – sob o aspecto probatório - deve ser a que fornecer maiores elementos para elucidar as seguintes questões fáticas: se houve dano físico ou somente econômico; se o ato ilícito evidenciou indiferença ou demasiado desrespeito à saúde ou segurança dos outros; se a vítima era pessoa financeiramente vulnerável; se a conduta foi reiterada ou um incidente isolado; se o dano foi o resultado de uma conduta marcada por intenção, negligência ou imprudência.

A adequação, portanto, está umbilicalmente relacionada com a prova dos fatos que atraem a aplicação dos *punitive damages*, já que de nada adiantaria ter a

pretensão de coibir condutas ultrajantes sem que os elementos que a caracterizam não pudessem ser provados ou fossem arbitrariamente presumidos, em respeito ao contraditório como direito de influência.

O contraditório como direito de informação e reação para resguardar algum prejuízo é importantíssimo para combater graves injustiças, contudo, não eleva à máxima potência o princípio constitucional do contraditório, pois “o princípio tem outras aplicações que o afastam daquela noção tradicional, devendo ser encarado (...) como direito de influência e dever colaborativo” (CABRAL, 2009, p. 105/106).

Surge a concepção moderna de contraditório como o direito de as partes influenciarem a decisão judicial, independentemente de estarem na iminência de sofrerem prejuízos, uma vez que este direito passa a ser exercido no afã de buscar integrar a parte em um procedimento que a assegure efetiva participação.

O sentido da palavra influência nesse novo matiz conceitual do contraditório é bem definido por Antônio do Passo Cabral (*Op. Cit.*, p. 114):

Denomina-se influência qualquer condicionamento significativo à conduta dos demais sujeitos do processo, realizado a partir de posições críticas ou omissões conclusivas, transmitidas comunicativamente e que, caso não existissem, poderiam, mantidas as demais condições, motivar o sujeito condicionado a agir de modo diverso.

O juiz adota uma postura que se coaduna com o modelo cooperativo de organização social e com a lógica argumentativa de resolução de conflitos, pois não é apenas a sua conduta que sempre determinará o comportamento dos demais sujeitos, estando também aberto aos atos estimulantes das partes. Portanto, as partes passam a exercer atos de poder e influência dentro do processo.

Além do mais, até mesmo no momento da decisão o magistrado é diretamente influenciado pelo que foi dito, produzido, argumentado e praticado pelas partes, frutos do diálogo judicial em contraditório como direito de influência. Desse modo, o direito à prova “tem uma conotação democrática e é uma situação jurídica ativa, porque possibilita às partes a mais ampla possibilidade de participação processual” (CAMBI, *Op. Cit.*, p. 148).

Importante ressaltar que estes atos estimulantes dotados de poder e influência devem ser praticados também pelo juiz na condução do processo, ou seja, os atos praticados pelo juiz também devem influenciar diretamente a postura das partes posteriormente, pois todos os sujeitos do processo passam a ser

condicionados pelos atos dos demais, indistintamente. É uma via de mão dupla, onde impera a cooperação.

Nesse novo perfil do direito ao contraditório, surgem novos contornos do conteúdo jurídico desse princípio:

a) direito dos sujeitos processuais à participação no debate processual; b) o direito à instauração de um diálogo entre os sujeitos processuais; c) o direito ao estabelecimento de uma mecânica de colaboração entre os sujeitos processuais, a qual é estabelecida com vistas à construção do provimento jurisdicional; d) o direito dos sujeitos processuais a não serem surpreendidos quando da prolação da decisão judicial (REICHELDT, *Op. Cit.*, p. 101).

Deste modo, a parte que eventualmente sofrer imputação de responsabilidade civil com a conseqüente condenação para pagar os *punitive damages* não pode ser surpreendida pela consideração de fatos sobre os quais não teve oportunidade de se manifestar e provar o contrário, tendo em vista a conotação democrática do direito à prova enquanto situação jurídica ativa que permite a parte influenciar a decisão do juiz, cabendo ressaltar que para além desse interesse privado das partes, a prova é revestida do interesse público “na justa e correta aplicação do direito material, tornando, enfim, o processo um instrumento adequado e eficaz, voltado à legitimação social do exercício do poder jurisdicional.” (CAMBI, *Op. Cit.*, p. 148)

O vocábulo prova possui diferentes significados, em consonância com o contexto a ser manejado. Pode significar a demonstração de um fato, no sentido de “ofrecer elementos para decidir que una aserción relativa a un hecho es verdadera.” (TARUFFO, 2002, p. 441), de modo a justificar uma determinada afirmação sobre fatos. Outra conotação do vocábulo prova está no contexto dos meios de prova, quando representa o que serve ou pode servir para confirmar ou falsear uma afirmação relativa a um fato da causa, ou seja, prova no sentido de pessoas ou coisas “que pueda ser logicamente relevante para la determinación del hecho” (TARUFFO, *Op. Cit.*, p. 449).

Em outro sentido, prova “designa el resultado que deriva de la adquisición de los medios de prueba en el proceso y de su valoración por parte del juez” (TARUFFO, *Op. Cit.*, p. 449). Representa, assim, o próprio resultado da prova obtida pelos meios de prova, é o fato provado ou aceitável. Por fim, a prova pode indicar “la vinculación que se instaura entre medio de prueba y confirmación de la aserción

sobre el hecho” (TARUFFO, *Op. Cit.*, p. 450), principalmente a partir de um vínculo lógico, já que “se trata da cadena o serie de inferencia en función de las cuales el elemento de prueba pasa a ser la premissa (o la justificación) de la aceptabilidad de la aserción sobre el hecho” (TARUFFO, *Op. Cit.*, p. 450).

De forma mais genérica e ampla, preleciona Michelle Taruffo (*Op. Cit.*, p. 450):

(...) probar designa todas las actividades que realizan las partes y el juez para introducir en el proceso, con las modalidades y los controles que la ley establece y regula, los elementos de prueba destinados a constituir el fundamento de la decisión sobre el hecho.

Os diversos significados do vocábulo prova não se confundem com a noção de objeto da prova, o qual é composto por tudo aquilo que pode recair a prova, acrescendo que a necessidade de provar determinado fato advém dos efeitos jurídicos perquiridos pelas partes (DEVIS ECHANDIA, 1984, p. 73/74). Esse conceito de necessidade da prova é pertinente na temática dos *punitive damages*, já que os fatos que necessitam ser provados para possibilitar a fixação dos *punitive damages* são aqueles que caracterizam a conduta passível de punição. Ou seja, a questão controvertida em matéria de *punitive damages* deve recair sobre os respectivos fatos, que são pertinentes para a viabilidade do efeito jurídico consubstanciado na punição civil.

O objeto da prova, então, são as alegações das partes que possuem conexão com o direito alegado, podendo a prova incidir sobre quaisquer fatos pertinentes e relevantes à causa e à sentença, de modo que em se tratando dos *punitive damages*, os fatos relevantes para a elucidação da procedência do mesmo são àqueles sedimentados pela Suprema Corte Americana.

Esses fatos que possibilitam a punição civil se encaixam em diversas espécies de fatos descritas por Hernando Devis Echandia como passíveis de serem objeto de prova judicial:

a) todo lo que puede representar una conducta humana, los sucesos, acontecimientos, hechos o actos humanos, voluntarios o involuntarios, individuales o colectivos, que sean perceptibles. (...); b) (...); c) las cosas o los objetos materiales y cualquier aspecto de la realidad material sean o no productos del hombre, incluyendo documentos; d) los estados y hechos síquicos o internos del hombre, incluyendo el conocimiento de algo, cierta intención o voluntad y el consentimiento tácito (...) (*Op. Cit.*, p. 73/74).

Cabe ressaltar que o direito à prova, o direito de demonstrar os fatos que se

alega em juízo, possui estatura de direito fundamental, muito embora “nem a Constituição, nem a lei afirmam esse direito de modo amplo e direto.” (DINAMARCO, 2009, p 46) Isso porque a CF/1988 assegurou o acesso à ordem jurídica justa (artigo 5º, inciso XXXV) com observância estrita – em sede de processos judiciais e administrativos – do direito à ampla defesa e ao contraditório (artigo 5º, inciso LIV).

No plano internacional não é diferente, já que o direito à prova foi consagrado na Convenção Americana de Direitos Humanos (artigo 8º, parágrafo 2º, letra f) e no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (artigo 14.1) “ambos ratificados pelo Brasil e incorporados ao elenco dos direitos fundamentais, pela regra contida no art. 5º, parágrafo 2º, da CF” (CAMBI, *Op. Cit.*, p. 150).

Este caráter de direito fundamental da prova é reforçado pela infiltração do princípio democrático no processo, que determina que o contraditório gera um direito de influenciar a decisão judicial, favorecendo o espectro da cidadania dos litigantes que serão atingidos pela prestação jurisdicional. Surge, assim, “o *status ativus processualis*, que consubstancia o direito fundamental de participação ativa nos procedimentos estatais decisórios” (CABRAL, *Op. Cit.*, p. 109).

A superioridade, por intermédio da adequação, pode ser analisada sob a ótica de importantes aspectos da prova, de modo a caracterizar um procedimento como o mais adequado por ter maiores condições de pôr em discussão os fatos que atraem a aplicação dos *punitive damages*.

A demonstração desses fatos fortalece uma aplicação justa e eficaz da indenização punitiva, na medida em que o valor indenizatório corresponderá à gravidade do dano perpetrado, e, por consequência, estará legitimado no direito fundamental à prova, calcado nos direitos fundamentais à ampla defesa, contraditório e acesso à ordem jurídica justa.

Desta feita, quanto mais elementos de prova convergentes às hipóteses de fato que atraem os *punitive damages* existirem em uma demanda, maiores as chances de estes fatos serem provados de forma adequada.

Na discussão de fato sobre 1) se houve dano físico ou somente econômico, 2) se o ato ilícito evidenciou indiferença ou demasiado desrespeito à saúde ou segurança dos outros, 3) se a vítima era pessoa financeiramente vulnerável e 4) se a conduta foi reiterada ou um incidente isolado, coloca-se a questão numérica em evidência, pois quanto mais relações jurídicas e vítimas se apresentarem em juízo apresentando danos, maiores as chances de as hipóteses de fato se confirmarem,

tendo em vista que mais elementos passíveis de convergência virão à tona.

Há, nessa toada, uma superioridade da ação coletiva sob o esteio numérico, pois, como já explicado, há publicação de edital para chamamento de outras vítimas e presença obrigatória do Ministério Público ao menos como fiscal da lei, o qual possui competência para instaurar inquérito civil e colher informações relevantes de qualquer cidadão ou juiz, em contraste com as ações individuais.

Como exemplo, imagine-se um plano de saúde que tem adotado como prática abusiva e ilegal a ausência de notificação do dependente que atinge 24 (vinte e quatro) anos para migrar para um plano individual, fazendo com que centenas de pessoas sejam surpreendidas com negativas de cirurgias sob esta escusa. Caso os *punitive damages* sejam apreciados em sede de uma ação individual, pode ser que no caso em relevo não tenha existido danos físicos e/ou demasiado respeito a saúde, transparecendo que a conduta do plano de saúde foi marcada por um ato pouco censurável e que a ausência de notificação se deu por um descuido isolado e não faz parte da política da sociedade.

Por outro lado, caso a demanda seja julgada em sede de ação coletiva, os elementos de prova poderão convergir e apontar para a existência de inúmeras vítimas vulneráveis e suportando danos físicos, além de retratar uma conduta arquitetada previamente para auferir ganhos, tais como a econômica com a entrega das notificações e com as cirurgias que não poderiam ser feitas pela falta de regularidade do consumidor, gerando considerável lucro ao plano de saúde. Ou seja, o mesmo ato danoso pode ser retratado como pouco ou altamente censurável a depender da existência de elementos de prova convergentes à confirmação de hipóteses de fato.

Nesse sentido, em sede de ação coletiva, o magistrado poderá ter acesso a um maior número de elementos, na medida em que danos em massa são externados ao lado de uma grande quantidade de informações, as quais são imprescindíveis para uma fundamentação adequada sobre os fatos que atraem a aplicação dos *punitive damages*.

Outro fato relevante (se o dano foi o resultado de uma conduta marcada por intenção, negligência ou imprudência) também demonstra a superioridade da ação coletiva. Mesmo se reconhecendo que em uma ação individual pautada em apenas um dano ou em uma amostragem reduzida da real extensão dos danos perpetrados pelo ofensor seja propícia para a análise da culpa e demais elementos subjetivos,

sabe-se que um grande vazão subsistirá em matéria de *punitive damages* para danos em massa, uma vez que a hipótese tratada anteriormente de objetivação da responsabilidade restaria prejudicada.

Isto por que a pesquisa traçou a importância de flexibilização dos elementos subjetivos dos *punitive damages*, tais como a intenção, negligência e imprudência. Esta flexibilização se torna possível para fins de aplicação dos *punitive damages* em face da constatação de que os danos externados por si representam a gravidade da conduta e a falta de cuidado do ofensor, sendo possível a incidência dos *punitive damages* sob o fundamento da desnecessidade de aferir a culpa ou da culpa em um conceito desvinculado de aspectos psicológicos e morais. Este importante avanço no campo da expansão dos danos indenizáveis fica à margem em sede de ação individual.

Por fim, o direito de provar os fatos que se alega em juízo (direito fundamental à prova) no que tange os *punitive damages* estará melhor prestigiado em sede de ação coletiva, a qual se torna uma via superior para o manejo deste instituto em face de danos em massa, seja pela maior adequação em relação ao desestímulo de um ponto de vista econômico, seja a partir de sua legitimidade repousada no direito à prova dos fatos relevantes para caracterizar a incidência dos *punitive damages* e avaliar o grau de censurabilidade da conduta.

Ao expor o desfecho do caso *State Farm v. Campbell*, julgado pela Suprema Corte Americana, Linda Mullenix (*Op. Cit.*, p. 878) acentua que o dano é um fator-chave para aferir o grau de censurabilidade e decidir sobre a incidência dos *punitive damages*, acrescentando que na hipótese de danos em massa, estes devem ser arrolados em uma única ação para fins de avaliação dos *punitive damages* à luz do direito, concluindo enfaticamente que a ação de classe, então, é o veículo ideal para a avaliação processual da indenização punitiva: “assim, as ações coletivas atingem o objetivo de coibir e punir melhor do que o que poderia ocorrer em casos diversos ou esporádicos de autores individuais” (Tradução Livre)¹²⁸ (*Op. Cit.*, p. 884).

A maior adequação da ação coletiva na interface com o direito probatório é bem representada na ideia de que uma análise do todo tem mais qualidade do que a que tem por objeto partes isoladas, pois esta visão não externa completamente os

¹²⁸ “Thus, mass actions more nearly achieve the goal of deterrence and punishment than could scattered or sporadic single-plaintiff trials.”

contornos da conduta que merece reprimenda, como explica Sérgio Cruz Arenhart:

(...) uma prova realizada sobre a questão como um todo poderá mostrar ao juiz a verdadeira extensão do problema e, assim, a melhor forma de tratar a situação sob exame. Vista isoladamente, a prova desse dano pode não dar a dimensão real do problema, que pode ser adquirida na observação da questão como um todo (ARENHART, *Op. Cit.*, p. 156).

Estas constatações doutrinárias fortalecem a conclusão da pesquisa acerca da maior adequação da ação coletiva para o julgamento da indenização punitiva em face de danos em massa, e, uma vez reconhecida esta superioridade, abre-se um profícuo horizonte aos agentes e pesquisadores do direito, em relação ao modo pelo qual essa constatação deve ser aplicada e interpretada em termos práticos pelos juízes, tribunais, advogados, defensores e membros do Ministério Público. À guisa de embrião da discussão, na conclusão da presente pesquisa é esboçado terreno onde é possível pôr funcionamento um sistema de aplicação dos *punitive damages* onde prevaleça a ação coletiva para danos em massa.

6 CONCLUSÃO

A conclusão mais sólida que se pode extrair do trabalho é que a ação coletiva se revela como um caminho superior e mais adequado para o processamento e julgamento da indenização punitiva tendo por objeto a ocorrência de danos em massa, embora essa assertiva não possa ser concebida de forma absoluta, uma vez que o direito à prova e a análise econômica são apenas dois fatores dentro outros relevantes para o método comparativo.

Conclui-se que o resultado da pesquisa está em consonância com uma das maiores tendências do direito civil, que é a responsabilidade objetiva, calcada na teoria do risco e esculpida em formato de cláusula geral no parágrafo único do artigo 927 do CC/2002, uma vez que por meio das ações coletivas os danos perpetrados podem se apresentar em dimensão e gravidade que por si só sejam suficientes para a incidência da indenização punitiva. Assim, a conclusão do trabalho aponta para opção mais adequada quanto ao direito à prova e desestímulo, mas também no que tange a facilitação a reparação civil em favor da vítima pela desnecessidade de demonstração da culpa, ao menos em seu caráter psicológico, subjetivo e moral.

Outro ponto que merece destaque é o caráter dualista do campo de incidência da indenização punitiva, pois a teoria de Polinsky e Shavell, utilizada como base da pesquisa, abre um leque composto de duas permissões: a hipótese de o ofensor ter uma chance menor que 100% de ser responsabilizado e o cabimento quando a conduta danosa gerar diminuição do bem-estar social. Ambas podem ser interpretadas de forma isolada ou complementar, cabendo apenas um parêntese para frisar que o grau de censurabilidade da conduta desenvolvido pelos precedentes da Suprema Corte Americana se torna útil e complementar para a segunda hipótese de incidência, pois uma vez reconhecido o alto grau de censurabilidade da conduta, é consequência lógica que o comportamento em nada contribui para o bem estar-social, o que denota o caráter complementar das duas bases de aplicação da teoria econômica com os precedentes da Suprema Corte Americana,

De um lado, o direito à prova se destaca como um importante elemento de comparação em razão de que o prestígio a ele contribui para a efetividade de direitos fundamentais (ampla defesa, contraditório e acesso à ordem jurídica justa) durante o processo que descamba na indenização punitiva. Ao lado disso, o direito à

prova dota de racionalidade a decisão judicial na medida em que permite o cuidado devido com requisitos subjetivos e objetivos que rodeiam o instituto, representados pelos fatores relacionados ao grau de censurabilidade.

De outro lado, o estudo da teoria econômica dos *punitive damages* - calcada no intento de desestimular condutas que não contribuem para o bem-estar da sociedade e/ou possuem chance de não serem responsabilizadas na inteireza pelos danos causados - permite a maximização do elemento central contido no espírito da indenização punitiva: a prevenção de danos, objetivo este que caso não estivesse em pauta nem haveria que se falar em indenização punitiva.

Destarte, uma vez que a ação coletiva se apresentou como superior diante dos dois elementos analisados surge a preocupação de como lidar com essa maior adequação, momento em que se abandona o grau de relativização do resultado da comparação para se preocupar com um vasto campo de reflexão que se abre a partir do pressuposto de que as ações coletivas são superiores para tal desiderato.

Um caminho viável surge no sentido de considerar a tutela coletiva prejudicial em relação à individual, contribuindo para a máxima efetividade da tutela coletiva, mas apenas no tocante a indenização punitiva, de modo a deixar as vítimas livres para buscar a indenização compensatória ou reparatória por meio de ação individual ou coletiva. Em outras palavras, como a ação coletiva é superior para o trato da indenização punitiva em face de danos em massa, enquanto estivesse em curso uma ação coletiva, os juízes/tribunais que vierem a julgar ações individuais de danos similares aos discutidos na ação coletiva ficariam impossibilitados de majorar o *quantum* indenizatório a título de indenização punitiva.

A medida ventilada acima está em consonância com o corpo normativo de ações coletivas do direito brasileiro, porque o artigo 81 do CDC reconhece a possibilidade de coexistência de ações individuais relacionadas a uma ação coletiva, ou seja, faz com que a ação coletiva não impeça o ajuizamento de uma ação individual versando sobre o mesmo objeto. A única diferença na proposta apresentada seria a relativização dessa liberdade integral de adesão ou não ao processo coletivo, tendo em vista que apesar de preservada essa liberdade, o autor de uma ação individual não poderia auferir as benesses de receber valores de indenização punitiva uma vez tendo sido reconhecido em ação coletiva que se trata de danos em massa.

Os contornos mais definitivos desse novo horizonte mereceriam reflexões novas nesse campo de estudo, mas não se diferenciariam substancialmente de algumas práticas existentes no direito brasileiro, como o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual “ajuizada ação coletiva atinente a macrolide geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva”¹²⁹. É possível inclusive vislumbrar o extremo, no sentido de que a ação coletiva suspenda as causas individuais em seu todo, ou seja, em relação ao dano compensatório e o reparatório¹³⁰, contudo, a defesa desse mecanismo não constitui objeto da pesquisa.

Por fim, nada obsta que a ação coletiva fique adstrita à indenização punitiva (questão considerada própria para a sede coletiva em se tratando de danos em massa) e deixe as questões individuais para a fase de liquidação de sentença ou até mesmo para serem discutidas em demandas individuais, pois “se há entre as várias pretensões individuais questões comuns e questões individuais, é possível que a decisão final se limite a examinar apenas aquelas.” (ARENHART, *Op. Cit.* p. 156/157)

¹²⁹ REsp 1.110.549/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, Segunda Sessão, julgado em 28/10/2009, DJe 14/12/2009.

¹³⁰ Nesse sentido, Sérgio Cruz Arenhart (2013, p. 52).

REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Gustavo de. **Dano moral e indenização punitiva: os punitive damages na experiência do Common Law e na perspectiva do direito brasileiro**. 2^o ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

APPEL, Peter. A. **Appel, intervention in public law litigation: the environmental paradigm**, vol. 78. Washington: Washington University Law Review., 2000. Disponível em: <http://digitalcommons.law.wustl.edu/lawreview/vol78/iss1/4>

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 11^a ed. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.

_____, Hannah. **As Origens do Totalitarismo**. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ASSIS NETO, S. J. de. **Dano moral: aspectos jurídicos**. Araras: Bestbook, 1998.

BANKOWSKI, Zenon; et al. **Rationales for precedente**. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (Eds.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate, 1997.

BANSAL, Sachin. **Philip Morris USA v. Williams: a confusing distinction**. Duke journal of constitutional law and public policy sidebar. Vol. 3, 2007.

BARRETTO, Vicente de Paulo. **O 'admirável mundo novo' e a teoria da responsabilidade**. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (coords). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BASSAN, Marcela Alcazas. **As funções da indenização por danos morais e a prevenção de danos futuros**. 2009. 136 f. Tese (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo. 2009.

BATTESINI, Eugênio. **Direito, economia e responsabilidade objetiva no Brasil**. RIDB, ano 1, n. 1, 2012.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 3^o ed. rev. atual e ampl. São Paulo: RT, 1999.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27^a ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BRIEF OF AMICUS CURIAE CENTER FOR A JUST SOCIETY. **Office of the clerk Supreme Court U.S. Philip Morris USA v Mayola Williams**. 2006. Disponível em: http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Brief_of_Amicus_Center_for_a_Just_Society.pdf

BURROWS, Vanessa K. **Constitutional limits on punitive damages awards: an analysis of the Supreme Court case Philip Morris USA v. Williams**. Legislative Attorney. American Law Division. Oder Code 33.773, july-2007.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012.

CABRAL, Antônio do Passo. **Nulidades no Processo Moderno**. São Paulo: Forense, 2009.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos Fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2^o ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____, Eduardo. **O direito à prova no processo civil**. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, v. 24, 2000. p. 143/159

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5^o ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARPENA, Heloisa. **Dano moral coletivo nas relações de consumo**. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (coords). O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre derecho y lenguaje.** 4 ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil.** 10^o ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CHINELLATO, Silmara Juny. **Da responsabilidade civil no Código de 2002 – aspectos fundamentais. Tendências do Direito contemporâneo.** In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (coords). O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

COOTER, Robert D. **Punitive damages, social norms, and economic analysis.** Law and Contemporary problems. Vol. 60, n. 3. p. 73/91. 1997.

_____, Robert D. **Economic analysis of punitive damages.** Berkeley Law Scholarship Repository. p. 79/101. Jan/1982.

COSTA, Susana Henriques da. **A representatividade adequada e litisconsórcio: o projeto de lei n. 5.139/2009.** In: GOZZOLI, Maria Clara et al. (Coord.). Em defesa de um novo sistema de Processos Coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 619-628.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos de personalidade.** São Paulo: Romana Jurídica, 2006.

DAINOW, Joseph. **The civil law and common law: some points of comparison.** The American Journal of Comparative Law, vol 15, n. 3 (1966), p. 419/435. Disponível em: http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/wks_MA_22856.pdf

DEVIS ECHANDIA, Hernando. **Compendio de pruebas judiciales.** Tomo I. Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni, 1984.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil.** 11^o ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DÍAZ CÁCEDA, Joel. **La responsabilidad internacional de los Estados: base para la defensa de los Derechos Humanos.** Derecho PUC, Peru, n. 61, p. 219-271, 2008.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil. Vol. IV. Processo Coletivo.** 3^o ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2008.

_____, Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo.** São Paulo: Saraiva, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil.** Vol. II. 6^a ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil.** Vol. III. 6^a ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DODGE, William S. **The case for punitive damages in contracts.** Duke Law Journal. Vol. 48, n. 4, fev. 1999.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo, Martins Fontes, 2003.

_____, Ronald. **Uma questão de princípio.** Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ENGISHC, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico.** Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

FERNANDEZ SEGADO, Francisco. **La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeu-kelseniano.** México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

FISCHER, Hans Albrecht. **Reparação dos danos no direito civil.** Trad. Arruda Férrer Correia. São Paulo: Saraiva, 1938.

FONTANA, Barbra. **Damage Awards for Human Rights Violations in the European and Inter-American Courts of Human Rights,** 31, Santa Clara L. Rev. 1127 (1991)

GARCIA, José Augusto. **O princípio da dimensão coletiva nas relações de consumo: reflexões no “processo do consumidor”, especialmente quanto aos**

danos morais e às conciliações. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, n. 28, p. 68-110, out./dez. 1998.

GASH, Jim. **Solving the multiple punishments problem: a call for a national punitive damages registry.** Northwestern University Law Review, 2005, vol. 99, n. 4, p. 1613-1686.

GERMANO, Geandrei Stefanelli. **Punitive Damages nas relações de consumo.** 2011. 167 f. Tese (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo. 2011.

GIDI, Antonio. **Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos individuales en Brasil: un modelo para países de derecho civil.** Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Doctrina Jurídica, n. 151, 2004.

_____, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil.** 11^o ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini... (et al.) **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto.** 8^o ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

HASTIE, Reid; SCHKADE, David A; PAYNE, John W. **Judging corporate recklessness.** In: SUNSTEIN, Cass R.; HASTIE, Reid; PAYNE, John W.; SCHKADE, David A.; VISCUSI, W. Rip. Punitive Damages: how juries decide. Chicago: The University of Chicago Press, 2003.

HERSCH, Joni; VISCUSI, W. Kip. **Punitive damages by numbers: Exxon shipping co. v. Baker.** Supreme Court Economic Review, 2010, 18: 259-280.

HIRONAKA, Giselda. **Responsabilidade pressuposta: evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade.** In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (coords). O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

JAYNE, Andrew C. **The impact of recent U.S. Supreme Court punitive damages jurisprudence on Oklahoma's punitive damages statute and jury instructions.** University of Oklahoma. Oklahoma Law Review, 2001-2002, v. 57:873, p. 873-898.

JUNIOR, Hermes Zaneti. **Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro.** São Paulo: Lumem Juris, 1997.

KAUFMAN, Elizabeth. **Punitive damages: a review, evaluation and critique of current practices and proposals for reform.** December 16, 2003.

KIONKA, Edward, **Torts in a Nutshell.** USA: Thomson-West, 2005.

KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa. **Punitive damages: common law and civil law perspectives.** Vol. 25. Vienna: Springer, 2009.

KRAUSS, Michael I. **Punitive damages and the Supreme Court: a tragedy in five acts.** Federalist Society. August-2007, p. 315-334.

LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. **Responsabilidade civil: inovações normativas, desafios e perspectivas.** In: LEAL, Pastora do Socorro Teixeira (coord). Direito Civil-Constitucional e outros estudos em homenagem ao Prof. Zeno Veloso. Método: São Paulo, 2014.

LEGGET, Christopher. **The ford pinto case: the valuation of life as it applies to the negligence-efficiency argument.** Law e Valuation. Spring, 1999. Disponível em: <http://users.wfu.edu/palmitar/Law&Valuation/Papers/1999/Leggett-pinto.html>, acesso em 04/03/2014.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. **Further general reflections and conclusions.** In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (Eds.). Interpreting precedents: a comparative study. Aldershot: Ashgate, 1997.

MARQUES, Marcelino Pereira. **Dano moral coletivo.** Revista Virtual da Faculdade de Direito Milton Campos. Nova Lima, v.7. 2009.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. **Usos e abusos da**

função punitiva: punitive damages e o direito brasileiro. R. CEJ, Brasília, n. 28, p. 15-32, jan./mar. 2005.

MENYHARD, Attila. **Punitive damages in Hungary.** In: KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa. Punitive damages: common law and civil law perspectives. Vol. 25. Vienna: Springer, 2009.

MCGOVERN, Francis. **Toward an understanding of the mass tort litigation environment.** NFJE Eighth Annual Judicial Symposium, July 2012, p. 127-141.

_____, Francis. **Punitive damages and class actions.** Louisiana Law Review, 2010, vol. 70, p. 435-462.

_____, Francis. **An analysis of mass torts for judges.** Texas Law Review, 1995, vol. 73, p. 1821-1845.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____, Aluísio Gonçalves de Castro; DA SILVA, Larissa Clare Pochmann. **A legitimidade ativa do indivíduo nas ações coletivas.** Revista de Processo, vol. 220/2013, p. 1.243/1.254.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado, Tomo XXII, 2ª ed.** Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1958.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil: Pressupostos sociais, lógicos e éticos.** In: Luiz Guilherme Marinoni e José Roberto dos Santos Bedaque (Coordenadores). Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. **Artigo 944 do Código Civil: o problema da mitigação do princípio da reparação integral.** In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (coords). O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: Uma Leitura Civil - Constitucional dos Danos Morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MULLENIX, Linda. **Nine lives: punitive damages class**. Kansas Law Review, 2010, vol. 58, p. 845-887.

_____, Linda. **Resolving aggregate mass tort litigation: the new private law dispute resolution paradigm**. Valparaiso University Law Review, 1999, vol. 33, n. 2, p. 413-442.

NEGREIROS, Tereza. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. 2^o ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PERLINGIERE, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____, Pietro. **Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional**. 3^o ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

PICÓ I JUNOY, Joan. **El derecho a la prueba en el proceso civil**. Barcelona: J. Ma. Bosh, 1996.

PINHEIRO NETO, Pedro; BONNA, Alexandre. **Repercussão geral e orientação prospectiva nos julgamentos do STF**. Revista de Processo, vol. 237/2014, n. 197.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos**. SUR Revista Internacional de Direitos Humanos, São Paulo, n. 1, p. 21-43, 2004.

POLINSKY, Mitchell; SHAVELL, Steven. **Punitive damages: an economic analysis**. In: Litigation services handbook: the role of the financial expert. WEIL, Roman L.; WAGNER, Michael J.; FRANK, Peter B. 3^a ed. New York: John Wiley e Sons, 2001.

POSNER, Richard A. **Values and consequences: an introduction to economic analysis of law**. University of Chicago Law School, Program in Law and Economics Working Paper 53. 1998.

PRIEST, George L. **The problem and efforts to understand it**. In: SUNSTEIN, Cass R.; HASTIE, Reid; PAYNE, John W.; SCHKADE, David A.; VISCUSI, W. Rip.

Punitive Damages: how juries decide. Chicago: The University of Chicago Press, 2003.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010.

RAMOS, André de Carvalho. **A ação civil pública e o dano moral coletivo**. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 25, p. 82, jan./mar. 1998.

REICHEL, Luís Alberto. **A prova no direito processual civil**. São Paulo: Livraria do advogado, 2009.

RODDY, Nadine E. **Punitive damages in strict products liability litigation**, 23 Wm. & Mary L. Rev. 333 (1981), disponível: <http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol23/iss2/6>, acesso em 07/03/2014.

ROMERO, Leo M. **Punitive damages, criminal punishment, and proportionality: the importance of legislative limits**. Connecticut Law Review, vol. 41, november, 2008, number 1.

RUSTAD, Michael; KOENIG, Thomas. **The historical continuity of punitive damages awards: reforming the tort reformers**. The American university law review, vol. 42, 1993, p. 1.269-1.333.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade civil no Código do Consumidor e a defesa do fornecedor**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SANTINI, José Raffaelli. **Dano Moral**. Campinas: Millennium, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

SEBOK, Anthony J. **Punitive damages: from myth to theory**. Iowa Law Review, Vol. 92, 2007.

SELTZER, Richard A. **Punitive damages in mass tort litigation: addressing the problems of fairness, efficiency, and control**. Fordham Law Review, 1983, vol. 52, issue 1, p. 37-92.

SERPA, Pedro Ricardo e. **Indenização punitiva**. 2011. 386 f. Tese (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo. 2011.

SHARKEY, Catherine M. **The future of classwide punitive damages**. New York University School of Law. p. 1127/1150. Nov. 2013.

_____, Catherine M. **Economic analysis of punitive damages: theory, empirics, and doctrine**. New York University Law and Economics Working Papers. P. 485/510. Vol. 289. Jan. 2012.

SILVA, Caio Mário Pereira. **Responsabilidade civil**. 3^o ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

SUNSTEIN, Cass R.; HASTIE, Reid; PAYNE, John W.; SCHKADE, David A.; VISCUSI, W. Rip. **Punitive Damages: how juries decide**. Chicago: The University of Chicago Press, 2003.

_____, Cass R; KAHNEMAN, Daniel; SCHKADE, David. **Assessing punitive damages**. Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper, N. 50, 1997.

TARUFFO, Michele. **Institucional factors influencing precedents**. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (Eds.). Interpreting precedents: a comparative study. Aldershot: Ashgate, 1997.

_____, Michele. **La prueba de los hechos**. Trad. Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

TEREZO, Cristina Figueiredo. **A atuação do Sistema Interamericano de Proteção**

dos Direitos Humanos na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belém, 2011.

The Robbins Collection School of Law. **The civil law and common law traditions.** University of Califórnia at Berkeley. 2010. Disponível em:
<https://www.law.berkeley.edu/library/robbins/pdf/CommonLawCivilLawTraditions.pdf>

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A Democracia na América: leis e costumes.** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

UBILLOS, Juan María Bilbao. **La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del tribunal constitucional.** Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

VAZ, Caroline. **Funções da responsabilidade civil - da reparação à punição e dissuasão: os punitive damages no direito comparado e brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.

VIDMAR, Neil. **Experimental simulations and tort reform: avoidance, error and overreaching in Sunstein et al.'s punitive damages (2002).** This article is part of the 2004 Randolph W. Thorer Symposium: the future of tort reform: reforming the remedy, re-balancing the scales, Emory School of Law, February 19, 2004.

Policy Study No. 213
September 1996

VILLARREAL, Luis Ernesto Aguirre. **Integration of punitive damages into countries with a civil law system: Mexico's case.** Tulane University (dissertação de doutorado), 2009.

VISSCHER, Louis T. **Economic analysis of punitive damages.** In: KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa. Punitive damages: common law and civil law perspectives. Vol. 25. Vienna: Springer, 2009. p. 219/236.

VOLOKH, Alexander. **Punitive damages and environmental law: rethinking the issues.** Policy Study, n. 213, 1996.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Direitos coletivos lato sensu: a definição conceitual dos direitos difusos, dos direitos coletivos stricto sensu e dos direitos individuais homogêneos.** Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo14.htm>. Acesso em 14 fev.

2014.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos**. Revista de processo, v.20, nº 78, p. 32-49, abr./jun. De 1995.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Precedentes e evolução do direito**. In: Teresa Arruda Alvim Wambier. (Org.). Direito Jurisprudencial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

WATANABE, Kazuo. **Novas tendências em matéria de legitimação e coisa julgada nas ações coletivas**. In: Ada Pelegrini Grinover; Kazuo Watanabe; Linda Mullenix (Orgs.). Os processos coletivos nos países de civil law e common law, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

WILLGING, Thomas E. **Beyond maturity: mass tort case management in the manual for complex litigation**. University of Pennsylvania Law Review, 2000, vol. 148, p. 2225-2261.

ZENUN, Augusto. **Dano moral e a sua reparação**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense: 1996.

ANEXO A – ACÓRDÃOS E VOTOS DO STJ

- Recurso Especial n. 866.636/SP;
- Recurso Especial n. 971.844 /RS;
- Recurso Especial n. 1.057.274/RS;
- Recurso Especial n. 1.22.1.756/RJ;
- Recurso Especial n. 404.656/RS;
- Recurso Especial n. 59.164/MG;
- Recurso Especial n. 910.192/MG;
- Recurso Especial n. 369.822/PR;
- Recurso Especial n. 1.100.463/SC;
- Recurso Especial n. 910.794/RJ;
- Recurso Especial n. 1110549/RS;
- Agravo Regimental no Recurso Especial n. 850273/BA;
- Recurso Especial n. 401358/PB;
- Recurso Especial n. 210101/PR;
- Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1373969/RS;
- Recurso Especial n. 1171826/RS;
- Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1378431/SP;
- Recurso Especial n. 467.193/RJ;
- Recurso Especial n. 1.342.899/RS;
- Agravo Regimental no Recurso Especial n. 471.476/PE.

ANEXO B – ACÓRDÃOS E VOTOS DO STF

- Recurso Extraordinário n. 163.231/SP

ANEXO C – ACÓRDÃOS E VOTOS DO TST

- Recurso de Revista n. 962-93-2010.5.15.0110;
- Recurso de Revista n. 106900-47.2013.5.13.0007;
- Recurso de Revista n. 25700-15.2013.5.130008.

ANEXO D – ACÓRDÃOS E VOTOS DO TRT/8

Recurso Ordinário n. 0002713-60.2012.5.08.0201;

Recurso Ordinário n. 0002629-44.2012.5.08.0206;

Recurso Ordinário n. 0001302-12.2013.5.08.0115.

ANEXO E – ACÓRDÃOS E VOTOS DO TJ/SP

- Apelação n. 1017109-50.2013.8.26.0100;
- Apelação n. 0012591-68.2012.8.26.003;
- Apelação n. 4001881-47.2013.8.26.0564.