

PUNITIVE DAMAGES: CONSIDERAÇÕES SOBRE SUA RELAÇÃO COM O PROCESSO COLETIVO BRASILEIRO.

PUNITIVE DAMAGES: CONSIDERATIONS ON ITS RELATION WITH BRAZILIAN CLASS ACTION.

Sérgio Bocayuva Tavares de Oliveira Dias*

RESUMO: Considerando a autonomia e os propósitos de retribuição e desestímulo, este trabalho questiona a posição majoritária da prática judicial brasileira que combina a função punitiva da responsabilidade civil com compensações individuais. Baseando-se nas funções e justificativas dos *punitive damages*, o artigo aponta que o instituto se destina a proteger valores sociais, desvinculados da situação particular de cada litigante. Portanto, sugere que esse ramo da responsabilidade civil está ligado a situações que a lei processual brasileira estabelece que devem ser tuteladas por ações coletivas, excluindo demandas propostas por indivíduos. Essa percepção tem como objetivo ilustrar um ambiente de coexistência dos *punitive damages* com as compensações individuais, evitando, em contrapartida, a sobreposição de indenizações e a dispersão de litígios.

PALAVRAS-CHAVE: Punitive damages; finalidades; processo coletivo

ABSTRACT: Considering the autonomy and the purposes of retribution and deterrence, the paper challenges the majority position of the Brazilian practice that mixes punitive damages with individual compensation. Based on the functions and justifications of punitive damages, the paper posits that the institute intends to protect social values unrelated to particular situation of each litigant. Therefore, it suggests that this branch of tort law is bounded to situations which Brazilian procedural law states that may be covered by collective action, excluding those filed by individuals. This perception aims illustrate a better coexistence of the punitive damages with individuals compensations, avoiding awards accumulations and dispersion of lawsuits.

KEYWORDS: Punitive damages; purposes; class action.

SUBMETIDO EM 05/07/2018

APROVADO EM 23/07/2018

INTRODUÇÃO

Em demanda trabalhista movida por funcionária de empresa de telefonia, a sentença acolheu pedido para compensar trabalhadora em razão de restrições no uso do banheiro, além de outras questões relacionadas com assédio moral. O magistrado sentenciante, notando que o pleito era similar a outros já apreciados, nos quais a empregadora também foi condenada, majorou a quantia para 5 milhões de

* Universidade Federal do Rio de Janeiro UFRJ, sergiobod@gmail.com

Reais, fundamentando-se no caráter pedagógico da reparação, a fim de evitar a reiteração da violação da dignidade dos trabalhadores¹, sob a justificativa de insuficiência das compensações fixadas em casos anteriores.

A mesma notícia que menciona essa decisão remete à condenação de operadora de plano de saúde a arcar com 1 milhão de Reais, a título de reprimir dano moral coletivo, em resposta à negativa de atendimento de urgência ao consumidor. Apesar de também ser um pleito individual, os recursos foram vertidos em favor de instituição pública de saúde, adicionados da reparação devida ao contratante do plano².

Esses dois casos são usados para contextualizar o tema da função punitiva da responsabilidade civil. Podem abrir série de discussões.

No cenário norte-americano, a questão continua a despertar discussões. Para ilustrar, basta mencionar que a Suprema Corte admitiu examinar o excesso fixado a título de *punitive damages* como violação à cláusula do devido processo legal numa situação em que mero prejuízo econômico na pintura de um carro gerou punição mais de quinhentas vezes superior³.

O presente trabalho se ocupa em estabelecer uma relação com a estruturação da legitimidade ativa do processo coletivo brasileiro. Indaga-se, portanto, a consistência da responsabilidade civil punitiva ser requerida em demandas individuais.

Para tanto, inicia com a descrição dos propósitos que justificariam a função punitiva da responsabilidade civil, que a doutrina brasileira associa com as raízes do instituto em sua origem norte-americana, os *punitive damages*, instituídos para fins de desestímulo e punição de condutas reprováveis.

Há, portanto, ao menos no que tange às linhas conceituais básicas e justificativas, afinidade entre o tema nos EUA e no Brasil, razão de se utilizar da expressão *punitive damages* como sinônimo para responsabilidade civil punitiva. Ilustra-se, assim, o atual estágio do assunto na prática nacional, que a despeito de reconhecer a importância do tema, continua, majoritariamente, no sentido da imbricação entre responsabilidade civil embasada na retribuição e desestímulo com pretensões individuais, conforme julgados do STJ.

A seguir, o texto passa a abordar a estrutura do dano coletivo e a legitimidade ativa no processo coletivo para sugerir sua afinidade, senão necessária ligação, com os propósitos dos *punitive damages* orientados a reprimir afronta a bens jurídicos sociais e desestimular comportamentos indesejáveis. Espera-se provocar a reflexão sobre o cabimento da sanção civil em processos individuais e o melhor ajuste da autonomia do instituto ao âmbito do processo coletivo.

¹ Conjur, Brasília, nov. 2013. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2013-nov-25/tim-condenada-pagar-milhoes-impedir-idas-banheiro>>. Acesso em: 15.6.2016.

² Conjur, Brasília, nov. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jul-18/negar-cobertura-amil-condenada-milhao-dano-moral-coletivo>> Acesso em: 15.6. 2016.

³ SUNSTEIN, Cass R. KAHNEMAN, Daniel; SCHKADE, David **Assessing Punitive Damages**. Yale Law Journal, 7. 1998, p. 21-22. Disponível em: SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=49660>>. Acesso em: 12.10. 2016.

1 PREMISSAS QUANTO À RESPONSABILIDADE CIVIL PUNITIVA: RELAÇÃO COM O DANO MORAL E SUAS DIFICULDADES NO ÂMBITO DO DIREITO MATERIAL. CAMINHANDO PARA UMA NOÇÃO AUTÔNOMA.

A justificativa básica do dever de indenizar⁴, gerado pela responsabilidade civil, é de que a obrigação restitui o prejudicado na medida do dano sofrido, restabelecendo, portanto, a situação anterior ao dano (dano emergente), podendo também projetar as consequências relativas aos prejuízos futuros (lucros cessantes). Com isso, o ofensor fica obrigado a internalizar a perda que causou. A parte lesada tem sua situação restituída ao panorama anterior ao dano. Caso esse desfecho pelo restabelecimento não seja possível, faz-se a respectiva compensação em dinheiro⁵. Há, nessa linha, uma relação de reequilíbrio atingida por meio da responsabilidade civil⁶, retratada com clareza no art. 944 do CC, enunciando que a “indenização mede-se pela extensão do dano”.

Não obstante essa ênfase na equivalência, como eixo da responsabilidade civil, a discussão recebe contornos diferentes quando se discute a respectiva resposta para o dano moral⁷.

Afastando-se da direta mensuração econômica para estimar a indenização, parte da doutrina defende que o valor devido ao ofendido também ostenta natureza de punição, pois não se poderia admitir, por exemplo, que a condenação em pagar quantia em dinheiro traga reequilíbrio suficiente para a perda de entes familiares ou de lesões corporais irreversíveis⁸. Seriam prejuízos de difícil mensuração econômica, não haveria “preço para a dor”, por isso, as finalidades de dissuasão e punição seriam ajustáveis à compensação por danos morais⁹.

Essa concepção que vê na compensação por danos morais um aspecto pedagógico é adotada pelo STJ em reiterados julgamentos, que procuram estipular numa só quantia a compensação devida e o valor apropriado para reprimir o causador do dano, mediante estimativa que não chegue a gerar enriquecimento sem motivo¹⁰.

⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **Usos e abusos da função punitiva**. Revista CEJ, 28, 2005. p.21 Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/643>>. Acesso em: 14.10.2016.

⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, Vol IV, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 338.

⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 13.

⁷ Doutrina mais moderna, centrada na premissa de constitucionalização do direito civil, conceitua o dano moral como “uma lesão a um interesse existencial concretamente merecedor de tutela”. CHAVES DE FARIAS, Cristiano, BRAGA NETO, Felipe Peixoto, ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas. 2015. p. 296.

⁸ GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA Filho, Rodolpho. **Novo Curso de Direito Civil**. Vol. III, 6ª ed. São Paulo: Saraiva. 2003. p. 51, 71-77.

⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. op.cit. p. 94-96. Essa seria a posição majoritária da doutrina brasileira, desde a concepção mais tradicional, como, por exemplo, dos manuais de Caio Mário e Silvio Rodrigues. c.f. MORAES, Maria Celina Bodin de. **Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas**. RTDC (Revista Trimestral de Direito Civil), 18, 2004. p. 47.

¹⁰ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 657.069, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, Brasília – DF, 16/06/2016. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 04.07.2016. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 355.392. Rel. Ministra Nancy Andrighi, Rel. para o Acórdão Ministro Castro Filho, Terceira Turma, Brasília- DF, 26/03/2002. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 04.07.2016.

Nessa linha de aceitação do instituto em demandas individuais, um estudo sobre responsabilidade civil punitiva chega ao ponto de apontá-la como alternativa para conter o reiterado inadimplemento de direito dos trabalhadores e o aumento de litigiosidade no Brasil. Partindo-se da afirmativa de que “para os descumpridores da lei, o processo, o Judiciário e o Ministério Público não impõem temor de sanção suficiente que os demova do firme propósito do ilícito”, arrematando que “o crime compensa”, diante da viabilidade de o empreendedor estimar previamente o custo financeiro e assim deliberar despedir um empregado, violando a legislação trabalhista, artigo escrito por juiz do trabalho defende a adoção dos *punitive damages* no Brasil com a reversão dos valores em favor do trabalhador que propõe sua reclamação individual¹¹.

Essa visão que acena com a responsabilidade civil punitiva para compensar danos morais individuais encontra grave empecilho teórico no âmbito do direito material.

O primeiro deles diz respeito ao “vazio legislativo” em torno do assunto, reforçado pelo veto lançado no projeto do CDC¹² e arquivamento de proposta de alteração do Código Civil¹³, contexto que leva parte da doutrina a rejeitar a viabilidade de responsabilidade civil punitiva sem prévia reforma legislativa¹⁴.

Também justifica indagações sobre as finalidades de punição e desestímulo pela via de demandas individuais, pois o resultado conflitaria com a vedação do enriquecimento sem causa, considerando que o demandante singular, a pretexto de punir o causador de comportamento reprovável, acaba beneficiado com quantia adicional que não tem fundamento na premissa de reparação preconizada pelo artigo 944 do CC.

Além disso, parece ser inconsistente com o perfil do dano moral o propósito de punição em nome de valores sociais (defesa do mercado, do consumidor, impedir reiteração de ilícitos contra terceiros). São questões diferentes.

Mesmo para quem admite o aspecto de sanção na compensação por danos morais, como forma de reação a um ato ilícito não mensurável economicamente, é importante destacar que tal concepção está discutindo aquele dano causado à dignidade da própria vítima, não procurando, para tanto, justificar o caráter de punição com base em comportamentos lesivos reiterados que atingiram outras pessoas ou valores sociais relevantes. A parte que ajuíza a ação não tem a sua dignidade afrontada se, para isso, precisa somar ao seu pleito as lesões que outras

¹¹ CUNHA, Eduardo Tenório Maia da. **Responsabilidade Civil Trabalhista e a doutrina dos ‘Punitive Damages’ na Justiça do Trabalho brasileira**. Publicação Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência. n. 5, 2014. p. 542-543.

¹² Código de Defesa do Consumidor. O artigo 16 do Projeto do Código previa multa civil de até um milhão de Reais para os casos em que fosse “comprovada a alta periculosidade do produto ou do serviço que provocou o dano, ou grave imprudência, negligência ou imperícia do fornecedor”. Previsão semelhante constava do artigo 45. As razões do veto foram as seguintes: “O art. 12 e outras normas já dispõem de modo cabal sobre a reparação do dano sofrido pelo consumidor. Os dispositivos ora vetados criam a figura da “multa civil”, sempre de valor expressivo, sem que sejam definidas a sua destinação e finalidade”. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/Mensagem_Veto/anterior_98/vep664-L8078-90.htm>. Acesso em: 22.12.2016.

¹³ O Projeto de Lei 6960/2002 buscava alterar o art. 944 por sua insuficiência, acrescentando-se parágrafo com a seguinte redação: “A reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante”. Disponível em: <<http://camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetrami?acao=56549>>. Acesso em: 22.12.2016.

¹⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. op. cit. p. 78.

pessoas sofreram e estimar qual seria o ganho social da procedência de sua demanda, sob o pretexto de que serviria de “exemplo”.

É nessa linha que se critica, duramente, a jurisprudência do STJ “ao combinar critérios punitivos e critérios compensatórios” na mesma condenação, por se distanciar do artigo 944 do CC, bem como por inviabilizar que o responsável conheça “em que medida está sendo apensado, em que medida está simplesmente compensado o dano”, além de trazer uma extravagante previsão de punição privada sem limites prefixados, distante de premissas básicas do direito sancionador¹⁵.

Assim, o equilíbrio entre dano e a medida da indenização dificulta acomodação da responsabilidade civil para propósitos diferentes da reparação integral, quando associada a casos individuais.

Parte doutrina que se dedica ao tema, diante de tais objeções, passa à construção de uma noção autônoma da responsabilidade civil punitiva, recorrendo ao argumento de insuficiência do caráter reativo da equivalência da indenização.

Rosenvald menciona a situação em que o banco cobra tarifas periódicas, sem previsão contratual, de vários clientes. Individualmente consideradas, as tarifas são de pouca relevância, de modo que, para cada consumidor, o prejuízo causado não justificaria demandar judicialmente pela devolução, com perda de tempo e recursos para remediar a ofensa, pois o valor a ser restituído fica limitado ao respectivo desfalque (correlação entre dano e indenização)¹⁶.

Contudo, considerando a cobrança indevida, supondo que a mesma lesão aconteça com outros clientes, o agente financeiro arrecadaria altos valores de origem ilícita. A falta de resposta para esse ganho descabido é vantajosa para quem afronta a lei e tira proveito da inércia de consumidores lesados. Seria necessário estímulo para que a resposta a essas ofensas fosse alcançada mediante processos judiciais, no âmbito dos quais se impediria, em contrapartida, a manutenção de ganhos ilícitos de um agente econômico.

Nessa linha, a sanção civil, incorporada aos pleitos judiciais, operaria como dissuasão do ofensor, ao passo que assumiria incentivo para a pessoa lesada promover demandas para contornar não só a sua lesão, de pequena proporção na acepção individual, como também buscar o respectivo valor que seria devido pelo enriquecimento sem causa, internalizado pelo agente econômico se parte de seus atos ilícitos quedassem sem resposta.

A medida traria, portanto, equilíbrio sob o ponto de vista comutativo, evitando lucro sem causa, além de se basear na premissa de uso da Lei como instrumento para influenciar o comportamento de agentes econômicos¹⁷.

Esse enfoque econômico da responsabilidade civil punitiva é feito com muita precisão por Polinsky e Shavell, extremando o objetivo de desestímulo em duas acepções. Primeiro, argumentam que as lesões reparadas com efetivas respostas em juízo cumprem a contento o papel de desestimular práticas ilícitas, afinal, o agente causador do dano não se vê motivado a adotar condutas danosas porque não visualiza a possibilidade de manter para si ganhos sem causa. Nesse cenário, procurar o desestímulo (*deterrence*) é desnecessário. Não obstante, valores adicionais a título de *punitive damages* são justificáveis quando os prejuízos,

¹⁵ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**. 2ª ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 205.

¹⁶ ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil**. 2ª Ed. São Paulo: Atlas. 2014. p. 204.

¹⁷ POSNER, Richard. **Values and Consequences: An Introduction to Economic Analysis of Law**. Chicago John M. Olin Law & Economics Working Paper, 53, 1998, p. 2

normalmente, não são demandados na justiça, seja pela dificuldade de provar o dano e seu causador, seja pelo desinteresse da pessoa lesada em propor ações, ante o seu alto custo financeiro e dispêndio de tempo e trabalho, comparado com o possível resultado advindo do processo¹⁸.

Assim, para os autores norte-americanos, o fundamento de desestímulo só tem cabimento quando se está diante de casos que, efetivamente, representem lesões carecedoras de resposta, e que por isso viabilizariam a internalização de ganho ilícito.

Tal compreensão é coerente com a distinção feita entre *punitive damages* e os *compensatory damages* na responsabilidade civil norte-americana (*tort law*), porque estes são ligados ao dano causado a uma pessoa em particular, independentemente de situações similares vivenciadas por terceiros¹⁹. Nessa linha, os institutos não são concebidos numa só compensação, como se dá no contexto da jurisprudência brasileira.

De fato, os *punitive damages* cumprem o propósito de desestímulo (*deterrence*) a futuras ações ilícitas do causador do dano, ligando-se à função de precaução contra futuras práticas lesivas, contornando a falta de resposta a casos que não são levados ao Judiciário. Concomitantemente, sob outro aspecto, busca penalizar o causador do dano derivado de conduta realmente ultrajante para a coletividade (*punishment*), refletindo um julgamento da comunidade sobre o comportamento do réu, perspectiva que marca o seu aspecto retributivo²⁰, tanto que, na experiência norte-americana, a avaliação é feita por júri civil, aí incluída a fixação do valor.

Veja-se a nítida relação com os propósitos que parcela da doutrina e o STJ misturam com a compensação por danos morais, associando a punição com ofensas a direitos individuais. Tal junção não aparenta acerto, pois a função punitiva representa grande alteração da premissa do dever de indenizar, ligada à compensação ou indenização individual.

Sob essa perspectiva, Rosenvald defende que a autonomia da responsabilidade civil punitiva é necessária para acomodar sua coerência com a medida da reparação integral, contemplada no art. 944 do CC, evitando-se que algumas lesões permaneçam sem a respectiva resposta. Assim considerada, cessariam as objeções sobre o lesado receber valores que superam o dano experimentado, deslocando-se debate para os já citados fundamentos de retribuição e desestímulo nos casos de ofensas graves²¹.

Com isso, a responsabilidade civil punitiva teria “como escopo primordial inibir condutas análogas, e não ressarcir o lesado. O foco não é o dano, mas o comportamento do agente, sua reprovabilidade pela sociedade”²².

É por isso que a função punitiva da responsabilidade civil precisa buscar refundação material e processual, para encontrar um espaço apropriado, ajustando sua coerência normativa.

¹⁸ POLINSKY, Mitchell SHAVELL, Steven. **Punitive Damages: an economic analysis**. Harvard Law Review. n. 4. 1998. p. 888-891. Disponível em SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=11357>>. Acesso em 15.12.2016.

¹⁹ NAGAREDA, Richard A **Punitive Damage Class Actions and the Baseline of Tort**. Wake Forest Law Review, 01-13, 2001. p. 7 Disponível em SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=292842>> Acesso em: 15.12.2016.

²⁰ SUNSTEIN, Cass R. KAHNEMAN, Daniel; SCHKADE, David, op. cit, p. 4.

²¹ ROSENVALD, Nelson. op. cit. p.195-196.

²² ROSENVALD, Nelson. op. cit. p. 203.

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL PUNITIVA: EM DIREÇÃO À TUTELA DE DIREITOS COLETIVOS.

Foi exposta, no item anterior, a situação do banco que lesa clientes em valores insignificantes. Não é por acaso que essa também é a contextualização feita por Gidi²³ ao abordar a importância das *class actions* no sistema processual norte-americano, indicando-o como instrumento de resposta a situações ilícitas que, sob a perspectiva individual, não levariam à provocação de uma resposta em juízo.

Essa constatação já sinaliza a relação que pode ser feita entre os *punitive damages* e o processo coletivo, pois os objetivos dessa forma de responsabilidade civil, no contexto norte-americano, como no Brasil, é contornar a insuficiência do aspecto compensatório-individual²⁴.

A percepção de Mendes é precisa, ao afirmar que “a condenação a título de *punitive damages*” abre espaço para indagações sobre “a desproporcionalidade entre o prejuízo sofrido e a compensação advinda, ensejando o que se chama normalmente de enriquecimento sem causa”, apresentando-se o processo coletivo como boa solução²⁵.

Essas considerações mostram que a função punitiva não encontra, apenas, objeções no plano do direito material, seara em que precisa ser fundada sua autonomia, relacionando-se também com aspectos do direito processual e material coletivo.

Isso se evidencia quando se discute o dano coletivo como categoria própria.

Parte da doutrina tende a rejeitar a possibilidade de sua configuração sob o enfoque de que o instituto guardaria proximidade com o dano moral, este ligado, necessariamente, ao prejuízo causado a uma pessoa, daí a inconsistência de assumir característica supraindividual²⁶.

Esse impasse teórico pode ser também superado encarando o dano coletivo como instituto autônomo, desapegado da noção de lesão à personalidade ou dignidade individual, o que também está de acordo com a percepção de que o dano moral à pessoa em particular não deve ser imbricado com finalidades de punição e desestímulo, ou pedagógicas, para usar a noção de uso corrente no STJ.

Seguindo esse ponto de vista diferente, mas também com realce do aspecto coletivo das lesões causadas, Azevedo justifica a função punitiva da responsabilidade civil diante de casos que atingem “a toda a sociedade, num rebaixamento imediato do nível de vida da população”, transcendendo o reflexo meramente individual para alcançar o que conceitua de “dano social”²⁷.

Com percepção semelhante, Bittar Filho assenta premissas jurídicas para a caracterização do dano (moral) coletivo a partir de lesões que recaem sobre valores indivisíveis partilhados pela sociedade, os quais “não se confundem com os de cada pessoa, de cada célula, de cada elemento da coletividade”. Prossegue o autor associando o instituto à concepção de agressões à cultura constituída

²³ GIDI, Antônio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada**. São Paulo: RT, 2007, p.33.

²⁴ SHARKEY, Chaterine M. **Punitive Damages As Societal Damages**. Yale Law Journal, Vol. 113, 2003. p. 366. Disponível em SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=407080>>. Acesso em: 17.10.2016.

²⁵ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional**. 3ªed. São Paulo: RT, 2012. p.41.

²⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**. 6ªed.. São Paulo: RT. 2014. p. 40-43.

²⁷ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social**. RTDC (Revista Trimestral de Direito Civil), vol. 19, 2004. p. 214-215.

imaterialmente pela comunidade. Embora aponte o processo coletivo como importante instrumento de reparação dos danos causados à coletividade, faz alusão a tal objetivo admitindo aquele propósito de desestímulo que se encontra presente na demanda individual²⁸.

O STJ, em julgamentos mais recentes, tem seguido a linha de que o dano coletivo possui caracterização própria, fundando-se na resposta a lesões que afetam bens jurídicos sociais relevantes, desprendendo-se da análise de aspectos do indivíduo lesado²⁹.

Essa responsabilidade por danos coletivos, elevada ao patamar de autonomia, robustece a análise da relação dos *punitive damages* com o processo coletivo. Com essa perspectiva é possível acomodar com coerência a legitimidade para pleitear valores que se justificam por lesar um grupo significativo ou interesses sociais relevantes, mas não prestigiar pretensões de punição privada ou a reparação individual, que já encontra reposta suficiente na legislação, pautando-se na premissa da equivalência.

Deve prevalecer a necessária relação entre o dever de indenizar ou compensar com algum dano concreto, atribuível à parte demandante que reclama ser reparada pelo prejuízo por ela sofrido, seja ele de caráter patrimonial ou moral.

Sancionar civilmente aquele que causa ofensas a normas de proteção de interesses sociais (por práticas desonestas que afetam os consumidores, p.ex.), ou quem se vê livre da responsabilidade, por lesar indivíduos em pequena proporção, embora atinja um grupo considerável, precisa assumir caráter autônomo em relação à compensação individual, na linha do que a doutrina norte-americana propõe sobre os *punitive damages*, assim como parcela da doutrina brasileira.

Isso mostra como as demandas individuais estão desconectadas das justificativas de desestímulo e punição, que não são conciliáveis com a compensação por dano moral que tem recursos revertidos para uma só pessoa.

Para evitar um contexto de superposição de finalidades da responsabilidade civil (preocupação que já desperta debate na prática norte-americana)³⁰, mostra-se propício que as funções de punição e desestímulo sejam deslocadas para discussão no processo coletivo, por meio da categoria autônoma do dano coletivo, retirando-se a discussão de processos singulares, cujos danos verdadeiramente relacionados ao autor da ação são compensados (não sancionados) por meio do critério da equivalência do ressarcimento.

Realmente, identificado o processo coletivo a partir do exame de sua “relação jurídica litigiosa”³¹ ou de seu “objeto litigioso”³², permite-se visualizar que a

²⁸ FILHO, Carlos Alberto Bittar. **Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro**. RDC (Revista de Direito do Consumidor). Vol 12, 1994. p. 50-51, 59.

²⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.473.846, Rel. Ministro Ricardo Villas Boas Cueva, Terceira Turma, Brasília – DF, 21/02/2017. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. (25.04.2017). O trecho a seguir, constante da ementa, deixa clara a autonomia dessa reparação, desvinculada da aferição de prejuízo específico causado a algum indivíduo: “O dano moral coletivo, compreendido como o resultado de uma lesão à esfera extrapatrimonial de determinada comunidade, se dá quando a conduta agride, de modo totalmente injusto e intolerável, o ordenamento jurídico e os valores éticos fundamentais da sociedade em si considerada, a provocar repulsa e indignação na consciência coletiva”.

³⁰ SHARKEY, Catherine M. op. cit. p. 428.

³¹ DIDIER JR. Fredie, ZANETTI, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo**. 11ª Ed. Vol. 4, Salvador: Juspodivm. 2017, p. 31-32.

³² GRINOVER, Ada Pellegrini, BENJAMIN, Antônio Herman de V. e, FINK, Daniel Roberto, FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR. Nelson; DENARI, Zelmo.

demanda fundada nos propósitos de retribuição e desestímulo do causador do dano se associam à proteção de direitos coletivos *latu sensu*. Tal assertiva fica clara quando os *punitive damages* são examinados segundo o prisma do CDC.

De fato, como foi dito até aqui, as funções ligadas ao instituto extrapolam a mera aferição do dano sofrido por alguém em particular. Mais do que isso, pode ser que não tenha havido qualquer dano concreto e relevante causado ao indivíduo, mas sim a bens jurídicos de titularidade de várias pessoas. A punição tem como mira os dois propósitos tão falados até aqui, distanciando-se de acepções da compensação, o que já tende a conformar melhor o ambiente do processo coletivo.

A justificativa da responsabilidade civil dotada de feição punitiva está fortemente vinculada à proteção ou prevenção de lesões a direitos difusos, enunciados no art. 81, I do CDC. É inegável que a necessidade de defesa do “mercado de consumo” (expressão do Código) equilibrado e seguro, indene de práticas abusivas, busca a tutela de direito que não pode ser atribuído a titular específico. Basta considerar a situação da propaganda abusiva, capaz de atingir incontáveis pessoas e a colocação de produtos perigosos à venda, arriscando a incolumidade de consumidores, inclusive como terceiros³³.

Essa marcante característica do mercado de consumo como bem difuso é tão evidente que a Lei 12.529/2011 estabelece no parágrafo único do artigo primeiro ser a “coletividade titular dos bens jurídicos protegidos”, dentre os quais, “defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico”, enunciado que está de acordo com a Lei que disciplina a ação civil pública para a tutela do consumidor (art. 1º, II). O mesmo pode ser dito em relação à reparação de danos ao meio ambiente e a probidade administrativa, citados pela doutrina como direitos difusos.

Considerado esse cenário, tomada a relação que os *punitive damages* estabelecem com a tutela de finalidades sociais, sob a perspectiva de tutela de direitos abrangentes, nota-se que a relação jurídica é coletiva se o pleito procura sua justificativa sob o argumento de defender todos aqueles que são ou podem ser atingidos, o mesmo se dizendo nos casos em que o direito tutelado não pode ser atribuído a titulares específicos, pela sua nota essencial de transindividualidade e indivisibilidade.

Essa percepção ganha ainda mais consistência atentando para o propósito de dissuasão dos *punitive damages*, no sentido de evitar lesões futuras. A finalidade de preventiva, tão explorada por Rosenvald³⁴, aponta que a tutela contra a repetição de eventuais novos danos está, obviamente – para usar a expressão do art. 81, I do CDC – direcionada a proteger titulares indeterminados, afinal, projeta os efeitos da condenação sob a perspectiva de um cenário a ser evitado, influenciando no comportamento das pessoas em geral.

3 A LEGITIMIDADE NO PROCESSO COLETIVO: DEFENDENDO PROPÓSITOS SOCIAIS.

Sendo dois os propósitos da responsabilidade civil punitiva, desestímulo e retribuição, em favor da tutela de bens sociais, conectando-se, portanto, com

Código brasileiro de defesa do consumidor: comentando pelos autores do anteprojeto. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2017. p. 890.

³³ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor.** 6ª Ed. São Paulo: RT. 2016. p. 725

³⁴ ROSENVALD, Nelson. op. cit. p. 16-18.

o dano (moral) coletivo, necessário examinar o vínculo do instituto com as categorias da legitimidade do processo coletivo.

Parte da doutrina, embora note a autonomia do instituto, não visualiza empecilho que a função punitiva da responsabilidade civil seja postulada em processos individuais. A jurisprudência do STJ ignora tal discussão, conforme mencionado na primeira parte deste texto, pois concede compensação por danos morais em demandas individuais mediante valores que atenderiam aos propósitos da responsabilidade civil punitiva, misturando a punição e compensação.

Rosenvald, ao tratar da questão, posiciona-se pela plena possibilidade de que o indivíduo reclame em demanda por si movida a respectiva reprimenda civil, inclusive quando a situação retrate lesão patrimonial de pequena monta, sem prejuízo à dignidade do consumidor. Assim, mesmo com a “inexistência do dano moral”, seria justificável “a necessidade de cumular ao prejuízo econômico das inúmeras vítimas uma condenação a uma pena civil em face dos fornecedores de serviços pelo seu comportamento desdenhável, com menoscabo a um grupo significativo”³⁵.

O autor vai além. Embora o acerto em apontar a autonomia do instituto da pena civil, posiciona-se pela possibilidade de demandas individuais nos casos em que o pedido seja limitado “à condenação pecuniária pela pena civil, sem que tenha” a própria parte “sofrido qualquer espécie de lesão patrimonial”, o que se justificaria pelas já abordadas necessidades de conferir respostas às condutas maliciosas e ilícitas “insignificantes em sua individualidade, mas ponderáveis em seu conjunto”.

Prosseguindo com a justificativa, menciona como amparo à necessidade dessa punição civil a previsão do *fluid recovery* do art. 100 do CDC, instituto que, realmente, aponta não ser tolerável a incorporação de ganhos ilícitos no sistema normativo brasileiro³⁶. Azevedo defende posição semelhante, assinalando que caberia ao indivíduo o valor dos *punitive damages* como forma de retribuir seu trabalho em favor de um *múnus público*³⁷.

Com a devida vênia, essa conclusão não parece ser a melhor, pois se o demandante individual postula as quantias devidas a título de punição para si (ainda que em parte), assim embasa o pleito nos prejuízos causados à coletividade. A indispensável conexão da sanção civil com o processo coletivo é reforçada quando se alude à execução coletiva subsidiária do art. 100 do CDC.

Além disso, e mais importante, a definição jurídica da legitimidade processual para a tutela de direitos coletivos é fixada em premissas específicas, tratadas no art. 82 do CDC. O dispositivo não admite que o indivíduo defenda em juízo direitos coletivos, ou de um grupo, restringindo a propositura de ações coletivas por meio da concentração da legitimidade.

Essa configuração da legitimidade ativa no processo coletivo não foi concebida por acaso. Consoante exposição de autora do anteprojeto do CDC, a exclusão da “legitimação individual para a tutela dos consumidores a título coletivo” foi opção legislativa sobre a qual se refletiu, a fim de evitar o uso abusivo do processo, o que poderia ocorrer, por exemplo, por meio de ações para promoção política do demandante ou até mesmo para uma extravagante maneira de obter vingança contra o réu. Acrescenta-se que a legitimidade mais restrita para as ações coletivas evita a difusão da litigância que gera poucos ganhos sociais e vantagens quase que exclusivas a advogados que movem a ação, percepção que já ocupa

³⁵ ROSENVALD, Nelson. op. cit. p. 204.

³⁶ ROSENVALD, Nelson. op. cit. p. 205-206.

³⁷ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. op. cit. p. 217.

vários estudos no contexto norte-americano, realidade em que o manejo de class actions é aberto ao cidadão³⁸.

Mais importante. A negativa de legitimidade ao indivíduo é igualmente apropriada para evitar superestímulo à litigância, um ponto relevante para a discussão no cenário brasileiro, de um Judiciário abarrotado de processos aos quais não consegue dar vazão.

Esse efeito colateral não é despercebido nem mesmo pela doutrina norte-americana. Recorde-se que Polinsky e Shavell enfatizam que o propósito de estímulo do instituto (favorecendo o autor da ação com os valores da condenação) pode não ser justificável em muitos casos, pois já contariam com respostas apropriadas em demandas movidas pelas pessoas lesadas. Daí observarem ser preciso atentar para adversidade do uso desmedido do instituto, gerando custos desnecessários do processo para situações que não apresentam a relevância para justificar a sanção do ofensor sob o pretexto de que lhe faltaria reprimenda pelos prejuízos causados³⁹.

Portanto, dispersar a legitimidade ad causam em favor de indivíduos para reclamar a sanção civil, autorizando que sejam favorecidos com as condenações, mesmo não sendo lesados, geraria o ambiente propício à proliferação de demandismo frívolo ou auto colocação em situação de risco⁴⁰.

Já no contexto norte americano, a situação é diferente, pois a estruturação das class actions autoriza que o cidadão ajuíze a ação para a tutela de direitos coletivos. Como não há legitimidade concentrada noutras instituições, justifica-se o referencial da destinação dos valores àquele que vai ao Judiciário defender interesses da sociedade, arcando com todos os custos do processo. Mesmo assim, a legitimidade ativa é submetida a controle em razão da função desempenhada pelo demandante que acaba atuando em nome da coletividade⁴¹. A acepção brasileira que defende punitive damages em demandas individuais não atenta para essa circunstância, sendo grande, portanto, o risco de superestímulo à litigância individual.

No Brasil, com a legitimidade conferida a instituições específicas, que possuem como sua razão de ser defender direitos da sociedade, caso do Ministério Público, nos termos do art. 127 da Constituição, não se identifica qualquer fundamento na justificativa de estímulo presente no contexto norte americano, destinando recursos ao autor da ação coletiva para que ele se empenhe em produzir provas e defender a causa porque⁴², no fundo, interessa à coletividade.

Os legitimados para ajuizar ação civil pública não precisam de incentivo para demandar. Fazem isso por razão de ofício. Possuem, como regra, preparo institucional e responsabilidade para a propositura de ações respaldadas em situações que justificam resposta judicial sob a perspectiva da punição. Essa configuração da legitimidade ativa no processo coletivo brasileiro é ferramenta suficiente para evitar o efeito reflexo de superestímulo à litigância, atendendo,

³⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini, BENJAMIN, Antônio Herman de V. e, FINK, Daniel Roberto, FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR. Nelson; DENARI, Zelmo. op. cit. p. 894-895.

³⁹ POLINSKY, Mitchell; Shavell Steven. op. cit. p. 921.

⁴⁰ POLINSKY, Mitchell; Shavell Steven. op. cit. p. 371.

⁴¹ GIDI, Antônio. op. cit, p.99.

⁴² Até mesmo na realidade norte-americana o estímulo ao advogado do demandante ou ao demandante tem sido colocado em releitura, mediante a estruturação de leis estaduais destinando os recursos a fundos públicos, além de prever limites (caps) para as condenações. SHARKEY, Catherine M. op. cit. p. 443-444.

portanto, à preocupação de parte da doutrina brasileira que enaltece a ação civil pública como veículo propício para pleitos de responsabilização civil punitiva. Por outro enfoque, é a melhor via que se apresenta para superar a discussão do “enriquecimento da vítima”, em vista da conversão dos valores ao fundo previsto no art. 13 da Lei 7.747/8543.

Ademais, o indivíduo que postula valores a título de punição para si, enfatizando a gravidade da ofensa a valores sociais juridicamente protegidos, mesmo sem sofrer prejuízo específico algum, pleiteia direito alheio (direito coletivo) em nome próprio, distanciando-se da regra básica do art. 18 do CPC. É por isso que o instrumento processual adequado é a ação coletiva.

Acenar em favor da legitimidade individual para pleitear a responsabilização civil com caráter de punição também é conflitante com a tendência de valorização do processo coletivo como instrumento mais eficaz de solução de demandas repetitivas.

Consoante salientando por Mancuso, as ações coletivas possuem o “importante objetivo de evitar a pulverização do conflito”, meio de “propiciar um tratamento jurisdicional isonômico” relacionado com tema idêntico⁴⁴. Na mesma linha, Mendes pontua que a propositura de várias demandas “acaba não sendo, de fato, decidida por nenhum dos juízes de primeiro ou de segundo grau, na medida que a lide estará sendo apreciada por centenas ou milhares de julgadores”, sinalizando ser o processo coletivo bom instrumento para resolver o “problema crônico do número excessivo de processos em todas as instâncias”⁴⁵.

Como a justificativa básica dos punitive damages está na constatação de condutas causadoras de prejuízos a multiplicidade de pessoas, afrontando valores sociais juridicamente protegidos, a exemplo do meio-ambiente, boa-fé e equilíbrio no mercado de consumo, aparenta ser contraproducente acenar em favor de qualquer indivíduo reclamar em juízo a respectiva reprimenda civil.

Basta pensar o já citado caso das tarifas abusivas cobradas por instituição financeira. A dispersão de demandas por todo o país, ajuizadas por milhares de clientes, só traria embaraço à prestação jurisdicional, inclusive sob o ponto de vista de uniformidade de tratamento e racionalização do montante devido a título de reprimenda para o comportamento que é, no fundo, o mesmo.

Acrescente-se que a jurisprudência brasileira tem acenado em desfavor do estímulo à litigância individual para a tutela de situações que podem ser defendidas por meio do processo coletivo, considerando ser “de rigor evitar” a “judicialização multitudinária”⁴⁶.

CONCLUSÃO

A doutrina brasileira se encontra no estágio de discussão sobre o cabimento de punitive damages, tendendo a apontar a necessidade de aperfeiçoamento legislativo. Algumas decisões concedam valores autônomos a esse título em

⁴³ BESSA, Leonardo Roscoe. **O Dano moral Coletivo e Seu Caráter Punitivo**. RT, vol. 919 2012. p. 527.

⁴⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas**. 2ª Ed. RT, São Paulo. 2015, p. 428-429.

⁴⁵ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. op. cit. p.37.

⁴⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.361.800, Rel. Ministro Raul Araújo, Corte Especial, Brasília – DF, 21/05/2014. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. (25.05.2017). BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.370.899, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Corte Especial, Brasília – DF, 21/05/2014, Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 25.05.2017.

processos individuais, enquanto o STJ insere a finalidade de reprimenda e desestímulo na compensação por danos morais, superando a questão da destinação dos recursos e a autonomia conceitual entre compensação e punição.

Paralelamente, o dano (moral) coletivo, previsto na Lei da Ação Civil Pública, inicia sua consolidação como categoria autônoma, porém, prossegue atrelado à necessidade de prova de algum prejuízo concreto, sem que receba atenção a feição punitiva do instituto.

Essa concepção da autonomia material da responsabilidade civil punitiva, ligada, necessariamente, ao processo coletivo, promove ambiente de melhor discussão sobre a destinação dos valores e limites devidos a esse título, sem que isso gere reflexos na diminuição da compensação devida ao indivíduo que é particularmente lesado. Ao contrário.

As reflexões aqui colocadas propiciam caminhos para coerência para o convívio da compensação por dano moral individual, do dano coletivo e os propósitos punitivos da responsabilidade civil, evitando a indesejável superposição dos institutos e das vias processuais para reclamá-los. Ademais, a canalização da discussão desse matiz da responsabilidade civil para o processo coletivo evita superestímulo à litigância individual, reflexo indesejado num contexto do asoberbado Judiciário brasileiro e que precisa ser pensado para questões que estão ligadas à multiplicidade de processos, como são as causas de consumo que, normalmente, justificam a responsabilidade civil com viés punitivo.

Por fim, vale realçar que esta abordagem não propõe que a compensação por danos morais deva ser diminuída, sob o fundamento de se excluir o propósito pedagógico reconhecido pelo STJ. O objetivo é realçar a autonomia do aspecto punitivo da responsabilidade civil, direcionando a sua discussão para o processo coletivo.

REFERÊNCIAS.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social**. RTDC (Revista Trimestral de Direito Civil), vol. 19, 2004.

BESSA, Leonardo Roscoe. **O Dano moral Coletivo e Seu Caráter Punitivo**. RT, vol. 919 2012.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

CHAVES DE FARIAS, Cristiano, BRAGA NETO, Felipe Peixoto, ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas. 2015.

CUNHA, Eduardo Tenório Maia da. **Responsabilidade Civil Trabalhista e a doutrina dos ‘Punitives Damages’ na Justiça do Trabalho brasileira**. Publicação Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência. n. 5, 2014.

DIDIER JR. Fredie, ZANETI, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo**. 11ª Ed. Vol. 4, Salvador: Juspodivm. 2017

FILHO, Carlos Alberto Bittar. **Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro**. RDC (Revista de Direito do Consumidor). Vol 12, 1994.

FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentando pelos autores do anteprojeto**. 11ª Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA Filho, Rodolpho. **Novo Curso de Direito Civil**. Vol. III, 6ª ed. São Paulo: Saraiva. 2003

GIDI, Antônio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada**. São Paulo: RT, 2007,

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, Vol IV, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini, BENJAMIN, Antônio Herman de V. e, FINK, Daniel Roberto,

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas**. 2ª Ed. RT, São Paulo. 2015.

MARTINS-COSTA, Judith. **Usos e abusos da função punitiva**. Revista CEJ, 28, 2005. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/643>>. Acesso em: 14.10.2016.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional**. 3ªed. São Paulo: RT, 2012.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 6ª Ed. São Paulo: RT. 2016.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas**. RTDC (Revista Trimestral de Direito Civil), 18, 2004.

NAGAREDA, Richard A **Punitive Damage Class Actions and the Baseline of Tort**. Wake Forest Law Review, 01-13, 2001. Disponível em SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=292842>> Acesso em: 15.12.2016.

POLINSKY, Mitchell SHAVELL, Steven. **Punitive Damages: an economic analysis**. Harvard Law Review. n. 4. 1998. Disponível em SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=11357>>. Acesso em 15.12.2016.

POSNER, Richard. **Values and Consequences: An Introduction to Economic Analysis of Law**. Chicago John M. Olin Law & Economics Working Paper, 53, 1998,

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

SHARKEY, Chaterine M. **Punitive Damages As Societal Damages**. Yale Law Journal, Vol. 113, 2003. Disponível em SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=407080>>. Acesso em: 17.10.2016.

SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**. 2ª ed. São Paulo: Atlas. 2009.

SUNSTEIN, Cass R. KAHNEMAN, Daniel; SCHKADE, David **Assessing Punitive Damages**. Yale Law Journal, 7. 1998, Disponível em: SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=49660>>. Acesso em: 12.10. 2016.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**. 6ªed.. São Paulo: RT. 2014.