



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO – CAMPUS JOÃO PESSOA
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIA**

EDUARDO JOSÉ DE AZEVEDO COSTA NETO

A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DOS DANOS PUNITIVOS (PUNITIVE DAMAGES) E DO DIREITO CONCORRENCIAL NA RESPONSABILIZAÇÃO DE GRANDES EMPRESAS EM CONDUTAS REITERADAS.

**JOÃO PESSOA
2024**

EDUARDO JOSÉ DE AZEVEDO COSTA NETO

A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DOS DANOS PUNITIVOS (PUNITIVE DAMAGES) E DO DIREITO CONCORRENCIAL NA RESPONSABILIZAÇÃO DE GRANDES EMPRESAS EM CONDUTAS REITERADAS.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de João Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial da obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Dr. Walter de Agra Júnior

**JOÃO PESSOA
2024**

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

C838p Costa Neto, Eduardo Jose de Azevedo.

A possibilidade de aplicação dos danos punitivos (punitive damages) e do direito concorrencial na responsabilização de grandes empresas em condutas reiteradas / Eduardo Jose de Azevedo Costa Neto. - João Pessoa, 2024.

62 f. : il.

Orientação: Walter de Agra Júnior.
TCC (Graduação) - UFPB/CCJ.

1. Punitive damages. 2. Direito concorrencial. 3. Dano eficiente. 4. Binômio punitivo-compensatório. I. Agra Júnior, Walter de. II. Título.

UFPB/CCJ

CDU 34

EDUARDO JOSÉ DE AZEVEDO COSTA NETO

A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DOS DANOS PUNITIVOS (PUNITIVE DAMAGES) E DO DIREITO CONCORRENCIAL NA RESPONSABILIZAÇÃO DE GRANDES EMPRESAS EM CONDUTAS REITERADAS.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de João Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial da obtenção do grau de Bacharel em Direito.

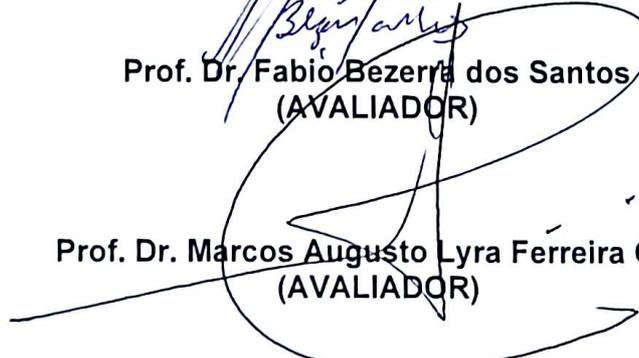
Orientador: Dr. Walter de Agra Júnior

DATA DA APROVAÇÃO: 21/10/2024

BANCA EXAMINADORA:


Prof. Dr. Walter de Agra Júnior
(ORIENTADOR)


Prof. Dr. Fabio Bezerra dos Santos
(AVALIADOR)


Prof. Dr. Marcos Augusto Lyra Ferreira Caju
(AVALIADOR)

Dedico este Trabalho de Conclusão de Curso à memória de meu avô Eduardo, que sempre sonhou em me ver alcançar este momento. Infelizmente, sua partida antecipada o impediu de estar presente nesta conquista, mas sua influência e apoio permanecem comigo nesta jornada.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente gostaria de agradecer aos meus pais, Eduardo Costa e Ana Angélica, meus avós Eduardo, Maninho, Edilza e Terezinha, que através de muito esforço me possibilitaram oportunidades ímpares e me deram todo o apoio emocional e financeiro que precisei, além de me ensinarem o caminho correto a seguir. Ademais, sou muito grato também a minha família – e quando digito “família” me refiro a aqueles de sangue ou não, tendo em vista que sou muito sortudo em cultivar diversos laços fortes como o familiar – que me possibilitaram crescer em um seio amoroso, compreensivo e divertido.

Neste trabalho tenho que citar minhas fontes de inspiração no direito. A primeira, sem dúvidas é meu pai, exemplo de dedicação e persistência, me mostra que sou capaz de buscar os caminhos que sonho. Além dele, meu avô Maninho, o qual sempre compartilhou o amor pela advocacia comigo e é exemplo de profissional apaixonado pelo que faz.

Ainda, gostaria de expressar minha gratidão aos professores de Direito Civil e Processo Civil de meu curso, em especial o Dr. Adriano Godinho e Dr. Walter Agra, que conseguiram fazer com que em mim despertasse uma vontade de procurar saber um pouco mais sobre o assunto e, inclusive, fizesse o exame da ordem na área, obtendo êxito antes mesmo de completar o curso.

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso aborda a temática dos *punitive damages* com enfoque na utilização destes para coibir danos reiterados cometidos por grandes empresas. Inicialmente, são apresentados os chamados “danos eficientes”, que se trazem o conceito das ações perpetradas por conglomerados empresariais na intenção de auferir lucro através de danos cometidos contra o consumidor. Ademais, é abordada a responsabilidade civil segundo o Código Civil de 2002, trazendo seus conceitos fundamentais e limitações. Outrossim, a problemática é apresentada no contexto do Direito da Concorrência brasileiro. Na oportunidade, são explicitados seus conceitos básicos e as principais legislações concorrenciais, que auxiliam o estudo das punições previstas para as empresas que perpetram condutas ilícitas e danosas visando o lucro acima da dignidade do consumidor. Ainda, é desenvolvido o conceito dos *punitive damages* americanos e explicado como estes são utilizados no ordenamento jurídico daquele país, abordando suas principais dificuldades de aplicação e sua evolução histórica que solucionou tais problemas. Além disso, é estudada a aplicação deste instituto no contexto jurídico brasileiro. Por fim, o trabalho conclui que a introdução de danos punitivos no ordenamento jurídico brasileiro é não apenas viável, mas necessária para a proteção dos direitos dos indivíduos e a promoção de uma cultura de responsabilidade. Contudo, é imperativo que essa nova abordagem respeite o binômio punitivo-compensatório, evitando qualquer forma de enriquecimento sem causa.

Palavras-chave: punitive damages; direito concorrencial; dano eficiente; binômio punitivo-compensatório.

ABSTRACT

This final paper addresses the theme of punitive damages, focusing on their use to deter repeated harm caused by large companies. Initially, the concept of “efficient damages” is presented, which relates to actions perpetrated by corporate conglomerates with the intention of profiting through harm inflicted on consumers. Furthermore, civil liability is discussed according to the 2002 Civil Code, outlining its fundamental concepts and limitations. Moreover, the issue is framed within the context of Brazilian Competition Law. Basic concepts and the main competition legislation are explained, which assist in studying the penalties prescribed for companies that engage in illegal and harmful conduct, prioritizing profit over consumer dignity. The paper also develops the concept of American punitive damages and explains how these are utilized in the legal system of that country, addressing the main challenges of application and the historical evolution that has resolved such issues. Additionally, the application of this institution within the Brazilian legal context is examined. In conclusion, the paper asserts that the introduction of punitive damages into the Brazilian legal system is not only viable but necessary for protecting individuals' rights and promoting a culture of responsibility. However, it is imperative that this new approach respects the principle of equivalence between compensation and harm, avoiding any form of unjust enrichment and ensuring that the punishment applied is proportionate to the severity of the offense committed.

Keywords: punitive damages; competition law; efficient damages; punitive-compensatory binomial.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 O CONCEITO DE DANO EFICIENTE	9
3 RESPONSABILIDADE CIVIL DE ACORDO COM O ATUAL CÓDIGO CIVIL DE 2002	12
3.1 FUNÇÃO E ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL:.....	14
3.1.1. ATO ILÍCITO (CULPOSO).....	16
3.1.2. DANO	18
3.1.3. NEXO DE CAUSALIDADE	21
3.2 BINÔMIO PUNITIVO-COMPENSATÓRIO	24
3.3. A VISÃO DO DIREITO CONSUMERISTA NA RELAÇÃO EMPRESA X CONSUMIDOR	27
3 OS DANOS POSITIVOS NO CONTEXTO TRAZIDO PELA LEI DE CONCORRÊNCIA (Lei 12.529/2011)	33
3.2 O ATO ILÍCITO CONCORRENCIAL E A PREVISÃO NORMATIVA NO BRASIL: ABORDAGEM DA ESFERA CÍVEL	35
3.3 A INFRAÇÃO DE ORDEM ECONÔMICA: ABORDAGEM DA ESFERA ADMINISTRATIVA:	39
3.1 AS PUNIÇÕES NOS ABUSOS CONTRA A ORDEM ECONÔMICA:	42
4 APLICAÇÃO DOS “PUNITIVE DAMAGES” EM UM CENÁRIO DE RESPONSABILIDADE CIVIL	45
4.1 O CONCEITO DE <i>PUNITIVE DAMAGES</i>	46
4.2 AS PROBLEMÁTICAS APRESENTADAS PELOS “PUNITIVE DAMAGES” NO DIREITO ESTADOSUNIDENSE	48
4.3 A APLICAÇÃO DOS DANOS PUNITIVOS NO DIREITO BRASILEIRO	51
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	55
REFERÊNCIAS	57

1 INTRODUÇÃO

A temática pautada neste trabalho encontra raízes no direito civil e circula por outras áreas como por exemplo o direito coletivo, do consumidor e econômico. Neste estudo será apresentada uma problemática atual em relação a responsabilização de grandes empresas em condutas ilícitas e danosas praticadas de forma reiterada, principalmente em se tratando de pequenos valores retirados dolosamente de cada um de seus clientes.

O que acontece na prática é que grandes grupos empresariais, com plena consciência de suas ações, agem de forma ilícita e reiterada suprimindo pequenos valores de cada um de seus clientes, disfarçados de planos ou serviços não solicitados, considerando que estes não perceberão ou reclamarão, resultando em ganhos expressivos. Além desta conduta, também é comum nos depararmos com produtos conhecidamente defeituosos pelas fabricantes sendo postos para comercialização, demonstrando a total prioridade dada ao lucro, mesmo representando risco ao consumidor e conseqüentemente a possibilidade da interposição de ações reparatórias contra a firma.

Em contradição com o esperado, como será apresentado ao longo deste texto, tais ações de reparação costumam resultar apenas na compensação financeira do atingido, reparando o valor subtraído, com algum possível acréscimo por qualquer constrangimento experimentado ou apenas o conserto do produto detentor de vício. Ademais, devido a terem valores inexpressivos cobrados a mais ou não detectarem o vício do produto, somente uma minoria dos consumidores lesados busca a justiça. A maioria, apenas ignora os ínfimos valores divergentes ou solicita o rápido reparo, por não estarem dispostos a enfrentar a morosidade da Justiça, resultando em um lucro ou economia expressivos para a empresa decorrente de um ato ilícito que gerou dano ao consumidor.

Deste modo, a conduta ilícita praticada de forma reiterada pelas empresas acaba não sendo devidamente reprimida e, conseqüentemente, pelo fato de não existirem políticas de desestímulo eficazes previstas na legislação brasileira, talvez por incompreensão da situação problema, resulta na falta de estratégias para cessar a agressão realizada perante o consumidor em sua coletividade.

Portanto, apresentada a problemática, este trabalho se debruçará sobre como a situação é tratada no país, tanto à vista da responsabilidade civil prevista no

Código Civil¹ de 2002, como pelo Direito Concorrencial (Lei 12.529 de 2011) e Coletivo que, através do princípio da integratividade, utiliza-se de diversas legislações como a Lei da Ação Civil Pública (7.347/1985)², o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990)³, entre outros e

Outrossim, apresentar-se-á o instituto dos *Punitive Damages* (danos punitivos), amplamente utilizado no direito dos Estados Unidos, que será analisado no contexto da Justiça brasileira, com o intuito de verificar se este seria em todo ou em parte a solução para a problemática acima explicitada, identificando seus defeitos e qualidades e os corrigindo, caso necessário.

Por fim, é imprescindível destacar que este trabalho de conclusão de curso utilizará a metodologia bibliográfica, isto é, serão usados documentos publicados (livros, artigos e revistas científicas, legislações) para realização de uma análise crítica com o intuito de desenvolver o conhecimento que culminará em uma possibilidade de resolução da situação problema levantada.

2 O CONCEITO DE DANO EFICIENTE

Inicialmente, insta destacar o conceito de “dano eficiente” apresentado pelo artigo “análise econômica do direito: a responsabilidade civil na prevenção do dano ao consumidor”, dos autores Bruna Pamplona de Queiroz e Everton das Neves Gonçalves⁴, publicado em 2017 no periódico *Conpedi Law Review*. Neste contexto, a responsabilidade civil tem como objetivo a redução de riscos e a prevenção deste dano eficiente.

Seguindo neste raciocínio, os autores analisaram economicamente tal responsabilidade civil na prevenção do dano ao consumidor relacionando o direito consumerista com a economia. Neste estudo apresentaram que o dano eficiente é:

¹BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002, **Código Civil Brasileiro**, Brasília, DF, Diário Oficial da União, 2002.

²BRASIL. Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985, **Lei da Ação Civil Pública**, Brasília, DF, Diário Oficial da União, 1985.

³BRASIL. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990, **Código de Defesa do Consumidor**, Brasília, DF, Diário Oficial da União, 1990.

⁴PAMPLONA, Bruna; GONÇALVES, Everton das Neves. **Análise Econômica do Direito: A responsabilidade civil na prevenção do dano ao consumidor**. *Conpedi Law Review*, v.3, n.2, p.84-105, 2017, ISSN: 2448-3931.

“(...) entendido quando for mais compensador para o agente pagar eventuais indenizações do que prevenir o dano”.

Ademais, os autores se utilizaram de um caso que ganhou notoriedade mundial para exemplificar o que são esses danos, o “caso Ford Pinto”, que era um veículo possuidor de defeito crônico em seu tanque de combustível. Em uso comum, ao colidir em velocidades acima dos 32km/h o carro explodia, fato que levou diversos consumidores a buscarem a justiça dos Estados Unidos. No tribunal, ficou comprovado que a empresa sabia do defeito e optou por não realizar nenhum recall – ação em que a empresa recolhe e repara todos os produtos defeituosos – por ser mais custoso do que apenas pagar algumas indenizações, colocando os ganhos econômicos na frente das vidas de seus consumidores.

Ainda, o professor da PUC Minas, Dr. César Fiuza⁵, em sua obra “Direito Civil: curso completo”, traz sua definição para o conceito de dano eficiente:

(...) Fala-se, outrossim, em dano eficiente e dano ineficiente. Ocorre dano eficiente, quando for mais compensador para o agente pagar eventuais indenizações do que prevenir o dano. Se uma montadora verificar que uma série de automóveis foi produzida com defeito que pode causar danos aos consumidores, e se esta mesma empresa, após alguns cálculos, concluir ser preferível pagar eventuais indenizações pelos danos ocorridos, do que proceder a um recall para consertar o defeito de todos os carros vendidos que lhe forem apresentados, estaremos diante de dano eficiente. O dano ineficiente, por seu turno, é o dano eficiente tornado ineficiente pela ação dos órgãos administrativos do Estado e/ou do Judiciário. Na medida em que o juiz condenar a montadora a uma altíssima indenização, ao atuar em ação indenizatória proposta por um dono de automóvel, vitimado pelo dano causado pelo defeito de produção, estará transformando o dano eficiente em dano ineficiente.

Outrossim, o conceito de “dano eficiente” também foi objeto de estudo de BRUNO MORAIS BISCARDE⁶ em seu curso de Pós-graduação pelo Instituto Serzedello Corrêa (Escola Superior do Tribunal de Contas da União). Segundo o autor, o poder judiciário brasileiro tem combatido o que chamou de “indústria do dano

⁵FIUZA, César. **Direito civil: curso completo**. 11. ed. Revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 720.

⁶BISCARDE, Bruno M. **ANÁLISE DO DANO EFICIENTE E DO PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO QUANTO À RESPONSABILIDADE CIVIL SOB O ASPECTO DA AED**. 2023. Monografia (Especialização em Análise Econômica do Direito) – Instituto Serzedello Corrêa, Escola Superior do Tribunal de Contas da União, Brasília DF. 51 fl.

moral” de maneira pouco favorável aos consumidores, aplicando condenações irrisórias.

Em razão disso, as empresas continuam com as falhas na prestação de serviço por “avaliarem ser mais barato pagar indenizações ao invés de investir em departamento ou sistemas para corrigir ou evitar inúmeras lesões aos consumidores, é o chamado dano eficiente”. Ainda, o caracteriza como a conduta perpetrada por fornecedores de produtos e serviços de prever quais danos incorrerão nas relações entre consumidor e empresa, prevendo os valores dispendidos para quitar tais obrigações.

Deste modo, em curta síntese, o conceito revela que nos casos de defeito no produto, as empresas facilmente podem contabilizar os custos para reparação daquele dano e o confrontarem com os valores possivelmente dispendidos em indenizações e reparos. Feito o estudo, caso o segundo seja maior, poderá ser escolhida a continuidade da venda desses produtos detentores de vício, conhecidos os riscos, apenas para garantir maiores lucros ao grupo empresarial ou apenas para os eximirem de um possível prejuízo, caracterizando, desta forma, o chamado “dano eficiente”.

Destarte, por analogia, podemos demonstrar o “dano eficiente” também em empresas que disponibilizam serviços não solicitados por seus clientes em valores ínfimos apenas para auferir lucros decorrentes de ato ilícito. Os riscos são conhecidos, isto é, tais firmas calculam os valores que possivelmente serão dispendidos para pagar as indenizações e julgam que há lucro nesta atividade, mesmo que amoral e fora das regras.

Imaginemos, exemplificativamente, uma grande empresa de telefonia móvel que, de maneira corriqueira, acrescenta valores referentes a aquisição de planos sem a devida solicitação do consumidor. Tais cobranças são de quantias ínfimas, que pouco representam em um orçamento mensal familiar, no entanto, cobradas de toda a malha de clientes, resultam em um lucro indevido expressivo para a empresa, que, ao confrontar o valor das possíveis indenizações com o lucro, termina optando por continuar com a atividade extralegal.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL DE ACORDO COM O ATUAL CÓDIGO CIVIL DE 2002

Conhecida a problemática trazida por este Trabalho de Conclusão de Curso, é imprescindível que analisemos como esta é vista aos olhos da legislação brasileira. Inicialmente, se faz necessário acessarmos o Direito Civil como um todo, incluindo não só o Código, como também seus principais doutrinadores, com enfoque na Responsabilidade Civil, área que apresenta o conceito de ato ilícito, elenca os possíveis danos existentes em uma relação civil e, ainda, traz as eventuais compensações cabidas a título de reparação e suas limitações, explicitando como a Justiça brasileira lida com os casos existentes na atualidade.

Ademais, é cabível ressaltar que as principais ações de responsabilidade civil são interpostas por um único indivíduo, isto é, apenas uma pessoa figura no polo ativo. Esse fato explica o motivo pelo qual a taxa de congestionamento bruto da responsabilidade civil – que mede a efetividade do tribunal no período em relação ao assunto, em que quanto menor a porcentagem, maior a vazão que os tribunais conseguem dar as ações – está em 92.03% em 2024 segundo dados do “Justiça em Números”⁷, banco de dados publicizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

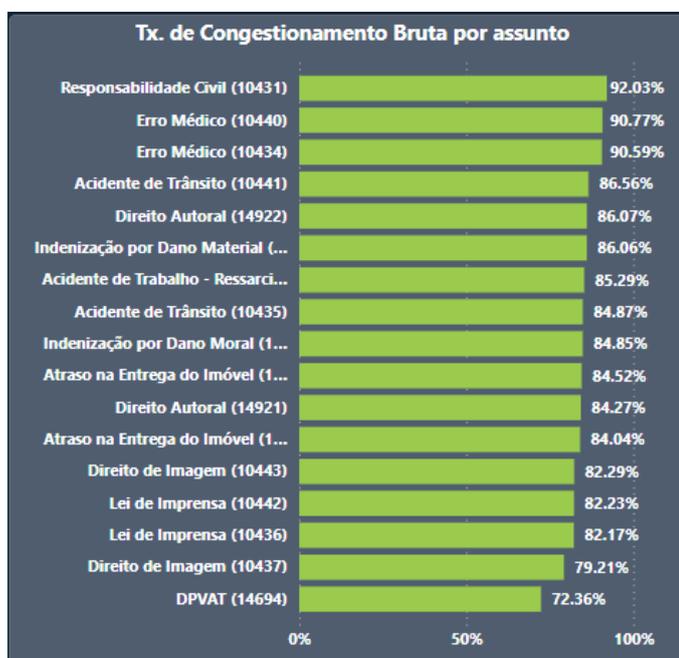


Figura 1 – Taxa de congestionamento bruta da Justiça Estadual em 2024

⁷CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números, 2024. **Taxa de congestionamento bruta da Justiça Estadual em 2024**, disponível em: <https://justica-em-numeros.cnj.jus.br/painel-estatisticas/>, Acesso em: 23/08/2024.

Outrossim, o mesmo site também mostra que, entre os 20 maiores litigantes que figuram no polo passivo da Justiça Estadual, dos 10 primeiros lugares, 5 pertencem a instituições bancárias⁸, são elas em ordem, Banco Bradesco S.A., Banco PAN S.A, Banco do Brasil S.A, Banco BMG S.A e Banco Santander (Brasil) S.A. Tais números demonstram a enorme quantidade de ações judiciais em que essas instituições estão envolvidas, muito por conta de suas condutas questionáveis, a exemplo da citada na introdução deste trabalho.



Figura 2 – 20 maiores litigantes no polo passivo em 2024.

Portanto, para iniciar o estudo com o intuito de buscar uma solução inovadora para a situação problema é necessário entender os conceitos basilares da responsabilidade civil brasileira, aplicada amplamente nos tribunais. Para esta finalidade, utilizaremos como base obras de grandes doutrinadores a exemplo de Flavio Tartuce⁹, em sua obra “Manual de Direito Civil”, de 2017, Gustavo Tepedino, Carlos Nelson Konder, Paula Greco Bandeira¹⁰, no livro Fundamentos do Direito Civil; Responsabilidade Civil, Maria Helena Diniz¹¹, no escrito “Curso de direito civil brasileiro”, de 2005, Sergio Cavalieri Filho¹² no exemplar “Programa de

⁸CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números, 2024. **20 maiores litigantes no polo passivo em 2024 (até 31/05/2024)**, disponível em <https://justica-em-numeros.cnj.jus.br/painel-litigantes/>, Acesso em: 23/08/2024.

⁹TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

¹⁰TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde, GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Fundamentos do Direito Civil; Responsabilidade Civil**, volume 4. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.

¹¹DINIZ, Maria Helena, **Curso de direito civil brasileiro**, 19. Ed., São Paulo, Saraiva, 2005, v. 07.

¹²Cavalieri Filho, Sergio, **Programa de responsabilidade civil** / Sergio Cavalieri Filho. – 16. ed. – .

Responsabilidade Civil”, de 2023, Carlos Roberto Gonçalves¹³, em sua obra “Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil, de 2024 e Caio Mário da Silva Pereira¹⁴, em sua obra “Responsabilidade Civil”, de 2018 e Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho¹⁵, em seu escrito “Manual de Direito Civil”, de 2023.

3.1 FUNÇÃO E ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL:

Historicamente, segundo Gustavo Tepedino, Carlos Nelson Konder, Paula Greco Bandeira¹⁶ a responsabilidade civil é relacionada a resolução de conflitos de interesse, sendo desassociada, com o passar dos anos, do direito criminal. Os autores trazem o exemplo das sociedades primitivas, da clássica regra de Talião – olho por olho e dente por dente – que estabelecia a equivalência de uma punição, isto é, o mal culminava no mal, mostrando uma vingança privada e pautada no sangue, na retaliação pelo corpo.

Ainda, Flávio Tartuce¹⁷ sobre a mesma regra, nota que a falta de demonstração de culpa presente na Lei das XII tábuas gerava injustiças, fazendo emergir, dessa forma, a necessidade da comprovação da culpa, o que se tornou regra em todo o Direito Comparado, influenciando diretamente os Códigos Civis modernos.

Outrossim, em 326 a.C., a responsabilidade patrimonial substituiu aquela paga com o sangue, com a *Lex Poetela Papilia*, lei Romana que finalizava os ritos macabros do antigo direito daquele povo. A mudança era um início do crescimento da ideia de ressarcimento pelo patrimônio, presente até a atualidade, afastando a feroz repressão de condutas e aproximando a reparação dos danos causados.

Deste modo, em curta síntese, podemos afirmar que para se tornar a responsabilidade civil entendida nos dias de hoje, a resolução de conflitos iniciou-se

¹³ Gonçalves, Carlos Roberto, **Direito civil brasileiro v. 4** - responsabilidade civil / Carlos Roberto Gonçalves. - 19. ed. - São Paulo : SaraivaJur, 2024.

¹⁴ Pereira, Caio Mário da Silva, **Responsabilidade Civil** / Caio Mário da Silva Pereira; Gustavo Tepedino. – 12. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

¹⁵ PAMPLONA, Rodolfo, GAGLIANO, Pablo, **Manual de Direito Civil**: volume único, v. 1, 7 ed. - São Paulo : SaraivaJur, 2023.

¹⁶ TEPEDINO, Gustavo **Fundamentos do direito civil**: responsabilidade civil / Gustavo Tepedino, Aline de Miranda Valverde Terra, Gisela Sampaio da Cruz Guedes – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021.

¹⁷ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

com um entendimento punitivo, em que a ofensa era compensada com outra ofensa. Após esse período, se entendeu a necessidade da demonstração da culpa do ofensor com o intuito de extinguir as possíveis injustiças. Por fim, houve a mudança desse paradigma, agora a compensação poderia ser realizada por concessões de caráter patrimonial, isto é, a prioridade deixou de ser exatamente a identificação do culpado e sua correção e se voltou para cuidar de como a vítima desta agressão seria indenizada.

Tartuce, em resumo, especificou que quanto a origem, a responsabilidade civil admite as seguintes classificações:

Responsabilidade civil contratual: nos casos de inadimplemento de uma obrigação (...) pelo inadimplemento de uma obrigação respondem todos os bens do devedor.

Responsabilidade civil extracontratual (...) fundada no ato ilícito e no abuso de direito.

Em complemento a explicação, é impreterível citar que essa divisão tende a ser unificada atualmente com a publicação do Código de Defesa do Consumidor (CDC) que não mais a faz referência, no entanto, contando com sua existência, a problemática por esse trabalho apontada estaria intimamente ligada a responsabilidade civil extracontratual.

Ademais, Sergio Cavalieri Filho apresenta o princípio da reparação integral como função da responsabilidade civil, na oportunidade, destaca que existe uma necessidade de se reestabelecer o equilíbrio jurídico-econômico entre o autor e a vítima, rompido pelo dano causado pelo ato ilícito. O que se busca fazer é retornar a vítima ao *status quo ante* (no estado em que estava antes).

Continuando com seu raciocínio, o autor discorre que a doutrina francesa sintetizou de forma exemplar a extensão do princípio como abrangendo *tout le dommage, mais rien que le dommage* – “todo o dano, mas não mais que o dano” -. Desse modo, traz uma noção de que o montante indenizatório deve corresponder exatamente á perda causada pelo fato danoso, nada além disso.

Outrossim, o autor Carlos Roberto Gonçalves traz uma visão de que a responsabilidade civil busca a restauração de um equilíbrio moral e patrimonial:

(...) O tema é, pois, de grande atualidade e de enorme importância para o estudioso e para o profissional do direito. Grande é a importância da

responsabilidade civil, nos tempos atuais, por se dirigir à restauração de um equilíbrio moral e patrimonial desfeito e à redistribuição da riqueza de conformidade com os ditames da justiça, tutelando a pertinência de um bem, com todas as suas utilidades, presentes e futuras, a um sujeito determinado

Feita esta breve apresentação sobre a função e os elementos da responsabilidade civil juntamente de seu contexto histórico, é imprescindível apresentar três conceitos basilares para a responsabilidade civil presentes na legislação brasileira até os dias de hoje, são eles o ato ilícito, dano e nexa causal.

3.1.1. ATO ILÍCITO (CULPOSO)

Inicialmente, é interessante comentar que apenas os autores Gustavo Tepedino, Aline de Miranda Valverde Terra e Gisela Sampaio da Cruz Guedes¹⁸ utilizam a nomenclatura “Ato culposo”, enquanto a imensa maioria dos estudiosos, a exemplo dos já citados Flávio Tartuce¹⁹, Maria Helena Diniz²⁰ se referem ao termo como “Ato ilícito”.

Realizado este primeiro apontamento, para todos os autores, o ato culposo/ilícito se trata de uma conduta inadequada. Tepedino, Miranda e Guedes citam uma ideia de “desvio de conduta”, isto é, um comportamento completamente diferente daquele esperado como “padrão” naquele tipo de relação. Tartuce o aborda como o gerador do dever de indenizar, colocando ênfase em algo praticado “em desacordo com a ordem jurídica, violando direitos e causando prejuízos a outrem”.

Ademais, é necessário destacar que não se trata apenas de um agente que não é legitimado a apresentar certo tipo de conduta, mas, também, aquele que, sendo legitimado, excede os limites daquela legitimidade, por exemplo, um bombeiro pode, no exercício de sua função, quebrar a porta de um carro para salvar alguém, no entanto, sem essa motivação, mesmo titular desse direito, comete ato ilícito.

¹⁸TEPEDINO, Gustavo **Fundamentos do direito civil: responsabilidade civil** / Gustavo Tepedino, Aline de Miranda Valverde Terra, Gisela Sampaio da Cruz Guedes – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021.

¹⁹TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017

²⁰DINIZ, Maria Helena, **Curso de direito civil brasileiro**, 19. Ed., São Paulo, Saraiva, 2005, v. 07.

Em contrapartida, os autores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho²¹, trazem um entendimento ligeiramente divergente a respeito de ato ilícito na caracterização da conduta humana culposa. Em primeiro momento, apresentam que “a responsabilidade civil remete à ideia de atribuição das consequências danosas da conduta do infrator” e que para sua configuração o ato nefasto deve ser contrário ao direito, ilícito ou antijurídico. Ainda, afirmam que “a sede legal da responsabilidade civil, é, precisamente, o ato ilícito”.

No entanto, ao desenvolver o raciocínio, os professores apresentam que, mesmo mencionando o primeiro elemento da responsabilidade civil, não qualificam a conduta humana com a palavra “ilícita, isto é, o dever de indenizar pode existir mesmo em se tratando de um ato lícito, não há, necessariamente, que existir a antijuridicidade. Para exemplificar, citam o art. 1.285 do Código Civil de 2002:

Art. 1.285. O dono do prédio que não tiver acesso a via pública, nascente ou porto, pode, mediante pagamento de indenização cabal, constranger o vizinho a lhe dar passagem, cujo rumo será judicialmente fixado, se necessário.

Neste caso, o possível dever de reparação ocorre derivado de um ato lícito, a ação do autor é completamente amparada pelo direito. Destarte, “a ilicitude não acompanha sempre a ação humana danosa”,

Desse modo, conforme apresentado, alguns autores trazem exceções ao conceito de ato ilícito na responsabilidade civil, mas ressaltam a sua existência como “regra principal”. Este é o entendimento majoritário da doutrina, alinhado com aquilo previsto pelo Código Civil brasileiro²² em seus artigos 186 e 187, que teve o cuidado de explicar exatamente do que se trata o ato ilícito:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes

²¹PAMPLONA, Rodolfo, GAGLIANO, Pablo, **Manual de Direito Civil**: volume único, v. 1, 7 ed. - São Paulo : SaraivaJur, 2023.

²²BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002, **Código Civil Brasileiro**, Brasília, DF, Diário Oficial da União, 2002.

Ainda, o autor Caio Mário da Silva Pereira²³ escreve que o cometimento do ato ilícito viola o direito e causa dano a outrem:

Do conceito de ato ilícito, fundamento da reparação do dano, tal como enunciado no art. 186 do Código Civil, pode-se enunciar a noção fundamental da responsabilidade civil, em termos consagrados, *mutatis mutandis*, na generalidade dos civilistas: obrigação de reparar o dano, imposta àquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem. Dizendo-o de outra maneira, é a obrigação de reparar o dano causado pela culpa do agente.

Em tempo, se faz necessário apresentar que a consequência do ato ilícito é justamente o dever de indenizar, isto é, gera uma responsabilização, uma responsabilidade civil. No contexto da problemática trazida por este trabalho, as grandes empresas cometem, dolosamente, atos ilícitos reiterados com o intuito de auferirem mais lucro ou diminuírem um possível prejuízo, conforme já apresentado na teoria do “dano eficiente”, isto é, tais condutas são consideradas ilícitas por representarem uma violação ao direito de seus clientes ou até mesmo colocar suas vidas em risco.

3.1.2. DANO

Primeiramente, segundo os autores Tepedino, Miranda e Guedes²⁴ o dano é o elemento central da responsabilidade civil, ele é entendido como uma lesão a qualquer interesse jurídico merecedor de tutela, ou seja, a responsabilidade civil é encarada como um “sistema aberto”, não atribuindo o dever de indenizar somente aquele que violasse os modelos legais pré-estabelecidos, devendo ser realizado, na verdade, uma “análise de injustiça do dano”. No ordenamento jurídico do país, existem dois tipos de dano, o patrimonial, que são só danos emergentes, isto é, o que efetivamente se perdeu ou deixou de ganhar e o moral que se caracteriza como a lesão de “qualquer aspecto ligado a dignidade da pessoa humana”, direitos de conteúdo não pecuniário.

²³Pereira, Caio Mário da Silva, **Responsabilidade Civil** / Caio Mário da Silva Pereira; Gustavo Tepedino. – 12. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

²⁴TEPEDINO, Gustavo **Fundamentos do direito civil: responsabilidade civil** / Gustavo Tepedino, Aline de Miranda Valverde Terra, Gisela Sampaio da Cruz Guedes – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021.

Ademais, os doutrinadores discorrem sobre o dano moral e seu arbitramento. Diferentemente do dano patrimonial ou material, em que o valor dos haveres é ressarcido, no dano referente a direitos de conteúdo não pecuniário vale o arbitramento de valores conforme o “sofrimento” do prejudicado, impossibilitando a criação, por exemplo de uma tabela que enumere os valores a serem pagos, devido ao fato de cada prejuízo ser absorvido de diferentes formas por cada indivíduo. Para exemplificar tal situação, foi trazido o clássico exemplo do pianista, que ao ter seu dedo decepado justifica um valor indenizatório completamente diferente de um taxista que perdeu o mesmo membro, justamente por seu labor depender deste.

Outrossim, expõe-se a crítica a como é realizado o arbitramento dos danos morais no Brasil, sem nenhum embasamento teórico, apenas discricionariedade do Juízo, o que resulta em montantes não ressarcitórios e insuficientes. Além disso, o remédio tradicional das perdas e danos induz o entendimento de que a lesão a direitos existenciais é a todos permitida mediante ao pagamento de um preço.

Além disso, sobre dano, a autora Maria Helena Diniz ²⁵destaca que é necessário entender o seu significado:

O dano é um dos pressupostos da responsabilidade civil, contratual ou extracontratual, visto que não poderá haver ação de indenização sem a existência de um prejuízo. Só haverá responsabilidade civil se houver um dano a reparar, sendo imprescindível a prova real e concreta dessa lesão. Para que haja pagamento da indenização pleiteada é necessário comprovar a ocorrência de um dano patrimonial ou moral, fundados não na índole dos direitos subjetivos afetados, mas nos efeitos da lesão jurídica. (1999, p.55.)

Segundo Sergio Cavalieri Filho²⁶, o dano é “o grande vilão da responsabilidade civil”, e está localizado no centro da obrigação de indenizar, isto é, não existe dever de indenizar sem que haja o dano, não basta conduta ilícita, não basta risco de dano, sem que ocorra uma consequência concreta prejudicial ao patrimônio ou mesmo a moral do indivíduo. Para exemplificar o dito, utiliza o exemplo de alguém que avança o sinal propositadamente e não atropela nem bate em ninguém, mesmo se tratando de um ato ilícito não há de se falar em dever de indenizar quem quer que seja. Além disso, discorre que o objetivo da indenização é reparar o

²⁵DINIZ, Maria Helena, **Curso de direito civil brasileiro**, 19. Ed., São Paulo, Saraiva, 2005, v. 07.

²⁶Cavalieri Filho, Sergio, **Programa de responsabilidade civil** / Sergio Cavalieri Filho. – 16. ed. – .

dano sofrido pela vítima, logo, indenização sem dano importaria em enriquecimento ilícito.

Ademais, afirma que não há uma definição legal de dano, sendo, deste modo, o motivo para a proliferação de modalidades de dano, uma “verdadeira inundação de danos acessíveis nada criteriosa”. Para ele, o ponto de partida para a conceituação seria na verdade a origem deste dano, levando em conta o objeto da lesão e não os prejuízos gerados, sejam estes econômicos ou emocionais. Por isso, explica:

Correto, portanto, conceituar o dano como sendo lesão a um bem ou interesse juridicamente tutelado, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc. Em suma, dano é lesão de um bem jurídico, tanto patrimonial como moral, vindo daí a conhecida divisão do dano em patrimonial e moral.

Gagliano e Pamplona²⁷, acompanham Cavalieri Filho na máxima de que o dano é indispensável para a configuração da responsabilidade civil. Os autores o conceituam como “a lesão a um interesse jurídico tutelado – patrimonial ou não -, causado por ação ou omissão do sujeito infrator”. Ademais, os professores defendem que o dever de indenizar ocorre não somente na violação de patrimônio que se pode estimar economicamente, também na violação de direitos naturais dos indivíduos. Por fim, ressaltam que toda forma de dano é de interesse da coletividade, mesmo tratando-se de um ilícito causado a apenas uma pessoa, tendo em vista que vivemos em sociedade e a violação patrimonial de outrem repercute na esfera pessoal do seu convívio social.

Tartuce, sobre o mesmo assunto destaca que, em regra, conforme artigo 373, I do Código de Processo Civil²⁸ “Art. 373. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito”, no entanto, alguns casos específicos admitem a inversão do ônus da prova (responsabilidade que cada parte tem de apresentar provas e sustentar suas alegações), a exemplo das hipóteses que envolvem relações de consumo, como é o caso das situações problema trazidas por

²⁷PAMPLONA, Rodolfo, GAGLIANO, Pablo, **Manual de Direito Civil**: volume único, v. 1, 7 ed. - São Paulo : SaraivaJur, 2023.

²⁸BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 29/09/2024

esse TCC. Estas, são ligações consumeristas entre grandes empresas e indivíduos comuns, conseqüentemente hipossuficientes em relação aos grandes conglomerados. Tal inversão está prevista na Lei 8.078/1990²⁹ (Código de Defesa do Consumidor) em seu artigo 6º, VIII:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor: VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

Continuando em seu pensamento, o professor mantém a ideia de que os danos patrimoniais são aqueles prejuízos que atingem o patrimônio enquanto os morais são aqueles que lesionam os direitos da personalidade, acrescentando, por sua vez, a informação de que não existe função de acréscimo patrimonial para a vítima, apenas uma compensação pelos males suportados. Deste modo, destaca-se o caráter reparatório da responsabilidade civil, isto é, a clara intenção de ressarcir a vítima e restituí-la ao estado anterior da ocorrência do ilícito, não se importando com a punição do ofensor e nem muito menos com a formação de exemplo para outros potenciais agressores.

No entanto, mesmo com a doutrina apontando, majoritariamente, para o caráter meramente compensatório da responsabilidade civil, diversos julgados brasileiros trazem a majoração da punição por danos morais além da satisfação dos prejuízos não patrimoniais da vítima, em uma clara tentativa do Juízo de arbitrar uma indenização com um caráter punitivista, isto é, na tentativa de funcionar como um castigo para as grandes empresas, tendo em vista que a mera indenização individual não causa grandes prejuízos as firmas, incentivando condutas reiteradas.

3.1.3. NEXO DE CAUSALIDADE

Segundo Carlos Roberto Gonçalves, uma das condições para a responsabilidade é a existência de um nexo causal entre o ato ilícito e o dano, sem essa relação não há de se falar em dever de indenizar. Nesse contexto, surge um importante obstáculo, por vezes existe uma dificuldade em identificar a verdadeira

²⁹BRASIL. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990, **Código de Defesa do Consumidor**, Brasília, DF, Diário Oficial da União, 1990

causa do dano, principalmente se ocorre o aparecimento de concausas, isto é, qual o critério para apontar a circunstância determinante para tal prejuízo? Por isso que, o enunciado n.659 da IX Jornada de Direito³⁰ dispôs que “O reconhecimento da dificuldade em identificar o nexo de causalidade não pode levar à prescindibilidade da sua análise”.

Ademais, na busca pelo nexo causal, o autor apresenta a teoria da equivalência das condições, isto é, qualquer fator que tenha colaborado para gerar o dano é visto como uma causa, ou seja, se um desses elementos fosse eliminado, o dano não aconteceria. Entretanto, esta forma de pensamento pode conduzir a “resultados absurdos dentro do direito”, por exemplo, poderia ser responsabilizado a empresa fabricante de um armamento em seu uso para matar alguém.

Por isso, apresentou a teoria da causalidade adequada, “somente considera como causadora do dano a condição por si só apta a produzi-lo”, ou seja, ocorrendo o evento danoso, temos de ser capazes de identificar o fato que o originou como capaz para lhe dar causa, aqui se busca identificar, em um cenário de diversas condutas, qual foi a adequada a causar o dano.

Ainda, apresentou a teoria dos danos diretos e imediatos, que funciona como um meio termo entre as duas outras apresentadas. Nessa tese, entre a conduta e o dano tem de haver uma relação de causa e efeito direta e imediata, por exemplo, em uma situação hipotética em que um indivíduo faleceu e podem ser identificadas diversas condutas ilícitas que estão diretamente ligadas a este padecimento, cada agente responde somente pelos danos que resultem direta e imediatamente de sua conduta. Esta é a teoria adotada pelo Código Civil, como está expresso em seu art. 403:

Art. 403: Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

³⁰BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Enunciado n. 659. IX Jornada de Direito Civil, 25 a 26 de outubro de 2019.** Brasília, DF: STJ, 2019. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comissoes/JornadasDireitoCivil.aspx>. Acesso em: 20/09/2024

Outrossim, Stolze e Pamplona³¹ também apresentam as três teorias trazidas acima, concordando com a afirmação de que a teoria dos danos diretos e imediatos é a mais adequada “pois não apresenta o nível de insegurança jurídica e subjetividade apresentados em alto grau pelas teorias anteriores”. Ainda, a define como: “Causa, para esta teoria, seria apenas o antecedente fático que, ligado por um vínculo de necessariedade ao resultado danoso, determinasse este último como uma consequência sua, direta e imediata”.

Mesmo assim, admitindo que existe certa imprecisão doutrinária para estabelecer a teoria adotada pelo Código Civil Brasileiro, os professores defendem que se trata da teoria da causalidade adequada: “Respeitável parcela da doutrina, nacional e estrangeira, tende a acolher a teoria da causalidade adequada, por se afigurar, aos olhos destes juristas, a mais satisfatória para a responsabilidade civil”.

Tartuce³², por sua vez classifica o nexo de causalidade ou nexo causal como um “elemento virtual da responsabilidade civil, constituindo a relação de causa e efeito entre a conduta culposa – ou o risco criado – e o dano suportado por alguém”. Ademais, o autor Sergio Cavalieri Filho³³ escreve que o conceito de nexo causal não é jurídico, decorre de “leis naturais”, isto é, “o vínculo, a ligação ou relação de causa e efeito entre conduta e resultado”.

Além destes, os autores Gustavo Tepedino, Aline de Miranda Valverde Terra e Gisela Sampaio da Cruz Guedes³⁴ também destacam que o nexo de causalidade é o elo entre os dois elementos já citados, e, ainda, destaca a subteoria da necessidade da causa que traz a seguinte máxima: “deve-se atribuir o dever de reparar quando o evento danoso é efeito necessário de certa causa”.

Dessa forma, podemos interpretar que o nexo é, em síntese, o elo que liga a conduta danosa (ato ilícito) ao dano propriamente dito, isto é, a relação de causalidade entre estes dois conceitos, sem esta necessária ligação não há como existir o dever de indenizar, o dano não estaria justificado e relacionado com o ato

³¹PAMPLONA, Rodolfo, STOLZE, Pablo, **Manual de Direito Civil**: volume único, 7. ed. São Paulo, Saraiva Jur, 2023

³²TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017

³³CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil, 6. Ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 70.

³⁴TEPEDINO, Gustavo **Fundamentos do direito civil**: responsabilidade civil / Gustavo Tepedino, Aline de Miranda Valverde Terra, Gisela Sampaio da Cruz Guedes – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021.

ilícito do ofensor. Por fim, é importante destacar que o critério mais adequado para definir a circunstância determinante para o prejuízo é a teoria dos danos diretos e imediatos, em que cada indivíduo é responsável apenas pelos danos que surgem de forma direta e imediata, ou seja, que estão diretamente ligados à sua conduta.

3.2 BINÔMIO PUNITIVO-COMPENSATÓRIO

Apresentados as funções, elementos e conceitos basilares da responsabilidade civil contextualizados ao cenário da problemática apresentada, eis o momento de caracterizar os limites desse sistema e seus pontos fracos que permitem a existência da ausência da responsabilização adequada das grandes empresas por seus danos reiterados aos consumidores, já classificados como “danos eficientes”.

De maneira convergente com as abordagens apresentadas acima, o autor Vinicius Silva Lemos³⁵ traz, em artigo publicado na Revista da Faculdade de Direito da UERJ, a ideia de que o único dano em que a reparabilidade traz consigo a restituição de um *status quo* anterior é o material. O dano moral, a lesão a honra, não tem a capacidade de reestabelecer momento anterior ao ato ilícito, mantendo, destarte, seu caráter compensatório.

Acontece, no entanto, que essa compensação é, ainda conforme o mesmo autor, baseada no binômio punitivo-compensatório, em que, primeiramente, se busca a reparação da dor e somente em um segundo momento há a intenção de punir educativamente o infrator objetivando a desmotivação do cometimento de ato ilícito similar. Assim sendo, a reparação é realizada de maneira equilibrada, para o infrator, não se pode deixá-lo sem a culpabilidade e punibilidade nem se pode exagerar na sua punibilidade de forma a inviabilizar sua própria reparabilidade. Já em relação a vítima, o *quantum* indenizatório deve ser dosado no valor necessário para apaziguar sua dor de maneira adequada não podendo ultrapassá-lo para não caracterizar enriquecimento ilícito.

³⁵SILVA LEMOS, Vinicius. **Dano Punitivo: a necessidade da separação do dano punitivo e dapunibilidade do dano moral**. Revista da Faculdade de Direito da UERJ, v.2, n.26, 2014. ISSN: 22363475

Em tempo, o professor Tartuce³⁶ apresenta o conceito de binômio, nomeando-o como princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, citando o caráter secundário da função pedagógica ou educativa das indenizações.

Na linha dos julgados, se, por um lado, deve-se entender que a indenização tem função pedagógica ou educativa para futuras condutas, por outro, não pode o valor pecuniário gerar o enriquecimento sem causa ou a ruína do ofensor, devendo ser aplicado o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade na fixação do *quantum* indenizatório.

Ademais, sobre o assunto, Carlos Roberto Gonçalves³⁷ traz uma controvérsia a respeito da natureza da reparação do dano moral, alguns autores vislumbram um caráter punitivo – como fator de desestímulo, sancionatório - enquanto outros, enxergam que esta classificação viola o fundamento da reparação do dano moral, e acrescentam que em casos que o ato ilícito atinge maior gravidade, quando a conduta é considerada crime, o direito penal atua impondo a punição apropriada ao infrator.

Ainda segundo o autor, o caráter que tem prevalecido é duplo, o dano moral é “compensatório para a vítima e punitivo para o ofensor”, isto é, ao mesmo tempo que serve como reparação para a mitigação do sofrimento, serve como punição ao lesante agindo também para o desestímulo da ação. É o mesmo entendimento de Maria Helena Diniz³⁸:

a reparação pecuniária do dano moral é um misto de pena e de satisfação compensatória, tendo função: a) *penal*, ou *punitiva*, constituindo uma sanção imposta ao ofensor, visando a diminuição de seu patrimônio, pela indenização paga ao ofendido, visto que o bem jurídico da pessoa – integridade física, moral e intelectual – não poderá ser violado impunemente, subtraindo-se o seu ofensor às consequências de seu ato por não serem reparáveis; e b) *satisfatória* ou *compensatória*, pois, como o dano moral constitui um menoscabo a interesses jurídicos extrapatrimoniais, provocando sentimentos que não têm preço, a reparação pecuniária visa proporcionar ao prejudicado uma satisfação que atenua a ofensa causada

³⁶TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017

³⁷Gonçalves, Carlos Roberto, **Direito civil brasileiro v. 4** - responsabilidade civil / Carlos Roberto Gonçalves. - 19. ed. - São Paulo : SaraivaJur, 2024.

³⁸DINIZ, Maria Helena, **Curso de direito civil brasileiro**, 19. Ed., São Paulo, Saraiva, 2005, v. 07.

Em complemento, Gonçalves escreve a respeito da quantificação do dano moral e admite a dificuldade para definir parâmetros seguros para a sua estimação. Inicialmente, relata que não pode ser realizado um tabelamento pelo fato de que os possíveis ofensores poderiam avaliar se compensaria praticar aquele dano baseado nos valores previamente estipulados pela justiça como forma compensatória, por isso, tais quantias são arbitradas livremente pelo Juízo. Ademais, destaca que os valores não podem ser tão expressivos a ponto de se converterem em enriquecimento ilícito ou tão inexpressivos que não consigam compensar o dano, isto é, uma clara descrição do binômio punitivo-compensatório por este capítulo apresentado.

Outrossim, Sergio Cavalieri Filho demonstra concordar com a afirmação de que o dano moral possui o caráter compensatório e punitivo, admitindo a possibilidade de adoção do caráter sancionatório quando o comportamento do ofensor configurar dolo ou culpa grave:

A indenização punitiva do dano moral pode ser também adotada quando o comportamento do ofensor se revelar particularmente reprovável – dolo ou culpa grave – e, ainda, nos casos em que, independentemente de culpa, o agente obtiver lucro com o ato ilícito ou incorrer em reiteração da conduta ilícita.

O professor também fala sobre critério de equidade baseando-se em uma máxima criada por Aristóteles:

Segundo Aristóteles, a equidade tem uma função integradora e outra corretiva. A primeira, que é a que nos interessa, tem lugar quando há vagueza, imprecisão ou omissão na lei, caso em que o juiz deve usar a equidade para resolver o caso, sem chegar ao ponto de criar uma norma geral, como se fosse o legislador. Essa equidade integradora ou supridora de lacuna permite ao juiz, partindo das circunstâncias do caso específico que está enfrentando, chegar a uma conclusão, independentemente da necessidade de criar uma norma. Deve o juiz procurar expressar, na solução do caso, aquilo que corresponda a uma ideia de justiça da consciência média, que está presente na sua comunidade. Será, em suma, a justiça do caso concreto, um julgamento justo, temperado, fundado no sentimento comum de justiça. Aquilo que o próprio legislador diria se estivesse presente; o que teria incluído na lei se tivesse conhecimento do caso.

Nesse diapasão, imaginemos a aplicação prática dessa “balança da justiça” em que se busca o equilíbrio apresentado nas situações trazidas por este trabalho. Uma empresa de telefonia móvel que cobra, de forma reiterada, serviços não solicitados pelos seus clientes, em uma clara demonstração de dolo, isto é, da presença de dano eficiente, será condenada a indenizar alguns de seus clientes que

buscaram a tutela jurisdicional, no entanto, o *quantum* indenizatório é limitado pelo instituto do enriquecimento ilícito, isto é, o montante limitado prejudica a possibilidade de existência de um caráter punitivo, desestimulante, tendo em vista a imensa capacidade financeira da empresa. Desse modo, a companhia não será punida adequadamente, pois despenderá um ínfimo valor para quitar tais indenizações e continuará com a conduta lesiva por ser lucrativa.

Ainda, seguindo o mesmo exemplo de uma montadora de automóveis que coloca no mercado um carro reconhecidamente defeituoso, se sabe que ela será condenada a pagar apenas por aqueles poucos indivíduos que buscaram a Justiça e dificilmente será reconhecida a necessidade de um *recall* – chamada para correção gratuita de todos os lotes defeituosos de um produto -. Essa certeza, mesmo que amoral torna o ato ilícito interessante para a empresa, que o escolherá sempre que for conveniente.

Sobre tal problemática, Flavio Tartuce³⁹ aborda exatamente a possibilidade das condutas reiteradas:

(...) Fazendo uma análise crítica, muitas vezes os valores fixados pelos magistrados a título de indenização moral são irrisórios ou de pequena monta, não tendo o caráter pedagógico ou até punitivo alegado. Por isso, muitas empresas acabam reiterando suas condutas de desrespeito aos direitos perante a sociedade.

Finalizando a linha de raciocínio e apresentado como funciona o sistema de responsabilidade civil adotado no país, é nítido que a problemática trazida à baila não é atendida adequadamente. O caráter meramente compensatório nas indenizações, limitadas pelo enriquecimento ilícito não é suficiente para conter a crescente “indústria das indenizações”. Para a empresa compensa calcular os valores gastos nos pagamentos de indenizações, tendo em vista que são valores ínfimos em relação ao capital desses grandes grupos.

3.3. A VISÃO DO DIREITO CONSUMERISTA NA RELAÇÃO EMPRESA X CONSUMIDOR

³⁹TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*: volume único. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017

Inicialmente, os autores Gustavo Tepedino, Aline de Miranda Valverde Terra e Gisela Sampaio da Cruz Guedes⁴⁰ relembram que a proteção do consumidor é garantida pela Constituição Federal em seus artigos 5º, XXXII: “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” e 170, V:

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;

Deste modo, é nítido a importância da proteção do consumidor como princípio em um contexto da ordem econômica pautada na valorização do trabalho humano e da livre iniciativa. Essa proteção é colocada em um rol taxativo junto com outros importantes princípios como a soberania nacional, propriedade privada, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, entre outros.

No que concerne a responsabilidade civil, diferentemente da divisão em extracontratual e contratual, o Código de Defesa do Consumidor⁴¹ tem duas seções que abordam o assunto, uma que regula a responsabilidade civil por fato do produto ou do serviço e outra pelo vício do produto ou do serviço. Ainda, o CDC traz uma equiparação importante em seu artigo 17: “equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento”, ou seja, todas as vítimas do evento danoso são vistas como consumidores, protegendo a todos os afetados, independente da posição jurídica ocupada.

Outrossim, a previsão legal no CDC da responsabilidade civil surge como uma tentativa de redução das disparidades nas relações consumeristas, tendo em vista que o ônus da prova ao consumidor gera uma inigualável dificuldade devido sua baixa capacidade de produção de provas perante grandes conglomerados empresariais. Tal hipossuficiência apresentada não se trata de disparidade apenas econômica, mas também técnica e jurídica, isto é, nem todo consumidor tem pleno conhecimento a respeito de seus direitos ou corpo jurídico de qualidade, pré-constituído, para representá-lo diante da Justiça. Por isso o legislador foi criterioso ao

⁴⁰TEPEDINO, Gustavo **Fundamentos do direito civil: responsabilidade civil** / Gustavo Tepedino, Aline de Miranda Valverde Terra, Gisela Sampaio da Cruz Guedes – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021.

⁴¹BRASIL. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990, **Código de Defesa do Consumidor**, Brasília, DF, Diário Oficial da União, 1990.

definir casos específicos para que a indenização ocorra, por parte do fornecedor, independentemente de comprovação de culpa.

Ademais, a base legal para a proteção jurídica do consumidor se inicia na Constituição Federal, conforme já apresentado, e passa pelo CDC⁴² em seu art. 6º, VII, que garante “o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados”.

Ainda, em seus artigos 12 e 14, o Código Consumerista prevê exatamente a inversão do ônus da prova para o fabricante, produtor, construtor, importador e fornecedor de serviços, elencando inclusive as situações em que, se os citados comprovarem a existência, não serão responsabilizados:

Art. 12. O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

(...) § 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

I - que não colocou o produto no mercado;

II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;

III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

(...) § 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Sobre o assunto, os autores Tepedino, Konder e Bandeira discorrem:

Ao lado da unificação dos sistemas de responsabilidade civil, o Código de Defesa do Consumidor estabeleceu a prescindibilidade da comprovação de culpa do responsável legal, trazendo um fundamento objetivo ao dever de indenizar. Trata-se de responsabilidade objetiva em que não há cogitação de culpa: presentes os pressupostos da responsabilidade (o defeito, o dano e o nexo causal), não é dado ao responsável legal eximir-se do dever de indenizar com base na prova de ausência de culpa

⁴²BRASIL. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990, **Código de Defesa do Consumidor**, Brasília, DF, Diário Oficial da União, 1990.

Segundo Paulo R. Roque A. Khouri, em sua obra “Direito do Consumidor: Contratos, Responsabilidade Civil e Defesa do Consumidor em Juízo”⁴³, existe responsabilidade civil em relações de consumo, assim como em outros tipos de relação. O dano e o nexo causal possuem o mesmo tratamento que em matérias de direito civil, no entanto, a responsabilização no direito consumerista tem suas particularidades.

Inicialmente, o autor elenca a responsabilidade objetiva do fabricante e do fornecedor, ou seja, são responsabilizados independente de culpa pelos danos advindos daquilo que colocaram no mercado, mencionando os fundamentos que autorizam tal diferenciação, os já citados artigos 12 e 14 do CDC. Ademais, existe a obrigação dos fornecedores e fabricantes em garantir que aquilo colocado para o mercado de consumo não acarretará riscos a saúde e segurança de quem os consome, o chamado princípio da adequação, denotando, deste modo, que a violação deste dever, juntamente com a existência de dano, se afasta de uma interpretação de mera fatalidade, mesmo que apenas um produto dentre milhões produzidos cause prejuízo ao consumidor.

Ademais, segundo Silvio Luís Pereira Rocha⁴⁴, em seu artigo “A responsabilidade pelo fato do produto no Código de Defesa do Consumidor”:

O conceito de segurança legitimamente esperada é importante para compreendermos o alcance das normas contidas no Código de Defesa do Consumidor, porque referido diploma legal não normatizou a utopia dos produtos sem riscos ao consumidor. Ao contrário, os riscos à saúde e segurança dos consumidores são aceitáveis ‘desde que normais e previsíveis’ (arts. 8º e 9º). Existem produtos que contêm riscos intrínsecos à sua qualidade ou modo de funcionamento, conhecidos como produtos de periculosidade inerente e existem aqueles que se tornaram perigosos em razão de um defeito, chamados de periculosidade adquirida.

Outrossim, complementando seu pensamento, o professor Roque escreve que o CDC garante, inclusive, que o produto causador de dano ao consumidor, mesmo que tenha passado em testes de segurança, por ele deve seu fornecedor responder,

⁴³KHOURI, Paulo R. Roque A, **Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo** / Paulo R. Roque A. Khouri. – 7. ed. – São Paulo: Atlas, 2021.

⁴⁴ROCHA, Sílvio Luís Ferreira. **A responsabilidade pelo fato do produto no Código de Defesa do Consumidor**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 5, p. 43-44, 1993.

isto é, tendo em vista que se causou o evento danoso, há uma problemática em sua concepção.

Além dele, Carlos Roberto Gonçalves⁴⁵ redige a respeito de responsabilidade civil e Código de Defesa do Consumidor, destacando que fornecedor é aquele que mantém habitualmente atividades inerentes ao comércio, afastando contratos de compra e venda não habituais da alçada do CDC. Ainda, rechaça o conceito de responsabilidade objetiva e solidária dos produtores e fornecedores, apresentando os mesmos conceitos já citados pelos outros autores apresentados neste tópico.

Concernente ao mesmo tema, Flavio Tartuce e Daniel Amorim, em sua obra “Manual do Direito do Consumidor”⁴⁶, escrevem:

Como demonstrado exaustivamente no presente estudo, o Código Brasileiro Defesa do Consumidor consagra como regra a responsabilidade objetiva e solidária dos fornecedores de produtos e prestadores de serviços, frente aos consumidores. Tal opção visa a facilitar a tutela dos direitos do consumidor, em prol da reparação integral dos danos, constituindo um aspecto material do acesso à justiça. Desse modo, não tem o consumidor o ônus de comprovar a culpa dos réus nas hipóteses de vícios ou defeitos dos produtos ou serviços. Trata-se de hipótese de responsabilidade independente de culpa, prevista expressamente em lei, nos moldes do que preceitua a primeira parte do art. 927, parágrafo único, do Código Civil.

Ademais, os autores pautam a responsabilidade objetiva na “teoria do risco-proveito”, isto é, o fornecedor que expõe consumidores, estes sendo determinados ou indeterminados, para deles retirar um benefício -seja monetário ou não - direto ou indireto, deve arcar com os impactos de sua operação de forma objetiva, gerando a inversão do ônus da prova. Ainda, comenta a respeito da exceção a essa regra, os profissionais liberais prestadores de serviço. Estes, podem ser responsabilizados apenas mediante prova de culpa, isto é, subjetivamente.

Aprofundando um pouco o estudo da responsabilidade objetiva, os professores identificam que o conceito da culpa presumida gera confusões entre os aplicadores do Direito. A grande diferença entre os dois institutos é nos casos em que

⁴⁵GONÇALVES, Carlos Roberto, **Direito civil brasileiro v. 4** - responsabilidade civil / Carlos Roberto Gonçalves. - 19. ed. - São Paulo: SaraivaJur, 2024.

⁴⁶TARTUCE, Flávio; **Manual de direito do consumidor: direito material e processual**, volume único / Flávio Tartuce, Daniel Amorim Assumpção Neves. – 9. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020

o réu prova que não deu causa, enquanto na culpa presumida este não responderá, na responsabilidade objetiva a comprovação não basta para eximir-se da responsabilidade, apenas os casos de excludentes de nexo de causalidade podem afastar, previstas nos já apresentados artigos 12 §3º e 14 §3º do Código de Defesa do Consumidor⁴⁷.

Os autores, apresentam também o conceito de consumidor equiparado, esclarecendo que se trata de todos aqueles prejudicados pelo evento de consumo, isto é, as vítimas não necessariamente possuem relação direta com o fornecedor ou prestador, para exemplificar, redigem:

(...) imagine-se o caso de compra de um eletrodoméstico, de uma televisão. Várias pessoas estão na residência do consumidor-comprador assistindo a um filme, quando, de repente, o aparelho explode, atingindo todos os que estão à sua volta. Pois bem, não só o comprador do aparelho, que manteve a relação contratual direta com o fabricante, mas todos aqueles prejudicados pelo evento danoso poderão pleitear indenização daquele, eis que são consumidores por equiparação

Em tempo, é importante apresentar a noção de responsabilidade solidária trazida pela Lei 8.078/90, que se trata da atribuição do dever de reparar a todos os envolvidos no processo de fabricação e distribuição do produto, sendo dispensada a existência de vínculo contratual entre os membros da cadeia produtiva e de distribuição e do consumidor. Ademais, insta destacar que mesmo solidária, a responsabilidade ainda se mantém objetiva, sobre o assunto, Paulo Roque Khouri⁴⁸ escreve:

Pode ocorrer que acidente de consumo tenha sido causado por uma peça incorporada ao produto, como, por exemplo, o pneu de um carro. Não é a montadora que, obviamente, fabrica os pneus de seus carros. Entretanto, ela assume o risco pelo produto como um todo, como se o produto fosse um todo indivisível. Nesse caso, o fabricante direto do bem responde, bem como o fabricante específico da peça defeituosa, na qualidade de responsável solidário, conforme estabelece o § 2º do art. 25: “Sendo o dano causado por componente ou peça incorporada ao produto ou serviço, são responsáveis solidários seu fabricante, construtor ou importador e o que realizou a incorporação.” O consumidor stricto sensu do art. 2º, ou o equiparado do art. 17, pode acionar, nos termos do art. 275, caput, do atual CC, que trata da solidariedade passiva, tanto o fabricante do carro, como o fabricante do pneu, ou, se preferir, os dois conjuntamente.

⁴⁷BRASIL. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990, **Código de Defesa do Consumidor**, Brasília, DF, Diário Oficial da União, 1990.

⁴⁸KHOURI, Paulo R. Roque A, **Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo** / Paulo R. Roque A. Khouri. – 7. ed. – São Paulo: Atlas, 2021.

Por fim, apresentados a base constitucional da proteção ao consumidor, a responsabilidade objetiva das empresas, a inversão do ônus da prova, a responsabilidade solidária dos produtores e distribuidores, é possível identificar a relação consumerista existente na problemática trazida por este trabalho. Grandes empresas que optam pelo dano eficiente, seja este aplicado no fornecimento de serviços ou de produtos mantém uma relação regida pelo CDC. Tal vínculo significa que a firma possui responsabilidade objetiva, em que não há cogitação de culpa, o consumidor é parte hipossuficiente da relação e toda a cadeia de produção e distribuição responde solidariamente pelo dano causado.

3 OS DANOS POSITIVOS NO CONTEXTO TRAZIDO PELA LEI DE CONCORRÊNCIA (LEI 12.529/2011)

Em se tratando de uma problemática que envolve relações consumeristas, as empresas podem, facilmente, utilizar o dano eficiente como benefício concorrencial. Em um cenário de apertadas margens de lucro e muita competição empresarial qualquer valor a mais que entre nos balanços financeiros fazem a diferença para a sustentabilidade econômica de uma empresa, possibilitando a consolidação de políticas de preço agressivas, desleais com as corporações que não praticam atos ilícitos de maneira reiterada.

Deste modo, segundo o autor Paulo Burnier da Silveira em sua obra “Direito da Concorrência”⁴⁹, “os ilícitos concorrências constituem uma violação às normas do Direito da Concorrência”. Ademais, apresenta o Direito da Concorrência como uma área que possui escopo constitucional, e, duas legislações principais, quais são a lei 12.529/2011⁵⁰, que aborda as infrações à ordem econômica, que tutela direitos difusos e está sob escrutínio do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) e a

⁴⁹SILVEIRA, Paulo Burnier da. **Direito da concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

⁵⁰BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1 dez. 2011. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm. Acesso em 04/10/2024.

Lei 9.279/1996⁵¹, que, entre outros pontos, trata sobre os limites da propriedade industrial, com tutela limitada aos direitos individuais afetados.

Ainda, os ilícitos concorrenciais podem ser divididos em dois, infrações à ordem econômica e práticas de concorrência desleal, segundo o Burnier:

Os ilícitos concorrenciais se subdividem em infrações à ordem econômica e a práticas de concorrência desleal. As infrações à ordem econômica estão reguladas pela Lei 12.529/2011, que tutela direitos difusos e está sob escrutínio do CADE. As práticas de concorrência desleal estão delineadas na Lei 9.279/1996, com tutela limitada aos direitos individuais afetados. Os ilícitos concorrenciais podem gerar responsabilidade civil, administrativa e/ou criminal, a depender da sua natureza.

No Brasil, o CADE, ainda segundo Burnier, é a “autoridade da concorrência com poderes administrativos para a persecução de condutas anticompetitivas e o controle de atos de concentração com potencial impacto negativo na economia nacional” e, a legislação concorrencial centralizou, neste conselho, a investigação de práticas competitivas e a análise de fusões e aquisições. A já apresentada Lei 12.529/2011 é a grande responsável pela sua modernização, garantindo maior independência funcional e eficiência nas análises.

Outrossim, a Secretaria Nacional do Consumidor (SENACOM), também criada pela Lei 12.529/2011 é a responsável pela defesa do consumidor, que, como já abordado, em algumas práticas de concorrência desleal podem culminar no desrespeito a normas consumeristas, afetando-os de forma direta.

Já Vicente Bagnoli, em sua obra “Comentários à nova lei da defesa da concorrência (Lei 12.529/2011)⁵²”, destaca a criação do SBDC (Sistema Brasileiro da Defesa da Concorrência”, e escreve que os órgãos responsáveis por esta defesa devem formar um sistema coeso, com ações, mecanismos, estratégias, alinhadas entre si, evitando qualquer desarticulação.

Ademais, salienta o objetivo principal do direito concorrencial:

(...) a defesa do bem-estar econômico de toda a coletividade, através da promoção de uma economia competitiva onde os consumidores possam

⁵¹BRASIL. **Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996**. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 15 maio 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm. Acesso em: 04/10/2024.

⁵²ANDERS, Eduardo Caminati; BAGNOLI, Vicente; PAGOTTO, Leopoldo (coord.). **Comentários à nova lei de defesa da concorrência: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012.

dispor da maior variedade de produtos pelos menores preços possíveis. A própria Lei, logo no seu primeiro artigo, destaca que a “coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei

Portanto, o entendimento é que a lei concorrencial tem o objetivo de proteger a concorrência no mercado, por meio da repressão e prevenção de práticas que possam prejudicar a competição, isto é, sem focar na proteção individual dos concorrentes.

3.2 O ATO ILÍCITO CONCORRENCIAL E A PREVISÃO NORMATIVA NO BRASIL: ABORDAGEM DA ESFERA CÍVEL

Segundo Micaela Barros Barcelos Fernandes em seu artigo científico “As respostas punitiva e reparatória previstas na lei de defesa da concorrência brasileira ao ato ilícito concorrencial⁵³” publicado na Revista da Defesa da Concorrência, o ato ilícito concorrencial está ligado a esfera privada, que possui viés reparatório através da responsabilização civil, em que qualquer vítima pode buscar a tutela de seus interesses, sejam empresas ou consumidores. A tutela mencionada poderá ser requerida de maneira preventiva, na intenção de tornar dificultosa a conduta que gere infração ou reparatória após a cometimento de ato ilícito concorrencial.

Ademais, podemos entender a previsão contida na lei 12.509 em seu art. 47:

Art. 47. Os prejudicados, por si ou pelos legitimados referidos no [art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990](#), poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação.

Para melhor entendimento, lembremos que os legitimados pelo artigo referidos são, Ministério Público, União, Estados, Municípios, Distrito Federal, entidades, órgãos da administração pública e associações legalmente constituídas a

⁵³FERNANDES, Micaela Barros Barcelos. **As respostas punitiva e reparatória previstas na lei de defesa da concorrência brasileira ao ato ilícito concorrencial**, Revista de Defesa da Concorrência, Brasília, v. 10, n. 2, p. 64-80, 2022

mais de um ano que incluam em seu fim constitucional a defesa de interesses e direitos protegidos pelo Código do Consumidor. Deste modo, também é necessário esclarecer o que são interesses individuais homogêneos.

Com essa finalidade, os doutrinadores Fred Didier Jr e Hermes Zaneti Jr em sua obra “Curso de direito processual civil: Processo Coletivo”⁵⁴ conceituam direitos individuais homogêneos como “direitos nascidos em consequência da própria lesão, em que a relação jurídica entre as partes é fato lesivo”, ainda, complementa que não é necessário que o fato tenha acontecido em um só lugar ou momento histórico, mas “que dele decorra a homogeneidade entre os direitos dos diversos titulares de pretensões individuais”.

Outrossim, em consonância com o apresentado pelos professores Didier e Zaneti, o Código de Defesa do Consumidor⁵⁵, em seu art. 81, inciso III, aponta os direitos individuais homogêneos como aqueles que possuem origem comum:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.
III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Em tempo, o professor Marcelo Abelha Rodrigues em sua obra “Ação Civil Pública e Meio Ambiente”⁵⁶ escreve:

A homogeneidade existe em razão de um conceito relacional, que, segundo pensamos, em relação ao sistema processual coletivo, deve ser feito sob a luz de um aspecto quantitativo e qualitativo. O qualitativo é o de que devem possuir uma origem comum (não necessariamente idêntica), compreendida sob o aspecto da causa de pedir próxima ou remota. O quantitativo diz respeito ao fato de tais interesses homogêneos devem possuir, efetivamente, uma considerável extensão dos indivíduos, de tal forma, que seja lícito atribuir-lhes um caráter de ‘homogêneos’, portanto, com dimensão social que justifique, pois, um tratamento coletivo

Ou seja, ser de origem comum quer dizer que não é necessária uma unidade factual e temporal, posto em estudo o exemplo trazido por este TCC, a atitude

⁵⁴DIDIER JR, Fred; ZANETI JR, Hermes. **Curso de direito processual civil: Processo Coletivo**. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

⁵⁵BRASIL. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990, **Código de Defesa do Consumidor**, Brasília, DF, Diário Oficial da União, 1990.

⁵⁶RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Ação Civil Pública e Meio Ambiente**. 3. ed. São Paulo: JusPODIVM, 2020.

danosa reiterada de grandes empresas pode acontecer em um lapso temporal extenso, atingido consumidores em diferentes dias e lugares, no entanto, a conduta da parte ofensora possui características de homogeneidade. Neste caso, os lesados são facilmente determináveis, e os direitos individuais homogêneos são indivisíveis e indisponíveis até o momento de sua liquidação e execução.

Ademais, é necessário classificar quais são as infrações concorrenciais, trazidas pelo art. 36 da LDC⁵⁷:

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

Destas, destacamos o inciso III, “aumentar arbitrariamente os lucros” que se encaixa na prática de atos ilícitos conscientemente reiterados fundamentada no conceito de dano eficiente. Nesse contexto, entendemos que a empresa, ao realizar tais atos ilícitos contra o consumidor, busca unicamente o aumento de sua lucratividade. Essa ação é considerada arbitrária, pois carece de justificativas razoáveis, sendo guiada apenas pelo interesse da empresa ou dos objetivos pessoais de seus administradores.

Inclusive, o já apresentado doutrinador Vicente Bagnoli⁵⁸ defende que o artigo 47 da LDC traz a confirmação de que os prejudicados pela prática de infração econômica podem interpor ação judicial objetivando a cessação dessas atividades e o recebimento de indenização pelos danos sofridos. Essa garantia decorre do Código Civil e dos conceitos de ato ilícito e dano já apresentadas por essa monografia. Além disso, a legislação também garante a legitimidade para o rol taxativo estabelecido pelo

⁵⁷BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1 dez. 2011. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm. Acesso em 04/10/2024.

⁵⁸ANDERS, Eduardo Caminati; BAGNOLI, Vicente; PAGOTTO, Leopoldo (coord.). **Comentários à nova lei de defesa da concorrência: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012.

art. 81, já apresentado, do Código de Defesa do Consumidor para propositura de ação judicial, o autor completa:

(...) o presente artigo traz a possibilidade para o titular do direito individual ofendido pela infração, ou do legitimado em defesa do direito individual homogêneo, ajuizar a própria ação judicial. Nesse caso, os prejudicados de que trata o artigo podem ser as empresas prejudicadas em sua atividade econômica pelas infrações ou até mesmo os próprios consumidores, que se sintam lesados pelos efeitos das infrações da ordem econômica.

Sobre o mesmo artigo 47, as autoras Fernanda Lopes Martins e Mariana Domingues Alves, em seu artigo “A multifuncionalidade da responsabilidade civil no direito concorrencial brasileiro”⁵⁹ apontam que o legislador optou claramente em não conferir maior relevância a atuação privada, evitando a existência de maiores estímulos a sua prática.

Lopes e Domingues também escrevem que na realidade, poucos são os casos de ressarcimento efetivo pela dificuldade de se comprovar o dano e a existência denexo de causalidade. Ademais, explicam que a função reparatória está facilmente identificável no texto da lei, a fim de cumprir a “tradicional função da responsabilidade civil”. Assim, o infrator deve compensar os danos causados às vítimas das práticas anticompetitivas.

Deste modo, tal previsão na Lei de Defesa da Concorrência apenas reforça que a sanção civil é completamente distinta daquela de natureza administrativa, esclarecendo que o processo administrativo e judicial são independentes, isto é, podem correr de maneira paralela, não sendo capazes de provocar litispendência. Para além disso, a reparação dos prejuízos causados pela infração não é o único objetivo destas ações judiciais, também há a intenção da cessação destas práticas.

Por fim, apresentada a possibilidade de reparação civil existente nos conflitos concorrenciais, majoritariamente nas situações em que o consumidor é lesado por um ato prejudicial a concorrência, é necessário comentar que poucas ações reparatórias foram ajuizadas. A ferramenta é buscada com reduzida frequência pelo cidadão comum e acaba produzindo efeitos muito parecidos com aqueles do Direito Civil, isto é, a reparação do dano em caráter compensatório sem a devida

⁵⁹MARTINS, Fernanda Lopes; ALVES, Mariana Domingues. **A multifuncionalidade da responsabilidade civil no direito concorrencial brasileiro**. *Revista IBERC* v. 7, n. 1, p. 1-23, 2024.

punição que resultaria em um desestímulo para a prática de dano eficiente, mantendo os problemas já trazidos pelo capítulo anterior.

3.3 A INFRAÇÃO DE ORDEM ECONÔMICA: ABORDAGEM DA ESFERA ADMINISTRATIVA:

Levando em consideração que já nos aprofundamos na esfera cível presente no art. 47 da LDC⁶⁰ (Lei de Defesa da Concorrência), chegou a hora de esmiuçar também nas infrações de ordem econômica. Ainda de acordo com Micaela Fernandes, são as condutas abusivas que tenham como objetivo a dominação de mercado, eliminação ou redução de concorrentes ou o aumento arbitrário de lucros.

Além disso, a própria LDC, em seu art 1º §1 enuncia a coletividade como sendo a titular dos bens jurídicos por ela protegidos, indicando a sua natureza difusa. Por conseguinte, o direito concorrencial apresenta os atos que tenham por objeto ou possam produzir os efeitos trazidos pelo artigo 36 da mesma lei, já apresentado por este TCC.

Para melhor compreensão, se faz necessário entendermos o que são os direitos difusos. O Código de Defesa do Consumidor⁶¹, em seu artigo 81 § I os conceitua muito bem, apresentando-os como aqueles direitos coletivos de natureza transindividual, que ultrapassam a esfera de um único indivíduo, indivisível – só pode ser considerado como um todo - e que os titulares sejam pessoas indeterminadas (não há individuação) ligadas por circunstâncias de fato, isto é:

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 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;

⁶⁰BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1 dez. 2011. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm. Acesso em 04/10/2024.

⁶¹BRASIL. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990, **Código de Defesa do Consumidor**, Brasília, DF, Diário Oficial da União, 1990.

Apresentado o conceito dos direitos difusos, voltemos então para o art. 36 da LDC⁶². Nele, é possível entender que o que se coloca em evidência são os efeitos, ou seja, se os atos praticados não tiverem o potencial de limitar, falsear ou prejudicar a livre concorrência, dominar mercado relevante, aumentar arbitrariamente os lucros e exceder de forma abusiva posição dominante, não podem ser considerados infracionais. Ademais, a Lei de Defesa da Concorrência não possui um rol taxativo de condutas geradoras de responsabilização, pelo contrário, o §3º do art. 36 “A seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica” explica que além das condutas por ele elencadas, outras podem caracterizar a infração administrativa.

Outrossim, o art. 36 da mesma lei aponta que “constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa”, no entanto, existem diversas interpretações a respeito desta culpa, segundo Fernandes⁶³:

(...) parece mais razoável entender, conforme a segunda linha de interpretação acima exposta, que no âmbito punitivo previsto na LDC, especialmente diante de norma com tipicidade tão aberta, deve ser sempre feita a análise no mínimo da culpa normativa do agente econômico. Isto é, deve ser feita a análise da reprovabilidade da conduta apreciada pela autoridade administrativa conforme legítimas expectativas estabelecidas em consonância com padrões de condutas praticadas que envolvem inclusive padrões de racionalidade econômica, mas não apenas, pois também (e sobretudo) padrões de conformidade jurídica vigentes em cada momento histórico

Além disso, segundo o professor o autor Paulo Burnier da Silveira⁶⁴, a autoridade na esfera administrativa do direito da concorrência é o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), que possui autonomia funcional em

⁶²BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1 dez. 2011. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm. Acesso em 04/10/2024.

⁶³FERNANDES, Micaela Barros Barcelos. **As respostas punitiva e reparatória previstas na lei de defesa da concorrência brasileira ao ato ilícito concorrencial**, Revista de Defesa da Concorrência, Brasília, v. 10, n. 2, p. 64-80, 2022

⁶⁴SILVEIRA, Paulo Burnier da. **Direito da concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

relação ao Governo Federal. A Lei 12.529⁶⁵ unificou a investigação de práticas anticompetitivas e análise de concentrações no âmbito deste Conselho.

Importante destacar que qualquer pessoa pode provocar o CADE a através da sua Superintendência-Geral através de denúncias, tal subdivisão é a responsável por instaurar procedimentos administrativos para apuração de infrações contra a ordem econômica e pode também agir de ofício. O artigo 66 da LDC prevê o apresentado:

Art. 66. O inquérito administrativo, procedimento investigatório de natureza inquisitorial, será instaurado pela Superintendência-Geral para apuração de infrações à ordem econômica.

§ 1º O inquérito administrativo será instaurado de ofício ou em face de representação fundamentada de qualquer interessado, ou em decorrência de peças de informação, quando os indícios de infração à ordem econômica não forem suficientes para a instauração de processo administrativo.

§ 2º A Superintendência-Geral poderá instaurar procedimento preparatório de inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica para apurar se a conduta sob análise trata de matéria de competência do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, nos termos desta Lei.

Sobre este artigo, o professor Vicente Bagnoli⁶⁶ escreve:

A lei conferiu competência a Superintendência-Geral para a abertura do inquérito administrativo, que poderá ser instaurada de ofício pela própria Superintendência-Geral, através de representação de qualquer interessado, devidamente fundamentada, e em decorrência de peças de informação com indícios de infração da ordem econômica. Lembrando apenas que na presença de provas consistentes e não meramente indiciárias, deverá ser instaurado diretamente o processo administrativo.

Além disso, continuando o pensamento de Burnier⁶⁷, uma vez realizada a denúncia o processo passa pelo procedimento preparatório, em que a Superintendência levanta informações sobre sua competência para investigar a demanda e pode definir pelo arquivamento ou pela abertura do Inquérito Administrativo. Após isso, é realizado um procedimento investigatório de natureza inquisitorial em que se apura as infrações de ordem econômica, aqui podem ser

⁶⁵BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1 dez. 2011. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm. Acesso em 04/10/2024.

⁶⁶ANDERS, Eduardo Caminati; BAGNOLI, Vicente; PAGOTTO, Leopoldo (coord.). **Comentários à nova lei de defesa da concorrência: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012.

⁶⁷SILVEIRA, Paulo Burnier da. **Direito da concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

requisitadas buscas e apreensões, por exemplo. Por fim, instaura-se o Processo Administrativo, possuidor de caráter público garante o contraditório e a ampla defesa dos investigados, a partir dele pode ocorrer o arquivamento ou a condenação, seja ela parcial ou integral.

Deste modo, o consumidor lesado pode, individualmente, através do CADE, denunciar a empresa que praticou infração concorrencial, isto é, cometeu o previsto no inciso III do art. 36 da LDC⁶⁸, “aumentar arbitrariamente os lucros”, constatada a prática de danos conscientemente reiterados pautados no conceito de dano eficiente. Neste diapasão, entendemos que a empresa pratica tais atos ilícitos contra o consumidor visando o aumento de sua lucratividade, o que é, justamente, arbitrário, devido ao fato de não possuir justificativa razoável, guiado apenas pelo interesse da empresa ou pessoal de seu administrador, mediante violação de direitos dos consumidores, desta feita, o indivíduo pode procurar o Conselho na intenção de reivindicar justiça contra as atitudes anticoncorrenciais que lhe afetaram negativamente.

3.1 AS PUNIÇÕES NOS ABUSOS CONTRA A ORDEM ECONÔMICA:

Como já apresentado, para a resolução da problemática de caráter privado temos a via da reparação, que deve ser buscada pelas pessoas que foram afetadas por atos em desacordo com aqueles que orientam o exercício da atividade econômica. Segundo Micaela Fernandes⁶⁹, “a responsabilidade civil por danos concorrenciais é mais um instrumento de ordenação jurídica econômica”.

Deste modo, tanto pessoas físicas como jurídicas que foram afetadas negativamente por estes atos ilícitos de natureza concorrencial podem buscar, em

⁶⁸BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1 dez. 2011. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/12529.htm. Acesso em 04/10/2024.

⁶⁹FERNANDES, Micaela Barros Barcelos. **As respostas punitiva e reparatória previstas na lei de defesa da concorrência brasileira ao ato ilícito concorrencial**, Revista de Defesa da Concorrência, Brasília, v. 10, n. 2, p. 64-80, 2022

Juízo, a tutela de seus interesses. Entretanto, a responsabilização civil traz consigo os problemas já apresentados por esta monografia, não há uma punição correta para aqueles que praticam o dano eficiente.

Todavia, na esfera administrativa, após a busca pelo CADE e o avanço procedimento preparatório, inquérito administrativo e Procedimento Administrativo, caso condenadas, as empresas podem ser sentenciada ao previsto pelo art. 37 da Lei 12.529/2011⁷⁰:

Art. 37. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas:

I - no caso de empresa, multa de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação;

II - no caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa será entre R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais);

III - no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida, quando comprovada a sua culpa ou dolo, multa de 1% (um por cento) a 20% (vinte por cento) daquela aplicada à empresa, no caso previsto no inciso I do caput deste artigo, ou às pessoas jurídicas ou entidades, nos casos previstos no inciso II do caput deste artigo.

Cabe destacar que em reincidência, as multas serão aplicadas em dobro. Ademais, ainda existe a previsão, no art., 38, inciso III:

Art. 38: Sem prejuízo das penas cominadas no art. 37 desta Lei, quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, poderão ser impostas as seguintes penas, isolada ou cumulativamente:

III - a inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor;

Deste modo, a pena apresentada pelo art. 37 pode ser acrescida da inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor, que é um banco de dados mantido por órgãos de defesa do consumidor para tornar pública as

⁷⁰BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1 dez. 2011. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm. Acesso em 04/10/2024.

infrações, visando informar o adquirente para evitar futuras infrações do tipo e garantir a transparência em relação às práticas das empresas.

Por fim, é cristalino que a estipulação da pena para as empresas que cometem ilícitos concorrenciais pela Lei de Defesa da Concorrência é nitidamente mais adequada em comparação com o Código Civil por conta de a multa ser definida levando em consideração o faturamento bruto da empresa, o que é eficaz na prevenção do dano eficiente. Ademais, a previsão de inscrição no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor é uma excelente saída para evitar condutas parecidas de outras empresas e até novas tentativas da empresa infratora.

Ademais, a coletividade como titular dos bens jurídicos é uma excelente solução para o binômio punitivo-compensatório, já explicado, por conta de evitar a limitação individual de indenização, o enriquecimento ilícito, isto é, fundos podem ser beneficiados com os montantes pagos e não somente o indivíduo.

No entanto, podemos perceber que a lei concorrencial não é a saída buscada pela maioria dos consumidores, que possuem hipossuficiência jurídica – falta de conhecimento técnico -, e não estão dispostos a aguardar longas batalhas judiciais entre o CADE e as empresas, mesmo que sejam travadas em paralelo com a reparação buscada na esfera cível. Para estes, é muito mais simples procurar a justiça individualmente, apenas através de órgãos como o Procon e ter sua indenização limitada pelo binômio punitivo-compensatório, mesmo com a ciência de que seu ofensor não será punido adequadamente. A grande problemática desta realidade é a falta de desestímulo ao dano eficiente, o mero pagamento de uma ínfima indenização não age eficazmente contra as condutas danosas reiteradas das empresas, que o promovem na tentativa de obter mais lucro em suas operações.

Ainda, uma ação de ofício do CADE se mostra deveras ineficiente. Na verdade, a denúncia realizada, pelos consumidores, das condutas antijurídicas perpetradas pelas empresas é imprescindível para caracterizar o instituto do dano eficiente, isto é, não existem na regulamentação atual do Conselho, mecanismos eficazes para que a Superintendência denuncie tais conglomerados empresariais sem que provocados por denúncias.

4 APLICAÇÃO DOS “PUNITIVE DAMAGES” EM UM CENÁRIO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Levando em consideração que a problemática já foi apresentada segundo a visão do Código Civil através da responsabilidade civil, e do Direito Concorrencial, por meio, principalmente, da Lei de Defesa da Concorrência (Lei 12.529/2011), é chegada a hora de buscar em outros países soluções para a resolução da situação problema brasileira. Desta forma, nos direcionamos ao direito estadunidense, que possui uma categoria jurídica alocada dentro da responsabilidade civil, os *punitive damages* ou danos punitivos.

Segundo Alexandre Pereira Bonna e Pastora do Socorro Teixeira Leal, em seu artigo científico “Requisitos objetivos e subjetivos dos *punitive damages*: critérios à aplicação no direito brasileiro”⁷¹, publicado na revista Scientia Iuris, antes de iniciar o estudo deste novo conceito, é imprescindível destacar que o procedimento para sua fixação, nos EUA, possui necessariamente a participação de um júri formado por cidadãos leigos, ao contrário do que acontece no Brasil, em que este só se forma em casos de crimes dolosos contra a vida. Em contrapartida, todas as decisões tomadas nesse âmbito estão sujeitos a revisão judicial posterior através de recursos.

Pelo fato de os jurados não possuírem conhecimento técnico do Direito, há um rito a ser seguido como precaução para evitar decisões desconexas com a legislação. Inicialmente o júri deve apreciar se o réu é responsável pelos danos causados a vítima ou não, após essa deliberação, será arbitrada a indenização compensatória, e, somente após todo esse trâmite será discutido o montante relativo aos danos punitivos. Além disso, os julgadores devem responder perguntas específicas elaboradas com a intenção de suprir sua falta de conhecimento jurídico.

Ademais, também insta apresentar a regra do *stare decisis*, que consiste na obrigação dos Juízes e tribunais seguirem as decisões anteriores, princípio jurídico do *common law*, adotado no país da América do Norte que diverge do adotado no Brasil, em que o sistema jurídico é majoritariamente de *civil law*. Por fim, apresentadas

⁷¹BONNA, Alexandre Pereira; LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. **Requisitos objetivos e subjetivos dos punitive damages: critérios à aplicação no direito brasileiro**. Scientia Iuris, Londrina, v. 22, n. 1, p.190-222, mar. 2018. DOI: 10.5433/2178-8189.2018v22 n1p190. ISSN: 2178-8189

as principais diferenças dos dois sistemas, é plausível o entendimento completo do que se trata o instituto dos *punitive damages* e sua aplicabilidade.

4.1 O CONCEITO DE *PUNITIVE DAMAGES*

Maria Celina Bodin de Moraes, em seu artigo “Punitive Damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas”⁷², publicado na Revista Trimestral do Direito Civil, conceitua os danos punitivos como “indenizações obtidas pela vítima quando os atos do ofensor forem considerados maliciosos, violentos, opressivos, fraudulentos, temerários ou grotescamente negligentes”. Ou seja, a indenização punitiva não acontece por simples culpa, só se configura quando o ofensor age com culpa grave ou dolo.

Em consonância com o demonstrado, Bruna Pamplona de Queiroz e Everton das Neves Gonçalves, em seu artigo “análise econômica do direito: a responsabilidade civil na prevenção do dano ao consumidor”⁷³, apresentam a indenização punitiva, como aquela possuidora de valor que supera o montante do dano tem como objetivo punir o ofensor quando sua conduta demonstra possuir alto grau de reprovação social ou grave negligência do agente, visando exatamente desestimular a recorrência da conduta, em acordo com o apresentado por Bodin.

Além disso, os autores ainda informam que tais indenizações possuem “especial aplicabilidade nos casos de dano eficiente”, justamente por tentarem desestimular a sua prática, principalmente quando as sanções penais não se mostrarem eficientes no desestímulo ou o sistema de responsabilização civil não fornecer uma solução adequada. Ademais, no direito dos Estados Unidos, o dano punitivo é utilizado em situações excepcionais, o parâmetro é justamente a reprovabilidade da conduta, quando o ofensor age com dolo.

O autor Salomão Resedá, em sua obra “A função social do Dano Moral”⁷⁴, conceitua de maneira um pouco diferente, apresentando-o como um acréscimo

⁷²BODIN, Maria Celina de Moraes. **Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas**. Revista trimestral de direito civil, Rio de Janeiro, v. 18, 2004

⁷³PAMPLONA, Bruna; GONÇALVES, Everton das Neves. **Análise Econômica do Direito: A responsabilidade civil na prevenção do dano ao consumidor**. Conpedi Law Review, v.3, n.2, p.84-105, 2017, ISSN: 2448-3931.

⁷⁴RESEDÁ, S.; **A Função Social do Dano Moral**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

econômico a uma condenação já imposta, também acrescenta como objetivo a paz social:

Um acréscimo econômico na condenação imposta ao sujeito ativo do ato ilícito, em razão da sua gravidade e reiteração que vai além do que se estipula como necessário para satisfazer o ofendido, no intuito de desestimulá-lo à prática de novos atos, além de mitigar a prática de comportamentos semelhantes por parte de potenciais ofensores, assegurando a paz social e consequente função social da responsabilidade civil.

Outrossim, Vinicius Silva Lemos, em seu artigo “dano punitivo: a necessidade da separação do dano punitivo e da punibilidade do dano moral”⁷⁵, publicado na revista da faculdade de direito da UERJ, define danos punitivos como:

O punitive damages perfaz um montante de valor com variação, estabelecida na maioria das legislações em separado da indenização (seja ela material ou moral) devida ao ofendido, quando o dano é ultrapassa em lesividade a individualidade daquela demanda, oriundo um comportamento lesivo marcado por grave negligência, malícia ou opressão e talvez, até repetitivo.

Ainda, destaca que o instituto tem caráter completamente educativo e preventivo, é uma saída para se posicionar quando nos deparamos com uma ocorrência individual que possui um reflexo macro. Trata-se de uma forma de compensar sem trazer o enriquecimento ilícito, visto que não existe algum caráter reparatório no *punitive damages*. Adicionalmente, destaca o caráter autônomo do dano punitivo, que não se confunde com nenhum outro dano previsto no Código Civil⁷⁶, sua requisição é completamente independente de um pedido de dano moral, por exemplo.

Retornando a obra de Bonna e Leal⁷⁷, os autores elencam requisitos objetivos e subjetivos dos danos punitivos, os primeiros são o dano, o nexo de causalidade e o ato ilícito extracontratual, seguindo à risca os pilares da responsabilidade civil. Já os subjetivos, não são cumulativos, isto é, basta uma das premissas estar presente para que seja configurada a espécie de dano, tais hipóteses são a má-intenção, imprudência e negligência grave. Atos mal-intencionados ou

⁷⁵SILVA LEMOS, Vinicius. **Dano Punitivo: a necessidade da separação do dano punitivo e da punibilidade do dano moral**. Revista da Faculdade de Direito da UERJ, v.2, n.26, 2014. ISSN: 22363475

⁷⁶BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002, **Código Civil Brasileiro**, Brasília, DF, Diário Oficial da União, 2002.

⁷⁷BONNA, Alexandre Pereira; LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. **Requisitos objetivos e subjetivos dos punitive damages: critérios à aplicação no direito brasileiro**. Scientia Iuris, Londrina, v. 22, n. 1, p.190-222, mar. 2018. DOI: 10.5433/2178-8189.2018v22 n1p190. ISSN: 2178-8189

imprudentes implicam a percepção de causar danos a outra pessoa enquanto a negligência grave denota a baixa ou nenhuma preocupação com sua atividade.

Além desses, outros pressupostos essenciais para a aferição do dano punitivo é o grau de censurabilidade da conduta do ofensor, que deve ser insultuosa e grave, se o ato foi reiterado ou não, se a vítima era financeiramente vulnerável e se a conduta do réu aconteceu no estado ou jurisdição onde o caso está sendo julgado, tendo em vista que tribunais não têm a autoridade para aplicar sanções em relação a ações que aconteceram fora de sua jurisdição. Por fim, o autor classifica que danos físicos aproximam mais sua incidência, ao contrário daqueles apenas materiais, que tornam mais remota sua aplicação.

Apresentadas as visões de diferentes estudiosos, podemos identificar que a grande maioria aponta o principal requisito para a configuração do dano punitivo como sendo o alto grau de reprovabilidade da conduta ilícita, isto é, sua gravidade. Ademais, somos capazes de sintetizar que os *punitive damages* são meios de punir adequadamente o ofensor que comete atos gravosos, de maneira independente do caráter reparatório presente nos outros tipos de dano, evitando a limitação do arbitramento de indenizações ao binômio punitivo-compensatório.

A partir desta realidade, verificamos que os critérios subjetivos trazidos por Bonna e Leal se encaixam perfeitamente na necessidade de severidade escrita pela maioria dos autores. Deste modo, a situação problema apresentada por esta monografia, qual sejam as condutas danosas reiteradas cometidas pelas grandes empresas a partir de um estudo do dano eficiente, isto é, a realização de estudo pelos conglomerados empresariais para concluir se é mais lucrativo pagar as indenizações ou fraudar a contratação de serviços/consertar um produto defeituoso é uma clara demonstração de conduta má intencionada agravada pela ação reiterada, preenchendo o requisito subjetivo. Ainda, os requisitos objetivos, dano, nexos de causalidade e ato ilícito extracontratual já restam caracterizados, conforme apresentado no primeiro capítulo deste trabalho.

4.2 AS PROBLEMÁTICAS APRESENTADAS PELOS “PUNITIVE DAMAGES” NO DIREITO ESTADOSUNIDENSE

Bodin⁷⁸ escreve a respeito da principal crítica recebida pelos *punitive damages*, que é a sua “absoluta imprevisibilidade”. Para exemplificar a incerteza, traz um conhecido caso em que uma senhora estadunidense de 79 anos comprou um café na rede de *fast food* “Mc Donalds” e, enquanto seu neto dirigia o veículo em que estava, destacou a tampa para adicionar açúcar e derramou o líquido quente em sua perna, o que a causou queimaduras de segundo e terceiro graus, comprometendo cerca de 10% de sua pele e permanecendo hospitalizada por alguns dias. Após o acontecido foram necessários dois anos de reabilitação, período no qual perdeu 20% de seu peso corporal.

Ao buscar por justiça, a idosa solicitou uma indenização pelas despesas médicas no valor de 20 mil dólares e os valores dos salários não recebidos por sua filha por conta do tempo dedicado exclusivamente a recuperação de sua mãe. a Suprema Corte do Alabama condenou o restaurante a pagá-la uma quantia de 160 mil dólares a título compensatório e um montante de 2,7 milhões de dólares como indenização punitiva, valor quase dezessete vezes maior que o atribuído a reparação, algo nitidamente impactante que rompe com qualquer ideia de proporcionalidade.

Após a condenação, foi interposto recurso perante a Suprema Corte que considerou o valor “enormemente excessivo”. Em outra oportunidade, o colegiado fixou três critérios para analisar situações semelhantes, são eles o grau de repreensão da conduta do ofensor, a relação entre o valor da indenização compensatória e o valor da indenização punitiva e a diferença entre o valor da indenização punitiva e o das penalidades civis ou criminais autorizadas ou impostas em casos semelhantes no estado.

Com a evolução da discussão a respeito deste instituto, atualmente 16 estados dos Estados Unidos estabelecem tetos máximos para o arbitramento de indenizações punitivas, com a grande maioria destes estipulando um limite de três vezes o valor do montante pecuniário com caráter compensatório. Além disso, existem também estados que destinam relevantes partes da quantia relativa aos *punitive damages* a fundos especiais.

⁷⁸BODIN, Maria Celina de Moraes. **Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas**. Revista trimestral de direito civil, Rio de Janeiro, v. 18, 2004.

No mesmo raciocínio, Rogério Coutinho Beltrão e Fernando Antônio de Vasconcelos, em seu artigo “punitive damages: a indenização de caráter punitivo por danos morais no ordenamento jurídico brasileiro”⁷⁹, publicado na Revista Direito e Desenvolvimento, defendem que a experiência americana demonstra que os danos punitivos podem ser geradores de grande incerteza jurídica caso sejam aplicados de maneira incoerente, resultando em indenizações supervalorizadas, desconexas com o dano e originadoras de enriquecimento ilícito.

De olho nesta realidade os autores defenderam que, mesmo havendo a necessidade de aplicação de indenizações punitivas, existe a necessidade da implementação de modificações com o intuito de garantir uma mais adequada aplicação do instituto. Ainda, o apresentam como “um conceito em formação”, devido ao fato de ainda ser dificultosa a separação entre como diferenciar a necessária punição daquilo que é uma indenização absurda.

Sobre o assunto, Leonardo Saraiva⁸⁰ escreve:

Como reflexos aparentes de processo que recentemente vem ocorrendo no sistema da responsabilidade civil norte-americana, a adoção de diretrizes básicas e fatores auxiliares para a concessão de punitive damages, bem como a mudança de standart de revisão destes em matéria constitucional, denotam e anunciam tendência de, nos próximos anos, ocorrerem maiores e mais detidas revisões e análises sobre os punitive damages concedidos, o que, inclusive, já vem sendo tentado de diferentes formas em vários estados norte-americanos.

Por fim, é cristalino entendermos que o instituto dos *punitive damages* sofreu diversas alterações no direito dos Estados Unidos para se tornar aplicável e afastar a insegurança jurídica daquela legislação. Entendemos, assim como Beltrão e Vasconcelos que os danos punitivos necessitam de mudanças para garantir uma melhor aplicabilidade, principalmente regulamentações que delimitem quais valores são aceitáveis e quais configurariam supervalorizações. Não delimitar o escopo em que este instituto será aplicado é conceder, arbitrariamente, uma liberdade

⁷⁹COUTINHO, Rogerio Beltrão, VASCONCELOS, Fernando Antônio de. Punitive damages: a indenização de caráter punitivo por danos morais no ordenamento jurídico brasileiro, Revista Direito e Desenvolvimento, João pessoa, v. 5, n. 9, p. 205-225, 2014.

⁸⁰ SARAIVA, Leonardo Freire. **Punitive damages e o direito brasileiro: critérios utilizados em sua aplicação pelos tribunais brasileiros. 2006.** Trabalho de conclusão de curso (monografia), Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2006.

discricionária exacerbada para o Juízo, perigoso exatamente pelo fato de gerar imprevisibilidade, algo extremamente indesejado no campo do Direito.

Ademais, uma possibilidade remota de ato discricionário do Julgador não deve ser passível de gerar enriquecimento ilícito, o valor referente a punição não deve ser repassado a vítima, cuja função reparatória já está sendo exercida por outros tipos de dano, tais montantes devem contemplar fundos ligados a área, que tenham como função coibir a existência de novas condutas lesivas. Ainda, deve ser considerado o patrimônio da empresa como um dos critérios primordiais para o arbitramento do valor indenizatório, o montante não deve ser muito alto a ponto de causar a falência da firma como também não pode representar uma ínfima parte de sua arrecadação para não produzir a anulação do caráter punitivo.

4.3 A APLICAÇÃO DOS DANOS PUNITIVOS NO DIREITO BRASILEIRO

Segundo Gustavo Tepedino, Carlos Nelson Konder, Paula Greco Bandeira⁸¹, o Código Civil em seu art. 944 estabelece que “a indenização se mede pela extensão do dano”, uma validação do princípio da equivalência entre o dano e a reparação, isto é, no Direito Brasileiro não são adotados outros parâmetros que não os critérios de quantificação que honrem a dimensão da lesão e suas repercussões. Os autores explicitam que no país, existe a tentativa da adoção de um caráter punitivo dos danos morais, no entanto, é frustrada pelo fato de que, na verdade, o caráter presente na legislação é apenas reparatório, limitado ao instituto do enriquecimento ilícito já apresentado por esse trabalho.

Outrossim, Caroline Vaz, em seu artigo “reflexões acerca da compatibilidade dos punitive damages com o sistema jurídico brasileiro, após recente decisão de homologação de sentença estrangeira no Brasil pelo STJ⁸²”, publicado na Revista IBERC, explicita que a doutrina sobre a função punitiva no Brasil ainda é incipiente, no país, por vezes está muito atrelada ao âmbito do dano moral, que distancia nossa abordagem em relação ao restante do mundo. A autora explica que

⁸¹TEPEDINO, Gustavo **Fundamentos do direito civil: responsabilidade civil** / Gustavo Tepedino, Aline de Miranda Valverde Terra, Gisela Sampaio da Cruz Guedes – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021.

⁸²VAZ, Caroline. **Reflexões acerca da compatibilidade dos punitive damages com o sistema jurídico brasileiro, após recente decisão de homologação de sentença estrangeira no Brasil pelo STJ**. Revista IBERC, Belo Horizonte, v. 6, n. 2, p. 62-81, maio/ago. 2023.

os dois institutos possuem funções inteiramente divergentes, a punitiva, inclusive, se trata de um valor excedente a aquele arbitrado por uma indenização originada em razão da constatação de dano moral.

Em contrapartida, Coutinho e Vasconcelos⁸³, sugerem que, apesar da omissão do legislador brasileiro em relação ao tema — que nem permitiu nem proibiu a aplicação de indenizações com caráter punitivo —, deverá ser reconhecida uma mudança de paradigma na reparação civil. Os autores argumentam que as alterações jurisprudenciais instituíram uma dupla função na indenização por dano moral: compensatória para a vítima e punitiva para o ofensor, a ótica bifásica, que serve para atenuar o sofrimento havido e desestimular a reiteração da prática de atos lesivos. Assim, para os autores a evolução do entendimento judicial tem permitido a ampliação do uso dessa modalidade de indenização:

(...) não se pode negar a mudança no paradigma da responsabilidade civil que se criou na doutrina e na jurisprudência pátria, qual seja a inserção da dupla função da indenização moral. Tal teoria não rechaça a doutrina clássica da reparação compensatória, mas a engloba, possibilitando o surgimento de outras faces da reparação civil nos casos em que a mera compensação pelo dano não constitui resposta satisfatória ao agressor, possibilitando, assim, a aplicação de uma sanção civil em casos determinados, ou seja, o *punitive damage*

Ademais, os estudiosos apontam que o caráter punitivo presente no ordenamento jurídico brasileiro tem sido mal utilizado pela ausência de adequada fundamentação legal. O que acontece na prática é o uso dos mais variados argumentos, doutrinas e precedentes para aplicar os danos punitivos, o que gera certa insegurança jurídica e incerteza a respeito de tais decisões, que abrem margem para a arbitrariedade do Juízo.

Outrossim, tecem outra crítica a respeito desta ótica bifásica adotada no Direito brasileiro argumentando que nem todo dano moral deve ser acompanhado por uma função punitiva, apenas seria razoável em casos de danos cometidos contra a coletividade, sendo “temerária a utilização dos *punitive damages* no ordenamento jurídico brasileiro por violação ao princípio da legalidade absoluta”. Por fim, os

⁸³ COUTINHO, Rogerio Beltrão, VASCONCELOS, Fernando Antônio de. Punitive damages: a indenização de caráter punitivo por danos morais no ordenamento jurídico brasileiro, Revista Direito e Desenvolvimento, João pessoa, v. 5, n. 9, p. 205-225, 2014.

escritores defendem que deve haver a criação de uma lei inovadora que utiliza este tipo de indenizações para a proteção dos interesses difusos.

Sobre o assunto, André Gustavo de Andrade⁸⁴, em sua obra “Dano moral e indenização punitiva: os *punitive damages* na experiência do common Law e na perspectiva do direito brasileiro”, escreve:

A indenização punitiva surge como instrumento jurídico construído a partir do princípio da dignidade da pessoa humana, com a finalidade de proteger essa dignidade em suas variadas representações. A ideia de conferir o caráter pena à indenização do dano moral pode ser justificada pela necessidade de proteção da dignidade da pessoa e dos direitos da personalidade, pelo menos em situações especiais, nas quais não haja outro instrumento que atenda adequadamente a essa finalidade.

Já Bonna e Leal⁸⁵ apontam que uma importante característica da experiência brasileira na aplicação dos *punitive damages* é a “intrínseca relação da indenização punitiva com os danos morais”, isto é, segundo os autores, o que acontece na prática é a majoração do valor referente aos danos morais pelos Magistrados como forma de atribuir a estes, fundamentos da indenização de caráter punitivo. Acontece que, mesmo o dano moral e o dano punitivo não se confundirem, diversos tribunais têm feito uso desse instituto nas demandas morais.

Ademais, nesta prática também não costuma haver a fundamentação quanto aos requisitos objetivos e subjetivos, ou seja, não se fala sobre a gravidade da conduta ou nenhum outro requisito já apresentado por este capítulo para justificar a punição estipulada. Além disso, por ser apenas uma majoração do dano moral, não é feita uma distinção entre qual valor corresponde a compensação pelos danos sofridos e qual é referente a punição pela conduta, objetivando a prevenção de possíveis reiterações.

Novamente segundo Vaz, na prática do Direito Civil brasileiro, em acórdão de 2022, houve a homologação da decisão estrangeira HDE 586/EX⁸⁶ pelo STJ, dentre todo o exposto pelo acórdão é possível destacar: “Portanto, a sentença

⁸⁴ANDRADE, André Gustavo. **Dano moral e indenização punitiva: os *punitive damages* na experiência do common Law e na perspectiva do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

⁸⁵BONNA, Alexandre Pereira; LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. **Requisitos objetivos e subjetivos dos *punitive damages*: critérios à aplicação no direito brasileiro**. Scientia Iuris, Londrina, v. 22, n. 1, p.190-222, mar. 2018. DOI: 10.5433/2178-8189.2018v22 n1p190. ISSN: 2178-8189

⁸⁶STJ. **HDE 586**. Corte Especial. Relator Min. Raul Araújo. DJe 16/05/2022.

estrangeira que se pretende homologar, mesmo que tratasse de condenação em punitive damages, não seria, nem é, incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro, não havendo de se cogitar de ofensa à ordem pública”

Tal decisão reconhece o uso do instituto dos *punitive damages*, inclusive traduzindo o termo como dano punitivo e explicitando que se trata da “função punitiva da responsabilidade civil”. Neste caso, a decisão validou, para efeitos de execução, um acórdão estrangeiro que tratava dos “danos punitivos”, ainda que essa figura não exista na legislação brasileira, o texto, embora contenha princípios que não existem no Brasil, “não viola a ordem pública nacional se aplicada pelo sistema de Justiça Local”.

O relator, Ministro Raul Araújo menciona:

Contudo, mesmo que se entendesse, equivocadamente, aplicados na sentença ora homologada os danos punitivos, não estaria configurada a alegada ofensa à ordem pública, capaz de impedir a homologação do decisum estrangeiro. Isso, porque, como muito bem registrado pela eminente Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, em seu voto-vogal no curso do presente julgamento: “(I) em questões cíveis, não há a exigência de dupla tipicidade, tal como ocorre na extradição, que depende de a conduta do extraditando ser tipificada tanto na legislação estrangeira como na brasileira; (II) o ilícito é contratual, e não extracontratual, de maneira que o que houve foi a imposição de consequências à parte requerida em razão do inadimplemento do contrato no exterior. Assim, não há óbice à homologação de sentença estrangeira que se embase em legislação ou jurisprudência não adotada pelo Brasil. Ademais, embora não se admita a irrestrita aplicação das "punitive damages" no sistema de responsabilidade civil vigente, SERGIO CAVALIERI FILHO, invocando lições de ANDRÉ GUSTAVO CORRÊA DE ANDRADE, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA e MOREIRA ALVES, esclarece que “Doutrina e jurisprudência, com respeitosa exceções, admitem hoje o caráter punitivo do dano moral, pelo menos em determinadas circunstâncias³.”

Em resumo, os ministros do Superior Tribunal de Justiça não consideraram a existência de nenhuma incompatibilidade entre a função punitiva e o sistema jurídico brasileiro, tornando, desta forma, robusta a tese de que o direito punitivo pode sim ser admitido no sistema jurídico brasileiro e ocupar a lacuna deixada pelos danos morais e patrimoniais, que necessitam deste novo instituto para punir adequadamente as empresas que, através do dano eficiente, mantém condutas danosas reiteradas a fim de aumentar seus lucros às custas do consumidor.

Para finalizar, entendemos que os danos punitivos são de fato um instituto completamente diferente da demanda moral, tal diferenciação, inclusive, soluciona as

problemáticas trazidas por Coutinho e Vasconcelos⁸⁷, tendo em vista que por serem classificações diferentes, nem sempre serão arbitrados em conjunto, além de que, poderão ser regulamentados mais especificamente, sem que se torne necessário modificar ou criar soluções diferentes para os danos morais, que já são muito bem consolidados no Código Civil Brasileiro.

Deste modo, resta comprovado que é possível a utilização dos *punitive damages* na legislação brasileira. Na verdade, indenização punitiva já existe de forma “não oficial”, magistrados costumam utilizá-la sem base legal ao majorarem os danos morais, mais um dos motivos pelo qual tal instituto deve ser regulamentado no país. A criação de uma indenização que vise o desestímulo de novas condutas e a adequada punição para práticas gravosas se encaixa perfeitamente na problemática trazida por esse trabalho de conclusão de curso.

No entanto, é necessário preocupar-se com a vedação do enriquecimento ilícito previsto no Código Civil, a indenização de caráter punitivo não pode desprezar o binômio punitivo compensatório defendido pela legislação, motivo pelo qual tem de existir uma adequada adaptação daquilo utilizado em todo o mundo para o contexto de responsabilidade civil brasileira.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inicialmente, ao entendermos o conceito de dano eficiente, percebemos a existência de uma lacuna na legislação brasileira, que não se mostra adequada em se tratando de evitar o acontecimento de novas condutas ilícitas. Posteriormente, estudando a responsabilidade civil segundo a legislação vigente resta nítido que o caráter puramente reparatório dos danos juntamente com o binômio punitivo-compensatório são os grandes responsáveis por tal vazio normativo.

Outrossim, ao procurar a solução em outra área, encontramos a possibilidade de abordagem do direito concorrencial, que através da provocação do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), pode agir na punição dessas empresas, visto que suas condutas danosas reiteradas podem ser previstas como

⁸⁷COUTINHO, Rogerio Beltrão, VASCONCELOS, Fernando Antônio de. Punitive damages: a indenização de caráter punitivo por danos morais no ordenamento jurídico brasileiro, Revista Direito e Desenvolvimento, João pessoa, v. 5, n. 9, p. 205-225, 2014.

aumento arbitrário dos lucros pela lei 12.529/2011⁸⁸ (Lei de Defesa da Concorrência). Ademais, insta destacar: as penas previstas são absolutamente capazes de promover uma punição adequada a estas firmas, tal responsabilização encontra-se na esfera administrativa e sua utilização cumulada com a reparação civil não resulta em *bis in idem*, - proibição de que uma pessoa seja punida ou responsabilizada duas vezes pela mesma infração - isto é, as duas podem correr simultaneamente.

Em tempo, foi apresentado o conceito de *punitive damages*, instituto muito utilizado pelo direito estadunidense. Na oportunidade, ao estudar sua aplicabilidade no contexto jurídico brasileiro, podemos identificar diferentes correntes de pensamento que unem e separam o dano punitivo dos danos morais, por meio de diversas justificativas e, também, que a indenização punitiva já tem sido usada nos tribunais do país sem a devida fundamentação legal adequada, através de magistrados que tentam importar o instituto com o objetivo de promover uma justa punição ao ofensor.

Além disso, percebe-se também a problemática trazida pelo binômio punitivo-compensatório previsto no Código Civil brasileiro, que limita a utilização deste novo tipo de dano ao enriquecimento ilícito da vítima, vedado expressamente pela legislação citada.

Após realizado o amplo estudo utilizando diversos doutrinadores, legislações e precedentes como base, chegamos à conclusão de que os danos punitivos são a melhor opção para preencher a lacuna normativa apresentada. Sua adaptação ao direito brasileiro deve ser realizada adequadamente, não devendo ser confundido com o dano moral, que se trata de uma reparação consolidada no ordenamento jurídico e não necessita de qualquer modificação.

O dano punitivo deve ser completamente independente, servir apenas para aqueles casos em que a conduta lesiva é grave, consciente e atinge direta ou indiretamente um grupo de pessoas. Ainda, seria interessante que o instituto herdasse

⁸⁸BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1 dez. 2011. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm. Acesso em 04/10/2024.

alguns critérios utilizados no direito concorrencial, isto é, o arbitramento do montante referente a indenização com base no valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo e, identificada a conduta do administrador, multa de 1% (um por cento) a 20% (vinte por cento) daquela aplicada à empresa.

Ademais, é imprescindível que este não desrespeite o binômio punitivo-compensatório, isto é, não crie enriquecimento ilícito para a vítima. Destarte, conforme acontece no direito americano, é necessário destinar os recursos advindos de sua indenização para fundos que tenham como objetivo a defesa do direito do consumidor e concorrencial, no caso problema trazido por este trabalho.

Por fim, destacamos novamente que, as importâncias arbitradas referentes aos danos punitivos condizem a responsabilização civil e devem ser cumulados com as penas previstas no direito concorrencial, administrativamente, levando em consideração que seus atos arbitrários ferem a concorrência. Deste modo, com uma punição adequada, a lacuna existente na legislação atual será preenchida e o desestímulo a realização das condutas danosas reiteradas será eficaz.

REFERÊNCIAS

PAMPLONA, Bruna; GONÇALVES, Everton das Neves. **Análise Econômica do Direito: A responsabilidade civil na prevenção do dano ao consumidor**. Conpedi Law Review, v.3, n.2, p.84-105, 2017, ISSN: 2448-3931.

BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002, **Código Civil Brasileiro**, Brasília, DF, Diário Oficial da União, 2002.

BRASIL. Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985, **Lei da Ação Civil Pública**, Brasília, DF, Diário Oficial da União, 1985.

BRASIL. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990, **Código de Defesa do Consumidor**, Brasília, DF, Diário Oficial da União, 1990.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 29/09/2024

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Enunciado n. 659. IX Jornada de Direito Civil, 25 a 26 de outubro de 2019**. Brasília, DF: STJ, 2019. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comissoes/JornadasDireitoCivil.aspx>. Acesso em: 20/09/2024

FIUZA, César. **Direito civil: curso completo**. 11. ed. Revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 720.

BISCARDE, Bruno M. **ANÁLISE DO DANO EFICIENTE E DO PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO QUANTO À RESPONSABILIDADE CIVIL SOB O ASPECTO DA AED**. 2023. Monografia (Especialização em Análise Econômica do Direito) – Instituto Serzedello Corrêa, Escola Superior do Tribunal de Contas da União, Brasília DF. 51 fl.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números, 2024. **Taxa de congestionamento bruta da Justiça Estadual em 2024**, disponível em: <https://justica-em-numeros.cnj.jus.br/painel-estatisticas/>, Acesso em: 23/08/2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números, 2024. **20 maiores litigantes no polo passivo em 2024 (até 31/05/2024)**, disponível em <https://justica-em-numeros.cnj.jus.br/painel-litigantes/>, Acesso em: 23/08/2024.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017

TEPEDINO, Gustavo **Fundamentos do direito civil: responsabilidade civil** / Gustavo Tepedino, Aline de Miranda Valverde Terra, Gisela Sampaio da Cruz Guedes – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021.

Fundamentos do Direito Civil; Responsabilidade Civil, volume 4. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.

DINIZ, Maria Helena, **Curso de direito civil brasileiro**, 19. Ed., São Paulo, Saraiva, 2005, v. 07.

Cavaliere Filho, Sergio, **Programa de responsabilidade civil** / Sergio Cavaliere Filho. – 16. ed. – .

GONÇALVES, Carlos Roberto, **Direito civil brasileiro v. 4 - responsabilidade civil** / Carlos Roberto Gonçalves. - 19. ed. - São Paulo : SaraivaJur, 2024.

Pereira, Caio Mário da Silva, **Responsabilidade Civil** / Caio Mário da Silva Pereira; Gustavo Tepedino. – 12. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PAMPLONA, Rodolfo, GAGLIANO, Pablo, **Manual de Direito Civil**: volume único, v. 1, 7 ed. - São Paulo : SaraivaJur, 2023.

TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Fundamentos do Direito Civil; Responsabilidade Civil**, volume 4. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.

PAMPLONA, Rodolfo, GAGLIANO, Pablo, **Manual de Direito Civil**: volume único, v. 1, 7 ed. - São Paulo : SaraivaJur, 2023.

SILVA LEMOS, Vinicius. **Dano Punitivo: a necessidade da separação do dano punitivo e da punibilidade do dano moral**. Revista da Faculdade de Direito da UERJ, v.2, n.26, 2014. ISSN: 22363475

Khouri, Paulo R. Roque A, **Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo** / Paulo R. Roque A. Khouri. – 7. ed. – São Paulo: Atlas, 2021.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira. **A responsabilidade pelo fato do produto no Código de Defesa do Consumidor**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 5, p. 43-44, 1993.

GONÇALVES, Carlos Roberto, **Direito civil brasileiro v. 4 - responsabilidade civil** / Carlos Roberto Gonçalves. - 19. ed. - São Paulo : SraivaJur, 2024.

TARTUCE, Flávio; **Manual de direito do consumidor: direito material e processual**, volume único / Flávio Tartuce, Daniel Amorim Assumpção Neves. – 9. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020

SILVEIRA, Paulo Burnier da. **Direito da concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1 dez. 2011. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm. Acesso em 04/10/2024.

BRASIL. **Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996**. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 15 maio 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm. Acesso em: 04/10/2024.

FERNANDES, Micaela Barros Barcelos. **As respostas punitiva e reparatória previstas na lei de defesa da concorrência brasileira ao ato ilícito concorrencial**, Revista de Defesa da Concorrência, Brasília, v. 10, n. 2, p. 64-80, 2022

DIDIER JR, Fred; ZANETI JR, Hermes. **Curso de direito processual civil: Processo Coletivo**. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

ANDERS, Eduardo Caminati; BAGNOLI, Vicente; PAGOTTO, Leopoldo (coord.). **Comentários à nova lei de defesa da concorrência: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012.

MARTINS, Fernanda Lopes; ALVES, Mariana Domingues. **A multifuncionalidade da responsabilidade civil no direito concorrencial brasileiro**. *Revista IBERC* v. 7, n. 1, p. 1-23, 2024.

RESEDÁ, S.; **A Função Social do Dano Moral**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

SILVEIRA, Paulo Burnier da. **Direito da concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

FERNANDES, Micaela Barros Barcelos. **As respostas punitiva e reparatória previstas na lei de defesa da concorrência brasileira ao ato ilícito concorrencial**, *Revista de Defesa da Concorrência*, Brasília, v. 10, n. 2, p. 64-80, 2022

DIDIER JR, Fred; ZANETI JR, Hermes. **Curso de direito processual civil: Processo Coletivo**. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

ANDERS, Eduardo Caminati; BAGNOLI, Vicente; PAGOTTO, Leopoldo (coord.). **Comentários à nova lei de defesa da concorrência: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012.

MARTINS, Fernanda Lopes; ALVES, Mariana Domingues. **A multifuncionalidade da responsabilidade civil no direito concorrencial brasileiro**. *Revista IBERC* v. 7, n. 1, p. 1-23, 2024.

BODIN, Maria Celina de Moraes. **Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas**. *Revista trimestral de direito civil*, Rio de Janeiro, v. 18, 2004

BONNA, Alexandre Pereira; LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. **Requisitos objetivos e subjetivos dos punitive damages: critérios à aplicação no direito brasileiro**. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 22, n. 1, p.190-222, mar. 2018. DOI: 10.5433/2178-8189.2018v22 n1p190. ISSN: 2178-8189

SILVA LEMOS, Vinicius. **Dano Punitivo: a necessidade da separação do dano punitivo e da punibilidade do dano moral.** Revista da Faculdade de Direito da UERJ, v.2, n.26, 2014. ISSN: 22363475

COUTINHO, Rogerio Beltrão, VASCONCELOS, Fernando Antônio de. Punitive damages: a indenização de caráter punitivo por danos morais no ordenamento jurídico brasileiro, Revista Direito e Desenvolvimento, João pessoa, v. 5, n. 9, p. 205-225, 2014.

SARAIVA, Leonardo Freire. **Punitive damages e o direito brasileiro: critérios utilizados em sua aplicação pelos tribunais brasileiros. 2006.** Trabalho de conclusão de curso (monografia), Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2006.

VAZ, Caroline. **Reflexões acerca da compatibilidade dos punitive damages com o sistema jurídico brasileiro, após recente decisão de homologação de sentença estrangeira no Brasil pelo STJ.** Revista IBERC, Belo Horizonte, v. 6, n. 2, p. 62-81, maio/ago. 2023.

ANDRADE, André Gustavo. **Dano moral e indenização punitiva: os punitive damages na experiência do common Law e na perspectiva do direito brasileiro,** Rio de Janrio, Lumen Juris, 2009.

ANDRADE, André Gustavo. **Dano moral e indenização punitiva: os punitive damages na experiência do common Law e na perspectiva do direito brasileiro.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.