

BREVES NOTAS SOBRE A FUNÇÃO PUNITIVA NA RESPONSABILIDADE CIVIL ORIUNDA DAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Álison José Maia Melo*

RESUMO: Apresentam-se algumas contribuições para o estudo da função punitiva no âmbito da responsabilidade civil, utilizando-se as relações de consumo como objeto de pesquisa para identificar a existência institucional dos denominados “danos punitivos”, com autonomia em relação aos danos morais. Para tanto, são realizadas discussões em torno de temas correlatos, a saber: em Direito Constitucional, sobre a Análise Econômica do Direito e o papel da Ordem Econômica na juridicização da Economia; em Teoria do Direito, sobre o papel da sanção no ordenamento jurídico a partir da teoria estrutural e da teoria funcional; e, no que concerne ao objeto do estudo, sobre a responsabilidade civil geral e específica no Direito do Consumidor. Conclui-se que os “danos punitivos” distinguem-se dos danos morais porque refletem danos sociais causados pelas condutas de agentes que, em razão das circunstâncias do ilícito, provocam externalidades para a sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade civil. Direito do Consumidor. Danos punitivos. Análise Econômica do Direito. Teoria funcional do Direito.

BRIEF NOTES ON THE PUNITIVE FUNCTION IN CIVIL LIABILITY DERIVED FROM CONSUMER RELATIONS

ABSTRACT: It presents some contributions to the study of the punitive function within civil liability, using consumer relations as research object to identify the institutional existence of the so-called “punitive damages”, with autonomy in relation to moral damages. For this purpose, it discusses over related themes, namely: in Constitutional Law, about Law and Economics and the role of the Economic Order in juridicization of Economics; in Theory of Law, about the role of sanction in the legal system from the structural and the functional theories; and, which concerns to the object of study, about general civil liability and specific liability in Consumer Law. It concludes that “punitive damages” distinguish themselves from moral damages because they reflect social damages caused by the behavior of agents which, due to the circumstances of the illicit act, provokes externalities to society.

KEYWORDS: Civil liability. Consumer Law. Punitive damages. Law and Economics. Functional theory of Law.

1 INTRODUÇÃO

No primeiro semestre de 2013, tive a oportunidade de participar, juntamente com o Prof. M.Sc. William Paiva Marques Júnior, de banca de trabalho de conclusão do Curso de Graduação em Direito, pela Universidade Federal do Ceará (UFC), do candidato Thiago de Alencar Felismino, cujo título da monografia denomina-se “Danos punitivos: análise do institu-

* Bacharel e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Especialista em Direito Tributário pela Faculdade 7 de Setembro (Fa7). Doutorando pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC. Analista de Regulação da Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados do Estado do Ceará (Arce). E-mail: alisson.melo@gmail.com

to como meio de inibição de condutas lesivas de fornecedores em face de consumidores”¹. Trata-se de excelente trabalho, empreendido sob a orientação da Prof.^a Dr.^a Uinie Caminha, configurando-se como um dos primeiros trabalhos acadêmicos realizados no âmbito da UFC sobre a temática do aspecto punitivo na reparação civil. Por razões de justiça, é necessário destacar que, nesse mesmo período, houve também a defesa na UFC de trabalho em torno “Da juridicidade do fator punição na liquidação da indenização por danos morais no Brasil”, da lavra de Arthur Nogueira Feijó², por sua vez sob orientação do Prof. Dr. Regnberto Marques de Melo Junior.

São dois trabalhos que, do meu ponto de vista, podem ser considerados complementares. De um lado, porque este adota um modelo tradicional de análise e discussão do instituto no âmbito do Direito brasileiro, sob uma perspectiva mais generalista. De outro, na medida em que aquele adota uma postura heterodoxa, porque vai abordar o tema a partir de uma discussão sobre Análise Econômica do Direito, além de englobar um objeto mais específico de preocupação, a saber, a relação consumerista.

Em virtude da relevância do tema e da relativa novidade das discussões no contexto jurídico nacional, o tema despertou meu interesse, tendo em vista envolver diversos aspectos que não se restringem apenas à discussão jurídico-civilista. Assim, presto os esforços para ofertar uma singela contribuição para as discussões, homenageando esses pesquisadores e seus respectivos orientadores pela coragem e disponibilidade de enfrentar um tema tormentoso e lacunoso no âmbito da Graduação em Direito, apresentando rápidas linhas em torno de alguns tópicos que foram suscitados durante a avaliação do primeiro trabalho, sem prejuízo de abordar algumas considerações feitas na outra monografia.

2 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO (E ANÁLISE JURÍDICA DA ECONOMIA)

De uma maneira geral e abstrata, uma análise econômica do Direito envolve um processo mais ou menos explícito: trata-se de uma atividade

¹ FELISMINO, Thiago de Alencar. **Danos punitivos: análise do instituto como meio de inibição de condutas lesivas de fornecedores em face de fornecedores**. 2013. 73 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação)—Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2013.

² FEIJÓ, Arthur Nogueira. **Da juridicidade do fator punição na liquidação da indenização por danos morais no Brasil**. 2013. 107 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação)—Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2013.

científica, na qual se coloca o Direito (enquanto sistema jurídico) como objeto de pesquisa e utilizam-se, como metodologia, as teorias oriundas da Economia. Considerando-se uma possível separação sistêmico-epistemológica entre as ciências jurídicas e as ciências econômicas, observa-se que qualquer análise econômica do Direito integra os estudos da Economia, e não do Direito (enquanto ciência). Significa dizer que, enquanto para as ciências jurídicas o Direito é estudado sob determinados pontos de vista, como o da existência, validade, vigência, eficácia, conteúdo, interpretação e aplicação das normas jurídicas, a análise feita pelas ciências econômicas tem outra perspectiva de exame.

Um dos problemas que decorrem dessa abordagem inicial é investigar se há viabilidade para que pesquisadores com formação em ciências jurídicas possam utilizar ferramentas metodológicas oriundas de outros ramos científicos, como o econômico, de modo que se possa garantir alguma confiabilidade dos resultados obtidos. Ademais quando, não apenas nos cursos de graduação, mas também na pós-graduação nada ou muito pouco se vê a respeito desses instrumentos econômicos.

Já por Análise Econômica do Direito, ou também conhecido por Direito e Economia, pode-se dizer que corresponde a um movimento acadêmico ou conjunto de correntes científicas, com adeptos tanto da Economia quanto do Direito, de matriz estadunidense, que adotam a metodologia ora exposta. Ao lado da denominada Economia dos Custos de Transação, ou Nova Economia Institucional, presta-se a analisar as normas e instituições jurídicas a partir de teorias econômicas³, embora esses dois macromovimentos pudessem ser inseridos num gênero mais amplo.

Essas duas tendências acadêmicas têm como ponto de partida os trabalhos de Coase, laureado em 1991 com o Prêmio do Banco Central da Suécia de Ciências Econômica em Memória de Alfred Nobel (já que o idealizador do prêmio nunca criou essa categoria, que não é administrada pela Fundação Nobel⁴). Em franca crítica ao que denomina de *blackboard economics* (“economia do quadro negro”, em alusão às lousas, comuns em sala

³ SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é “Direito e Economia”? In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito & economia**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 51.

⁴ NOBEL memorial prize in economic sciences. **Wikipedia**: the free encyclopedia. Disponível em: <http://en.wikipedia.org/wiki/Nobel_Memorial_Prize_in_Economic_Sciences>. Acesso em: 23 ago. 2013.

de aula), Coase⁵ vai formular uma teoria mais pragmática ou realista dos processos econômicos envolvidos nas relações interpessoais e, por ampliação, uma análise de política econômica. Nesse sentido, Coase⁶ identifica a existência, no mundo real, de uma série de custos nos processos de transação econômica de direitos entre sujeitos para que estes chegassem a um ponto eficiente e que, nesse contexto, regras jurídicas podem afetar as posições dos jogadores e impactar fortemente nesses custos de transação⁷. Em última análise, a pesquisa empreendida visava a uma análise da eficiência econômica nas relações sociais (sendo este o foco da pesquisa realizada).

Embora de origem britânica, Coase vai lecionar em Chicago, e é considerado o precursor da Análise Econômica do Direito e um dos teóricos da então denominada Escola de Chicago, embora ele próprio não se incluísse dentro dessa tendência⁸. É importante destacar que mesmo dentro da Análise Econômica do Direito há diversas correntes, não sendo adequado o reducionismo de identificar essa proposta apenas com a Escola de Chicago. Outro renomado autor que trabalha com Direito e Economia é Guido Cala-

⁵ COASE, Ronald Harry. **The firm the market and the law**. Chicago; London: The University of Chicago, 1990, p. 19-20: “*Marginal cost pricing as a policy is largely without merit. How then can one explain the widespread support that it has enjoyed in the economics profession? I believe it is the result of economists using an approach which I have termed ‘blackboard economics.’ The policy under consideration is one which is implemented on the blackboard. All the information needed is assumed to be available and the teacher plays all the parts. He fixes prices, imposes taxes, and distributes subsidies (on the blackboard) to promote the general welfare. But there is no counterpart to the teacher within the real economic system. There is no one who is entrusted with the task that is performed on the blackboard. In the back of the teacher’s mind (and sometimes in the front of it) there is, no doubt, the thought that in the real world the government would fill the role he plays. But there is no single entity within the government which regulates economic activity in detail, carefully adjusting what is done in one place to accord with what is done elsewhere. [...] Blackboard economics is undoubtedly an exercise requiring great intellectual ability, and it may have a role in developing the skills of an economist, but it misdirects our attention when thinking about economic policy. For this we need to consider the way in which the economic system would work with alternative institutional structures. And this requires a different approach from that used by most modern economists.*”

⁶ COASE, Ronald Harry. The problem of social cost. **Journal of law and economics**, Chicago, v. 3, p. 1-44, out. 1960.

⁷ ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. Análise econômica do direito e das organizações. In: _____; _____ (Org.). **Direito & economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 1-2.

⁸ COASE, 1990.

bresí, cujas peculiaridades levam a inserir uma distinção teórica, identificando-se na Escola de New Haven⁹.

A Escola de Chicago adota três premissas metodológicas: a) os agentes econômicos agem racionalmente com vistas à maximização de sua satisfação (*homo economicus*); b) os indivíduos respondem a incentivos e desincentivos de preços (juridicamente, sanções pecuniárias *lato sensu*); e c) regras legais podem ser avaliadas com base na eficiência, vista, numa perspectiva utilitarista, como a maximização do bem-estar social¹⁰. Todavia, a verdade de tais premissas não é pacífica no âmbito teórico; a Nova Economia Institucional, por exemplo, rejeita a premissa neoclássica de que os indivíduos agem necessariamente de forma racionalizante e tendente à maximização de satisfação, adotando uma proposta de racionalidade limitada¹¹. Aliás, do meu modo de ver, a rejeição dessa premissa configura-se como uma estratégia científica que muito mais se aproxima da proposta original de Coase, quando critica o *blackboard economics*.

No que respeita ao Direito, Coase¹² observa que, enquanto na análise bilateral de problemas, quando as partes conheciam suas respectivas atividades, haveria menores dificuldades informacionais e transacionais, quando deparado com um número cada vez maior de agentes envolvidos, os custos de transação são exponencialmente aumentados, inviabilizando a solução pelo mercado, hipótese em que a solução mais eficiente pudesse eventualmente passar por uma regulação estatal. Assim, em certo sentido, no que concerne ao Direito Civil, tratando das relações intersubjetivas entre pessoas privadas, as regras jurídicas previstas no ordenamento visam, em primeira linha, a garantir a segurança jurídica de posições especiais (propriedade, contratos etc.), aumentando custos de rompimento e, em última análise, interferindo na vantagem obtida por eventual descumprimento¹³. Por outro

⁹ SALAMA, 2008, p. 59.

¹⁰ FELISMINO, 2013, p. 22.

¹¹ ZYLBERSZTAJN; SZTAJN, 2005, p. 2.

¹² COASE, 1960, p. 18: “From these considerations it follows that direct governmental regulation will not necessarily give better results than leaving the problem to be solved by the market or the firm. But equally there is no reason why, on occasion, such governmental administrative regulation should not lead to an improvement in economic efficiency. This would seem particularly likely when, as is normally the case with the smoke nuisance, a large number of people are involved and in which therefore the costs of handling the problem through the market or the firm may be high.”

¹³ ZYLBERSZTAJN; SZTAJN, 2005, p. 9.

lado, as regras jurídicas no Direito Civil também podem prestar-se a reduzir custos de transação, seja mediante a institucionalização de presunções, seja pela estipulação de formas ou parâmetros específicos de realização de contratos. Num terceiro aspecto, ainda, regras jurídicas podem servir como elemento de regulação em situações nas quais há diversos agentes envolvidos, como vai ocorrer, por exemplo, no âmbito das relações consumeristas.

É oportuno salientar, ainda, que as linhas da Análise Econômica do Direito podem ser classificadas em duas dimensões, segundo o objetivo da análise realizada; assim, tem-se uma dimensão positiva, que diz respeito à capacidade explicativa (descritiva) da estrutura das normas jurídicas como soluções eficientes e uma dimensão normativa que se propõe a avaliar as soluções jurídicas existentes a partir de critérios como maximização do bem-estar geral, eficiência econômica das consequências pretendidas ou eficiência prática das políticas públicas adotadas¹⁴. Nessa segunda dimensão, ferramentas jurídicas podem ser criticadas e propostas novas soluções. Não significa dizer que a Análise Econômica do Direito propõe-se a ser uma ferramenta de fornecimento de respostas definitivas para problemas jurídicos, sendo equívoca tal compreensão, mas, por outro lado, deve-se reconhecer que os estudos dessa natureza podem se prestar a esclarecer nuances de problemas jurídicos, verificar como os institutos influenciam e são influenciados pelos comportamentos econômicos dos indivíduos¹⁵, e permitir um aprimoramento institucional, para tornar mais eficientes certas soluções jurídicas¹⁶.

Mas, da mesma forma em que o Direito passa a ser objeto de estudo das ciências econômicas, a própria Economia também passa a ser objeto de preocupações típicas das reflexões jurídicas, pelo menos sob duas perspectivas. A primeira delas é a que identifica, nas próprias regras de mercado, regras jurídicas, de comportamento entre agentes econômicos, e o mercado

¹⁴ SALAMA, 2008, p. 52-60.

¹⁵ DRESCH, Rafael de Freitas Valle. Análise econômica do direito: uma análise exclusiva ou complementar? In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito & economia**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 201: “Nesse sentido, é necessário pensar a análise econômica não como um concepção que, com seu objetivo de eficiência, apresenta uma estrutura que dá conta de toda a racionalidade dos institutos de direito privado, mas sim como uma análise que contribui na compreensão da influência desses institutos jusprivatistas em relação à economia.”

¹⁶ SALAMA, 2008, p. 50: “[...] a disciplina serve, antes de tudo, para iluminar problemas jurídicos e para apontar implicações das diversas possíveis escolhas normativas.”

qualifica-se como uma instituição jurídica autopoietica, que cria suas próprias regras de funcionamento¹⁷. Enquanto a primeira perspectiva vislumbra o direito existente no próprio mercado, a outra perspectiva cuida de aproximar considerações públicas a respeito da Economia; fala-se, assim, de institucionalização da ordem econômica, especialmente associada à manifestação constitucional. Pelo menos no caso brasileiro, em que é dedicado um título na Constituição para a ordem econômica e financeira¹⁸, o Direito Constitucional, mediante estabelecimento de normas jurídicas, conforma o funcionamento da economia nacional¹⁹.

No tocante especificamente a essa segunda perspectiva, gostaria de destacar dois aspectos da ordem econômica instituídos pela Constituição. Encartados no capítulo relativo aos princípios gerais da atividade econômica, em sentido amplo, ou seja, abrangendo inclusive o funcionamento das atividades tipicamente privadas, dois dispositivos constitucionais merecem um destaque neste momento. Em primeiro lugar, têm-se os fundamentos, princípios específicos e o fim da ordem econômica, todos estabelecidos no art. 170, vazado no seguinte texto:

¹⁷ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 29-30: “O mercado é uma *instituição jurídica*. Dizendo-o de modo mais preciso: *os mercados são instituições jurídicas*. [...] Ora, como o mercado é movido por interesses egoísticos — a busca do maior lucro possível — e a sua relação típica é a relação de intercâmbio, a expectativa daquela regularidade de comportamentos é que o constitui como uma ordem. E essa regularidade, que se pode assegurar somente na medida em que critérios subjetivos sejam substituídos por padrões objetivos de conduta, implica sempre a superação do individualismo próprio ao atuar dos agentes do mercado”. IRTI, Natalino. **L’ordine giuridico del mercato**. 3. ed. Roma: Laterza, 2004, p. VII: “Alla definizione del mercato come *locus artificialis* [...] suole replicarsi che il mercato non ha bisogno del *diritto statale*, poiché è, esso stesso, capace di produrre il proprio diritto. [...] Non si conosce per vero alcun mercato (determinato nel tempo e nello spazio), che non *pressuponga* istituti giuridici: anche l’elementare distinzione di ‘mio’ e ‘tuo’, dalla quale procede ogni atto di scambio, implica il *rinvio ad un criterio determinativo*. Il mercato non crea, ma postula la distinzione tra ‘mio’ e ‘tuo’, e dunque che i beni siano attribuiti in proprietà privata, e non caduti in proprietà comune”.

¹⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, ano 125, n. 191-A, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 23 set. 2013. Art. 170 e ss.

¹⁹ TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. 2. ed. São Paulo: Método, 2006, p. 82-84.

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:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.²⁰

22 | Não é a oportunidade de se analisar pontualmente cada um desses princípios, mas quer-se destacar que, a despeito de a Constituição prestigiar a livre iniciativa, a propriedade privada e a livre concorrência, também exige, para uma atuação econômica legítima (ou seja, em pauta com pacto político estabelecido), atenção, em contrapartida, para a soberania nacional, a função social da propriedade, a defesa do consumidor e a proteção do meio ambiente, entre outros. Tais regras de estrutura principiológica passam a servir como fundamentos legitimadores de “desigualdades” de posições jurídicas no âmbito da atividade econômica, de molde a aumentar custos para a implementação de situações que vão de encontro aos compromissos políticos fundantes da República.

O art. 170 da Constituição, como elemento jurídico vestibular do capítulo, deve ser tido como dispositivo de enfrentamento obrigatório para toda e qualquer análise jurídica que se pretenda adequada da atividade econômica no Brasil. Razão pela qual, mesmo que se entenda que a ordem econômica constitucional encontre-se esparsa em diversos dispositivos do texto²¹, esses dispositivos devem ser lidos a partir daquela matriz fundamental.

O outro dispositivo digno de destaque encontra-se na cabeça do art. 174. Nos termos da Constituição²²:

²⁰ BRASIL, 1988, online.

²¹ GRAU, 2012, p. 79-80.

²² BRASIL, 1988, online.

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

Veja-se que a Constituição coloca para o Estado o papel de agente normativo e regulador da atividade econômica, esta considerada em sentido lato, abrangendo desde questões intersubjetivas a temas de repressão de abuso de poder econômico. Sua atuação deverá ser necessariamente pautada pelos princípios da ordem econômica dispostos no art. 170. Enquanto a função de fiscalização está relacionada com o papel normativo do Estado, para verificação do cumprimento de regras pré-estabelecidas de comportamento dos agentes econômicos, o incentivo é função associada ao perfil regulador, como atividade de intervenção que objetiva estimular e induzir agentes econômicos na condução de seus negócios²³. Frise-se que o caráter indicativo para o setor privado restringe-se apenas à função de planejamento, não havendo restrições para funções de incentivo.

Assim, tem-se que a ordem econômica constitucionalmente estabelecida autoriza o Estado a adotar uma postura jurídica funcional perante as atividades econômicas e, portanto, diante das relações civilísticas que envolvam especialmente essas relações.

23

3 SANÇÃO E SUAS FUNÇÕES

Conquanto a Teoria Pura do Direito pretendesse ser uma teoria totalmente livre de considerações morais e axiológicas a respeito das normas jurídicas, um dos muitos aspectos controvertidos dessa formulação teórica dá-se, ou pelo menos assim me parece, quando o autor vai tratar das sanções, ao considerá-las como consequências negativas em virtude do cometimento de ilícitos. Embora Kelsen²⁴ tente afastar considerações de cunho moral acerca das sanções, deixa implícito em sua argumentação, contrariando, assim, suas premissas metodológicas iniciais, que a sanção é uma consequência penosa e indesejada pelos indivíduos²⁵.

²³ GRAU, 2012, p. 300-301.

²⁴ KELSEN, 2003, p. 124-128.

²⁵ KELSEN, 2003, p. 35-36: “Uma outra característica comum às ordens sociais a que chamamos Direito é que elas são ordens coativas, no sentido de que reagem contra as situações consideradas indesejáveis, por serem socialmente perniciosas — particularmente contra condutas humanas indesejáveis — **com um ato de coação, isto é, com um mal — como a privação da vida, da saúde, da liberdade, de bens econômicos e outros —, um mal que**

Para se seguir à risca as próprias premissas puristas da metodologia adotada, as considerações relativas à sanção certamente se aproximariam da análise econômica, em maior ou menor medida, feita com base no indivíduo racional maximizador de sua satisfação. Em outras palavras, sendo a sanção uma consequência definida pelo Estado — seja como representação do interesse geral, seja como manifestação da vontade soberana em relação ao exercício monopolizado e organizado da coação —, nenhum aspecto relativo a características volitivas deveria ser levado em consideração, e, portanto, a norma que estipula uma sanção nada mais faz do que estabelecer uma determinada consequência (jurídica) ao descumprimento de determinada conduta, e ao cidadão cabe sopesar os prós e contras (ou seja, fazer uma análise em torno de investimentos, riscos, custos e dividendos) para decidir por tomar uma ou outra conduta e assumir as consequências daí advindas. Não se poderia daí extrair que as sanções sejam consequências pejorativas, mas simplesmente que as normas jurídicas sancionatórias colocariam novos custos a serem levados em conta pelo agente.

Nada obstante, deve-se destacar que a Teoria Pura é uma teoria estruturalista do Direito, ou seja, pretende investigar e identificar padrões de funcionamento do sistema jurídico dentro de limites bem determinados. Com efeito, no esquema estrutural kelseniano, as normas primárias do ordenamento jurídico são normas de imputação de sanções, que, por sua vez, são atos de coação estatuídos pela ordem jurídica como consequência pelo cometimento de atos ilícitos. Embora tais normas jurídicas tenham como conteúdo a imputação de uma coação, elas também têm o condão de promover outras funções que, embora não desconhecidas por Kelsen²⁶, ele as

é aplicado ao destinatário mesmo contra sua vontade, se necessário empregando até a força física — coativamente, portanto. **Dizer-se que com o ato coativo que funciona como sanção, se aplica um mal ao destinatário, significa que este ato é normalmente recebido pelo destinatário como um mal.** Pode excepcionalmente suceder, no entanto, que não seja este o caso. Assim acontece, por exemplo, quando alguém que cometeu um crime deseja, por remorso, sofrer a pena estatuída pela ordem jurídica e sinta esta pena, portanto, como um bem; ou quando alguém comete um delito para sofrer a pena de prisão correspondente, porque a prisão lhe garante teto e alimento. Como observamos, trata-se, no entanto, de exceções. **Pode tomar-se como pressuposto que o ato coativo que funciona de sanção é normalmente recebido pelo destinatário como um mal.** [grifos nossos]

²⁶ KELSEN, 2003, p. 38: “Se, com a afirmação em questão, se pretende significar que o Direito, pela estatuição de sanções, motiva os indivíduos a realizarem a conduta prescrita, na medida em que o desejo de evitar a sanção intervém como motivo na produção desta condu-

considerava apenas funções possíveis e não essenciais do sistema jurídico. Para uma versão estrita do Direito, como a adotada na Teoria Pura, a afirmação é coerente com as premissas de análise, preocupando-se notadamente com o funcionamento do sistema sancionatório.

No entanto, a despeito da teoria estruturalista, pode-se analisar a questão também sob uma perspectiva funcional²⁷, que oportunamente amplia o papel das instituições jurídicas e, por conseguinte, os âmbitos de pesquisa do tema. Uma análise funcional do Direito importa em demonstrar que o ordenamento jurídico, além de realizar sua função precípua, traduzida pela aplicação da coação organizada pelo Estado, também pode ser utilizada para a promoção de determinadas condutas, através da previsão de regras que funcionem como estímulos ou desestímulos segundo intenções do próprio poder público.

Assim, cabe considerar que a norma jurídica que imputa uma sanção, além de ter uma pretensão de aplicação individual para um caso concreto, também possui uma perspectiva social, que funciona sob dúplice aspecto. De um lado, a norma jurídica contribui, em maior ou menor medida, para uma função de prevenção geral, no sentido de coibir a sociedade de agir em descumprimento; de outra banda, a norma jurídica sancionatória busca traduzir um determinado comando comportamental emitido pela sociedade (ou por seus representantes), que pretende corresponder à situação desejada, cuja violação enseja um desvalor social. O que não significa dizer que a própria sanção imputada, individualmente considerada, também não contenha uma função de prevenção específica, no sentido de tolher aquele que foi sancionado a cometer novamente o ilícito, e uma função punitiva, cujo conteúdo está na correlação entre cometimento do ilícito e efetiva aplicação da regra.

A despeito disso, pode-se apresentar uma distinção clássica de funções da sanção dividida em três tipos: a) reparatória, de caráter individual, cujo intuito é retornar a situação de coisas a seu *status quo ante*; b) preventiva, que motiva o não-cometimento de ilícitos e o compromisso com o cumpri-

ta, deve responder-se que esta motivação constitui apenas uma função possível e não uma função necessária do Direito”.

²⁷ Cf. BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Tradução de Daniela Beccacia Versiani. Barueri, SP: Manole, 2007, em especial, p. 1-21.

mento das regras; e c) punitiva, que corresponde ao desvalor inerente ao descumprimento da conduta desejada pela sociedade.

Com efeito, no âmbito da responsabilidade civil, observa-se que a disciplina jurídica vai de acordo com o perfil estruturalista da teoria do Direito, conforme os ditames dos arts. 186 e 187 c/c 927 do Código Civil²⁸:

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.

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

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

26 | Verifica-se que esse instituto tem por finalidade precípua a distribuição eficiente dos custos oriundos do ilícito, tendo como principal norte a identificação da pessoa que principalmente poderia ter evitado o cometimento²⁹. Noutro giro, pode-se dizer ainda que o ilícito que causa dano configura-se como uma externalidade negativa imposta por uma pessoa a outra (ou a várias outras), em relação ao qual a responsabilidade civil pretende internalizar o custo externalizado para terceiros.

Ainda sob o perfil estruturalista do Direito, pode-se ressaltar que há uma distinção importante a ser feita. Os arts. 186 e 187, a tratarem do ato ilícito, compõem apenas uma parte da estrutura normativa, a saber, o antecedente. Assim, os elementos da ação ou omissão, da culpa (voluntária, consciente ou objetiva) e do dano causado vão corresponder a elementos que se situam na hipótese normativa, que, uma vez realizados no mundo

²⁸ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2001. Institui o código civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, ano 139, n. 8, 11 jan. 2002, p. 1-74. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 23 ago. 2013.

²⁹ Cf. DRESCH, 2008, p. 195: “Nesse contexto, o instituto da responsabilidade civil tem por finalidade a distribuição eficiente dos custos decorrentes dos prejuízos oriundos de um acidente, dos custos de prevenção e dos custos com processos para determinar esses custos. O princípio geral da responsabilidade civil nessa análise, portanto, é de que os custos sejam suportados pela parte que poderia evitar ou minimizar os riscos dos referidos acidentes, sempre com vistas a maximizar o valor comum de bens e serviços, ou seja, garantir eficiência econômica.

fenomênico, vão ensejar a aplicação do art. 927, que traz a sanção, substanciada na obrigação de reparação.

Nesse diapasão, a reparação configura-se como a função principal do instituto da responsabilidade civil; o que não significa dizer que as demais funções sejam de todo vedadas, já que elas configuram-se como funções extra-reparatórias, ainda que se leve em consideração o perfil punitivo-pedagógico inerente à função reparatória. Todavia, sendo a função reparatória aquela definida pelo ordenamento como regra geral, inclusive pela previsão constante no art. 944 do Código Civil (“A indenização mede-se pela extensão do dano”), respaldada pelos direitos de propriedade e de livre concorrência, o desenvolvimento das demais funções deverá ter caráter excepcional, com base em fundamentos de mesma magnitude e importância.

Em certa medida, essas considerações devem ser cotejadas com o já destacado papel do Estado como agente regulador e promotor de incentivos e desincentivos para as condutas dos agentes econômicos, no sentido de que as funções extra-reparatórias, a partir de razões respaldadas nos princípios da ordem econômica do art. 170 da Constituição, possam ser especialmente disciplinadas pela legislação.

4 DANOS MORAIS, “DANOS PUNITIVOS” E A RELAÇÃO CONSUMERISTA

Ainda no âmbito geral, pretendem-se distinguir os denominados “danos punitivos” dos já conhecidos danos morais³⁰, como institutos não coincidentes. Contudo, a alusão a “danos punitivos” parece, à primeira vista, conter uma impropriedade, já que a alusão ao aspecto punitivo não se remete propriamente ao dano provocado, mas à sanção em si. Deve-se falar, portanto, em indenização punitiva, em contraposição à indenização reparatória. Aliás, também a respeito dos danos morais, lembra-se a impropriedade de mencionar que a sanção corresponda a uma reparação ou compensação pelo dano, já que não há possibilidade equivalência de natureza entre dano moral e ressarcimento pecuniário; tampouco é possível correlacionar o grau de ressarcimento à investigação do sofrimento psíquico sofrido pela vítima³¹. Sustenta-se que a indenização por danos morais funda-se e mede-

³⁰ FEIJÓ, 2013, p. 30.

³¹ FEIJÓ, 2013, p. 36-38.

se, num primeiro ponto de partida, de forma objetiva, a partir da violação de direitos da personalidade da vítima, ou seja, sem qualquer respaldo subjetivo no sofrimento causado; somente num segundo momento é que se pode traçar, a partir de elementos pessoais da vítima, seja de aspectos de sua personalidade, seja de aspectos patrimoniais, ainda de forma objetiva, critérios isonômicos de ampliação ou restrição do *quantum debeatur*.

Todavia, para os efeitos da presente análise, conforme a exposição na seção anterior, deve-se considerar que a indenização devida por danos morais equivale ao exercício da função reparatória da sanção — mesmo que de reparação não se trate propriamente. Nesse sentido, pode-se considerar que, no bojo da mensuração da indenização por danos morais, a autoridade jurisdicional possa levar em consideração fatores inerentes a aspectos punitivos, como o grau de culpa do ofensor e sua situação econômica³². O que parece, a princípio, tratar-se de algo diferente dos chamados “danos punitivos”, que seriam, por sua vez, decorrentes diretamente da função punitiva, como decorrente de um dano social, e que, portanto, escapariam de limites estritos relativos ao enriquecimento sem causa. Não obstante, essa questão merece ser analisada com maior acuidade; para tanto, passa-se a uma análise de algumas situações diferenciadas envolvendo a relação jurídica de consumo.

As relações consumeristas são um contexto bastante adequado para exame, uma vez que elas partem de algumas premissas sistêmicas particulares, a saber: a) que o fornecedor detém uma posição de vantagem informacional a respeito das características e dos custos dos produtos que fornece aos consumidores; b) que o fornecedor é, ao mesmo tempo, quem normalmente detém maior capacidade econômica e maior organização para execução financeira (o que não significa necessariamente dizer que o consumidor seja hipossuficiente); e c) que a atividade do fornecedor tem a capacidade

³² COULON, Fabiano Koff. Critérios de quantificação dos danos extrapatrimoniais dotados pelos Tribunais brasileiros e análise econômica do direito. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito & economia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 182-183: “A adoção de tais critérios pela jurisprudência nacional revela que, embora inexistia disposição legislativa genérica que reconheça expressamente a possibilidade de elevação do *quantum indenizatório* em atendimento a uma função punitiva de forma ampla, ainda assim a utilização da responsabilidade civil para atendimento a esta função já restou incorporada às decisões judiciais, [...]”.

de atingir consumidores em larga escala, o que lhe permite trabalhar com probabilidades e assunção de riscos para falhas.

Em contextos dessa natureza, pode-se observar que, sob uma perspectiva de Análise Econômica do Direito, com vistas à maximização racional de sua satisfação (lucro), o agente econômico pode claramente preferir adotar uma estratégia de ilicitude³³, principalmente quando se está diante de um sistema jurisdicional que é pouco acessível, de uma sociedade com carência de educação política e jurídica, e de uma estrutura ineficiente de decisão e cumprimento das leis.

Em contrapartida, não se pode negar que a defesa do consumidor é um dos princípios orientadores da ordem econômica, nos termos do supracitado art. 170, inc. V, da Constituição da República, razão pela qual pode servir como fundamento legítimo para a existência de exceções que autorizem a imputação da função punitiva autônoma. Nesse sentido, são destacadas três situações genéricas distintas para um exame mais cauteloso do comportamento das variáveis envolvidas.

4.1 Cobrança indevida

O primeiro deles diz respeito a uma previsão normativa constante no próprio Código de Defesa do Consumidor (CDC). O art. 42, parágrafo único, do CDC apresenta uma sanção decorrente de pagamento indevido pelo consumidor, consistente na devolução em dobro daquilo que foi pago em excesso:

Art. 42. Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça.

Parágrafo único. **O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em ex-**

³³ Cf. o caso *Ford Pinto* apresentado por SANDEL, Michael S. **Justiça**: o que é fazer a coisa certa. Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, p. 58: “Para calcular os benefícios obtidos com um tanque de gasolina mais seguro, a Ford estimou que em um ano 180 mortes e 180 queimaduras poderiam acontecer se nenhuma medida fosse feita. Estipulou, então, um valor monetário para cada vida perdida e cada queimadura sofrida — 200 mil dólares por vida e 67 mil por queimadura. Acrescentou a esses valores a quantidade e o valor dos Pintos que seriam incendiados e calculou que o benefício final da melhoria da segurança seria de 49,5 milhões de dólares. Mas o custo de instalar um dispositivo de 11 dólares em 12,5 milhões de veículos seria de 137,5 milhões de dólares. Assim, a companhia chegou à conclusão de que o custo de consertar o tanque não compensaria o benefício de um carro mais seguro.”

cesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável.³⁴ [grifos meus]

Diz-se que esse dispositivo legal consubstancia uma positivação, excepcional, de um verdadeiro “dano punitivo”³⁵. Uma primeira aproximação do parágrafo único permite asseverar que a atuação do fornecedor na situação hipotética prevista no CDC equivale à situação de ilicitude prevista no art. 187 do Código Civil, a saber, o exercício de direito com excesso de poder — quando “excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Ademais, a imputação da sanção (pagamento em dobro) é condicionada ao efetivo pagamento indevido pelo consumidor, não sendo imputável em casos de mera cobrança indevida. Em outras palavras, essa regra em muito se assemelha à estrutura geral do vício de vontade característico do dolo, previsto nos arts. 145 e ss. do Código Civil; enquanto, curiosamente, o *caput* do art. 42 do CDC alude a subterfúgios que se aproximam da coação. Em outras palavras, o consumidor, ao pagar, é levado a engano ao crer que a cobrança se tratava de valor devido, já que recai sobre o fornecedor o ônus da informação e a experiência negocial. Tanto que a parte final do dispositivo confirma a inversão do ônus, estipulando que cabe ao fornecedor, nesses casos, provar que a cobrança indevida ocorreu por engano justificável. Assim, o CDC aparentemente não tolera negligência ou imperícia na condução dos negócios pelo fornecedor, presumindo (relativamente) que este agiu com culpa em prejuízo de consumidor.

Uma terceira circunstância que transparece da análise do parágrafo único é a imputação de devolução em dobro do que se excedeu. Ou seja, trata-se de um valor que, além de atingir o *quantum* correspondente ao dano material causado, ultrapassa em igual medida. Sobre a ultrapassagem, duas interpretações são aparentemente válidas: a) a primeira, de que esse excedente corresponde aos “danos punitivos” pela prática de conduta que contém um desvalor social manifesto — extrapolação dos limites impostos pelos fins sociais —, razão pela qual seria devida e legítima a imputação ao infrator de uma parcela específica a título de punição, qualificada pelo abu-

³⁴ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, ano 127, n. 176, Suplemento, p. 1-8, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 23 set. 2013.

³⁵ FEIJÓ, 2013, p. 32-33.

so do direito; b) a segunda, de que esse excedente corresponderia, na verdade, a uma parcela de danos morais, por conta da violação de direito da personalidade inerente à extrapolação dos limites impostos pela boa-fé na conduta do infrator, razão pela qual o art. 42, parágrafo único, além de estipular indenização por danos materiais, teria incluído também a indenização por danos morais, tarifada.

Contudo, pelo que se pôde observar, o dispositivo legal em exame não leva em conta qualquer consideração relativa à pessoa do ofendido, penalizando de forma objetiva com base na conduta tomada pelo fornecedor. Assim, pode-se considerar, efetivamente, a existência de uma margem indenizatória que, embora extrapatrimonial, escapa do âmbito dos danos morais e que, em última análise, é manifestação da função punitiva, a qual, por sua vez, é derivada de um dano social causado pelo infrator.

A análise expendida autoriza ainda outra ilação: considerando que, a princípio, à indenização por dano de natureza social caberia como titular a sociedade ou quem lhe represente, o art. 42, parágrafo único, parece sinalizar, ainda que excepcionalmente, a possibilidade de “premiação”, ao consumidor ofendido, de um *plus* decorrente do dano social provocado pelo infrator.

A partir dessas considerações, são apresentadas outras duas que podem ou não ser consideradas como “danos punitivos”.

4.2 Condição financeira do ofendido e enriquecimento sem causa

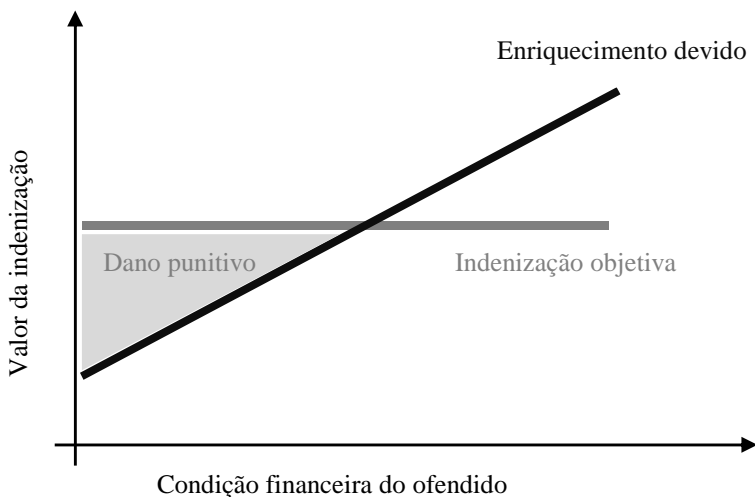
Uma segunda situação parte da variação da condição financeira do ofendido e do impacto da indenização moral devida para servir como desestímulo ao infrator, tanto quanto à função preventiva específica quanto à função punitiva — manifestando-se o perfil punitivo-pedagógico da indenização por danos morais. Para tanto, deve-se verificar que, tomando-se como ponto de partida um fornecedor específico, uma análise a partir de sua condição financeira somente poderá permitir extrair um valor de indenização objetivamente considerado a partir daqueles critérios.

Por outro lado, considerando que uma das premissas do sistema consumerista é o impacto em larga escala da atividade do fornecedor, pode-se concordar sem maiores dificuldades que um mesmo ilícito perpetrado pelo fornecedor pode atingir consumidores com perfis econômicos distintos. Em razão disso, caberia ao julgador, a princípio, cuidar para que a indenização devida não venha a promover o enriquecimento sem causa dos consumi-

res, em cotejo com a função reparatória, sem que, ao mesmo tempo, deixe de afetar economicamente o fornecedor.

O Gráfico 1 busca mostrar esquematicamente que, adotando-se um padrão objetivo de indenização, com base nas características do ofensor e da infração por este cometida, e contrastando essa linha com a curva de enriquecimento devido, que é diretamente proporcional à condição financeira do ofendido, a partir de um determinado ponto no qual, por conta da baixa condição financeira do ofendido, haveria um espaço de ineficiência em relação ao qual a função punitiva poderia ser trabalhada.

Gráfico 1 - Condição financeira e enriquecimento



Fonte: Elaborado pelo autor.

Pelo que foi exposto até então, verifica-se que a questão em discussão aqui se volta muito mais à definição do *quantum debeat* em casos de indenização por danos morais do que propriamente por motivos de “danos punitivos”. Aliás, ante a falta de uma fundamentação legal para o incremento, a atuação pretoriana fica restrita aos lindes definidos para a indenização por danos morais e a inserção da função punitiva nessa modalidade, de forma não autônoma.

No entanto, em relação especificamente à indenização nesse tipo de situação, já se ressaltou que os elementos que têm sido arrolados pelos julga-

dores como justificadores para um incremento no aspecto punitivo da indenização são, em especial, o grau de culpa do ofensor e a situação econômica do ofensor, porque escapariam de considerações inerentes à função reparatória³⁶. O que permite reforçar, portanto, que as considerações de natureza punitiva, a afetarem a responsabilidade civil, fogem de características típicas dos danos morais, uma vez que a condição financeira do ofendido nada interfere na identificação de parâmetros punitivos.

4.3 Direitos individuais homogêneos e infrações de pequena monta

Uma última situação a ser apresentada guarda pertinência com o problema de infrações de pequena monta, mas que atingem um número significativo de consumidores. São exemplos desse tipo de prática abusiva, o desconto de valores irrisórios em contas telefônicas, a redução do volume e peso de mercadorias (normalmente sem um aviso claro ao consumidor), ou até mesmo a devolução do troco sem os centavos devidos. Em hipóteses como essas, poucos são os consumidores que individualmente vão atrás de discutir judicialmente a respeito de um dano material de baixa quantia (ainda que haja o cometimento reiterado ao mesmo consumidor, cuja soma total ainda não seja “lucrativa” pelo esforço dispensado na disputa judicial) associado a um discutível dano moral (que pode eventualmente redundar no mero aborrecimento³⁷).

Em contrapartida, a atuação do fornecedor que age de tal forma, transparecendo um grau de culpa diferenciado, decorrente de uma prática abusiva socialmente reprovável, associado à dimensão do enriquecimento indevido auferido pelo fornecedor (que, a depender da dimensão de sua empresa, pode, com poucos centavos de cada consumidor, faturar cifras milionárias), é situação que, à semelhança da cobrança indevida, já analisada, configura situação especial que pode ensejar o incremento de danos punitivos.

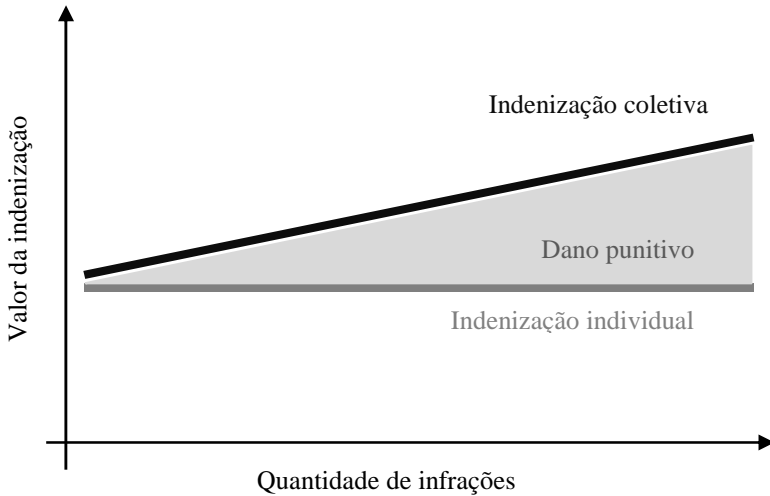
O Gráfico 2 ilustra bem a questão, para demonstrar que, com base no número de infrações cometidas através de uma mesma prática abusiva, passa a surgir um espaço de intervenção punitiva ao ofensor. Assume-se aqui a premissa de que, quanto maior é o impacto da conduta cometida pelo fornecedor, maior é a reprovabilidade social e, por conseguinte, maior deve ser a indenização por ele devida. Dessa forma, a percepção coletiva do

³⁶ COULON, 2008, p. 181-183.

³⁷ FELISMINO, 2013, p. 46-48.

dano provocado pode acarretar uma sanção mais adequada à situação concreta, superior à mera soma das indenizações individuais de cada consumidor (assumindo-se aqui, para fins de facilitação da compreensão, consumidores com perfis morais e econômicos equivalentes entre si).

Gráfico 2 - Dano coletivo e indenização progressiva



34

Fonte: Elaborado pelo autor.

Ressalte-se que, a respeito dessa questão, em especial, o CDC não foi de todo omissivo. Ao disciplinar a defesa do consumidor em juízo, ressaltou a possibilidade de ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos, que podem ser ajuizadas pelo Ministério Público e outras instituições públicas e privadas para defesa dos interesses dos consumidores, nos termos do art. 82³⁸. Dispõe ainda o CDC que uma vez proposta a ação coletiva, será publicado edital para intervenção dos litisconsortes (art. 94) e que a execução também poderá ser coletiva (art. 98). Destaque especial para o art. 100:

Art. 100. Decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 82 promover a liquidação e execução da indenização devida.

³⁸ BRASIL, 1990, online.

Parágrafo único. O produto da indenização devida reverterá para o fundo criado pela Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.³⁹

O dispositivo parece nortear que a indenização atribuída, compatível com a gravidade do dano, poderá não se identificar com o número de interessados (aliás, nos casos em que há baixo interesse econômico, é de se esperar que não acudam interessados também na fase de execução). E, ademais, disso, que, mesmo que não apareçam os interessados, o resultado da indenização, deduzidas as indenizações individuais, será revertido para o Fundo para Reconstituição de Bens Lesados⁴⁰, o que denota, mais uma vez, a natureza social do “dano punitivo” e a possibilidade de o legislador tanto atribuir o produto da indenização para os próprios consumidores, como fez no art. 42, parágrafo único, quanto destinar à sociedade através de fundos específicos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De tudo quanto foi exposto, é possível inferir, afinal, que a Análise Econômica do Direito configura-se uma ferramenta bastante útil para trazer novas discussões acadêmicas, inclusive na própria seara científica do Direito, sem assumir uma pretensão de verdade matemática a respeito das discussões jurídicas. Aliás, assim como a Economia cuida de analisar o fenômeno jurídico, o Direito também se preocupa com o fenômeno econômico, inclusive a partir da própria Constituição.

Trabalhando sob os dois vieses (econômico e jurídico), conclui-se que os chamados “danos punitivos” correspondem de fato a uma categoria diferenciada de danos extrapatrimoniais, que não se confundem com os danos morais. Isso ocorre porque os “danos punitivos” são, como se deduz, um reflexo dos danos sociais causados pelas condutas de agentes que, em razão das circunstâncias do ilícito (e não em razão de circunstâncias morais ou relativas à personalidade do ofendido), provocam externalidades sociais. Os elementos sensíveis a esse chamado à função punitiva das sanções na responsabilidade civil são o grau de reprovabilidade da conduta ilícita, que se

³⁹ BRASIL, 1990, online.

⁴⁰ BRASIL. Decreto nº 92.302, de 16 de janeiro de 1986. Regulamenta o fundo para reconstituição de bens lesados de que trata a lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, ano 123, p. 999, 17 jan. 1986. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/D92302.htm>. Acesso em: 23 set. 2013.

associa à culpa do ofensor normalmente vinculada a um vício de vontade ou abuso de direito, e a condição financeira do ofensor.

No entanto, os “danos punitivos” devem ser considerados exceção no âmbito do ordenamento jurídico pátrio, devendo ser necessariamente definidos em lei, e respaldados em fundamento constitucional legitimamente inserido na ordem econômica. Por fim, no que tange às relações jurídicas de perfil consumerista, afirma-se que o art. 42, parágrafo único, do CDC de fato consagra uma hipótese de “dano punitivo”, autorizada legislativamente. Outrossim, o próprio CDC também dá azo a que se oportunizem o exercício da função punitiva típica dos “danos punitivos” no caso de ilícitos que atinjam direitos individuais homogêneos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, ano 125, n. 191-A, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 23 set. 2013.

_____. Decreto nº 92.302, de 16 de janeiro de 1986. Regulamenta o fundo para reconstituição de bens lesados de que trata a lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, ano 123, p. 999, 17 jan. 1986. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/D92302.htm>. Acesso em: 23 set. 2013.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, ano 127, n. 176, Suplemento, p. 1-8, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 23 set. 2013.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2001. Institui o código civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, ano 139, n. 8, 11 jan. 2002, p. 1-74. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 23 ago. 2013.

COASE, Ronald Harry. **The firm the market and the law**. Chicago; London: The University of Chicago, 1990.

_____. The problem of social cost. **Journal of law and economics**, Chicago, n. 3, p. 1-44, out. 1960.

COULON, Fabiano Koff. Critérios de quantificação dos danos extrapatrimoniais dotados pelos Tribunais brasileiros e análise econômica do direito. In: TIMM,

Luciano Benetti (Org.). **Direito & economia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 175-191.

DRESCH, Rafael de Freitas Valle. Análise econômica do direito: uma análise exclusiva ou complementar? In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito & economia**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 193-202.

FEIJÓ, Arthur Nogueira. **Da juridicidade do fator punição na liquidação da indenização por danos morais no Brasil**. 2013. 107 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação)—Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2013.

FELISMINO, Thiago de Alencar. **Danos punitivos: análise do instituto como meio de inibição de condutas lesivas de fornecedores em face de fornecedores**. 2013. 73 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação)—Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2013.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

IRTI, Natalino. **L'ordine giuridico del mercato**. 3. ed. Roma: Laterza, 2004.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

NOBEL memorial prize in economic sciences. **Wikipedia**: the free encyclopedia. Disponível em: <http://en.wikipedia.org/wiki/Nobel_Memorial_Prize_in_Economic_Sciences>. Acesso em: 23 ago. 2013.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é “Direito e Economia”? In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito & economia**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 49-61.

SANDEL, Michael S. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. 2. ed. São Paulo: Método, 2006.

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. Análise econômica do direito e das organizações. In: _____; _____ (Org.). **Direito & economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 1-15.