

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

Faculdade de Direito

Programa de Pós-Graduação em Direito

Viviane Cabral Giordano Garios

**(IN)APLICABILIDADE DA FUNÇÃO PUNITIVA DA INDENIZAÇÃO COMO
MECANISMO DE ADEQUAÇÃO DE CONDUTAS NO MERCADO DE TELEFONIA
MÓVEL BRASILEIRO**

Belo Horizonte

2020

Viviane Cabral Giordano Garios

**(IN)APLICABILIDADE DA FUNÇÃO PUNITIVA DA INDENIZAÇÃO COMO
MECANISMO DE ADEQUAÇÃO DE CONDUTAS NO MERCADO DE TELEFONIA
MÓVEL BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direito e justiça

Linha de pesquisa: Poder, cidadania e desenvolvimento no Estado Democrático de Direito

Orientador: Prof. Dr. Marcelo de Oliveira Milagres

Belo Horizonte

2020

G232i Garios, Viviane Cabral Giordano
(In)aplicabilidade da função punitiva da indenização como mecanismo de adequação de condutas no mercado de telefonia móvel brasileiro / Viviane Cabral Giordano Garios. – 2020.

Orientador: Marcelo de Oliveira Milagres.
Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.

1. Direito – Teses 2. Indenização – Teses 3. Danos (Direito) – Teses
4. Responsabilidade (Direito) – Teses 5. Telefonia celular – Teses 6. Brasil -
Superior Tribunal de Justiça I.Título

CDU 347.513(81)



FACULDADE DE DIREITO UFMG

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UFMG

DEFESA DE DISSERTAÇÃO DE MESTRADO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: DIREITO E JUSTIÇA
BEL^a. VIVIANE CABRAL GIORDANO GARIOS

Aos quatorze dias do mês de julho de 2020, às 9:30 horas, via plataforma digital zoom, reuniu-se, em sessão pública, a Banca Examinadora constituída de acordo com o art. 73 do Regulamento do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, e das Normas Gerais de Pós-Graduação da Universidade Federal de Minas Gerais, integrada pelos seguintes professores: Prof. Dr. Marcelo de Oliveira Milagres (orientador da candidata/UFMG); Prof. Dr. Christian Sahb Batista Lopes (UFMG) e Prof. Dr. Sérgio Henriques Zandona Freitas (FUMEC), designados pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, para a defesa de Dissertação de Mestrado da **Bel^a. VIVIANE CABRAL GIORDANO GARIOS**, matrícula nº **2018653797**, intitulada: "**(IN)APLICABILIDADE DA FUNÇÃO PUNITIVA DA INDENIZAÇÃO COMO MECANISMO DE ADEQUAÇÃO DE CONDUTAS NO MERCADO DE TELEFONIA MÓVEL BRASILEIRO**". Os trabalhos foram iniciados pelo presidente da mesa e orientador da candidata, Prof. Dr. Marcelo de Oliveira Milagres, que, após breve saudação, concedeu a candidata o prazo máximo de 30 (trinta) minutos para fins de exposição sobre o trabalho apresentado. Em seguida, passou a palavra ao Prof. Dr. Christian Sahb Batista Lopes, para o início da arguição, nos termos do Regulamento. A arguição foi iniciada, desta forma, pelo Prof. Dr. Christian Sahb Batista Lopes, seguindo-se-lhe, pela ordem, os Professores Doutores: Sérgio Henriques Zandona Freitas e Marcelo de Oliveira Milagres. Cada examinador arguiu a candidata pelo prazo máximo de 30 (trinta) minutos, assegurando a mesma, igual prazo para responder às objeções cabíveis. Cada examinador atribuiu conceito a candidata, em cartão individual, depositando-o em envelope próprio. Recolhidos os envelopes, procedeu-se a apuração, tendo se verificado o seguinte resultado:

Prof. Dr. Marcelo de Oliveira Milagres (orientador da candidata/UFMG)

Conceito:..... A

Prof. Dr. Christian Sahb Batista Lopes (UFMG)

Conceito:..... A

Prof. Dr. Sergio Henriques Zandona Freitas (FUMEC)

Conceito:..... A

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Av. João Pinheiro, 100 - 11º andar - Centro - Belo Horizonte - MG - Brasil - 30130-180
Fone: (31) 3409.8635 - E-mail: info.pos@direito.ufmg.br - https://pos.direito.ufmg.br



A Banca Examinadora considerou a candidata....APROVADA....., com nota...90...Nada mais havendo a tratar, o Professor Doutor Marcelo de Oliveira Milagres, presidente da mesa e orientador da candidata, agradecendo a presença de todos, declarou encerrada a sessão. De tudo, para constar, eu, Fernanda Bueno de Oliveira, Servidora Pública Federal lotada no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG, mandei lavrar a presente ata, que vai assinada pela Banca Examinadora e com o visto da candidata.

BANCA EXAMINADORA:


Prof. Dr. Marcelo de Oliveira Milagres (orientador da candidata/UFMG)


Prof. Dr. Christian Sahb Batista Lopes (UFMG)


Prof. Dr. Sergio Henriques Zandona Freitas (FUMEC)


- CIENTE: Viviane Cabral Giordano Garios (Mestranda)

Ao Carlos e ao Leo, por serem porto e brisa.

AGRADECIMENTOS

A produção acadêmica, apesar de muitas vezes solitária, não se faz possível sem as trocas com aqueles que, diariamente, estão presentes em nossas vidas. Trata-se de uma verdadeira jornada de muito aprendizado e gratidão.

Ao orientador da pesquisa, caro Professor Dr. Marcelo de Oliveira Milagres, agradeço os valiosos ensinamentos dentro e fora da sala de aula. A oportunidade do nosso convívio engrandeceu a minha experiência.

Aos Professores Dr. Christian Sahb Batista Lopes e Dr. Sérgio Henriques Zandona Freitas, agradeço a atenciosa participação e a contribuição para construção final do trabalho.

Ao Desembargador Dr. José Mauro Catta Preta Leal, agradeço o exemplo que me estimula a seguir na busca pelo conhecimento e por acreditar no meu potencial.

Ao meu marido Carlos, minha alegria e maior incentivador desse projeto de vida, agradeço, imensamente, o suporte e a compreensão por inúmeras ausências, angústias e ansiedades. Você me faz feliz e me completa. Ao seu lado me faço mais forte.

Ao meu filho Leonardo, fruto também desse último ano, agradeço a inspiração constante e a companhia para construção do texto desde suas bases. O seu sorriso alimenta a minha alma e justifica qualquer esforço.

À minha mãe Cláudia, incansável, agradeço a presença diante de qualquer adversidade e o amor depositado em toda a ajuda para que fosse possível a minha dedicação à concretização de mais esse sonho.

Ao meu pai, agradeço os primeiros ensinamentos em minha formação. Nossos momentos juntos são valiosas lições que carrego dentro do meu coração.

Ao meu irmão Diogo, agradeço o amparo, o afeto na construção conjunta de ideias e o importante estímulo para aprimoramento da pesquisa nas críticas recebidas.

Ao Professor Bruno Paiva Bernardes e à colega Anna Beatriz Otoni, agradeço a revisão do texto e todas as sugestões acumuladas em nossos debates.

Aos amados familiares, sogros, Dra. Luciana Torquato, amigos, colegas de trabalho, professores e profissionais da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, com quem tenho o prazer de conviver e que contribuíram para a minha caminhada na pesquisa, agradeço todos os valiosos momentos compartilhados.

“[...] permitir o subjetivismo dos valores conduz ao arbítrio do juiz.” (PERLINGIERI, 2002, p. 63).

RESUMO

A presente dissertação tem como temática a aplicação do instituto da indenização punitiva pelo Superior Tribunal de Justiça na responsabilização civil das sociedades empresárias no mercado de telefonia móvel do Brasil. Como problema de pesquisa, indaga-se se há critérios para a aplicação da indenização punitiva previstos na ordem jurídica brasileira e se as decisões judiciais do Superior Tribunal de Justiça encontram suporte jurídico para a adoção desse instituto como mecanismo de adequação de condutas violadoras dos direitos dos consumidores no mercado de telefonia móvel. Questionam-se, ainda, eventuais alternativas para a massificada violação aos direitos dos usuários nesse relevante setor do mercado escolhido. Como hipótese, afirma-se que o Superior Tribunal de Justiça não adota critérios teóricos e objetivos para aplicação da indenização punitiva a esses agentes empresariais, motivo pelo qual outros mecanismos se mostram mais pertinentes para a adequação de condutas ilícitas no mercado. Justifica-se a pesquisa a partir do constante e crescente desejo da sociedade de aprimoramento das técnicas de resoluções de conflitos e de busca de medidas mais céleres e eficazes para a composição de interesses. O objetivo geral da pesquisa é investigar a presença de critérios teóricos e objetivos na aplicação da indenização punitiva pelo Superior Tribunal de Justiça no mercado de telefonia móvel do Brasil e, caso ausentes, ao final, propor a adoção de outros mecanismos para enfrentamento das controvérsias advindas das reiteradas condutas violadoras aos direitos dos consumidores. Adotam-se, como marcos teóricos, os conceitos de Nelson Rosenvald, Felipe Peixoto Braga Netto e Cristiano Chaves, que destacam a necessidade de se repensar as funções da responsabilidade civil, que deve atuar como técnica de controle social, reafirmando o conceito de dignidade da pessoa humana e o paradigma do Estado Democrático de Direito, além do conceito de Marcelo de Oliveira Milagres que, convergentemente, destaca que o Superior Tribunal de Justiça, na fixação do *quantum* indenizatório, leva em consideração o grau de reprovação da conduta ofensiva, a situação econômica dos envolvidos e as finalidades pedagógica e exemplar da indenização, fatores que se relacionam com o caráter punitivo do dano. Quanto aos aspectos metodológicos, a pesquisa insere-se na vertente jurídico-dogmática e adota, predominantemente, o raciocínio hipotético-dedutivo. Quanto aos setores do conhecimento, a pesquisa caracteriza-se como interdisciplinar, coordenando conceitos de Direito Civil, Direito do Consumidor, Teoria do Direito e Direito Administrativo, e é do tipo bibliográfica e documental. São dados primários da pesquisa as leis, resoluções e demais normas, bem como a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e as estatísticas de órgãos oficiais e institutos

de pesquisa relacionados à temática; e dados secundários a literatura especializada sobre a matéria, a doutrina e os artigos acadêmicos.

Palavras-chave: Indenização punitiva. Direito do Consumidor. Telefonia Móvel. Responsabilidade civil. Danos morais. Superior Tribunal de Justiça.

ABSTRACT

This dissertation has as theme the application of the institute of punitive damages by the Superior Court of Justice in the civil liability of companies in the mobile telecommunications market in Brazil. As a research problem, it is asked whether there are criteria for the application of punitive damages provided for in the Brazilian legal system and whether the judicial decisions of the Superior Court of Justice find legal support for the adoption of this institute as a mechanism for adapting conduct that violates consumers' rights in that market. It is also questioned possible alternatives for the massive violation of those rights in this relevant sector of the chosen market. As a hypothesis, it is stated that the Superior Court of Justice does not adopt theoretical and objective criteria for the application of punitive damages to these business agents, which is why other mechanisms are more pertinent for the adequacy of misconducts in the market. Research is justified on the basis of society's constant and growing desire to improve conflict resolution techniques and to seek faster and more effective measures for the composition of interests. The general objective of the research is to investigate the presence of theoretical and objective criteria in the application of punitive damages by the Superior Court of Justice in the mobile telecommunications market in Brazil and, if absent, to propose the adoption of other mechanisms to face the controversies arising from the repeated conducts that violate the consumers' rights. Theoretical frameworks are the concepts of Nelson Rosenvald, Felipe Peixoto Braga Netto and Cristiano Chaves, which highlight the need to rethink the functions of tort law, which should act as a technique of social control, reaffirming the concept of human dignity and the paradigm of the Democratic State of Law, in addition to the idea of Marcelo de Oliveira Milagres, who emphasizes that the Superior Court of Justice, in setting the compensation quantum, takes into account the degree of disapproval of offensive conduct, the economic situation of those involved and the pedagogical and exemplary purposes of compensation, factors that are related to the punitive character of the damage. As for the methodological aspects, the research is inserted in the legal-dogmatic field and adopts, predominantly, the hypothetical-deductive reasoning. As for the knowledge sectors, the research is characterized as interdisciplinary, coordinating concepts of Civil Law, Consumer Law, Jurisprudence and Administrative Law, and is of a bibliographic and documentary type. The primary data of the research are the laws, resolutions and other norms, as well as the precedents of the Superior Court of Justice and the statistics of official agencies and research institutes related to the subject; and secondary data are the specialized literature on the subject, doctrine and academic articles.

Keywords: Punitive damages. Consumer Law. Mobile Telecommunications. Tort Law. Moral Damages. Superior Court of Justice.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 – Assuntos mais demandados no Brasil em 2018, segundo CNJ (Estatual)	22
Figura 2 – Assuntos mais demandados nos Juizados Especiais em 2018, segundo CNJ (Estatual).....	23

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ANATEL	Agência Nacional de Telecomunicações
Art.	Artigo
Arts.	Artigos
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CE	Ceará
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
COFECI	Conselho Federal de Corretores de Imóveis
CPAE	Gerência de Acompanhamento Econômico da Prestação
CPC	Código de Processo Civil
DF	Distrito Federal
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
IDEC	Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor
LACP	Lei da Ação Civil Pública
MDC-MG	Movimento de Donas de Casa e Consumidores de Minas Gerais
MG	Minas Gerais
nº	Número
PADO	Procedimento de Apuração de Descumprimento de Obrigações
PE	Pernambuco
RASA	Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas
REsp	Recurso Especial
RI	Requerimento de Informações
RS	Rio Grande do Sul
S.A.	Sociedade Anônima
SC	Santa Catarina
SCP	Superintendência de Competição
SDE	Secretaria Nacional de Direito Econômico
SEI	Sistema Eletrônico de Informações
SMP	Serviço Móvel Pessoal
SNDC	Sistema Nacional de Defesa do Consumidor
SP	São Paulo
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TAC	Termo de compromisso de ajustamento de conduta

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	16
2	PANORAMA DA LITIGIOSIDADE DO SETOR DE TELEFONIA MÓVEL NO BRASIL	21
3	A INDENIZAÇÃO PUNITIVA: ORIGEM E APLICABILIDADE NO <i>COMMON LAW</i>.....	24
3.1	A ORIGEM MODERNA NO DIREITO INGLÊS	26
3.2	A EXPANSÃO NO DIREITO NORTE-AMERICANO	30
4	INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL NO BRASIL: DA COMPENSAÇÃO À PUNIÇÃO.....	37
4.1	PANORAMA DO DESENVOLVIMENTO DA POSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO DO DANO MORAL	38
4.1.1	Conceituação	38
4.1.2	Relato histórico	39
4.1.3	A mudança de enfoque acerca da lesão extrapatrimonial	45
4.1.3.1	<i>A prevenção e a punição como novos enfoques da indenização por ofensa moral</i>	<i>47</i>
4.2	A DEFESA DA PUNIÇÃO.....	50
4.2.1	Tratamento legislativo.....	56
5	CRÍTICAS À APLICAÇÃO DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....	58
5.1	ANÁLISE DOS JULGADOS EM RELAÇÃO AOS AGENTES EMPRESARIAIS DO SETOR DE TELEFONIA MÓVEL	58
5.1.1	Exposição dos principais argumentos decisórios	58
5.2	INDENIZAÇÃO PUNITIVA À BRASILEIRA	67

5.2.1	Necessidade de prévia cominação legal.....	68
5.2.2	Desproporcionalidade dos critérios punitivos com as circunstâncias do caso concreto.....	71
5.2.3	Confusão entre a punição e a compensação	73
5.2.4	Vedação ao enriquecimento sem causa.....	75
5.2.5	Indesejável <i>bis in idem</i>	76
5.2.6	Consequências sociais e econômicas.....	78
6	A TUTELA PREVENTIVA E REPRESSIVA PARA ALÉM DA FUNÇÃO PUNITIVA DA INDENIZAÇÃO	82
6.1	A REGULAÇÃO DO MERCADO E AS AGÊNCIAS REGULADORAS	82
6.1.1	O papel da Agência Nacional de Telecomunicações e seu dever de proteção dos direitos dos usuários	86
6.1.1.1	<i>A resolução de conflitos pela Agência Nacional de Telecomunicações</i>	<i>89</i>
6.1.1.2	<i>Exemplos de sanções aplicadas pela Agência Nacional de Telecomunicações.....</i>	<i>95</i>
6.2	COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA.....	97
6.2.1	Compromisso de ajustamento de conduta firmado pela Agência Nacional de Telecomunicações	99
6.3	CONVENÇÃO COLETIVA DE CONSUMO	101
7	CONCLUSÃO	106
	REFERÊNCIAS.....	109

1 INTRODUÇÃO

Na era Pós-Industrial, marcada pela crescente contratação de prestação de serviços e desmaterialização dos bens, observa-se que a tutela do interesse geral também se transformou em componente do lucro. As instituições, anteriormente fundadas nas relações de propriedade, nas trocas de mercado e no acúmulo de bens, estão sendo substituídas, e a relação dessas novas instituições no mercado deve ser constantemente enfrentada, para que o ser humano se afirme como protagonista dessas relações.

Busca-se a melhor solução jurídica, que assegure de forma equilibrada a liberdade e a eficiência na tutela de direitos, e a disposição de mecanismos adequados de contenção e compensação de poderes e riscos.

Esse cenário de constante evolução e a contínua prática de condutas ilícitas por diversos agentes econômicos no mercado, em verdadeira lógica de custo-benefício, gerou a necessidade de revisitação e acirrou os debates acerca da superação dos pressupostos e das funções clássicas da responsabilidade civil.

Por meio de suas múltiplas funções, a responsabilidade civil assume certa flexibilidade e abertura para a sociedade e seus problemas, tendo papel revolucionário de mediação entre as práticas sociais e a tutela jurídica.

Nesse contexto, há quem justifique o reconhecimento da função punitiva da responsabilidade civil como instrumento adequado para a regulação da prática de condutas indesejadas pelos agentes empresariais, considerando-se que o sistema punitivo clássico aparentemente não apresentaria mais eficácia suficiente (ROSENVOLD, 2014, p. 169). Defende-se a possibilidade de aplicação da sanção no bojo da indenização compensatória, estabelecendo-se novos paradigmas em relação às primeiras ideias de punição do Direito brasileiro, restritas ao Direito Penal e ao Direito Administrativo Sancionador.

A sanção civil punitiva ou indenização punitiva, como será denominada adiante nesse trabalho, consiste na soma em dinheiro conferida ao lesado, superior ao montante necessário à compensação dos prejuízos sofridos por uma lesão extrapatrimonial, estipulada no mesmo momento da fixação do *quantum* indenizatório, considerando-se a finalidade de punir e prevenir a tomada de novas condutas semelhantes pela exemplaridade da punição. Cuida-se de um misto de prevenção de condutas ilícitas e de punição pela ofensa de direitos.

Constata-se verdadeiro universo de decisões judiciais tomadas diariamente, em ramos importantes da vida cotidiana, em que os tribunais intervêm na dinâmica de serviços essenciais aos cidadãos, como de transporte, abastecimento de água, luz, prestação de saúde,

serviços de telefonia ou financeiros em geral, sob a justificativa de adequação de condutas e proteção de direitos dos consumidores (BRASIL, 2016d).

Apesar de não se negar o reconhecimento das necessidades de se reparar pronta e integralmente todos os prejuízos suportados pelas vítimas lesadas, e de se atribuir um caráter pedagógico às indenizações, entende-se imprescindível a existência de respaldo jurídico suficiente para a adoção da indenização punitiva pelos tribunais.

Na sociedade da produção e do consumo em massa, o controle e a eficiência devem se dar em uma dinâmica modernizada de organização, podendo-se admitir que o Direito Civil seja capaz de oferecer técnicas de modificação do comportamento dos atores privados. Contudo, tal intervenção urge amparar-se em critérios legais e claros, além de preferencialmente técnicos, para a viabilidade de obtenção de bons resultados e do equilíbrio entre a liberdade e a prevenção de riscos que se busca.

Assim, como problema de pesquisa, indaga-se se há critérios para a aplicação da indenização punitiva previstos na ordem jurídica brasileira, e se as decisões judiciais do Superior Tribunal de Justiça encontram suporte jurídico para a adoção do instituto como mecanismo de adequação de condutas violadoras dos direitos dos consumidores no mercado de telefonia móvel. Questionam-se, ainda, eventuais alternativas para a massificada violação aos direitos dos consumidores nesse relevante setor do mercado escolhido.

Como hipótese de pesquisa, afirma-se que o Superior Tribunal de Justiça não adota critérios teóricos e objetivos para aplicação da indenização punitiva aos agentes empresariais prestadores de serviços de telefonia móvel, motivo pelo qual outros mecanismos se mostram mais pertinentes para a adequação de condutas ilícitas no mercado.

Justifica-se a relevância da pesquisa a partir do desejo crescente da sociedade de aprimoramento das técnicas de resoluções de conflitos. Buscam-se alternativas mais céleres e eficazes na composição de interesses, apresentando-se a proposição da indenização punitiva como uma dessas alternativas, mas desde que adequada ao ordenamento jurídico nacional e à realidade do mercado brasileiro. A mera importação de uma teoria estrangeira ao contexto brasileiro não se mostra viável.

Para que seja possível a abordagem de dados concretos e o aprofundamento da pesquisa, foca-se no relevante setor de telefonia móvel e na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, corte responsável por uniformizar a interpretação da lei federal em todo o território nacional e referência na adoção de critérios punitivos em seus julgados (art. 105 da Constituição da República) (BRASIL, 2019a).

Adotam-se, como marcos teóricos da pesquisa, os conceitos de Nelson Rosenvald, Felipe Peixoto Braga Netto e Cristiano Chaves, que insistem na necessidade de se repensar as funções da responsabilidade civil. Nesse contexto, afirmam que, para a reconstrução do Direito Civil com efetividade para os desafios do século XXI, cabe às sanções civis punitivas atuarem como técnicas de controle social, preenchendo a lacuna na teoria da responsabilidade civil e reafirmando a prevalência da pessoa e sua especial dignidade como referenciais do Estado Democrático de Direito (FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, 2017, p. 377). Questionam os autores, ainda, a crença de que os mecanismos de responsabilidade civil sejam simultaneamente eficazes para “reparar os danos causados ao lesado; censurar o comportamento do lesante; minimizar os riscos de futuros danos; e, principalmente, assegurar a prevalência da pessoa humana sobre o mercado.” (FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, 2015, p. 362).

Compõem o referencial teórico da pesquisa, ainda, os conceitos de Marcelo de Oliveira Milagres que, convergentemente, destaca que o Superior Tribunal de Justiça, na fixação do *quantum* indenizatório, leva em consideração o grau de reprovação da conduta ofensiva, a situação econômica dos envolvidos e as finalidades pedagógica e exemplar da indenização, “fatores que se relacionam com o caráter punitivo do dano” (MILAGRES, 2011, p. 58).

O objetivo geral da pesquisa é investigar a presença de critérios teóricos e objetivos na aplicação da indenização punitiva pelo Superior Tribunal de Justiça no mercado de telefonia móvel do Brasil e, caso ausentes, ao final, propor a adoção de outros mecanismos para enfrentamento das controvérsias advindas das reiteradas condutas violadoras aos direitos dos consumidores.

São objetivos específicos da pesquisa: (a) demonstrar o quadro estatístico que se revela, no Brasil, acerca do mercado de telefonia móvel, à luz de dados oficiais, e a recorrência de seus agentes em controvérsias submetidas à Justiça brasileira; (b) analisar a matriz teórica da indenização punitiva, perpassando pela teoria dos *punitive damages* e seus parâmetros nos Direitos inglês e norte-americano; (c) investigar o panorama do desenvolvimento da compensação da ofensa moral, no Brasil, bem como a adaptação do instituto ao desenvolvimento social, no que toca à busca pela maior prevenção de atos ilícitos, aprofundando-se no caráter punitivo; (d) aprofundar no exame de amostra de julgados do Superior Tribunal de Justiça atinentes à aplicação da indenização punitiva às concessionárias de telefonia móvel e seu respaldo no ordenamento jurídico, analisando criticamente essas decisões quanto aos critérios teóricos e objetivos adotados; (e) identificar no ordenamento

jurídico brasileiro mecanismos de adequação de condutas ilícitas como formas alternativas de contenção da violação de direitos dos consumidores no mercado de telefonia móvel.

O desenvolvimento da dissertação estrutura-se, assim, em cinco capítulos.

No primeiro capítulo do desenvolvimento, foca-se na exposição de dados oficiais, disponibilizados à sociedade, em relação ao setor de telefonia móvel brasileiro e ao Judiciário, principalmente acerca das demandas correlatas, sem se afastar do contexto social que cerca a temática.

No segundo capítulo do desenvolvimento, analisa-se, detidamente, a teoria dos *punitive damages*, típica dos países do sistema *common law*, com o intuito de abordar historicamente o desenvolvimento da indenização punitiva que hoje se adota no Brasil, expondo sua origem moderna no Direito inglês e posterior desenvolvimento e ampliação no Direito norte-americano, além de seus critérios de aplicação. A apreciação de suas origens é de grande importância para o entendimento da inserção do instituto no Brasil e as ponderações subsequentes.

No terceiro capítulo do desenvolvimento, expõe-se um panorama nacional da aceitação da possibilidade de compensação dos danos extrapatrimoniais, além de abordar e aprofundar a pesquisa no posicionamento da doutrina e da jurisprudência pátrias favoráveis à adoção da indenização punitiva.

No quarto capítulo do desenvolvimento, exploram-se as principais críticas formuladas contra a aceitação da aplicação da indenização punitiva pela doutrina, em paralelo à revisão da amostra de julgados do Superior tribunal de Justiça apurada em relação ao setor de telefonia móvel e seus fundamentos, nos anos de 2015 a agosto de 2018, com o objetivo de estabelecer a subsistência ou não de parâmetros dessa atuação.

O recorte temporal adotado na pesquisa de julgados deve-se ao período de consolidação do acesso à rede mundial de computadores em todas as regiões do país, ocorrido no ano de 2015 (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2016, p. 43), e ao termo para a coleta de dados, estabelecido no cronograma do projeto de dissertação, aprovado pela banca de qualificação.

No quinto capítulo do desenvolvimento, destacam-se outros mecanismos de regulação de condutas no mercado previstos no ordenamento jurídico brasileiro e sua formação no contexto social nacional. Busca-se perquirir a atuação da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) e os institutos do Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta (TAC) e da convenção coletiva de consumo, no intuito de censurar o comportamento indesejado de agentes empresariais e minimizar riscos de futuros danos no mercado.

Quanto aos aspectos metodológicos, a pesquisa insere-se na vertente jurídico-dogmática (GUSTIN; DIAS, 2015, p. 21), por se basear no conceito, interpretação e aplicação do instituto da indenização punitiva e sua compreensão, buscando-se o respaldo no ordenamento jurídico para a sua aplicação pelo Judiciário. Adota-se na pesquisa, predominantemente, o raciocínio hipotético-dedutivo. Quanto aos setores do conhecimento, a pesquisa caracteriza-se como interdisciplinar, considerando-se a utilização de conceitos de vários ramos do saber jurídico, em especial, Direito Civil, Direito do Consumidor, Teoria do Direito e Direito Administrativo, que contribuem, coordenadamente, para o enfrentamento do problema suscitado.

Embasa-se, principalmente, na pesquisa bibliográfica, mas também, na pesquisa documental (SEVERINO, 2016, p. 131), pois as teorias e conceitos formulados pela literatura especializada são utilizados na construção de um conjunto de informações relacionadas ao tema central do trabalho, com o escopo de se constituir uma base teórica fundamental sobre a qual se desenvolve a pesquisa. Quanto à natureza dos dados, são dados primários da pesquisa as leis, resoluções e demais normas, bem como a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e as estatísticas de órgãos oficiais e institutos de pesquisa relacionados com o assunto; e dados secundários a literatura especializada sobre a matéria, a doutrina e os artigos acadêmicos.

2 PANORAMA DA LITIGIOSIDADE DO SETOR DE TELEFONIA MÓVEL NO BRASIL

Analisando o *ranking* nacional de reclamações de consumidores, no Brasil, destaca Pedro Rubim Borges Fortes a tendência de se encontrar um conjunto familiar de “suspeitos usuais”, como instituições financeiras e sociedades empresariais de telecomunicações, que frequentemente são réus, em ações judiciais, em todo o país. Suas transgressões são regularmente transmitidas na mídia, o que não inibe seus comportamentos de violação contínua dos direitos dos consumidores no mercado (FORTES, 2019, p. 106).

Considerando-se o setor de telecomunicações nacional, a relevância da prestação de serviços de telefonia móvel fica evidente para a sociedade atual e seu desenvolvimento. Também é evidente a recorrência das sociedades empresariais prestadoras desses serviços como partes nas ações que tratam de indenizações punitivas (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2016, p. 43).

Há 20 anos o acesso a linhas móveis, no território nacional, era restrito a classes privilegiadas; mas a disseminação da tecnologia e o crescimento do setor permitiram que o uso do telefone celular crescesse vertiginosamente, ao longo dos anos, consolidando-se como o principal meio de acesso à rede mundial de computadores, no ano de 2015, de acordo com o suplemento de tecnologias de informação e comunicação, da pesquisa nacional por amostra de domicílios, divulgada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2016, p. 43).

A realidade social a ser considerada é a de que o Brasil alcançou, no final do mês de maio de 2017, 242.100.000 linhas de celulares, número correspondente à densidade de 116,73 acessos para cada 100 habitantes, como divulgado pela ANATEL. No período entre os anos de 2007 e 2015, o número de uso de acessos móveis aumentou 116% (AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, 2015a).

Nos anos de 2018 e 2019, o número de linhas móveis em operação reduziu, consolidando-se, em novembro de 2019, em pouco mais de 228 milhões, mas a densidade permaneceu significativa, correspondendo a 98 acessos para cada 100 habitantes da população do país (AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, 2019d).

Embora as estatísticas demonstrem a desaceleração da expansão do número de usuários nos últimos anos ou mesmo a sua ligeira diminuição, como narrado anteriormente, significativo foi o aumento das reclamações dos consumidores sobre a prestação dos serviços,

índice que somente cresce com o passar do tempo, principalmente considerando-se o período dos anos 2014 a 2016 (AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, 2017b).

As reclamações, que em janeiro de 2015 já representavam cerca de 86 mil das solicitações por mês realizadas na ANATEL, representaram, em dezembro de 2019, mais de 112 mil solicitações mensais. Em novembro de 2019, as reclamações a respeito de telefonia celular superaram as formuladas em relação aos demais serviços de telecomunicações regulados pela agência, sendo o maior problema relatado pelos consumidores a realização de cobranças em desacordo com o contratado ou após o cancelamento de planos (AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, 2019d).

Além do aumento das reclamações a cada ano, destaca-se, também, que os maiores problemas relatados pelos consumidores, no ano de 2018, à agência reguladora, perpetuaram-se como líderes de reclamações no ano de 2019, reforçando-se a perenização das condutas das sociedades empresárias (AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, 2019d).

Essas reclamações constantemente são submetidas ao exame do Judiciário, acumulando-se em pretensões diversas, ocupando os prestadores de serviços de telefonia móvel, no ano de 2015, a quinta posição entre os setores mais litigantes do país (FERRAZ, 2015, p. 55).¹

Desde o ano de 2015, a propósito, o relatório “Justiça em números”, produzido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), retrata como um dos assuntos mais demandados na Justiça estadual comum o ramo do Direito do Consumidor, especificamente no que tange à indenização por dano moral e à responsabilidade do fornecedor. Nos Juizados especiais, constitui-se como o assunto mais demandado, conforme apuração do ano de 2018, divulgada em 2019 (BRASIL, 2019b, p. 205 e 208):

Figura 1 – Assuntos mais demandados no Brasil em 2018, segundo CNJ (Estadual)

Estadual	1. DIREITO CIVIL – Obrigações/Espécies de Contratos	1.582.067 (3,81%)
	2. DIREITO DO CONSUMIDOR – Responsabilidade do Fornecedor/Indenização por Dano Moral	1.554.376 (3,74%)
	3. DIREITO CIVIL – Família/Alimentos	860.228 (2,07%)
	4. DIREITO CIVIL – Responsabilidade Civil/Indenização por Dano Moral	789.071 (1,90%)
	5. DIREITO CIVIL – Obrigações/Espécies de Títulos de Crédito	781.192 (1,88%)

Fonte: Brasil, 2019b, p. 205.

¹ Segundo a pesquisa do Índice de Confiança na Justiça Brasileira (ICJBrasil), relativo ao primeiro semestre de 2017, que consiste em levantamento estatístico, de natureza qualitativa, promovido pela Fundação Getúlio Vargas (FGV), com o objetivo de acompanhar o sentimento da população em relação ao Poder Judiciário, 91% dos entrevistados afirmaram que buscariam o Judiciário para solução de problemas decorrentes de relações de consumo (RAMOS; CUNHA; OLIVEIRA; SAMPAIO; BUENO; ÚBIDA, 2017, p. 30).

Figura 2 – Assuntos mais demandados nos Juizados Especiais em 2018, segundo CNJ (Estadual)

Estadual	1. DIREITO DO CONSUMIDOR – Responsabilidade do Fornecedor/Indenização por Dano Moral	937.798 (12,41%)
	2. DIREITO CIVIL – Responsabilidade Civil/Indenização por Dano Moral	382.059 (5,06%)
	3. DIREITO CIVIL – Obrigações/Espécies de Contratos	294.693 (3,90%)
	4. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO – Liquidação/ Cumprimento/ Execução/Obrigações de Fazer/ Não Fazer	265.719 (3,52%)
	5. DIREITO CIVIL – Obrigações/Espécies de Títulos de Crédito	255.448 (3,38%)

Fonte: Brasil, 2019b, p. 208.

A crescente submissão dessas demandas ao Poder Judiciário reforça o grau de assoberbamento do sistema e da sociedade (BRASIL, 2018a, p. 196).

Apesar dos resultados positivos alcançados no ano de 2018, com a obtenção, pela primeira vez, na última década, de um índice de atendimento à demanda maior que 100% e a redução no estoque dos processos pendentes na fase de conhecimento, a taxa de congestionamento da Justiça ainda permanece em 71,2% (BRASIL, 2019b, p. 219-220).

Pela simples observância da realidade retratada nos números, é possível constatar-se, portanto, a importância do setor de telefonia móvel brasileiro para a sociedade atual, modernizada e conectada à rede mundial de computadores, bem como a constante submissão de demandas indenizatórias envolvendo as condutas de seus agentes empresariais ao Judiciário.

Embora o uso de acessos móveis tenha se mantido praticamente constante no país, desde o ano de 2014, as reclamações sobre os serviços prestados têm aumentado e se repetido continuamente, mesmo com a constante tentativa de conformação das condutas desses agentes empresariais pelos tribunais, por meio da fixação de indenizações punitivas.

Há estudos que afirmam que, a partir de 1998, as ementas dos acórdãos do Superior Tribunal de Justiça passaram a fazer referências à fixação proporcional da indenização por danos morais com consideração do “grau de culpa” do agente e do “porte econômico das partes”, critérios punitivos em si mesmos, além de expressamente indicarem a necessidade de prevenção de condutas antijurídicas ao “desestimular o ofensor a repetir o ato” (MORAES, 2009, p. 225).

Assim, para se entender melhor esse cenário, torna-se imprescindível examinar o próprio instituto da indenização punitiva, bem como sua formação, aceitação pela doutrina e aplicação pelo Judiciário, tópicos que serão tratados nos próximos capítulos.

3 A INDENIZAÇÃO PUNITIVA: ORIGEM E APLICABILIDADE NO *COMMON LAW*

Historicamente, a busca da restauração do estado patrimonial da vítima à situação em que se encontrava anteriormente ao dano, por meio de uma indenização, não era a primeira intenção na responsabilização de condutas indesejadas. Nas sociedades primitivas, o dano aparecia como um rompimento das ordens social e cósmica, que careciam de serem recompostas por um ato sacrificial. Os atos lesivos suscitavam uma espécie de perseguição deixada a cargo da escolha da vítima, privilegiando-se, nesse momento, verdadeiramente, o sentimento de vingança (MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005, p. 17).

Todo dano, na aurora da civilização, segundo Wilson Melo da Silva, provocava uma reação brutal e imediata por parte da vítima, que se materializava de forma reflexiva e instintiva. Aquele que lesava contava com a reação desordenada do ofendido, sem regras ou preceitos limitadores (SILVA, 1962, p. 38).

No seio dos homens primitivos, em que não se cogitava qualquer ideia de ponderação de culpa do autor do dano e a vítima atuava no automatismo da reação desmedida, no golpe pelo golpe, na eclosão do primarismo do homem bárbaro, a dor governava o sentimento jurídico. A essa reação, posteriormente, deu-se a vindita regulamentada pela premissa “olho por olho, dente por dente” (SILVA, 1962, p. 38-39).

Nesse contexto, não se distinguia a responsabilidade civil da responsabilidade penal, haja vista a centralidade da vingança enquanto consequência do ilícito (PEREIRA, 2018, p. 4).

Com o decurso do tempo, mais experimentado, o homem passou a descobrir que seu sentimento de vingança também se aplacava pela compensação econômica, substituindo-se o sangue pelo ouro. Cabia ao lesado, nesses casos, fixar o preço, mas sem se olvidar ainda da possibilidade de vingança (SILVA, 1962, p. 40).

O modelo da vingança foi paulatinamente substituído pelo modelo da composição voluntária, seguido pela composição legal e até se alcançar a fase da reparação estatal:

Esta equivalência (*talio*) da punição do mal com o mal (Lei de Talião) esboça a perspectiva de uma composição entre a vítima e o ofensor, uma vez que ao membro quebrado se faça o mesmo no causador do dano (*talio esto*) na falta de um acordo (*ni cum eo pacit*). Aí já se apresenta uma composição voluntária, inserida na solução transacional: a vítima, ao invés de imposição de igual sofrimento ao agente, recebia, a título de *poena*, uma importância em dinheiro ou outros bens. (PEREIRA, 2018, p. 4, grifos do autor).

Nesse primeiro momento não se estabelecia uma diferenciação entre a pena e a compensação do dano, o que foi esboçado pelos romanos, com a posterior separação entre os delitos públicos e privados (SILVA, 1962, p. 40).

Nos momentos que seguiram à primitiva Lei de Talião (lei de retaliação), deu-se início à possibilidade de compensação pecuniária dos prejuízos sofridos pela vítima, em uma espécie de acordo pelo qual se aplicava a devolução de uma soma em dinheiro em substituição à vingança incondicional. Nesse ambiente, nasceu a responsabilidade civil que, inicialmente, caracterizava-se como pena privada por excelência, pois cumpria simultaneamente os papéis de sanção do ofensor e de reparação dos prejuízos advindos do dano (ROSENVALD, 2014, p. 19-20).

O jus vindicte começa lentamente a se transformar e, deixando para trás de si os moldes barbarescos do talião e da vendeta, caminha para a fórmula compensatória da multa.

O prazer da vindita pura com o qual neutralizavam os homens de antanho a mágoa que o dano, moral ou patrimonial, neles despertava, cedia lugar às injunções do tempo e da civilização. [...]

O raciocínio frio do homem que, por largos anos, viu ao redor de si apenas ruínas, miséria e fome, desperta pouco a pouco: a vingança apenas gera vingança e o prazer da defronta costuma trazer em seu bojo o temor da revindita.

Aspirações novas vão se insinuando na vida dos homens, com as novas possibilidades criadas pelas riquezas nascentes.

O dinheiro, em si mesmo ou naquilo cuja aspiração possa representar, traz para o homem, que se emancipa da barbaria, motivos de novos contentamentos. [...]

E a vingança, de sanguinolenta que era, passa a ser tarifada. (SILVA, 1999, p. 601, grifos do autor).

A sofisticação romana elaborou substitutos jurídicos à vingança privada, mediante a estipulação de sanções civis aos ilícitos. Embora não se abordasse ainda o termo responsabilidade, casuisticamente passou-se a conceber a possibilidade de sanções classificáveis em imediatas ou diretas, que visavam a impedir ou a neutralizar os efeitos do ilícito, como o ressarcimento do dano e a pena. Essa última subsidiada no agente causador do dano, com a intenção de exprimir o ódio ao culpado (MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005, p. 17).

Malgrado não se tenha registro de teoria própria da responsabilidade civil elaborada pelos romanos, sua contribuição para os estudos atuais sobre o instituto é notória (PEREIRA, 2018, p. 3).

A perspectiva de voltar-se ao agente como fundamento da técnica de punir foi apreendida pela tradição romanista, que está na base dos sistemas jurídicos europeu-continentais e latino-americanos. Entretanto, desde a época imperial romana, assistiu-se a uma progressiva crise da chamada pena privada ou indenização com caráter punitivo, determinada pelo sucesso da pena pública e a separação das esferas do Direito.

Como destaca Luis Diez-Picazo, a função punitiva estava atrelada à origem das normas de responsabilidade civil, mas passou ao longo dos anos a ser alienígena a elas. A evolução do Direito europeu-continental e latino-americano, pontua o autor, consistiu em separar as normas de categoria primitivamente punitivas para as normas penais ou, ainda, para o Direito Administrativo Sancionador (DIEZ-PICAZO, 2000, p. 44).

Modernamente, ao falar-se na conformação mais atualizada do que se entende como indenização punitiva, imprescindível é remeter-se ao Direito inglês.

Ao se buscar as verdadeiras origens do instituto, vale destacar que se verificam raízes no Código de Hamurabi ou mesmo no Código de Manu, em tempos antes de Cristo, além do Direito Romano, como já destacado, e do próprio Direito inglês medieval (ANDRADE, 2006, p. 186). Mas a delimitação mais clara e contemporânea da teoria inglesa dos *punitive damages* ocorreu a partir do caso *Rookes v. Barnard*, julgado em 1964 (REINO UNIDO, 1964).

Nesse momento os contornos da doutrina ganharam relevância para o que se observa quanto à sua aplicação atual.

3.1 A ORIGEM MODERNA NO DIREITO INGLÊS

O Direito inglês, especificamente no ramo de que trata da ocorrência de danos, ocupa-se do ato realizado sem razão de ser no Direito. Trata o Direito de Danos inglês da lesão a direito pessoal ou real, que pode vir a ser produzida pela violação de uma regra legal.

Os tribunais ingleses consideram as ações de violação de um direito pessoal ou real, *on the case*, ou seja, valoram-se as razões de decidir pelas características de cada caso concreto. No sistema do *common law*, integrado pelo Direito inglês, tem-se como uma das fontes primárias a decisão ou o precedente judicial. O conjunto dessas decisões vincula casos futuros e constitui o “direito comum”, aplicável preferencialmente em relação às normas estabelecidas abstratamente em leis ou outros diplomas legislativos (COMMON..., 2009, p. 313).

A característica desse sistema é a criação do Direito pelo juiz, fundado na *doctrine of precedents*, regra jurídica segundo a qual uma decisão tomada por uma corte de justiça mais

elevada deve ser seguida pelas cortes inferiores da mesma jurisdição, quando as circunstâncias de fato do caso forem as mesmas (ANDRADE, 2006, p. 176-178):

A ideia predominante é a de que a regra do precedente traz maior segurança para as relações jurídicas, à medida que permite antecipar o entendimento judicial a ser dado a um determinado conjunto de fatos, quando fatos idênticos ou análogos foram submetidos à decisão anterior. Acredita-se que um conjunto de precedentes obrigatórios confere consistência ao sistema jurídico e alimenta o sentimento de justiça, porque faz com que dois casos idênticos ou similares em seus aspectos fáticos sejam tratados da mesma maneira. (ANDRADE, 2006, p. 178).

Logo, após a tomada de inúmeras decisões judiciais, a doutrina inglesa passou a capitular algumas condutas inequivocamente reconhecidas como danosas, no intuito de sistematizá-las. Algumas dessas condutas danosas, já capituladas ao longo dos anos, consistem nas fraudes e falsificações, na difamação, na iniciação maliciosa de um procedimento penal, no abuso de um procedimento civil, na violação de direitos de propriedade intelectual e de direitos de patentes, marcas e nomes comerciais. São essas atitudes comumente punidas como indesejadas pelo sistema inglês (DIEZ-PICAZO, 2000, p. 89-91).

A partir da prática dessas condutas ilícitas (*tort*), torna-se possível reconhecer consequências pecuniárias a favor da vítima, denominadas *damages*. Traduz-se o termo *damages* como indenização e reconhece-se mais de uma espécie de consequência pecuniária do ato ilícito, destacando-se, nesse trabalho, os *compensatory damages* e os *punitive damages*.

O primeiro é a indenização compensatória, concedida para se reparar o prejuízo real, visando colocar o autor da demanda na mesma situação patrimonial anterior à ocorrência do dano, conceito próximo ao que dispõe o art. 944 do Código Civil brasileiro (BRASIL, 2019c). O segundo, por sua vez, é a indenização punitiva, que se constitui como sanção em pecúnia e decorre do ato ilícito, mas exerce função sancionatória.

Como afirma David Owen, os *punitive damages* são adicionados aos *compensatory damages*, com os intuitos de punir o demandado pelo cometimento de um ato grave ou abusivo, bem como prevenir que o demandado e outros venham a cometer condutas semelhantes no futuro (OWEN, 1976, p. 1265).

Segundo conceito retratado no *Black's Law Dictionary*, os *punitive damages* são valores indenizatórios adicionados aos próprios danos sofridos, quando se constata uma conduta dolosa, constituindo-se como penalidade imposta ao ofensor e sanção exemplar aos demais (PUNITIVE..., 2009, p. 448).

Dessa forma, ao contrário da indenização meramente compensatória, que se destina à recomposição do prejuízo causado pelo dano, os *punitive damages* visam, principalmente, a punir o ofensor pelo ilícito e desestimulá-lo da prática de condutas similares, bem como à sociedade em geral. Ao mirarem a punição e o desestímulo, o foco está no ato ilícito reprovável e no causador do dano e não no prejuízo decorrente desse dano.

Os *punitive damages*, nas palavras de André Gustavo Corrêa de Andrade, são a “indenização outorgada em adição à indenização compensatória quando o ofensor agiu com negligência, malícia ou dolo” (ANDRADE, 2006, p. 195).

Constituem-se em uma soma de valor variável, estabelecida em separado ao valor fixado para a compensação dos danos, quando o dano decorre de um ato lesivo especialmente reprovável, marcado por graves circunstâncias. Guardam correlação com as sanções penais, pelo seu propósito de punir o ofensor, estabelecendo-se uma punição que lhe sirva de exemplo para que o ato lesivo não se repita por parte do mesmo agente ou todos os demais que atuam de forma similar, em prol dos interesses público e social.

A primeira previsão de indenização múltipla no Direito anglo-saxônico decorre do *statute of councester*, da Inglaterra, de 1278, raiz de uma tradição especialmente desenvolvida no século XVIII (MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005, p. 17).

Em 1278, estabeleceu-se a possibilidade de indenização triplicada, nos casos envolvendo a antiga *action of waste*, que tratava da recuperação da propriedade imobiliária danificada por inquilino ou arrendatário (ANDRADE, 2006, p. 186).

Em 1760, algumas cortes inglesas explicaram a fixação de grandes somas concedidas pelos júris, em casos graves, como a compensação ao autor por sofrimento mental, ferimento da dignidade e outros sentimentos pessoais. Os objetivos eram compensar o lesado pelo prejuízo intangível sofrido e punir o ofensor pela conduta ilícita (MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005, p. 17).

Diz-se, todavia, que a primeira articulação explícita dos *punitive damages*, em caso de danos extrapatrimoniais, remonta a 1763, no julgamento do caso *Wilkes v. Wood* (REINO UNIDO, 1763).

Nesse julgamento, vários mensageiros do rei e um policial entraram na casa do Sr. Wilkes, a mando do Sr. Wood, rompendo fechaduras e apreendendo papéis de maneira arbitrária. Os danos pleiteados pelo Sr. Wilkes foram de cinco mil libras, mas o júri, após entender que o Sr. Wood atuou de forma abusiva, fixou a indenização com caráter punitivo em mil libras (REINO UNIDO, 1973).

Como explica André Gustavo Corrêa de Andrade, o caso *Wilkes v. Wood* (REINO UNIDO, 1763) foi iniciado a partir de uma publicação anônima de conteúdo alegadamente ofensivo à reputação do Rei George III e de seus Ministros, sendo que o Secretário de Estado do Rei determinou a expedição genérica, autorizando a prisão dos suspeitos envolvidos na publicação. Mensageiros do Rei invadiram, assim, a casa do Sr. John Wilkes, inflamado membro do parlamento, apreendendo seus bens. O subsecretário do Estado, Sr. Wood, supervisionou pessoalmente o cumprimento do mandado e o Júri entendeu pela fixação de danos além do pleiteado pelo demandando, para impedir a prática de condutas semelhantes (ANDRADE, 2006, p. 187).

O mesmo episódio deu origem ao caso *Huckle v. Money*, em que Huckle, um modesto tipógrafo, foi detido, em razão de mandado genérico. Deduzida judicialmente a pretensão, o júri estabeleceu o montante de quase trezentas vezes o salário semanal que ele percebia de seu empregador como indenização, sob a fundamentação de que apenas o dano pessoal giraria em torno do montante de vinte libras, mas que, em razão dos *punitive damages*, o valor deveria ser maior. Destacou-se, oportunamente, como ilícita a conduta de um policial entrar na casa de um indivíduo com base em mandado genérico e sem indicação do investigado, por ofensa à liberdade individual (REINO UNIDO, 1763, p. 768).

Esses precedentes iniciaram o assentamento da doutrina dos *punitive damages* na Inglaterra, mas, desde o julgamento do caso *Wilkes v. Wood* (REINO UNIDO, 1763), e até meados do século XX, a jurisprudência inglesa não firmara, de forma clara, se os *punitive damages* se constituíam uma forma de punição e dissuasão do ofensor ou se configuravam mera compensação extraordinária conferida à vítima. Por essa razão, afirma-se que os contornos da teoria ganharam mais precisão somente em 1964, com o julgamento *Rookes v. Barnard* (REINO UNIDO, 1964).

No supramencionado julgamento, estabeleceu-se a função punitiva da indenização passível de invocação nos casos em que ofensores acusados de atuarem com malícia, opressão ou fraude, praticarem atos ilícitos de forma especialmente ultrajante (REINO UNIDO, 1964).

Passou a doutrina inglesa a adotar balizas para a estipulação dos *punitive damages*, estabelecendo como seus parâmetros a necessidade de disposição legal que autorizasse o seu reconhecimento e aplicação, além da prática de condutas significativamente vexatórias, opressivas, arbitrárias ou inconstitucionais, realizadas por funcionário público, em prejuízo de um direito fundamental do cidadão. Estabeleceu-se a possibilidade de reconhecimento da teoria, ainda, nos casos em que o autor do ilícito é autuado e se avalia que o resultado da

conduta danosa será muito superior à indenização devida pelo dano causado (DIEZ-PICAZO, 2000, p. 44).

Firmaram-se, dessa maneira, como objetivos claros dos *punitive damages*, punir e dissuadir o ofensor da prática de novas condutas danosas, dissociando-os inteiramente da indenização compensatória (REINO UNIDO, 1964).

Percebe-se, portanto, que se calcou o sistema inglês de responsabilização na forma punitiva em hipóteses restritas de cabimento.

Como explica Nelson Rosenvald, na Inglaterra, os *punitive damages* se limitam a três categorias, quais sejam, a prévia disposição legal que o autorize, além da prática de uma conduta vexatória, opressiva, arbitrária ou inconstitucional de um funcionário público que vulnere direito fundamental de um cidadão e a perspectiva de obtenção de benefício pelo autor do ilícito em relação ao pagamento de uma eventual indenização (ROSENVALD, 2014, p. 168).

No meio do século XIX, a indenização punitiva ganhou substancial aceitação na jurisprudência norte-americana (OWEN, 1976, p. 1262-1264), bem como outras denominações sinônimas para a sua identificação.²

Após a introdução da doutrina dos *punitive damages* na jurisprudência inglesa, a aceitação da teoria rapidamente se alastrou para outros países, disseminando-se pelo Estados Unidos da América.

3.2 A EXPANSÃO NO DIREITO NORTE-AMERICANO

Enquanto na Inglaterra a teoria dos *punitive damages* acabou por se restringir aos contornos delineados pelo precedente *Rookes v. Barnard* (REINO UNIDO, 1964), nos Estados Unidos, verificou-se uma tendência expansiva, principalmente em relação ao valor indenizatório, o que culminou na prolação de célebres decisões judiciais, que concederam indenizações punitivas milionárias no país (MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005, p. 18).

Vale destacar que os primeiros julgados a aplicarem a doutrina dos *punitive damages*, nos Estados Unidos da América, foram registrados pouco tempo depois do exame dos mais remotos casos pelos ingleses (OWEN, 1976, p. 1263-1264).

² Termos relacionados segundo o *Black's Law Dictionary*: “*exemplary damages; vindictive damages; punitive damages; presumptive damages; added damages; aggravated damages; speculative damages; imaginary damages; smart money; punies.*” (PUNITIVE..., 2009, p. 448).

Em 1784, no julgamento do caso *Genay v. Norris*, autor e réu haviam concordado em resolver uma disputa em duelo, com pistolas. Antes do duelo, porém, o réu convidou o autor para beber e fazer um drinque de reconciliação. Secretamente, colocou alguma substância nociva na bebida do autor, causando-lhe grande dor. Em consequência, a corte considerou que o autor fazia jus aos *exemplary damages* (CAROLINA DO SUL, 1784).

No caso *Coryell v. Colbough*, tem-se notícias do estabelecimento dos *punitive damages* com função exemplar, em uma ação fundada na quebra de promessa de casamento (NOVA JÉRSIA, 1791), sendo que, em 1851, a Suprema Corte norte-americana deliberou, como princípio do *common law*, a imposição, pelo júri, dos *punitive damages*, em ações de indenização, a depender do grau de culpa do agente (ANDRADE, 2006, p. 188-189).

O *Restatement (second) of torts*, texto doutrinário elaborado por juízes, advogados e professores de Direito, integrantes do *Law Institute*, firma as finalidades primordiais dos *punitive damages* de punir alguém por sua conduta ultrajante e dissuadir o agente e os outros de praticarem atos semelhantes (THE AMERICAN LAW INSTITUTE, 1979).

Embora não haja, nos Estados Unidos, uma legislação federal que determine critérios de aplicação universais dos *punitive damages*, existem estatutos que estabelecem ou proíbem sua imposição em situações específicas (ANDRADE, 2006, p. 196).

Além de conceituar, o citado *Restatement (second) of torts* prescreve a necessidade de consideração, pelo julgador, das características da conduta do demandado, da natureza e extensão dos prejuízos causados e da capacidade econômica dos envolvidos (THE AMERICAN LAW INSTITUTE, 1979).

A consideração da capacidade econômica do ofensor é o critério utilizado para adequadamente se punir aquele que fere direitos, pois se deve impedir que venha a ter lucros sobre sua atuação, devendo-se extrair de seu patrimônio todos os benefícios econômicos obtidos com a conduta que se pretende punir.

Vale salientar que, excepcionalmente, a capacidade econômica da vítima também é considerada para fins de quantificação dos *punitive damages*, mas tal situação ocorre, apenas, quando a informação se presta a agravar o grau de reprovabilidade da conduta do agente ofensor, como nos casos em que se constatar uma vulnerabilidade excessiva da vítima do ato, por exemplo. Outro limite estipulado ao instituto, no Direito norte-americano, ao longo dos anos, é o de não ser possível a condenação ao pagamento dos *punitive damages* por violação de contratos, independentemente dos motivos (ANDRADE, 2006, p. 194-197).

Exige-se, também, a comprovação de circunstâncias subjetivas que se assemelham ao dolo (*malice*). O termo *malice* deve ser entendido como a intenção, injustificada, da prática de

um ato ilícito, constituindo-se como descuido do ofensor com a lei ou com direitos pessoais alheios (MALICE, 2009, p. 1042-1043).

A mera negligência, na ausência de circunstâncias agravantes, não é suficiente para a condenação ao pagamento de qualquer indenização punitiva. Tal exigência exclui do escopo de aplicação dos *punitive damages*, em regra, os casos sujeitos à responsabilidade objetiva, sem aferição da culpa do agressor (ANDRADE, 2006, p. 198).

Apenas excepcionalmente e ainda de forma não unânime pela doutrina, permite-se o reconhecimento dos *punitive damages* nos casos que tratem de fato do produto (OWEN, 1976, p. 1269-1270).

Em alguns estados norte-americanos, a negligência grave enseja a indenização, mas se trata de exceção ao sistema (MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005, p. 19). Em regra, exige-se a comprovação do desprezo gravemente culposo como padrão necessário para caracterização de uma conduta passível de receber uma indenização punitiva:

[...] em matéria cível a definição do conceito de *recklessness* se resume a um alto grau de descuido. Assim, abrange condutas que envolvam risco grave para outras pessoas, em situações em que o agente esteja ciente desse risco, ou não. O *Restatement (Second) of Torts* esclarece que todas as formas de *recklessness* se distinguem de um mero descuido pelo fato de que os atos em questão não só colocam outra pessoa em uma situação de risco despropositado, “mas também que tal risco é substancialmente maior do que o necessário para caracterizar a conduta como mero descuido”.

Essa distinção, no que toca a ciência ou o grau de ciência do autor sobre os riscos gerados por sua conduta ilícita, é relevante na aplicação do instituto da indenização punitiva. Sistematizam-se, conceitualmente, duas formas possíveis de conduta *reckless* (gravemente culposa): um *reckless disregard* (“desprezo gravemente culposo”, caracterizado por uma culpa inconsciente) pelo bem-estar dos demais; e uma *deliberate indifference* (“indiferença deliberada”, caracterizada por uma culpa consciente) pelo bem-estar dos demais.

A primeira dessas formas, o desprezo gravemente culposo, é também intitulada de “desprezo irresponsável” ou “malícia implícita”. A utilização da culpa inconsciente como base da aplicação da indenização punitiva data de meados do século XIX. Contemporaneamente, vinte e seis estados utilizam o desprezo gravemente culposo como padrão necessário para caracterização de uma conduta passível de receber uma indenização punitiva.

A segunda dessas formas, a indiferença deliberada, é também chamada de “malícia expressa”. Diz respeito aos casos em que a pessoa está ciente tanto do fato de que sua conduta cria um risco desnecessário a outrem, quanto está ciente de que esse risco é substancialmente maior do que aquele gerado por um mero descuido. Constitui, portanto, um padrão mais estrito que o do desprezo gravemente culposo. Doze estados requerem a comprovação desse tipo de conduta para permitirem a indenização punitiva.

Por fim, um conceito mais controverso, por vezes utilizado para caracterizar a conduta do agente lesante, é o de *gross negligence* (“grave negligência”), que não se confunde com o conceito de *recklessness* (“culpa grave”). Considerado um termo “infeliz de conteúdo mal definido”, ele “sugere que o risco previsível de dano excedia o custo de evitá-lo em uma proporção maior do que a que define a

negligência, mas menor do que a que define a culpa grave”. Assim, a “grave negligência” estaria em um ponto intermédio entre a “simples negligência” e a “culpa grave”. O estado do Texas permite indenizações punitivas com base em condutas gravemente negligentes. Alguns outros estados, como Oklahoma ou New York, já confundiram conceitualmente o padrão da “grave negligência” com o da “culpa grave”, intitulando o segundo como o primeiro. (WALKER; SILVA; REINIG, 2018, grifos do autor).

Acrescenta-se que a sanção também só é possível pela produção de evidências claras e convincentes dos fatos, se constatada que a versão narrada é altamente provável. Trinta e cinco estados norte-americanos adotaram esse padrão de alguma forma, sendo apenas o estado de Colorado mais rígido quanto ao padrão de prova adotado, pois exige a comprovação da certeza dos fatos, sem qualquer dúvida, com intuito de justamente restringir a possibilidade de aplicação dos *punitive damages* (WALKER; SILVA; REINIG, 2018).

Outra peculiaridade do sistema norte-americano e que merece destaque consiste no fato de que a fixação dos *punitive damages* cabe ao júri, podendo ser revisados pela Corte superior se excessivamente arbitrários. Tradicionalmente, o sistema jurídico norte-americano deposita grande importância no papel do júri, conforme prevê a sétima emenda à Constituição norte-americana³ (MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005, p. 19).

Sobre esse aspecto, Maria Celina Bodin de Moraes assevera que “a principal crítica que sofrem os danos punitivos nos Estados Unidos é a sua completa imprevisibilidade, para alguns um verdadeiro desvario” (MORAES, 2003, p. 229).

Mesmo com o reconhecimento da prevalência do entendimento do júri, pela recente constatação da disseminação de abusos e gritante comercialização de casos no âmbito dos *punitive damages*, a Suprema Corte passou a intervir com o intuito de melhor pautar e harmonizar as indenizações fixadas. A Suprema Corte adota três diretrizes de verificação da violação do devido processo legal constitucional para a estipulação dos *punitive damages*: o grau de reprovação da conduta punida; a razoabilidade da relação entre o dano ou lesão e a condenação; e a diferença entre a condenação no caso concreto e as condenações em casos semelhantes (PUNITIVE..., 2009, p. 448).

Essas diretrizes firmaram-se a partir do emblemático caso *BMW of North America, Inc. v. Gore* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1996). Critérios reafirmados no

³ Segundo previsto na sétima emenda à Constituição norte-americana, “nos processos de direito consuetudinário, quando o valor da causa exceder vinte dólares, será garantido o direito de julgamento por júri, cuja decisão não poderá ser revista por qualquer tribunal dos Estados Unidos senão de acordo com as regras do direito costumeiro.” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2006, p. 194).

juízo do caso *State Farm v. Campbell*, que envolveu uma conduta maliciosa de uma seguradora (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2003).

Nesse último caso, o júri, reconhecendo a má-fé da seguradora, condenou-a ao pagamento de 2,6 milhões de dólares em *compensatory damages* e 145 milhões de dólares em *punitive damages*, mas, interposto recurso à Suprema Corte, esta determinou o retorno do processo para o juízo local e a redução do montante fixado a título punitivo, ao argumento de que a fixação dos *punitive damages* em quantia superior a nove vezes o valor do dano violaria o devido processo legal (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2003).

A Suprema Corte norte-americana estabeleceu a proporção máxima de quatro vezes o valor entre as duas espécies indenizatórias, sendo a equivalência dos valores mais rigorosa para os casos em que os *compensatory damages* já apresentar valor substancial, com o intuito de justamente se evitar indenizações exageradamente altas (ANDRADE, 2006, p. 210-213).

Em diversas decisões da jurisprudência norte-americana, reforça-se que os *punitive damages* devem atender à razoável proporção com os prejuízos efetivamente sofridos, de modo que uma pequena condenação a título de ressarcimento de danos não seja acompanhada de substancial punição. Deve o corpo de jurados considerar, também, a capacidade econômica do réu, para que a condenação sirva adequadamente como medida sancionatória à conduta por ele praticada (ANDRADE, 2006, p. 213).

Desse modo, observa-se que há critérios claros e pré-fixados que restringem e impõem limites concretos à aplicação dos *punitive damages* também no Direito norte-americano. Mesmo que mais amplos do que os parâmetros ingleses, não se cogita, em ambos países, a aplicação da teoria sem respaldo.

Reforça-se, ao contrário do disseminado pela mídia em geral, que os *punitive damages* não são concedidos nos Estados Unidos da América frequentemente, mas quando os atos superam o mero erro humano (SEBOK, 2001). Há uma considerável preocupação com a não aplicação do instituto de maneira desmedida.

Interessante pesquisa conduzida pelo *Institute for Civil Justice*, baseada em decisões dos anos de 1985 a 1994, em 15 jurisdições diferentes, concluiu que os *punitive damages* foram aplicados em menos de 4% dos casos de decisões proferidas em processos de responsabilidade civil, sendo a média de valores de US\$ 38.000,00 (ANDRADE, 2006, p. 229-230).

Ao discorrer sobre a prática mais atualizada dos *punitive damages*, Pedro Ricardo Serpa menciona o *tort reform movement* (movimento de reforma da teoria do ilícito civil), ao amparo do qual diversos estados têm expedido atos normativos estabelecendo tetos sobre os

montantes a serem quantificados a título de indenização punitiva ou a possibilidade de alocação de parte do pagamento a um fundo público ou ao erário estadual (SERPA, 2011, p. 121).

O movimento reforça o grau de preocupação dos norte-americanos com a estipulação de parâmetros claros para a aplicação das indenizações com fins punitivos:

Com efeito, ao se analisar as propostas apresentadas pelo *tort reform movement* para a utilização mais eficiente dos *punitive damages*, viu-se que uma das medidas já adotadas por determinados Estados norte-americanos é aquela que impõe a remessa parcial ou total da indenização punitiva a um fundo público, impedindo que o valor integral seja recebido pelo ofendido como *windfall payment*. Desse fato, conclui-se não ser verídica a afirmação de que a destinação das quantias ao ofendido é elemento indissociável da indenização punitiva: por uma questão de política legislativa, a condenação imposta ao ofensor pode ser revertida integralmente à vítima, integralmente a um fundo público ou repartida entre a vítima e o fundo público. (SERPA, 2011, p. 202, grifos do autor).

Ainda sobre as recentes discussões em torno dos *punitive damages*, nos Estados Unidos da América, há quem sugira que a solução para o exagero das condenações seria a redução da competência do júri popular. A ideia seria buscar conceder maior peso à atuação do juiz, além de propor o estabelecimento de critérios ou parâmetros para a mensuração da sanção com base no prejuízo sofrido ou a possibilidade de delegação da função de arbitramento dos danos punitivos a órgãos técnicos ou periciais, mas ainda sem conclusões sobre o tema (SERPA, 2011, p. 213-214).

Da mesma forma, debate-se, constantemente, sobre questões econômicas que envolvem o impacto que as decisões causam à competitividade da indústria norte-americana no mercado mundial (SERPA, 2011, p. 214).

Tais debates ganham relevância no tocante aos litígios em massa, em que o réu causa danos em grande número de pessoas, em razão da mesma prática. A doutrina busca estabelecer restrições de aplicação dos *punitive damages* em tais situações, de forma a se evitar duplas condenações ou reiteradas condenações em diversos estados do país (FIEWEGER, 1990, p. 795).

Nelson Rosenvald destaca que a redescoberta do instituto também por parte da doutrina italiana é um fenômeno extremamente recente, situado nos últimos 20 anos, processo semelhante ao vivenciado no Brasil, vindo na contramão dos últimos 200 anos de purificação quanto à primogênita função preventiva da responsabilidade civil (ROSENVALD, 2014, p. 31).

Com a criação de um instituto particularmente nacional, como se verificará posteriormente, a adoção da indenização punitiva passou a ser justificada na busca dos ideais de otimização e da produção de comportamentos socialmente desejáveis:

Afirma-se como necessário um instituto apto a coibir ou a desestimular certos danos particularmente graves cuja dimensão é transindividual, ou comunitária, sendo certo que a pena pecuniária é eficiente fator de desestímulo. Daí a razão pela qual as características funcionais dos *punitive damages* (a punição e exemplaridade) têm atraído os estudiosos, insatisfeitos com a linearidade do princípio da reparação na sociedade atual [...]. (MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005, p. 16, grifos dos autores).

Contudo, a transposição da teoria dos *punitive damages* estrangeira à realidade da responsabilidade civil nacional exige cautela, sendo necessária a apuração da sua adaptação aos contornos constitucionais e legais do Direito brasileiro e de sua real necessidade.

Toda comparação deve ser feita com consciência e, principalmente, consideração das diferenças culturais e das singularidades de cada tradição jurídica, motivo pelo qual, com o intuito de aprofundar no estudo das delimitações da indenização punitiva, no Brasil, urge traçar-se uma exposição de como se desenvolveu inicialmente a possibilidade de compensação dos danos morais no país até a defesa de sua aplicação por parte da jurisprudência, a exemplo do Agravo Interno no Recurso Especial 1806393/RS (BRASIL, 2019i), o que se passa a expor no capítulo que se segue.

4 INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL NO BRASIL: DA COMPENSAÇÃO À PUNIÇÃO

Poucas questões apresentam tanta variedade de soluções, no Direito brasileiro, quanto a responsabilidade civil (MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005, p. 21-22).

Não se trata de um instituto exclusivamente jurídico, mas que se encontra em vários setores da vida social, apresentando íntima relação com a moral social, inclusive, que se desenvolve ao longo do tempo (BAÍA, 1977, p. 10-11).

Carlos Alberto Gonçalves define a responsabilidade civil como um fenômeno social, uma regra elementar de equilíbrio social (GONÇALVES, 2015, p. 23), ao passo que Pontes de Miranda a delimita como um aspecto da realidade social, que representa um processo de adaptação corporificado nas sanções (MIRANDA, 1952, p. 1).

As preocupações mais recentes da civilística com a justiça distributiva, notadamente em campos de alta densidade social, como o direito das relações de consumo em massa, renovam os debates acerca da responsabilidade civil e suas funções. O antigo instituto de compensação de danos não está imune a fenômenos sociais próprios da sociedade hiperindustrializada nem às escolhas jurídico-axiológicas dessa sociedade (MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005, p. 16).

Basicamente, pode-se afirmar que a responsabilidade civil já sofreu três grandes mudanças em sua evolução histórica, sendo a primeira a expansão dos danos indenizáveis, a partir da valorização da proteção do indivíduo e da garantia de maior tutela jurídica à pessoa humana. A segunda, com o surgimento da responsabilidade objetiva, e a terceira com o desenvolvimento da coletivização da responsabilidade, que deixou de ser voltada para o indivíduo e passou a se preocupar com toda a sociedade (NORONHA, 2010, p. 67-69).

O reconhecimento da aplicação da função punitiva do instituto pode ser entendido como mais um dos desdobramentos de todas essas etapas. Trata-se de mudança gerada como uma verdadeira consequência da socialização dos riscos e da chamada “indústria do dano moral” (SERPA, 2011, p. 197).⁴

⁴ Como explica Pedro Ricardo e Serpa, o termo “indústria do dano moral” pode ser entendido como sinônimo de “litigância frívola” (SERPA, 2011, p. 197). Segundo o autor, “com a expressão ‘litigância frívola’, quer-se designar a litigância com baixa probabilidade de êxito provocada pelo queixoso. Vale dizer: o ajuizamento de uma demanda ilegítima, na qual o demandante, sem ser titular do direito material alegado, pretende a obtenção de uma tutela jurisdicional à qual sabe não fazer jus, usualmente com a finalidade de utilizar-se do processo para auferir benefício ilícito.” (SERPA, 2011, p. 197).

Desse modo, para se entender melhor o cenário atual acerca da defesa da indenização punitiva, no país, necessário se faz a exposição de breve panorama do desenvolvimento em torno da compensação do dano moral e sua expansão.

4.1 PANORAMA DO DESENVOLVIMENTO DA POSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO DO DANO MORAL

Não obstante a difícil tarefa de delimitação da extensão e dos limites do dano moral, como afirma Jacinto Américo Guimarães Baía (BAÍA, 1977, p. 15), pode-se, por meio do exame das regras jurídicas vigentes e da jurisprudência de cada época, buscar as aspirações de uma sociedade em cada momento histórico que ela vivencia e refletir sobre seus ideais mais importantes.

Por essa razão, é importante traçar um panorama histórico da trajetória do dano moral no país e do desenvolvimento a que foi submetida a matéria – e ainda está sendo –, já que bastante revelador da mudança de entendimento nos tribunais, que passaram a aceitar a aplicação das sanções civis.

4.1.1 Conceituação

Caio Mário da Silva Pereira define o dano como toda lesão a bem jurídico, visando, precisamente, a não patrimonialidade do conceito (PEREIRA, 2018, p. 74).

A diferenciação da natureza do dano como moral ou material não decorre da natureza do direito, mas do efeito da lesão, “do caráter da sua repercussão sobre o lesado”, como afirma Américo Luis Martins da Silva (SILVA, 2012, p. 39). Tanto é possível ocorrer um dano patrimonial em consequência de uma lesão a um bem não patrimonial, como um dano moral em consequência de uma ofensa a bem material.

Logo, o caráter moral ou material do dano não advém da natureza do direito subjetivo lesado, mas das suas consequências.

O dano material requer “ofensa a bens suscetíveis de imediata avaliação econômica”, desdobrando-se em prejuízo efetivo ou dano emergente e na perda da probabilidade objetiva de ganho, lucros cessantes (MILAGRES, 2011, p. 42).

O dano moral, por sua vez, constitui-se a partir de lesões sofridas pela pessoa em seu patrimônio ideal, entendido este como o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico, em contraposição ao patrimônio material (SILVA, 1999, p. 1). Trata da

violação de bens da personalidade ou ofensa a eles, podendo causar ou não repercussões dolorosas, como, por exemplo, lesões à honra, ao decoro, à paz interior, às crenças íntimas, aos sentimentos afetivos de qualquer espécie, à liberdade, à vida e à integridade corporal (SILVA, 1999, p. 2).

[...] o dano material é indenizado a partir dos danos emergentes e dos lucros cessantes, quando inviável sua reparação *in natura*; ao passo em que o dano moral só admite compensação, por arbítrio judicial, não havendo de se falar em reparação, uma vez que a indenização não tem o condão de apagar a dor, o sofrimento ou a ofensa à personalidade do indivíduo. A indenização compensatória, constata-se, orbita em torno do dano, de modo que a quantia arbitrada não pode extrapolar a extensão deste. (GONÇALVES, 2011, p. 672, grifos do autor).

O dano moral pode ser conceituado como uma lesão a um interesse existencial concretamente merecedor de tutela (FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, 2019, p. 366).

Ademais, no que tange aos danos, especificamente, diferencia-se, ainda, a ofensa ao patrimônio moral do sujeito da consequência extrapatrimonial dessa ofensa, entendida como prejuízo.

Nessa diferenciação, Américo Luís Martins da Silva destaca a interessante noção da impossibilidade de se indenizar o dano moral, por ser absolutamente impossível eliminar o dano propriamente dito quando se trata de uma lesão moral. O que se busca é a satisfação compensatória, um meio de atenuar as suas consequências, ou seja, diminuir os prejuízos suportados pela vítima (SILVA, 2012, p. 44).

Não há na ordem jurídica do país um conceito legal de dano moral, sendo sua conceituação predominantemente jurisprudencial e doutrinária.

4.1.2 Relato histórico

Superado o primeiro estágio da responsabilidade civil, caracterizado pela barbárie, em que não se cogitava qualquer ideia de culpa do autor do dano e a vítima atuava no automatismo da reação desmedida (SILVA, 1962, p. 38-39), havia, no Brasil, a presença de dispositivo legal prevendo a indenização plena e mais completa possível apenas em caso de responsabilidade delitiva, no Código Criminal de 1830 (BRASIL, 1830).

Em 1890, destacava-se a previsão do art. 276 do Código Penal brasileiro – Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890 (BRASIL, 1890), na qual se assegurava a prestação pecuniária

satisfatória do dano moral, nos casos de atentados contra a honra da mulher, regulando-se pelo Direito Civil a indenização, pela extensão do prejuízo sofrido, conforme art. 70 do mesmo diploma legal.

A possibilidade de compensação pecuniária do dano moral não foi objeto de previsão no Código Civil de 1916 (BRASIL, 2002). Debatia-se, à época do projeto do referido Código, a possibilidade de compensação de uma soma em dinheiro ao ofendido além da indenização pelo dano material sofrido, na liquidação das obrigações resultantes de atos ilícitos, especialmente nas hipóteses de ofensas à saúde, mas o pensamento jurídico ainda não havia se desenvolvido o suficiente (SILVA, 2012, p. 152).

Somente a partir da década de 1960, verificou-se a concreta expansão da indenização por dano moral.

Antes desse período, a ideia era ainda hostilizada pela maioria. Preceituava o Supremo Tribunal Federal que “não é admissível que os sofrimentos morais deem lugar à compensação pecuniária, se deles não decorre nenhum dano material” (BRASIL, 1950), privilegiando-se o patrimônio em detrimento da pessoa humana.

Entretanto, o aumento da complexidade da vida social, a partir do século XIX, obrigou a todos a encarar a responsabilidade civil de modo cada vez mais diferenciado. Os novos aspectos relativos à natureza diversificada dos danos e o abandono da ilusão de que o homem seria o ponto de convergência do mundo superaram, no campo do pensamento jurídico, as doutrinas individualistas, substituindo-as pelo pensamento do ser humano como social.

A realidade moderna constituía-se continuamente pelo fenômeno da socialização do Direito e, assim, acirraram-se os debates sobre a admissibilidade ou não da compensação dos prejuízos advindos de danos não patrimoniais.

No ano de 1965, com a III Conferência Nacional de Desembargadores do Brasil, passou-se a considerar que o dano moral deveria ser ressarcido também nas hipóteses de ocorrência de danos estritamente extrapatrimoniais, passando-se a admitir a indenização do dano moral por si só (SILVA, 2012, p. 230).

Na hipótese de sinistro qualquer, nos tempos pretéritos, ninguém duvidava de que todo o peso de sua carga devesse se abater exclusivamente sobre a vítima, a menos que alguém pudesse ser moralmente imputado. Mas, a partir desse novo momento histórico, e, mais fortemente, nos dias que se seguiram, a vítima e a opinião pública passaram a entender que com o sinistro ocorria o rompimento da Justiça e a fruição de imperativos de equidade e equilíbrio da justiça (SILVA, 1962, p. 287).

Desde a Constituição da República de 1988, está expressamente prevista a possibilidade de compensação do dano moral, no art. 5º, V e X (BRASIL, 2019a), não sendo mais possível qualquer oposição nesse sentido.

Prevê o referido dispositivo legal:

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

.....

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

.....

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (BRASIL, 2019a).

Segundo as lições de Judith Martins-Costa e Mariana Pargendler, para legitimar-se a concessão de uma soma em dinheiro à pessoa que teve sua esfera extrapatrimonial atingida, passou-se a entender que a indenização do dano moral era não apenas legítima, mas necessária, pois, do contrário, o ofensor restaria impune (MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005, p. 21-22).

Assim, as lesões ao patrimônio moral dos indivíduos ganharam destaque e, respaldados na teoria clássica vigente sob a égide do Código Civil de 1916 (BRASIL, 2002), o enfoque era a reparação dos prejuízos. Diante da constatação do dano, atrelada à comprovação da culpa do seu autor e à demonstração da relação de causalidade entre o fato e o dano ocorrido, surgia o dever de indenizar (SILVA, 1962, p. 37).

As mudanças ideológicas não cessaram e, numa perspectiva ainda mais evoluída e adequada às expectativas liberais, a própria exigência da culpa como requisito da responsabilidade civil extrapatrimonial entrou em debate. Nessa nova etapa, o risco socializara-se, passando a constituir-se como elemento da organização econômica. O homem emergia, continuamente, do individualismo para o socialismo jurídico e os danos extrapatrimoniais passaram a ser cada vez mais decorrentes das próprias condições de vida (SILVA, 1962, p. 295).

Desde o instante em que o homem passou a ser considerado de maneira mais realística e concretamente como elemento social, integrante de um grupo e não como um ser isolado, a

responsabilidade civil não mais pôde ser compatível apenas com a culpa, sob pena de muitos danos morais restarem sem ressarcimento (SILVA, 1962, p. 295):

E, em verdade, o que se pode observar é, de fato, de um lado, o desejo de se atribuir a alguém a responsabilidade pelo dano e, de outro, a generalizada tendência em se precaverem, todos, contra o dano mesmo, provenha ele de onde provier. [...].

A grande industrialização, os grandes inventos, as grandes descobertas, a captação e o aproveitamento, pelos homens, de grandes e desconhecidas energias, os adensamentos populacionais nos grandes centros, tudo isso que, via de regra, se traduzia em novos confortos para a humanidade, em novos progressos, em novas melhorias das condições de vida, trazia, porém, consigo, como contrapartida, a multiplicação dos riscos.

Vivia-se melhor, mais intensamente, é verdade, mas, em compensação, muito mais perigosamente. (SILVA, 1962, p. 288).

Ampliava-se a gama de danos extrapatrimoniais passíveis de ocorrência, como consequência da acelerada evolução das atividades econômicas, justificando-se a nova dinâmica na necessidade de se tutelar riscos coletivos:

[...] esse processo de fortalecimento da solidariedade social como fundamento da responsabilidade civil não resultou imediatamente na adoção da doutrina do risco. Passou-se por diversos estágios intermediários, tais como a adoção de sistemas de presunção de culpa do ofensor, a tentativa de ligar uma responsabilidade sem culpa à ideia de abuso de direito, e, por fim, a própria objetivação da culpa, consistente na análise da culpa em relação a um padrão objetivo, sem que houvesse a investigação psicológica do agente [...].

O que se verifica da análise do embate doutrinário entre as teorias da culpa e do risco é, na verdade, um processo histórico de enfraquecimento da moral individual no âmbito da responsabilidade civil, dando lugar a uma maior preocupação com a coletividade e com a solidariedade social, o que pode ser explicado na esteira de acontecimentos tais como a Revolução Industrial e a separação de religião e Estado.

Do elemento culpa, entendido como “marca pública de uma moralidade privada”, chega-se ao elemento risco, critério erguido “em nome da fraternidade, da solidariedade humana, pelo afinamento das nossas consciências e desenvolvimento do sentimento de responsabilidade”.

Trata-se, evidentemente, de um forte golpe à clássica concepção da responsabilidade civil, oriunda do direito romano, ao ameaçar um de seus pilares – a culpa –, o qual, repise-se, representa uma das principais contribuições daquela civilização à construção teórica do instituto. (ROCHA; MENDES, 2017).

Os tribunais mostravam-se, dessa forma, cada vez mais sensíveis. Os casos concretos submetidos ao exame do Poder Judiciário passaram a exigir tutela diferenciada, pois a comunidade possui uma dimensão ética independente de suas partes e da carga de valores de cada indivíduo que a compõe (FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, 2019, p. 422-423):

A responsabilidade civil dos nossos dias se põe em permanente processo de abertura e reformulação, renovando-se a partir da renovação que emerge da própria sociedade contemporânea. Os valores básicos e fundamentais da ordem jurídica devem se refletir na solução dos conflitos ligados à responsabilidade civil. O direito privado dos nossos dias é um direito privado que pressupõe a teoria dos direitos fundamentais, a força normativa dos princípios (e sua aplicação direta às relações privadas), a funcionalização social dos conceitos e categorias, a priorização das situações existenciais em relação às patrimoniais, a repulsa ao abuso de direito, entre outras questões próprias do nosso século (ou que se intensificaram nele). (FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, 2019, p. 695-699).

A partir de 1990, leis ordinárias foram editadas, ampliando as hipóteses de danos morais indenizáveis, como o Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 2019d) e, especialmente, o Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 2017a).

No tocante ao Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 2017a), os principais dispositivos que tratam do dever de indenizar são os arts. 8º, 12, 14, 18 e seguintes:

Art. 8º Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição, obrigando-se os fornecedores, em qualquer hipótese, a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito.

.....

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.

.....

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.

.....

Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas. (BRASIL, 2017a).

Optou o Código Civil de 2002 (BRASIL, 2019c) pela manutenção da culpa como fundamento geral da responsabilidade civil, adotando-se a teoria subjetiva como regra geral.⁵

No Código Civil de 2002, a responsabilidade civil está prevista em título próprio, abrindo-se a regulamentação com o art. 927, que determina a obrigação de indenizar a cargo daquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem:

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. (BRASIL, 2019c).

Prevê o referido dispositivo legal as condições do nascimento do dever de indenizar, que se mantiveram na existência de um ato ilícito e na ocorrência de um dano, além do nexo causal entre ambos. A regra remete aos arts. 186 e 187 do próprio Código, que coligam à antijuridicidade a imputabilidade subjetiva como regra e excepcionam as hipóteses de ilicitude objetiva, limitando-as ao exercício do direito, balizadas pela boa-fé e os bons costumes, e a finalidade econômico-social do Direito, além de distinguir a culpa e o dolo:

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. (BRASIL, 2019c).

O referido art. 186 do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2019c) conservou o princípio da culpa, assim como o art. 927 apenas reproduziu, nesse ponto, o revogado art. 159 do Código Civil de 1916 (BRASIL, 2002).

O art. 944 do Código de 2002 dispõe sobre a equidade na fixação do montante indenizatório. Estipula a legislação que “a indenização mede-se pela extensão do dano” e que “se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização” (BRASIL, 2019c).

⁵ Muito embora elaborado e promulgado em plena efervescência da ideia da responsabilidade sem culpa, o regime adotado no Brasil acabou por acolher o princípio da culpa clássica (SILVA, 1999, p. 128).

O art. 52 do Código Civil de 2002 cuidou, também, de expandir a proteção dos direitos da personalidade às pessoas jurídicas (BRASIL, 2019c), legislando expressamente o entendimento jurisprudencial já consolidado na Súmula nº 227, do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual “a pessoa jurídica pode sofrer dano moral” (BRASIL, 1999).

Nessa ótica, observa-se que a possibilidade de se satisfazer, indenizar ou compensar danos extrapatrimoniais, no Direito brasileiro, por meio de uma curiosa combinação de cláusulas gerais, foi bastante ampliada com o Código Civil de 2002 (BRASIL, 2019c), além de sua conexão intersistemática com a Constituição da República (BRASIL, 2019c), que contempla, expressamente, a irrestrita compensação do dano moral (MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005, p. 21-22).

Embalados pela Constituição da República (BRASIL, 2019a) e pela expansão dos danos suscetíveis de indenização na realidade social e econômica moderna, permitiu-se a crescente proteção jurídica de bens e interesses antes tidos como impassíveis de tutela, principalmente após a consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III) e da previsão da persecução de uma “sociedade livre, justa e solidária” como um de seus objetivos fundamentais (art. 3º, I) (BRASIL, 2019a).

Vivenciava-se, assim, uma nova etapa.

4.1.3 A mudança de enfoque acerca da lesão extrapatrimonial

A sociedade experimentava, nesse momento, a disseminação de danos, pela ampliação da proteção da subjetividade humana, a insuficiência das respostas clássicas oferecidas pela responsabilidade civil, pelo Direito Administrativo e pelo Direito Processual Penal em relação à proteção dos direitos da personalidade, a ampliação do acesso ao Poder Judiciário, a organização social em massa e o acentuado avanço tecnológico das atividades econômicas. Todos esses fatores, atrelados à temeridade de muitas demandas, geraram como reflexo a multiplicação de demandas da responsabilidade civil em curso no Brasil (BONNA, 2017, p. 97).

Houve desenfreado apetite doutrinário e jurisprudencial pela criação de novas espécies de lesões indenizáveis, fazendo com que os danos verdadeiramente merecedores de tutela fossem lançados na injusta denominação “indústria do dano” (BONNA, 2017, p. 97).

Significativo foi o número de demandas que buscavam especular com o dano moral, tentando incluir no conceito fatos corriqueiros e banais, agravando-se a situação pela falta de uma resposta firme da jurisprudência (MARINANGELO, 2016, p. 149).

À jurisprudência caberia, com a fixação de valores razoáveis e proporcionais, a incumbência de frustrar todo e qualquer intuito de obtenção de enriquecimento ou de vantagem às custas da propositura de ações indenizatórias, mas tal fenômeno não aconteceu de forma eficaz, estimulando-se, paradoxalmente, os aventureiros (SERPA, 2011, p. 200).

Maria Celina Bodin de Moraes justifica esse processo de banalização das pretensões judiciais pela consideração do dano moral como sentimento humano. Ao considerar-se a dor, a aflição espiritual, o espanto ou mesmo o desgosto como danosos, confunde-se qualquer sensação dolorosa, experimentada por qualquer pessoa, com uma pretensão indenizatória:

[...] Se a violação à situação jurídica extrapatrimonial acarreta, ou não, um sentimento ruim, não é coisa que o Direito possa ou deva averiguar. O que o ordenamento jurídico pode (e deve) fazer é concretizar, ou densificar, a cláusula de proteção humana, não admitindo que violações à igualdade, à integridade psicofísica, à liberdade e à solidariedade (social e familiar) permaneçam irressarcidas. (MORAES, 2009, p. 131-132).

Sobre esse equívoco na aproximação entre o dano moral e a dor ou outras sensações desagradáveis, Cristiano Chaves de Farias, Felipe Peixoto Braga Netto e Nelson Rosenvald explicam:

Trata-se de uma confusão entre o sintoma e a causa. Vale dizer, decepção, desgosto, desprazer, dissabor... cada um desses sentimentos não passa de uma eventual consequência do dano moral. E como reflexos pessoais, que podem ou não surgir conforme as nossas vicissitudes, a tentativa de sua demonstração em juízo para a obtenção de êxito na pretensão reparatória tão somente nos desvia mais e mais do foco da temática, eis que discutimos exaustivamente sobre as consequências do dano, em vez de indagarmos sobre quais são verdadeiramente os interesses extrapatrimoniais merecedores de tutela. Ora, se alguém é afetado em sua intimidade, o dano moral surgirá objetiva e concretamente no momento em que esse bem jurídico existencial é afetado, independentemente da maior ou menor repercussão em termos de dor ou consternação experimentados por cada pessoa que sofra abstratamente a mesma agressão.

Essa mixórdia é herança dos tempos em que o dano moral só poderia ser deferido como consequência de um dano patrimonial, ou melhor como o seu reflexo insuscetível de tradução lesão a um bem material e tangível.

.....

Todavia, o dano moral possui vida própria e completamente independente de qualquer lesão à esfera patrimonial da vítima, porventura oriunda do mesmo ato danoso. (FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, 2019, p. 363).

Nesse sentido foi emitido o enunciado 445 da V jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal, inclusive, segundo o qual “o dano moral indenizável não pressupõe

necessariamente a verificação de sentimentos humanos desagradáveis como dor ou sofrimento” (BRASIL, 2012a).

Estatísticas demonstram que “o Poder Judiciário e, especialmente, os Juizados Especiais, converteram-se em repositórios de demandas de responsabilidade civil” (FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, 2019, p. 449-456).

Surge, assim, como verdadeira resposta à chamada “indústria do dano moral”, conceito já delimitado anteriormente, mais uma fase desafiadora, marcada pelo anseio social por novos instrumentos capazes de garantir mais efetividade à responsabilidade civil e seus princípios, de forma a censurar as condutas em momento anterior à configuração do dano.

Preocupava-se com a adoção de ferramentas capazes de propiciar maior proteção da sociedade e dos indivíduos, fortalecendo-se os princípios da prevenção e da punição.

4.1.3.1 *A prevenção e a punição como novos enfoques da indenização por ofensa moral*

Com fundamento jurídico nos princípios da segurança, da solidariedade e da proteção da dignidade da pessoa humana (BRASIL, 2019a), novas funções passaram a ser atreladas à teoria da responsabilidade civil (LOPEZ, 2010, p. 110).

O princípio da dignidade da pessoa humana constitui-se como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, da Constituição da República), figurando-se o princípio da solidariedade como um dos objetivos da República (art. 3º, I, da Constituição da República). O princípio da segurança, por sua vez, é uma garantia aos cidadãos, prevista no art. 5º, *caput*, da Constituição da República, além um direito social, como disposto no seu art. 6º, do mesmo diploma legal (BRASIL, 2019a).

A ideia da tutela preventiva ganhou força no sentido de que interesses existenciais e metaindividuais não podem ser adequadamente protegidos apenas pela incidência *a posteriori* da indenização, com fins exclusivamente compensatórios.

A sociedade desenvolvia-se voltada para o futuro, privilegiando a necessidade de adequação da conduta antijurídica que gerou o dano extrapatrimonial, para impedir que novos danos fossem provocados:

Ressarcir o dano, através de um equivalente pecuniário, ou restabelecer a situação anterior, através de providências específicas, são respostas jurídicas que, apesar de suas diferenças, podem ser consideradas espécies do mesmo gênero, reunidas naquilo que se pode denominar função reparatória da responsabilidade civil. Restabelecer o equilíbrio econômico-jurídico alterado pelo dano – esse seria o papel principal da responsabilidade civil, a sua função preeminente.

.....

No que diz respeito à fixação do montante indenizatório, a preocupação é voltada exclusivamente para a figura da vítima. Não importa a reprovabilidade da conduta do ofensor, a intensidade da sua culpa, a sua fortuna ou quaisquer outras circunstâncias que a ele digam respeito. (ANDRADE, 2006, p. 237).

Não se trata de desvalorizar o papel tradicionalmente desempenhado pela responsabilidade civil, mas de reconhecer que a prevenção do dano é preferível tanto para a vítima quanto para o possível responsável e que a simples compensação se tornou insuficiente para atender satisfatoriamente a todos os conflitos sociais modernos, em especial àqueles em que estão em jogo os direitos mais caros ao homem, como os da personalidade (ANDRADE, 2006, p. 239-240).

Na sociedade tecnocientífica contemporânea, a responsabilidade representa o conceito base e integrador da ética e do direito. Isso porque tanto na ética, como no direito, é precisamente a responsabilidade que objetiva e formaliza os conceitos de liberdade e regulação.

Por conseguinte, o desafio para a teoria jurídica consiste em elaborar uma teoria da responsabilidade que se adapta às novas exigências econômicas e sociais.

.....

Enfim, no direito contemporâneo a responsabilidade civil propende a uma cultura preventiva, seja por razões éticas, comportamentais e econômicas. De uma leitura mais relativa do direito de danos – focada na indenização e sanções pertinentes – caminhamos a uma abordagem antecipatória de resultados, onde quer que seja racionalmente viável.

O direito não pode ser excludente, nem tampouco a responsabilidade civil. Em seu genuíno alcance e preocupação já não mais inclui privativamente a vítima no centro de suas atenções, porém, a todos que potencialmente podem vir a sê-lo. Por isso não é sangrante, pois se preocupa em evitar a hemorragia, sem renunciar à cauterização, caso necessário. (FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, 2019, p. 34-36).

Na função preventiva, a responsabilidade civil não se circunscreve ao dano consumado e às formas de compensação, mas objetiva-se impedir que o dano se realize ou se repita. O dano passa a ser entendido não apenas como pressuposto da aplicação do instituto, mas como elemento que mobiliza a sua atenção.

“Na sociedade de riscos, um altivo papel do ordenamento jurídico consiste em induzir, de forma generalizada, comportamentos virtuosos, orientando potenciais ofensores a adotar medidas de segurança e evitar condutas danosas” (ROSENVALD, 2014, p. 79-80).

Tal escopo preventivo foi objeto de enunciado na V Jornada de Direito Civil, realizada em novembro de 2011, consolidando-se o entendimento de que “a responsabilidade civil prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil deve levar em

consideração não apenas a proteção da vítima e a atividade do ofensor, mas também a prevenção e o interesse da sociedade” (BRASIL, 2012b).

Segundo André Gustavo Corrêa de Andrade, a responsabilidade civil ampliou os seus limites, para dar realce ao próprio bem jurídico e à sua preservação e não apenas ao dano já consumado e à sua compensação. Prevenir o dano para que não seja necessário repará-lo é o novo enfoque (ANDRADE, 2006, p. 239-240).

Para o exercício de uma tutela preventiva, torna-se imperiosa a adoção de instrumentos que influenciem o comportamento privado a ponto de alterá-lo, no sentido de desestimular a prática de novos danos. Essa mentalidade passou a ser o fundamento da alteração da atitude da jurisprudência brasileira, que passou ao reconhecimento da indenização por dano moral com caráter também pedagógico-punitivo.

Nas palavras de Pietro Perlingieri, a jurisprudência passou a ter necessidade de afinar as técnicas da prevenção do dano, alargando-se as hipóteses de responsabilidade civil (PERLINGIERI, 2002, p. 32).

Afirma-se, dessa forma, a lógica de que a responsabilidade civil apresenta uma pluralidade de funções, sem prioridade hierárquica de uma sobre as demais, destacando-se as funções compensatória e punitiva.

Na função compensatória, a indenização é acrescida de uma prevenção de danos, enquanto na função punitiva, a pena civil é acrescida a uma “prevenção de ilícitos” (FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, 2017, p. 87-106).

André Gustavo Corrêa de Andrade explica:

A pena, no plano teórico, exerce sempre uma função preventiva. Quando se impõe uma sanção pecuniária não relacionada diretamente com a extensão do dano, está sendo assinalado para o ofensor em particular e para a sociedade em geral que aquela conduta é inaceitável, reprovável, intolerável e não deve se repetir. Toda pena, incluída a de multa, tem uma finalidade de prevenção: especial, quando visa a dissuadir o ofensor de persistir ou reincidir na prática de condutas ilícitas; geral, porque adverte toda a comunidade e os potenciais causadores de condutas dessa natureza. (ANDRADE, 2006, p. 241).

Em relação à possibilidade de aplicação da função punitiva, que particularmente interessa a esse trabalho, observa-se que esta não parou de angariar adeptos, nos últimos anos:

No âmbito de um ordenamento jurídico unitário, amparado no princípio da máxima atuação da Constituição, já não mais se tolera um sistema jurídico compartimentalizado. Os diversos ramos do direito rompem as extremas desenhadas pela dogmática jurídica, emprestam princípios e técnicas e recebem outros em troca,

com o objetivo maior de alcançar soluções reais de tutela à pessoa humana e um contexto global volátil e incerto.

Na passagem do singular ao plural [...] cumpre também verificar a transposição do ilícito para os 'ilícitos', com a exaltação de um perfil funcional da responsabilidade civil, superando-se o esquema bipolar da responsabilidade aquiliana (dano patrimonial/moral).

.....

[...] o Estado comprometido com as transformações sociais e a efetivação de direitos fundamentais percebe que os interesses tutelados no mercado não são apenas os dos empreendedores. Além destes, concorrem interesses de trabalhadores, consumidores e da coletividade em geral, com relação aos bens difusos. A necessidade de conjugar todas essas posições jurídicas impõe que a liberdade de mercado seja, além de liberdade de acesso ao mercado, uma regulação de interesses, segundo a lógica democrática. A atuação preventiva da pena civil no setor da responsabilidade civil objetiva conciliar a liberdade de competição com a tutela da saúde e segurança dos indivíduos; correção nos comportamentos; transparência nas relações; completa informação a todos os operadores; equidade no tratamento dos destinatários de bens e serviço. (FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, 2019, p. 72 e 451).

Na função punitiva, fala-se de risco de dano, com a finalidade de se antecipar à sua consumação. Pretende-se gerenciar as possibilidades de risco e efetivar medidas que evitem danos:

As penas civis se propõem a realizar uma tutela efetiva, com critério funcional preventivo/punitivo, naquelas hipóteses em que a reparação por si só não é idônea e a desestimular o ofensor à prática de ilícitos, principalmente nas hipóteses em que a calculadora do potencial ofensor acena positivamente para a efetivação do ato antijurídico, pela matemática da diferença entre os lucros obtidos com a conduta reprovável e o valor da compensação restrito ai equivalente dos danos praticados (e provados). (FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, 2019, p. 431 e 451).

A melhor forma de se encontrar uma noção de indenização punitiva, portanto, é dissociá-la da compensação de danos. Apesar de aspectos complementares, as funções satisfativa e punitiva são distintas, buscando a primeira a contenção do dano em si e a segunda a contenção do comportamento do lesante.

4.2 A DEFESA DA PUNIÇÃO

Não obstante a despenalização da legislação pertinente à matéria, no sentido de limitar a obrigação compensatória aos danos efetivamente sofridos, verifica-se uma espécie de movimento pendular, pelo qual se busca o restabelecimento do modelo jurídico das sanções punitivas privadas (MARINANGELO, 2016, p. 86-88). “O Direito busca, a todo custo,

encontrar ferramentas apaziguadoras dos ânimos, bem como que exaltem as virtudes outrora esquecidas e indispensáveis à vida digna em sociedade.” (MARINANGELO, 2016, p. 87).

Wladimir Alcibiades Marinho Falcão Cunha, em sua tese de doutorado, afirma ser a punição um princípio interpretativo ou ético-jurídico da responsabilidade civil, por meio do qual os comportamentos privados seriam afetados pela censura e seriam dissuadidas condutas lesivas, contribuindo para a redução de danos e maior proteção para os indivíduos. O princípio da punição teria como conteúdo o reconhecimento da atribuição de uma pena adicional aos danos ocasionados, em virtude do imperativo ético de censurar e apenar condutas negativas, delimitar responsabilidades e proceder à regulação dos privados, bem como inibir condutas idênticas pelo mesmo ofensor ou pelos demais membros da sociedade (CUNHA, 2012, p. 137-138).

Caio Mário ratifica que, da responsabilidade civil sobressaem sentimentos social e humano, sendo o primeiro relativo ao fato de que “a ordem jurídica não se compadece com o ato de que uma pessoa possa causar mal a outra pessoa” e o segundo relativo à repugnância de que “o agente reste incólume em face do prejuízo individual”. Pontua o autor que, nessa linha, estão presentes a finalidade punitiva aliada à necessidade pedagógica (PEREIRA, 1991, p. 15-16).

Outro comungante da indenização punitiva é André Gustavo Corrêa de Andrade (ANDRADE, 2006, p. 312-313). O jurista entende ser aplicável a doutrina dos *punitive damages* aos danos morais, no Direito brasileiro, com fundamento no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, III, da Constituição da República (BRASIL, 2019a), e, também, na proteção dos direitos da personalidade e no direito à indenização do dano moral, previstos no art. 5º, V e X, da Constituição da República (BRASIL, 2019a).

Segundo o autor, esses princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível e ensejam a aplicação de todos e quaisquer meios para a efetiva proteção dos direitos fundamentais, sendo desnecessária a existência de uma norma infraconstitucional (ANDRADE, 2006, p. 267-273).

Defende, ainda, a preponderância do princípio da dignidade da pessoa humana sobre o princípio da anterioridade da pena, ao afirmar que, sopesando-se os interesses contrapostos, a aplicação da indenização punitiva atende a um interesse sensivelmente mais relevante. A repercussão da indenização punitiva é tão significativa na sociedade no sentido de punir e prevenir ilícitos, bem como educar os indivíduos, que o seu benefício tornaria irrelevante o incremento patrimonial da vítima (ANDRADE 2006, p. 267-273):

Com efeito, não é possível, em certos casos, conferir efetiva proteção à dignidade humana e aos direitos da personalidade senão através da imposição de uma sanção que constitua fator de desestímulo ou dissuasão de condutas semelhantes do ofensor, ou de terceiros que pudessem se comportar de forma igualmente reprovável. Não é possível contar apenas com a lei penal e com penas públicas para prevenir a prática de atentados aos direitos da personalidade. [...] Nesse contexto, a indenização punitiva constitui instrumento indispensável para a prevenção de danos aos direitos personalíssimos. (ANDRADE, 2006, p. 252-253).

Marcelo Benacchio, da mesma forma, sustenta que o art. 5º, V e X, da Constituição da República (BRASIL, 2019a), fundamentam o reconhecimento da função punitiva da responsabilidade civil (BENACCHIO, 2012, p. 663):

Nessa linha de pensamento, seria cabível interpretação da norma constitucional em sua valoração e efetividade por meio da qual a responsabilidade civil fosse limitada à função reparatória, indenitária? Não, a previsão constitucional deve estabelecer atuação da norma de responsabilidade civil em todas as situações, inclusive em sua função punitiva, do contrário, todas as punições civis presentes no Código Civil seriam inconstitucionais, pensamento indefensável.

.....

Apesar do art. 944, parágrafo único, do Código Civil não permitir a compreensão de uma cláusula geral da função punitiva em virtude da referência à limitação da indenização, é evidente a presença do princípio da relevância do grau de culpa que se prende à conduta culposa e não ao dano e, nessa perspectiva, pode ser utilizado como princípio para afirmação da presença da função punitiva da responsabilidade civil. (BENACCHIO, 2012, p. 665-667).

Maria Celina Bodin de Moraes defende que o art. 944, *caput*, do Código Civil (BRASIL, 2019c), deve ser interpretado sistematicamente com o parágrafo único, que, segundo a autora, possibilitaria a aplicabilidade da equidade na fixação do *quantum* indenizatório, juntamente com os princípios que inspiram o Direito Civil e a responsabilidade civil, como a socialidade e a ideia de viver honestamente. Por se tratar de uma cláusula geral, pelo princípio da equidade, sustenta a autora que poderia o juiz observar a graduação da culpa do causador do dano e majorar o montante compensatório da indenização a título de penalidade (MORAES, 2009, p. 224).⁶

⁶ Convém salientar que Christian Sahb Batista Lopes, em sua obra *Mitigação dos prejuízos no Direito Contratual*, formula breve apontamento em que explica que o Código Civil de 2002 (BRASIL, 2019c), “no que se refere à apuração do *quantum* da indenização apenas consagrou a reparabilidade do dano moral, já amplamente aceita pela doutrina e pela jurisprudência, e criou a possibilidade de redução da indenização pela desproporção com o grau de culpa do agente, afastando-se da concepção tradicional do direito civil de que a indenização tem por objetivo reparar o dano e não punir o agente por sua culpa.” (LOPES, 2013, grifo do autor).

Logo, para Maria Celina Bodin de Moraes, a indenização punitiva sequer constituiria uma penalização independente da compensação pecuniária dos danos. Na própria fixação do *quantum* indenizatório, levar-se-ia em conta o sancionamento do ofensor, como meio de punir – ou desestimular, ou inibir – a prática do ato ilícito (MORAES, 2009, p. 224).

Rafael Marinangelo afirma encontrar-se em compasso com a doutrina que admite a existência da função punitiva agregada à compensatória, na indenização dos danos extrapatrimoniais:

Nossa opinião está em compasso com a doutrina que admite a existência de função punitiva, agregada à compensatória, na reparação dos danos extrapatrimoniais, pois são frequentes, em especial na jurisprudência, recorrer-se a elementos relacionados à figura do ofensor para mensuração do *quantum* reparatório. Acreditamos ser, portanto, a reparação do dano extrapatrimonial o veículo para a aplicação da indenização punitiva no ordenamento jurídico brasileiro, enquanto inexistir lei específica a consagrar sua aplicação em toda e qualquer forma de reparação de danos. Alertamos, contudo, que em nosso entender, a função punitiva somente terá cabimento nos casos de danos ocasionados com culpa grave ou dolo, de evidente desprestígio ao direito alheio (práticas reiteradas) ou na hipótese de obtenção de lucro com o ilícito. (MARINANGELO, 2016, p. 76).

A aplicação da indenização punitiva para aqueles que a defendem retiraria, assim, o atrativo econômico que a violação da esfera jurídica alheia representa aos agentes econômicos.

Leciona Fernanda Ivo Pires que a indenização punitiva se constitui como uma sanção imposta ao particular, em razão da sua conduta lesiva, quando a simples compensação não for suficiente para remediar o mal realizado. Sua função é reunir a típica sanção pública aos instrumentos próprios do Direito Civil, com intuitos preventivo e dissuasório. Outrossim, afirma que “a responsabilidade civil, como componente do direito obrigacional, deve ser vista como um todo, como um processo que visa a alcançar a sua finalidade que é não apenas ressarcimento do prejuízo sofrido, mas também o bem-estar social” (PIRES, 2017, p. 35).

Levando-se em consideração a realidade de que alguns entes empresariais prestadores de serviços e produtos, com o intuito de angariar mais lucros, deixam de investir em mecanismos de prevenção de danos e controle de qualidade, preferindo arcar com os custos de eventuais compensações de danos, na certeza de que os valores indenizatórios serão muito inferiores aos investimentos que teriam que realizar de aperfeiçoamento, a indenização punitiva atua como instrumento de equilíbrio das relações de consumo, reduzindo a vulnerabilidade do consumidor e a situação de superioridade dos fornecedores (ANDRADE, 2006, p. 267-273):

[...] punido o agente: i) se afasta (ou se satisfaz) o inato sentimento de vingança da vítima, evitando conflitos posteriores; ii) imputa-se no agente a intenção de não praticar novamente ofensa semelhante, prevenindo-se, assim, danos futuros; iii) serve o caso de exemplo para que outras pessoas não queiram praticar a mesma conduta danosa. (TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, 2007, p. 862).

O Professor Antônio Junqueira de Azevedo iniciou os estudos acerca da indenização punitiva, no Brasil, criando uma nova categoria de dano, denominado dano social. Atribui-se ao autor as primeiras iniciativas de se inserir a doutrina estrangeira dos *punitive damages* no país, compondo a sua teoria, sem dúvidas, parte significativa do processo evolutivo da indenização punitiva, no Direito brasileiro.

Antônio Junqueira de Azevedo expõe que “um ato, se doloso ou gravemente culposos, ou se negativamente exemplar, não é lesivo somente ao patrimônio material ou moral da vítima, mas sim, atinge a toda a sociedade” (AZEVEDO, 2009, p. 380). Sustenta a ocorrência de um rebaixamento imediato do nível de vida da população com o ato ilícito, configurando-se o dano social e, conseqüentemente, a necessidade de imposição de uma indenização punitiva (AZEVEDO, 2009, p. 380).

Dano social seria, assim, toda lesão à sociedade que reduza as condições coletivas de segurança ou diminua o seu índice de qualidade de vida, amparando-se a aplicação de uma indenização punitiva contra o agente ofensor. Reforça a sua ideia no avanço da sociedade e na ocorrência de inúmeras situações não abrangidas nem tuteladas pelo Direito Penal, que ainda não abrange diversas condutas e possui eficácia limitada (AZEVEDO, 2009, p. 381-382).

Buscou o autor superar a vinculação disposta no art. 944 do Código Civil (BRASIL, 2019c), que limita a indenização à extensão do dano sofrido pela vítima, por meio da criação dessa categoria autônoma de dano:

O art. 944 no Código Civil (LGL\2002\400), ao limitar a indenização à extensão do dano, não impede que o juiz fixe, além das indenizações pelo dano patrimonial e pelo dano moral, também – esse é o ponto – uma indenização pelo dano social. A ‘pena’ – agora, entre aspas, porque no fundo é reposição à sociedade –, visa restaurar o nível social de tranquilidade diminuída pelo ato ilícito. (AZEVEDO, 2009, p. 381).

Conforme conclui o professor, os danos sociais culminarão na indenização punitiva e na indenização dissuasória, afirmando-se a função pedagógica que se busca com o instituto, que visa ao desestímulo de um comportamento futuro, sempre que atos qualificados pelo dolo

ou a culpa grave acarretarem o rebaixamento imediato do nível de qualidade de vida da população (AZEVEDO, 2009, p. 380).

O próprio Conselho da Justiça Federal, na V Jornada de Direito Civil, coordenada pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar, elaborou o enunciado 456, segundo o qual a expressão “dano”, no art. 944 (BRASIL, 2019c), foi interpretada de forma abrangente, reconhecendo-se não só os danos individuais, materiais ou imateriais, mas também os danos sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos a serem reclamados pelos legitimados para proporem ações coletivas (BRASIL, 2012c).

O referido enunciado expandiu os limites do entendimento anteriormente aprovado na IV Jornada de Direito civil, que permitia a interpretação restrita do art. 944 do Código Civil de 2002, reforçando-se seu caráter meramente compensatório, o que demonstra a evolução do posicionamento doutrinário a respeito da controvérsia (BRASIL, 2016a).

No que diz respeito à ausência de causa jurídica, questionada por parte da doutrina, como será abordado posteriormente nesse trabalho, e que permitiria a configuração do enriquecimento injusto nos casos de aplicação da indenização punitiva, Daniel de Andrade Levy sustenta que basta um exame mais rigoroso do conceito para se perceber que a indenização punitiva jamais poderia ser um enriquecimento sem justa causa. Funda-se em um pronunciamento público, materializado em uma decisão judicial, não se justificando o incômodo de uma disciplina privada como o Direito Civil gerar para a vítima uma indenização superior ao seu efetivo prejuízo (LEVY, 2012, p. 96).

Marcelo de Oliveira Milagres, no mesmo sentido, afirma ser razoável ponderar que o princípio do enriquecimento sem causa não se aplica à indenização por dano extrapatrimonial, pela impossibilidade de comparação de bens distintos, quais sejam, valores materiais e existenciais (MILAGRES, 2011, p. 58).

Inserir-se a indenização punitiva no Direito Privado, portanto, com a finalidade preventiva de ilícitos sociais, agregando maior efetividade ao Direito Civil, em casos de desrespeito de ofensores à convivência social e aos valores da personalidade ou mesmo pela multiplicação de condutas de risco.

André Gustavo Corrêa de Andrade defende o reconhecimento da função punitiva também às indenizações destinadas a compensar e punir ofensas materiais, mas esse posicionamento não encontra ainda aderência significativa na jurisprudência brasileira, conforme apurado na pesquisa jurisprudencial realizada no próximo capítulo desse estudo:

Observa-se, contudo, que uma teoria da indenização punitiva, formulada independentemente das limitações e possibilidades inerentes a um determinado ordenamento jurídico, não tem que ser necessariamente relacionada com o dano moral. Não há, *a priori*, razão para excluir essa forma de sanção como resposta para o dano material. Em realidade, a experiência dos países integrantes do sistema de *common law*, notadamente a dos Estados Unidos, demonstra que a indenização punitiva encontra terrenos fértil em situações não vinculadas ao dano moral (pelo menos não na concepção predominantemente dada a essa espécie de dano. (ANDRADE, 2006, p. 278, grifos do autor).

Pode-se vislumbrar que este constituiria um possível novo estágio no desenvolvimento da teoria da função punitiva da responsabilidade civil, mas que não será foco do presente trabalho, por se buscar o aprofundamento nos precedentes judiciais majoritários, até o momento, a respeito da questão.

4.2.1 Tratamento legislativo

Frisa-se que o Código Civil de 2002 (BRASIL, 2019c) não contempla expressamente diretrizes para a aplicação da indenização com caráter punitivo.

Desde o Código Civil de 1916 (BRASIL, 2002), as normas relativas ao ato ilícito e ao dever de indenizar sofreram poucas alterações.

Tentativas recentes foram formuladas com a intenção de incluir no Código Civil de 2002 (BRASIL, 2019c) previsão expressa acerca da função punitiva, mas ainda sem sucesso.

No próprio ano de 2002, o Deputado Federal Ricardo Fiúza propôs Projeto de Lei de alterações do Código Civil (BRASIL, 2019c), quando este se encontrava ainda no período de *vacatio legis*. Entre essas modificações, pretendia-se a alteração da redação original do art. 944, para se acoplar a ele um parágrafo 2º, que disporia que “a reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante” (BRASIL, 2002). O Projeto de Lei nº 6.960/2002 foi apelidado de “Projeto Fiúza”, mas não obteve aprovação (BRASIL, 2008).

Outras tentativas de alteração e adequação do ordenamento jurídico brasileiro às novas perspectivas da indenização punitiva foram elaboradas, como o Projeto de Lei nº 1.914/2003 (BRASIL, 2010), que prima pela alteração do art. 953 do Código Civil (BRASIL, 2019c), além dos Projetos de Lei nº 276/2007 (BRASIL, 2012d) e nº 413/2007 (BRASIL, 2015), que também propõem alterações no art. 944 do Código Civil (BRASIL, 2019c). O projeto proposto pelo Senador Renato Casagrande (Projeto de Lei nº 413/2007) (BRASIL, 2015)

pretende, igualmente ao chamado “Projeto Fiúza” (BRASIL, 2010), adicionar ao art. 944 um novo parágrafo: “a indenização atenderá as funções compensatória, preventiva e punitiva”.

O Projeto de Lei nº 276/2007 (BRASIL, 2012d) buscava a inclusão de um parágrafo 2º, ao art. 944, do Código Civil (BRASIL, 2019c), com a previsão de que a compensação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante, mas já foi determinado o seu arquivamento.

Observa-se no Congresso a pendência de apreciação também do Projeto de Lei nº 699/2011 (BRASIL, 2019g), que aguarda a criação de Comissão Temporária pela Mesa.

Todas as propostas visam a alterações no Código Civil de 2002 (BRASIL, 2019c), mas, mesmo que louváveis as tentativas, não se vislumbram nessas iniciativas parâmetros para a aplicação jurisprudencial do instituto da indenização punitiva.

Pouco esclarecem a doutrina, a legislação ou mesmo os Projetos de Lei propostos sobre os limites e critérios a serem adotados para a quantificação das indenizações pedagógico-punitivas pelos juízes.

Não se pode negar que a eficácia de um instituto jurídico não deve ficar relegada por simples razões dogmáticas ou apego a tradições, mas a consideração da consistência na sua utilização pelos aplicadores do Direito é tão importante quanto os motivos que legitimam o seu reconhecimento, passando-se, então, ao estudo dos julgados proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça.

5 CRÍTICAS À APLICAÇÃO DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A aplicação da tutela preventiva e repressiva por meio do instituto da indenização punitiva ainda enseja perplexidades, sobretudo em sua relação com a indenização compensatória de danos extrapatrimoniais e os parâmetros de fixação do montante das condenações.

5.1 ANÁLISE DOS JULGADOS EM RELAÇÃO AOS AGENTES EMPRESARIAIS DO SETOR DE TELEFONIA MÓVEL

Constitui-se o Superior Tribunal de Justiça como última instância na solução de conflitos de natureza infraconstitucional. Funciona como órgão de convergência do direito pátrio, ao julgar causas oriundas de todo o território do país, em todas as vertentes jurisdicionais não especializadas. É também autointitulado de Tribunal da Cidadania, derivando sua criação da Constituição da República (BRASIL, 2019a).

Considerando-se, assim, sua atuação, a missão primordial do tribunal de uniformização da jurisprudência e sua contribuição para a segurança jurídica da sociedade brasileira, reforça-se a escolha de seus julgados como referências para realização da pesquisa.

Da mesma forma, o setor de telefonia móvel no Brasil, pelos dados estatísticos oficiais disponíveis, mostra-se relevante e de considerável complexidade. As sociedades empresariais são mais propensas a violarem a legislação em mercados menos competitivos, e prestadoras de serviços de telecomunicações operam, justamente, em mercados limitados (FORTES, 2019, p. 106).

Desse modo, o aprimoramento desses serviços, por meio de políticas de organização, controle e fomento estão em foco.

5.1.1 Exposição dos principais argumentos decisórios

O método exclusivo utilizado para a obtenção dos resultados foi a consulta jurisprudencial no endereço eletrônico oficial do Superior Tribunal de Justiça, limitando-se a busca aos anos de 2015, 2016, 2017 e até o mês de agosto de 2018.

No ano de 2015, houve um importante marco no desenvolvimento do acesso de telefonia móvel, no Brasil, pois, como constatado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e

Estatística, pela primeira vez, todas as grandes regiões do país passaram a contar com esse acesso como principal forma de utilização da rede mundial de computadores, superando-se os índices anteriores de uso de computadores em domicílio (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2016, p. 43).⁷

O mês de agosto de 2018, por sua vez, foi selecionado como marco finalizador da pesquisa jurisprudencial, conforme cronograma proposto no Projeto de Dissertação, aprovado pela banca de qualificação. A delimitação do período de coleta de dados é importante para viabilizar a confecção e consolidação do trabalho de pesquisa.

Ao se direcionar ao *link* “jurisprudência do STJ” e pesquisar livremente as expressões “indenização”, “danos” e “telefonia”, com delimitação das datas de publicação dos julgados ao período de 01/01/2015 a 31/08/2018, e restrição do resultado da busca apenas a acórdãos e decisões monocráticas, foram obtidos 62 acórdãos e 3337 decisões monocráticas.

Aprofundando-se no teor dos acórdãos encontrados, observa-se que 13 deles abordam a função punitiva da indenização por danos morais, sendo que apenas um desses acórdãos refere-se a julgamento de Recurso Especial, submetido ao exame colegiado da Segunda Turma do Tribunal.

O referido acórdão é de relatoria do Ministro Humberto Martins e foi julgado em 1º de setembro de 2015. Trata-se do Recurso Especial nº 1408397/CE, publicado em 14 de setembro de 2015 (BRASIL, 2015).

Os demais acórdãos consistem, em sua maioria, em julgamentos de recursos de agravos internos, interpostos contra decisões monocráticas proferidas por Ministros do Superior Tribunal de Justiça, ou de recursos de embargos de declaração opostos após julgamentos de recursos de agravos internos.

Destaca-se, assim, o primeiro padrão obtido na pesquisa. A grande maioria das decisões que reexamina valores indenizatórios “pedagógicos-punitivos” fixados pelos tribunais estaduais é tomada no Superior Tribunal de Justiça por meio de decisões monocráticas, ou seja, não submetidas ao exame do colegiado daquele órgão.

⁷ Segundo o Instituto Brasileiro de Estatística e Geografia, “em 2014, pela primeira vez, o uso do telefone celular para acessar a Internet ultrapassou o uso de microcomputador nos domicílios brasileiros. Em 2015, esse cenário se repetiu no País [...], mas ocorreram mudanças entre as Grandes Regiões. Em 2013, o uso do microcomputador predominava em todas as Grandes Regiões, com exceção da Norte. Em 2014, apenas nas Regiões Sudeste e Sul ainda predominava o microcomputador, com proporções de 82,4% e 83,2%, respectivamente. Em 2015, o acesso à Internet por meio do celular predominou o uso do computador para tal fim em todas as Grandes Regiões. O uso do *tablet* permaneceu maior na Região Sudeste (24,0%). A Região Norte continuou apresentando o maior percentual de domicílios que utilizavam o telefone móvel celular para acesso à Internet (96,7%).” (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2016, p. 43).

Ao variar os termos da pesquisa e redirecioná-la ao setor de telefonia móvel, restringe-se o vasto número de decisões monocráticas encontradas anteriormente, alterando-se as expressões inseridas no campo de pesquisa para “danos morais” e “telefonia móvel”. Foram mantidas as delimitações dos campos específicos, resultando em 62 acórdãos e 315 decisões monocráticas.

Apenas um desses acórdãos trata especificamente do tema, e 18 decisões monocráticas tratam de valores fixados a título de indenização por danos morais reparatórios, preventivos, pedagógicos ou punitivos, como denomina o Superior Tribunal de Justiça, e serviços de telefonia em geral. Somente seis decisões monocráticas explicitamente abordam serviços de telefonia móvel.

O segundo padrão que se constata na pesquisa é a recorrência de ações individuais; poucos são os julgados que dizem respeito ao exame de pretensões dos consumidores como classe.

Constata-se, também, que a maior parte dos recursos especiais interpostos para questionamento dos valores indenizatórios são inadmitidos pelo Superior Tribunal de Justiça, com embasamento na Súmula nº 7 do Superior Tribunal de Justiça, que veda o reexame de prova (BRASIL, 1990). Embora inadmitidos os recursos, afirmam os julgadores a possibilidade apenas excepcional de revisão das quantias indenizatórias fixadas, em julgamento de recurso de Agravo interposto contra a decisão de inadmissão.

Diversificando-se, mais uma vez, a livre pesquisa às expressões “indenização”, “punitiva”, “danos” e “telefonia”, novamente com a mesma delimitação sobre as datas de publicação das decisões e obtenção apenas de acórdãos e decisões monocráticas, extraem-se 23 decisões monocráticas, das quais somente uma delas não se encontrava no acervo anterior, especificamente a decisão do Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 716848/DF.

As buscas realizadas podem ser consolidadas na fórmula *((telefonia ou telefonia movel) e (danos morais ou danos) e (indenizacao ou indenizacao punitiva)) ou (danos morais e (telefonia ou telefonia movel))* que, inserida no campo “pesquisa livre” do sistema de busca de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2020), acrescida das delimitações das datas de 01/01/2015 a 31/08/2018, selecionando-se apenas os itens

“acórdãos” e “decisões monocráticas”, tem como resultado 1 acórdão de afetação, 112 acórdãos e 6358 decisões monocráticas.⁸

Desse acervo extrai-se a amostra de dois acórdãos e sete decisões monocráticas relativa aos julgados que abordaram as sociedades empresárias do setor de telefonia móvel e o instituto da indenização punitiva, no reconhecimento de lesões extrapatrimoniais, no período pesquisado, a ser utilizada como parâmetro de apuração dos critérios utilizados para fundamentação das indenizações impostas pelo Superior Tribunal de Justiça.⁹

Mais um aspecto padronizado dos julgados coletados é a sua correlação com as principais reclamações formuladas pelos consumidores à ANATEL. Buscam-se, nos tribunais, indenizações por danos morais, principalmente, pela negativação indevida dos nomes dos consumidores nos órgãos de restrição de créditos cumulada ou não com pretensões de repetição de indébito ou declaração de inexistência de débito. Questionam-se, também, cobranças indevidas e suspensão irregular de serviços, em menor número.

Quando se trata de pretensão de inscrição nos órgão restritivos de crédito, o Superior Tribunal de Justiça tem se posicionado, ainda, no sentido de flexibilizar a Súmula nº 385, editada pelo próprio Tribunal, segundo a qual, da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não caberia indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição (BRASIL, 2009).¹⁰

A capacidade econômica da concessionária de telefonia e sua reiteração na prática de condutas violadoras de direitos extrapatrimoniais dos consumidores são os principais argumentos utilizados pelos Ministros como motivadores da adoção da função punitiva da indenização e primordiais balizadores na ponderação dos valores indenizatórios, assim como a vedação ao enriquecimento sem causa da vítima.

⁸ A delimitação de datas na consulta de decisões monocráticas do Superior Tribunal de Justiça só considera a data de publicação do julgado. Por essa razão e a fim de padronizar a pesquisa, foi assinalado, ao lado do campo “data”, o item “publicação”, o que abrangeu, por óbvio, os acórdãos. Cf. Como..., 2020.

⁹ Não se realizou a jurimetria dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça, visto que não se trata de objetivo da pesquisa aplicar a estatística ao Direito e descrever o funcionamento completo do sistema por meio de dados eletrônicos (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE JURIMETRIA, 2018). Aplicou-se, apenas, um recorte por amostragem. Nesse contexto, foram escolhidos julgados (amostras) adequados dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça que tratam da aplicação da indenização punitiva às sociedades empresariais prestadoras de serviços de telefonia móvel como meio de regulação de suas condutas violadoras de direitos dos consumidores no mercado, no período selecionado, para a análise do todo.

¹⁰ Segundo o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do 1576878/SP, “nas hipóteses em que as anotações pretéritas também estejam sendo objeto de questionamento judicial, por se originarem de atos fraudulentos cometidos por terceiros, deve haver uma flexibilização do entendimento sumulado, pois a adoção de raciocínio contrário colocaria o consumidor em situação excessivamente desfavorável, na medida em que os outros registros desabonadores constantes em seu nome apresentam o mesmo contexto fático subjacente ao presente processo.” (BRASIL, 2019h).

Exemplo claro dessa situação ocorreu no julgamento de relatoria da Ministra Regina Helena Costa, na decisão proferida no Recurso Especial nº 1727602/SP, publicada em 23 de março de 2018, em que entendeu a Relatora pela manutenção da indenização do valor indenizatório nos mesmos argumentos da instância originária:

Com efeito, no que tange à fixação do valor da referida indenização, deve-se observar que seu arbitramento levará em conta as funções compensatória e punitiva da indenização, assim como a repercussão do dano e a possibilidade econômica do ofensor, não podendo o dano moral representar procedimento de enriquecimento para aquele a que se pretende indenizar, como também não pode ser diminuto a ponto de não incentivar a ré no aprimoramento dos seus serviços, evitando a reiteração de condutas indevidas. Observados tais critérios e considerando a situação fática (interrupção do serviço contratado por motorista que dele se utiliza com frequência para comunicar-se com familiares), cabe a fixação do valor indenizatório no montante de R\$ 4.000,00. (BRASIL, 2018d).

Acrescentou a Ministra, ainda, que a revisão de tal entendimento implicaria no necessário revolvimento de matéria fática, inviável em sede de recurso especial, à luz do óbice contido na Súmula nº 7 do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 1990, 2018d).

Afirmam os julgados a impossibilidade de reexame pelo óbice previsto na Súmula nº 7 (BRASIL, 1990), que veda o reexame de prova em sede de Recurso Especial, todavia, permitem o seu afastamento, em determinados casos, especificamente nas hipóteses de fixação de valor indenizatório irrisório ou abusivo.

Entende-se contraditória, por si, a afirmação citada, considerando-se que, pela impossibilidade de reexame de prova, a própria análise do excesso ou da escassez da quantia indenizatória restaria prejudicada. A simples limitação da comparação do valor indenizatório a outros valores fixados em julgados similares, como realizado em vários julgamentos, não permite a apuração de sua adequabilidade, razoabilidade e proporcionalidade no caso concreto.

Com frequência os Ministros do Superior Tribunal de Justiça justificam o valor indenizatório como pertinente com base em valores usualmente adotados pela jurisprudência, em outros casos, estipulando-se uma espécie de padrão valorativo para os fatos submetidos a exame, como se observa, de forma explícita, no julgamento do Agravo em Recurso Especial nº 881613/MG, publicado em 2 de agosto de 2016. Nesse julgado, a Ministra Ausete Magalhães justificou a mudança no seu entendimento para passar a adotar R\$ 10.000,00 como padrão de valor indenizatório punitivo para casos similares:

Em casos semelhantes ao presente (pedidos de indenização por danos morais em razão de inscrição indevida em cadastro restritivo de crédito), ressalto que, recentemente, alterei meu posicionamento para majorar o quantum indenizatório que costumeiramente vinha arbitrando, para o importe de R\$10.000,00 (dez mil reais).

É que, ao longo dos anos percebi um crescimento assustador deste tipo de demanda, crescimento este motivado pela flagrante irresponsabilidade dos fornecedores/prestadores de serviços que, no afã de aumentar seus lucros e conseguir novos clientes, abrem mão da qualidade e da segurança nas operações, bem como da cautela e prudência na escolha e fiscalização de seus representantes, facilitando, cada vez mais, a ação de estelionatários, o cometimento de erros e a ocorrência dos mais diversos prejuízos ao consumidor.

Então, diante desta conjuntura fática, constatei que o valor que anteriormente arbitrava (R\$5.000,00) estava defasado e insuficiente a punir o ofensor, bem como a desestimular a continuidade da adoção de procedimentos falhos e inseguros, razão pela qual, atento à tripla finalidade do instituto do dano moral (compensatória, punitiva e desestimulatória), alterei meu posicionamento acerca da questão, passando a fixar o valor de R\$10.000,00 em casos deste jaez, como acertadamente arbitrou o MM. Juiz *a quo in casu*.

Invoco o magistério de CALMON DE PASSOS, que me parece justificar o arbitramento:

.....

[...] entremeado de dificuldades é o problema do ressarcimento dos danos que afetam a nossa personalidade, os que provocam mudança no modo como nos víamos ou como éramos vistos (avaliados) pelos outros.

Em que pesem essas peculiaridades, tenho para mim que se deve afirmar como necessário, para serem atendidos, uns e outros, os critérios fundamentadores da liquidação dos danos materiais - devem ser precisamente provados, repelindo-se tanto como critério para certificação de sua existência quanto para sua estimativa. O juízo de valor que a vítima faz de si mesma, cingindo-nos rigorosamente a padrões socialmente institucionalizados, o que assegura o mínimo de objetividade exigido de toda e qualquer aplicação do direito ao caso concreto.

E continua:

[...] o que será dano moral puro, ou seja, possível de existir inexistindo danos materiais ou que nenhuma relação mantém com os mesmos? Só nos resta afirmar que nos situamos, aqui no espaço do que se qualifica como valor, algo especificamente humano e insuscetível de objetivação, salvo se considerado em sua legitimação intersubjetiva. Sem esse consectário. Torna-se aleatório, anárquico, inapreensível e inobjetivável. Não são os meus valores os tuteláveis juridicamente, sim os socialmente institucionalizados, porque é da essência mesma do direito seu caráter de regulação social da vida humana. (“O imoral nas indenizações por dano moral”, Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 57, 1 jul. 2002. Disponível em: Acesso em 25 jul. 2011).

Desta forma, a indenização, devida à Autora nos termos acima referidos, deverá ser mantida no importe de R\$10.000,00 (dez mil reais). (BRASIL, 2016e, grifos do autor).

Reforça esses argumentos o exposto no Agravo em Recurso Especial nº 780931/SC, de Relatoria do Ministro Moura Ribeiro, publicado em 30 de setembro de 2015:

Ademais, destaca-se, com relação à verba indenizatória, que a jurisprudência do STJ se consolidou no sentido de que os valores fixados a título de danos morais, porque arbitrados com fundamento no arcabouço fático-probatório carreado aos autos, só

podem ser alterados em hipóteses excepcionais, quando constatada nítida ofensa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Daí a razão pela qual, nos casos cuja matéria é idêntica à ora examinada, após muito deliberar sobre a nocividade da recalcitrância de tais práticas lesivas ao consumidor, este Órgão Fracionário decidiu que a reparação civil deve ser arbitrada, proporcionalmente, em patamar um pouco acima dos valores preteritamente aplicados, a fim de realçar as finalidades punitiva e pedagógica do instituto da responsabilidade civil e submeter tais companhias, pois, a reprochamento judicial mais severo.

Entendo, pois, guiado por essa premissa, que o montante alvitrado na sentença atende satisfatoriamente ao fito de, ao mesmo tempo, proporcionar à demandante reparação condizente [...] sem acarretar ao consumidor lesado enriquecimento desmedido, já sopesada, nesse valor, a portentosidade financeira da empresa e o acentuado grau de culpa por ela apresentado diante do ato danoso (e-STJ, fl. 85).

Dessa forma, para adotar conclusão diversa da que chegou o eg. Tribunal *a quo*, com relação ao valor indenizatório fixado, seria inevitável o revolvimento do arcabouço fático-probatório carreado aos autos, procedimento sabidamente inviável na instância especial, a teor do que dispõe a Súmula nº 7 do STJ.

Ocorre que esta Corte firmou o entendimento de não ser possível o conhecimento do recurso especial interposto pela divergência jurisprudencial, na hipótese em que o dissídio é apoiado em fatos e não na interpretação da lei. Isso porque a Súmula nº 7 do STJ também se aplica aos recursos especiais interpostos pela alínea c, do permissivo constitucional. (BRASIL, 2015, grifos do autor).

No mesmo sentido, tem-se as decisões monocráticas do Agravo em Recurso Especial nº 1150747/RS, publicada em 9 de outubro de 2017, em que foi arbitrada indenização de R\$ 2.000,00 (BRASIL, 2017c), e do Agravo em Recurso Especial nº 806225/SP, publicada em 1º de dezembro de 2015, em que afirmou-se que a indenização fixada pelo tribunal de origem, em R\$ 20.000,00, pela inclusão indevida do nome do consumidor nos cadastros de restrição do crédito, não se afigura excessiva tampouco discrepante, a ponto de ensejar intervenção (BRASIL, 2015f).

Nesse último julgado citado, o Ministro Antônio Carlos Ferreira fundamentou:

Quanto ao valor fixado a título de dano moral, somente em hipóteses excepcionais, quando manifestamente irrisória ou exorbitante a indenização arbitrada, a jurisprudência desta Corte permite o afastamento do óbice da Súmula n. 7/STJ para possibilitar sua revisão.

A Corte de origem, entretanto, consideradas as peculiaridades do caso em questão, fixou a indenização em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) pela inclusão indevida do nome do recorrido nos cadastros de proteção de crédito, quantia que não se afigura excessiva tampouco discrepante a ponto de ensejar a intervenção deste Superior Tribunal. (BRASIL, 2015f).

Como se observa no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 716848/DF, de relatoria do Ministro Antônio Carlos Ferreira, publicado em 1º de dezembro de 2015, entendeu-se adequada, da mesma forma, a quantia dos danos morais fixada em R\$

15.000,00, limitando-se o valor, ainda, sob o pretexto de evitar-se o enriquecimento sem causa da vítima:

[...] Escorreita a quantia dos danos morais fixada em Primeira Instância, a qual atende às peculiaridades do caso concreto e às finalidades do instituto (reprovabilidade da conduta, repercussão na esfera íntima do ofendido, caráter educativo, capacidade econômica da parte), não sendo excessivo a ponto de beirar o enriquecimento ilícito nem ínfimo, que não coíba novas práticas, sendo, ainda, justo para compensar a parte autora pelos constrangimentos, transtornos e desgastes sofridos [...]. (BRASIL, 2015f).

Excepcionalmente, no julgamento do Agravo em Recurso Especial nº 880413/SP, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, publicado em 3 de maio de 2016, que trata de pretensão de negativação indevida dos nomes dos consumidores lesados, a indenização foi confirmada em valor extraordinariamente alto ao que usualmente se observou em outras decisões. Na oportunidade, entendeu o Ministro relator pela confirmação da quantia de R\$ 30.000,00, afirmando não vislumbrar nenhuma excepcionalidade que seria capaz de ensejar revisão do valor arbitrado a título de reparação por danos morais. Todavia, como razão de decidir, os mesmos argumentos postos nos julgados citados anteriormente foram também expostos pelo Relator, que afirmou ser pacífico, no Superior Tribunal de Justiça, que, em sede de recurso especial, a revisão da indenização por dano moral apenas é possível quando o *quantum* arbitrado nas instâncias originárias se revelar irrisório ou exorbitante (BRASIL, 2016f).

Não há parâmetros claros para a apuração da exorbitância ou a insuficiência dos valores. Como também apontado por Jordhana Maria Gomes, em pesquisa jurisprudencial que realizou sobre a fixação de danos morais pelos tribunais, observa-se haver justificativas fixas para casos recorrentes, que não são extraídas propriamente das características de cada caso submetido a exame e suas peculiaridades. A motivação adotada e os valores tradicionalmente fixados repetem-se na jurisprudência e situações que não se enquadram nas hipóteses específicas são indenizadas mais pela consequência causada à vítima do que pelo dano em si (GOMES, 2014, p. 109-110).

Por fim, em um dos acórdãos obtido como resultado da pesquisa, decorrente do Recurso Especial nº 1408397/CE, julgado pela Segunda Turma do Superior Tribunal, de relatoria do Ministro Humberto Martins, publicado em 14 de setembro de 2015, constata-se que abordaram os julgadores a possibilidade de indenização por dano moral coletivo, fixada a favor dos consumidores, com caráter pedagógico, em prejuízo da Tim Celular S/A, pela

“prática de reiterado descumprimento das normas de proteção ao consumidor por parte de operadora de telefonia”, capaz de romper com os limites da tolerância (BRASIL, 2015c).

Na oportunidade do julgamento, por unanimidade, os Ministros Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e a Ministra Assusete Magalhães acompanharam os fundamentos expostos pelo Ministro Relator Humberto Martins, afirmando não ser qualquer ato lesivo aos consumidores que pode acarretar a estipulação de dano moral difuso:

[...] é preciso que o fato transgressor seja de razoável significância e desborde os limites da tolerabilidade. Ele deve ser grave o suficiente para produzir verdadeiros sofrimentos, inquietude social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva. No momento em que se oferece serviço público deficiente e insatisfatório de forma repetida, realiza-se prática comercial apta a causar sensação de repulsa coletiva a ato intolerável. (BRASIL, 2015c).

No período a que se limitou a pesquisa, obteve-se apenas mais um julgamento relativo à ação coletiva, em que o Ministro Herman Benjamin, em acórdão publicado em 19 de dezembro de 2015, julgou o Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1502179/PE:

Ante a farta documentação anexada (que dá conta da má qualidade dos serviços da concessionária apelada), e considerando:

- a) que a quantificação da indenização por dano moral coletivo, tal como ocorre no dano moral individual, fica a critério do julgador;
- b) que há de se obedecer, na fixação do *quantum debeatur*, aos critérios da razoabilidade, como, v. g., a gravidade da lesão, a situação econômica do agente e as circunstâncias do fato e, por fim,
- c) que “a indenização por dano moral deve ser significativamente agravada quando ocorra conduta dolosa do suposto credor, a costumeiramente total e absoluta falta de participação do lesado na produção do efeito danoso e a privilegiadíssima situação patrimonial que costuma gozar as entidades causadoras dos danos” (RT 728/94), é de ser imposto à concessionária apelada o pagamento de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), a título de dano extrapatrimonial coletivo, que deverá ser revertido para o fundo previsto no art. 13 da Lei nº 7.347/85, sem prejuízo de, decorrido o prazo de 120 (cento e vinte) dias, contados a partir da publicação desta decisão, sem que a concessionária apelada comprove que efetuou todas as providências necessárias para resolver os problemas apontados na exordial da presente ação, melhorando efetivamente o serviço público de telefonia móvel no Estado de Pernambuco, incidir, sobre cada nova linha comercializada ou habilitada, a aplicação de multa diária de R\$10.000,00 (dez mil reais), a ser recolhida também em favor do Fundo Especial de Despesa e Reparação de Interesses Difusos Lesados de que trata a Lei Federal nº 7.347/85 (LACP, artigos 12 e 13, c/c artigo 84, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor, aplicável à Ação Civil Pública por força do disposto no artigo 21 da LACP. (BRASIL, 2016b, grifos do autor).

Trata-se de Recurso Especial interposto contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, no qual se constataram provas “do dano coletivo que experimentaram os consumidores da Tim Celular, em razão de falhas na prestação do serviço

de telefonia móvel”. Afirmou-se que a deficiência e a ineficiência dos serviços da prestadora de serviços são publicamente conhecidas, prescindindo de prova para serem demonstradas. Restou, então, definida a indenização pelo tribunal de origem, mantida pelo Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2016b).

5.2 INDENIZAÇÃO PUNITIVA À BRASILEIRA

Há quem questione a admissibilidade da função punitiva pela responsabilidade civil, como Agostinho Alvim, sendo este categórico em afirmar que “o direito civil não pune” (ALVIM, 1980, p. 278). Igualmente, Wilson Melo da Silva manifesta que “o juízo cível não é de punição, mas de simples reparação” (SILVA, 1999, p. 572).

Da mesma forma Diogo Lima Trugilho posiciona-se no sentido de que a punição pertence ao âmbito do direito criminal e expressa o interesse coletivo de repressão do crime pelo Estado (TRUGILHO, 2013, p. 126).

Edilson Vitorelli Diniz Lima, em sua dissertação, conclui que a punição aplicada não caracteriza a doutrina dos *punitive damages*, uma vez que o valor fixado não ultrapassa o montante total do dano individual:

O modelo brasileiro, afastado da coletividade originalmente lesada, acaba transmutando o *fluid recovery*, predominantemente, em um mecanismo de evitar o locupletamento do causador da lesão, mais que de efetiva reparação à sociedade. Por outro lado, não se pode afirmar que a reparação fluida seja, no Brasil, uma aceitação da teoria dos *punitive damages*, já que a reparação é limitada ao montante total dos danos individuais ocasionados. (LIMA, 2011, p. 233, grifos do autor).

José Aguiar Dias, por sua vez, sustenta que o viés preventivo da sanção civil advém não do valor arbitrado em sentença, mas da própria condenação que fixa o dever de indenizar. Para o autor, a atribuição de valor específico com o intuito de viabilizar o exercício da função punitiva viola o preceito do art. 402 do Código Civil de 2002 (DIAS, 2011, p. 845).

Porém, parcela significativa da doutrina direciona suas críticas à forma de aplicação da indenização punitiva pela jurisprudência, considerando seus preceitos válidos.¹¹

¹¹ Segundo Antônio Jeová Santos, a maior parte das críticas doutrinárias acerca dos *punitive damages* é direcionada à forma de aplicação do instituto pela jurisprudência, considerando seus preceitos válidos. Explica o autor que “o maior aporte doutrinário que é contra o entendimento de que a indenização deve possuir algo de sancionatório, está no fato de que a ausência de lei que assim discipline, vulnera o princípio da legalidade. Afinal, não existe crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.” (SANTOS, 2015, p. 125, grifos do autor).

“Se tal reparação há de ter caráter punitivo, como, na prática, ela se traduz em critérios ou parâmetros para serem utilizados pelo juiz?” (MORAES, 2009, p. 258).

Como explica Nelson Rosenvald, “não há um receio propriamente contra a pena civil aquiliana, mas sim com relação a sua proporcionalidade”. Acrescenta o autor que, a partir do momento que forem definidos parâmetros quanto ao máximo da pena civil, sua relação de proporcionalidade com os danos extrapatrimoniais e quem será o destinatário da condenação reduzir-se-á a possibilidade de ineficácia social da sanção (ROSENVOLD, 2014, p. 233).

Também demonstrando a viabilidade do viés punitivo no ramo do Direito Civil, Pedro Ricardo e Serpa salienta que as alegações de Agostinho Alvim e Wilson Melo da Silva são sedutoras, contudo, não sobrevivem à análise mais detida do instituto. Isso porque “as sanções jurídicas distinguem-se entre si pelas funções que, em caráter primordial, desempenham, e não por suas estruturas ou pelo ramo do Direito no qual se inserem”. Além disso, acrescenta o autor que “o Direito Civil é repleto de sanções que exercem, primordialmente, função punitiva” (SERPA, 2011, p. 186).

Os principais questionamentos sobre a aplicação da indenização punitiva pela jurisprudência brasileira resumem-se, assim, à falta de parâmetros para sua adoção, visto que a intensidade do dolo ou o grau de culpa do ofensor, sua situação econômica e sua reincidência, fundamentos constantes nos julgados supramencionados, não estão contemplados no ordenamento jurídico pátrio, além das consequências sociais e econômicas dessas decisões, da vedação ao enriquecimento sem causa da vítima e da impossibilidade de condenação do agente em duplicidade.

5.2.1 Necessidade de prévia cominação legal

Pouco se esclarece sobre o respaldo da indenização punitiva no ordenamento jurídico, mas a escorreita aplicação do instituto imprescinde dessa verificação:

Não admitimos que a pena civil possa ser extraída diretamente – ou seja, sem a intermediação de regras – das cláusulas gerais dos artigos 186 ou 927, *caput*, do Código Civil e submetida a uma decisão judicial que extraíra o conteúdo da pena civil conforme a concretude da hipótese.

.....

Nem tampouco podemos extrair uma pena civil genérica no Código Civil da leitura do parágrafo único do artigo 944 do Código Civil. A norma dispõe acerca da mitigação equitativa da reparação nos casos em que houver desproporção entre a grande extensão dos danos e o pequeno grau de culpa no comportamento do agente. [...] A norma fala em reduzir a indenização, não em estipular a indenização. [...] Reforçando a hostilidade do Código Civil à pena privada, para as relações negociais

proclama o artigo 403 do Código Civil que ‘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’.

.....

Insistimos, dessarte, que a resposta ao vazio legislativo não será o recurso à cláusula geral da obrigação de indenizar. [...]. (ROSENVALD, 2014, 233-236).

Há uma situação de insegurança com a aplicação de uma punição sem regulamentação própria, segundo Marcela Alcazas Bassan. Não há regras que limitem o arbítrio do juiz em relação às indenizações punitivas, o que permite uma indesejada atuação punitiva do Estado sem freios (BASSAN, 2009, p. 73).

Corroborar Carlos Roberto Gonçalves que a adoção do instituto dos *punitive damages* no direito brasileiro só é justificável através da regulamentação legal do instituto e da fixação de parâmetros mínimo e máximo da sanção, além da destinação do valor (GONÇALVES, 2011, p. 679).

A não delimitação pela lei das circunstâncias de incidência da indenização punitiva implica na entrega de uma carta em branco ao juiz, transpondo-se qualquer limite desejado para a regulamentação das relações sociais pelo Direito e violando-se o princípio da legalidade:

Utilizando na maioria dos casos argumentos genéricos da ‘razoabilidade’ e do ‘bom senso’ e quase sempre intuição, não está quantia vinculada a qualquer relação de causa e efeito, de coordenação com os fatos provados no processo, deixando sem detalhamento o percurso percorrido pelo julgador para atribuir tal quantia. (MORAES, 2009, p. 37).

Segundo Pietro Perlingieri, as decisões judiciais devem ser extraídas da interpretação da lei e não da imposição de preferências pessoais à sociedade, não importando a nobreza da intenção do julgador. Sem respaldo em parâmetros legais, o jurista tende a abraçar a sociologia e arroga-se do poder de fundar o Direito, superando o seu papel e tornando-se seu depositário, em nítido abuso de poder (PERLINGIERI, 2002, p. 63-64).

Teori Zavascki formula que a imposição de qualquer punição não estabelecida anteriormente pela lei é puramente arbitrária, mesmo que disfarçada sob o rótulo de condenação como danos morais (ZAVASCKI, 2009, p. 40).

José Manoel de Arruda Alvim Netto reforça que, ao se tratar a indenização por dano moral como pena, há de se atentar às limitações decorrentes. Ao se criar uma pena sem qualquer lastro, fundada unicamente na aplicação de um discutível critério de valoração do dano, fere-se garantias constitucionais. Não se pode, segundo o autor, desnaturar a

indenização por dano moral, pela qual dever-se-ia compensar ofensas anormais a direitos da personalidade, transformando-a em mera punição por ato ilícito (ALVIM NETTO, 2011, p. 1037-1056).

O Direito Civil também se submete ao princípio da legalidade das penas e, para a possibilidade de aceitação da indenização punitiva, far-se-ia necessária a implementação de legislação que amparasse a aplicação do instituto (HAMUD; RIVABEM, 2012, p. 13).

Américo Luís Martins da Silva, ao analisar a função expiatória da indenização, sustenta que esta faz parte de um “complexo pedagógico” para a evolução das relações sociais. Nesse viés, defende a aplicabilidade da indenização punitiva, por entender que “o bolso é o órgão mais sensível do corpo humano”, contudo, salienta a necessidade da prévia cominação legal, pois a ausência de critérios legais possibilita a fixação de quantias abusivas e exageradas (SILVA, 2012, p. 61-62).

Adalmo Oliveira dos Santos Junior também afirma a imprescindibilidade de previsão normativa para correta aplicação do instituto (SANTOS JUNIOR, 2007, p. 45-46).

Giovanni Nanni, ao tratar da questão, no mesmo sentido se posiciona:

Assim, se as circunstâncias que envolvem a aplicação de uma penalidade civil estão previstas expressamente na legislação, a exemplo das penas penais, não se vê motivo para sustentar a legitimidade de uma pena não estabelecida no ordenamento jurídico, sob consequência de violar o princípio da legalidade e o preceito estabelecido no inciso XXXIX do art. 5º da Constituição Federal: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. (NANNI, 2010, p. 362).

A solução que se apresenta como mais condizente, segundo completa Maria Celina Bodin de Moraes, é normatizar as espécies merecedoras de aplicação da pena pecuniária do ponto de vista do legislador democrático. A questão, segundo a jurista, “é, evidentemente, de ordem filosófica e de ordem sociológica e, sucessivamente, de política legislativa, hipóteses para quais serão insuficientes as soluções (necessariamente) casuísticas da jurisprudência.” (MORAES, 2009, p. 227).

No mesmo sentido, Tauanna Gonçalves Vianna, em estudo sobre os desafios da indenização punitiva, no Brasil, conclui ser mais prudente que a lei consubstancie seus aspectos principais (VIANNA, 2015).

Não se observa embasamento legal mínimo para os critérios adotados pelos Ministros do Superior Tribunal de Justiça para aplicação da indenização punitiva e suas ponderações. “O resultado é a notória disparidade, lamentável consequência das arbitrariedades que surgem em lugar dos arbitramentos determinados pelo legislador.” (MORAES, 2009, p. 37).

Sem a clara correlação de causa e efeito e coordenação com os fatos provados no processo padece de detalhamentos o percurso tomado pelos Ministros para fixação das indenizações punitivas. Reforça-se, conseqüentemente, a premência da construção legislativa de critérios suficientemente claros e definidos, que auxiliem os julgadores a identificar os casos que dão ensejo à imposição de indenizações punitivas e que respaldem os montantes a serem estabelecidos.

5.2.2 Desproporcionalidade dos critérios punitivos com as circunstâncias do caso concreto

A motivação das decisões judiciais é instrumento de controle popular e difuso sobre a respectiva atividade, constituindo-se eficiente barreira de proteção do indivíduo contra violações arbitrárias. Sua obrigatoriedade tem, ainda, as características de vincular os pronunciamentos decisórios à legalidade, impedir a discricionariedade judicial e garantir a previsibilidade das decisões. Busca-se assegurar, assim, a concreta apreciação das questões de direito e de fato discutidas no processo, ou seja, a efetividade da cognição judicial, dificultando que as decisões consistam do produto da vontade pessoal do julgador (FREITAS, 2014, p. 86-87).

Contudo, no tocante à aplicação das indenizações punitivas, a imprecisão conceitual revela-se acentuada na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (LOPEZ, 2010, p. 110).

As decisões judiciais pautam-se em graves erros de perspectiva do magistrado de aferir a malícia do agente ou o seu desprezo pelas situações existenciais alheias, no momento da justificação e do cálculo do valor do dano moral, além de sua condição financeira (FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, 2019, p. 458).

Como se pode observar da simples leitura dos julgados, não há apuração concreta dos critérios punitivos citados a partir das circunstâncias de cada um dos casos submetidos a exame. Parte-se do pressuposto de que a sociedade empresarial prestadora de telefonia móvel possui uma condição financeira vultosa, mas a verificação efetiva dessa capacidade econômica e sua proporcionalidade com o valor da sanção imposta não são objetos de nenhuma das decisões.

Não se observa o detalhamento da capacidade econômica das sociedades empresariais, com base em dados oficiais e técnicos, mas, tão somente, a menção à pressuposição de sua magnitude.

Outrossim, a reincidência de condutas é afirmada como um simples fato de conhecimento notório, mas, mais uma vez, sem qualquer aprofundamento ou apuração técnica.

A própria expressão de fixação dos valores conforme o prudente arbítrio do juiz é dotada de extrema indeterminação conceitual, reforçando-se a crítica de Daniel de Andrade Levy sobre a criação, no país, de uma “espécie bizarra de indenização”. Segundo o autor, as decisões refletem critérios que obram na direção de uma punição, mas sem parâmetros, gerando absurda insegurança jurídica tanto para a vítima quanto para o ofensor (LEVY, 2012, p. 79).

Explica Maria Celina Bodin de Moraes que, “[...] a indenização punitiva ‘corre solta’, não tendo qualquer significação no que tange ao suposto caráter pedagógico ou preventivo, representando, por outro lado, um forte incentivo à malícia” (MORAES, 2009, p. 260-261).

Por meio de fórmulas genéricas e sem argumentos claros, elaboram os magistrados respostas que serão oferecidas diante de determinada espécie de pedido (RODRIGUEZ, 2012, p. 4).

A título de comparação, destaca-se o Agravo em Recurso Especial 1150747/RS, relatado pelo Ministro Marco Aurélio Bellize, em que foi arbitrada indenização de R\$ 2.000,00. Justificou o Ministro sua decisão na análise do porte econômico da concessionária de telefonia móvel e na capacidade econômica dos autores, além da consideração da função punitiva do instituto e do tempo que perduraram os danos (BRASIL, 2017c).

Ocorre que, no Agravo em Recurso Especial 1190725/SP, em que a Ministra Assusete Magalhães entendeu, excepcionalmente, ausente a necessidade de reconhecimento do caráter punitivo e inibitório da indenização por dano moral, o valor meramente compensatório foi confirmado em R\$ 2.172,00. Afirmou a Ministra que, “muito embora a autora não tenha conseguido a substituição do aparelho por outro de mesma qualidade, a ré colocou à sua disposição outro, a fim de evitar a interrupção do serviço.” (BRASIL, 2017b).

Não se mostra coerente considerar-se que o porte econômico da prestadora de serviços de telefonia móvel, normalmente apontado como expressivo pelos julgados do Superior Tribunal de Justiça apurados, não tenha gerado uma maior repercussão no valor indenizatório, no primeiro caso.

Os tribunais tendem a utilizar os mesmos critérios para arbitrar indenizações para casos que deveriam submeter-se a tratamentos diferentes, afastando-se das peculiaridades de cada demanda (SCHBEIRER, 2002, p. 34).

Em um Estado de Direito, é importante que haja uma conformidade entre a pena civil e o princípio da proporcionalidade. “Em uma sociedade democrática, a agressão à propriedade do ofensor pela via de uma pena civil será consentida quando necessária e proporcional” (FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, 2019, p. 465).

Como ressalta Sérgio Henriques Zandona Freitas, a aplicação do princípio da proporcionalidade, inicialmente ligada à limitação do poder de polícia administrativa, converteu-se em balizador de toda a atuação estatal, seja ela legislativa, jurisdicional ou administrativa (FREITAS, 2014, p. 97).

Em suma, “o modelo de aplicação da indenização punitiva na experiência brasileira segue contornos imorais, desconexos e infundados sob a perspectiva da justiça corretiva [...]” (BONNA, 2017, p. 104).

Ademais, a própria vedação da Súmula nº 7 do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 1990), suscitada nos julgados, impede o reexame da prova em sede de Recurso Especial, o que dificulta o correto balizamento da quantia em parâmetros concretos do caso, reforçando-se a contrariedade das argumentações expostas.

5.2.3 Confusão entre a punição e a compensação

Em grande parte dos casos examinados, as indenizações punitivas têm quantificação modesta e guardam mais relação com os valores atribuídos à indenização compensatória do que com a função punitiva propriamente dita.

Nota-se, em verdade, que os aplicadores consideram na própria fixação do *quantum* indenizatório critérios para sancionamento do ofensor (MORAES, 2009, p. 224).

Trata-se de grave deficiência técnica, como afirma Anderson Schreiber:

[...] Torna-se impossível, no cenário brasileiro, separar no valor da condenação a parcela concedida a título de compensação do dano e aquela que se pretende atribuir à vítima a título de punição do ofensor. Há, nisto, violação flagrante ao direito de ampla defesa do causador do dano e limitação ao contraditório em sede de recurso, já que se inviabiliza a discussão acerca da legalidade e conveniência da punição, cuja extensão nem chega a ficar clara. (SCHREIBER, 2002, p. 34).

A função punitiva da indenização tem sido utilizada como ampliação interpretativa do dano moral, que aparentemente passou a abranger uma parte da quantia destinada a desestimular a conduta ofensiva do agente (LEVY, 2012, p. 167).

Opera-se, segundo Judith Martins-Costa e Mariana Pargendler, uma confusão entre o caráter punitivo da indenização e a indenização punitiva:

É preciso, pois, distinguir: uma coisa é arbitrar-se indenização pelo dano moral que, fundada em critérios de ponderação axiológica, tenha caráter compensatório à vítima, levando-se em consideração – para a fixação do montante – a concreta posição da vítima, a espécie de prejuízo causado e, inclusive, a conveniência de dissuadir o ofensor, em certos casos, podendo até mesmo ser uma indenização “alta” (desde que guarde proporcionalidade axiologicamente estimada ao dano causado); outra coisa é adotar-se a doutrina dos *punitive damages* que, passando ao largo da noção de compensação, significa efetivamente – e exclusivamente – a imposição de uma pena, com base na conduta altamente reprovável (dolosa ou gravemente culposa) do ofensor, como é próprio do direito punitivo. (MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005, p. 23, grifos dos autores).

Ao se confundirem as funções desestimuladora e compensatória em uma única condenação, gera-se, em realidade, uma insatisfatória compensação dos danos e, também, uma insuficiente ou imperceptível punição de comportamentos lesivos:

[...] tem-se a perplexidade com a reiterada fórmula das decisões judiciais sobre o tema, pois não se limitam a cumular no interior do dano moral as funções compensatória e punitiva, como ainda advertem que o montante fixado deverá punir exemplarmente o ofensor, sem que a vítima possa enriquecer. (FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD, 2019, p. 459-461).

A operação realizada para a fixação do *quantum* correspondente à indenização punitiva deveria ser feita separadamente da realizada para a apuração do valor referente à indenização compensatória do mesmo dano, para garantir verdadeira transparência e efetivo controle sobre a justeza da valoração efetuada pelo julgador (ANDRADE, 2006, p. 316-320).

Essa incongruência se reforça, ainda, pelo fato de que a discussão de qualquer elemento subjetivo se esvazia nos casos de responsabilização com base no Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 2017a), como nos julgamentos objetos da pesquisa, em que se aplicam as regras de responsabilidade objetiva.

Considerando-se que o caráter punitivo se liga à ideia de sanção, a qual deve se basear na análise subjetiva da conduta do ofensor para ser aplicada corretamente, impor a sanção sem esta apreciação se contradiz com seu princípio básico. Dessa forma, é evidente que não se pode simplesmente converter a indenização por dano moral em punição no âmbito da responsabilidade objetiva (ALVIM NETTO, 2011, p. 1037-1056).

O que se depreende do estudo jurisprudencial, em última análise, é que o Superior Tribunal de Justiça se mune de uma combinação de critérios punitivos para justificar o

próprio *quantum* compensatório, sem identificação clara da medida em que o dano moral está sendo compensado e da medida em que se está punindo o ofensor.

5.2.4 Vedação ao enriquecimento sem causa

Há enriquecimento sem causa quando um indivíduo, a expensas de outrem, obtém vantagem patrimonial sem que tal vantagem se funde em dispositivo de lei ou negócio jurídico anterior (GOMES, 2008, p. 301).

Marcela Bassan defende que a proibição ao enriquecimento sem causa representa outro ponto de incompatibilidade com a função punitiva. Uma vez ocorrido o dano, à vítima cabe tão somente ser indenizada no montante necessário para compensá-lo, sendo que qualquer valor que ultrapasse essa quantia configuraria enriquecimento injustificado (BASSAN, 2009, p. 126).

É sabido que o *quantum* indenizatório não pode ir além da extensão do dano. Esse critério aplica-se também ao arbitramento do dano moral. Se este é moderado, a indenização não pode ser elevada apenas para punir o lesante. A crítica que se tem feito à aplicação dos *punitive damages* do direito norte-americano é que elas podem conduzir ao arbitramento de indenizações milionárias, além de não encontrar amparo no sistema jurídico-constitucional da legalidade das penas, já mencionado. Ademais, pode fazer com que a reparação do dano moral tenha valor superior ao do próprio dano. Sendo assim, revertendo a indenização em proveito do lesado, este acabará experimentando um enriquecimento ilícito, com o qual não se compadece o nosso ordenamento. Se a vítima já está compensada com determinado valor, o que receber a mais, para que o ofensor seja punido, representará, sem dúvida, um enriquecimento ilícito. (GONÇALVES, 2011, p. 678, grifos do autor).

Caio Mário, da mesma forma, sustenta:

[...] pois, se é certo, como visto acima, que a indenização, em termos gerais, não pode ter objetivo de provocar o enriquecimento ou proporcionar ao ofendido um avantajamento, por mais forte razão deve ser equitativa a reparação do dano moral para que não se converta o sofrimento em móvel de captação de lucro (*de lucro capiendo*). (PEREIRA, 2018, p. 415, grifos do autor).

Antônio Jeová dos Santos relembra o não acatamento da indenização punitiva pelo Direito Francês, justamente pela gravidade da culpa não poder dar ensejo à condenação cujo valor ultrapasse o dano sofrido, sob pena de ser considerado enriquecimento indevido (SANTOS, 2015, p. 125).

Hugo Evo Magro Corrêa Urbano explica, aprofundando-se no assunto, que o mais adequado seria falar-se em enriquecimento injusto. “O enriquecimento injusto ocorre nas

hipóteses em que existe causa jurídica para o recebimento de atribuição patrimonial por determinada pessoa, porém, os resultados alcançados são contrários à ideia de Justiça.” (URBANO, 2013, p. 29).

Entende-se que esse conceito é mais adequado à crítica do enriquecimento atribuído à vítima pela indenização punitiva, pois há causa para o enriquecimento (decisão judicial), mas os fins do Direito não foram alcançados, pois a despeito do caráter compensatório do dano, busca-se a punição do ofensor.

Ademais, apesar de citarem a impossibilidade de enriquecimento sem causa, em realidade, encaram os julgados da amostragem a questão sem exame da causa propriamente dita. Afirmam a impossibilidade de enriquecimento como balizador da quantia indenizatória, utilizando-a mais com o propósito de justificar o arbitramento de valores módicos de danos extrapatrimoniais do que efetivamente em virtude da subsunção do instituto a essas hipóteses de dano.

Na decisão do Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 716848/DF, o Ministro Antônio Carlos Ferreira afirmou ser prudente a fixação da indenização em parâmetros razoáveis, considerando-se, além da reprovabilidade da conduta, da repercussão na esfera íntima do ofendido, do caráter educativo, da capacidade econômica das partes, a inviabilidade de ser excessivo o montante a ponto de beirar o enriquecimento ilícito (BRASIL, 2015e).

No mesmo sentido, Giovanni Ettore Nanni, ao tratar da matéria, assevera que o valor fixado a título de indenização não pode ser demasiadamente elevado, haja vista a possibilidade de promover o enriquecimento sem causa do autor e a insolvência do demandado (NANNI, 2010, p. 367).

Estritamente sob o ponto de vista financeiro, inevitavelmente, sairá a vítima mais enriquecida, na medida em que receberá mais do que o dano em si compensaria, entendendo-se, em última análise, que o enriquecimento injusto não diz respeito à redução dos valores indenizatórios. Trata-se de mais uma imprecisão conceitual dos julgados abordados.

5.2.5 Indesejável *bis in idem*

Denota-se dos julgados uma lógica eminentemente individual, em dissonância com o fenômeno da litigiosidade em massa e da transformação dos conflitos individuais em coletivos. Inúmeros danos perpetrados em massa sofrem a imposição de sanções reiteradas,

em nível individual, em proporção não compatível com a dimensão integral dos casos e em nítida possibilidade de violação da vedação ao *bis in idem*.¹²

De uma mesma atividade, levada a efeito pelo mesmo ofensor, atinge-se a esfera jurídica de inúmeras pessoas, dando ensejo a inúmeros pleitos de indenização punitiva e a um possível ônus financeiro considerável ao ofensor.

Exemplo claro dessa hipótese extrai-se do julgamento da Tim Celular S/A, no Recurso Especial 1408397/CE, em que a sociedade empresarial demandada foi condenada ao pagamento de R\$ 250.000,00, em favor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos, a par de poderem existir ações individuais de consumidores contra a sociedade empresária, por essas mesmas condutas, e que não foram ponderadas na decisão (BRASIL, 2015c).

André Gustavo Corrêa de Andrade posiciona-se a favor da possibilidade de cumulação de diversas indenizações punitivas, cabendo ao magistrado a ponderação dos valores fixados em consideração à existência de outras vítimas e de eventuais indenizações punitivas precedentes à que se pretende arbitrar (ANDRADE, 2006, p. 299-300). Todavia, trata-se de atuação extremamente complexa, tendo em vista que, muitas vezes, os julgadores não terão conhecimento de outras demandas propostas ou da existência de outras vítimas, e suas consequências possivelmente danosas.

Sem parâmetros de quantificação, a imposição de incontáveis punições a um mesmo agente, pela mesma conduta, pode culminar em condenações desproporcionais ou, em casos mais extremos, sua insolvência e retirada do mercado, o que também não é de interesse da sociedade.

Tratando-se de danos massificados, uma visão individualizada afasta a proporcionalidade da punição em relação à totalidade do mal causado. A aplicação e a execução da pena privada pressupõem um controle nacional, evitando-se uma sobreposição que inviabilize o próprio exercício da atividade econômica. Tal controle parece necessário tendo em vista a coexistência das ações individuais e daquelas de natureza coletiva, sem prejuízo de eventual persecução de natureza criminal e/ou administrativa (VIDAL; MILAGRES, 2014).

¹² O princípio do *ne bis in idem* proscreve a aplicação de mais de uma punição em razão dos mesmos fatos. Essa vertente inicialmente limitada apenas à esfera penal, atualmente, sustenta a impossibilidade de reiteração punitiva não apenas no interior de cada esfera, mas também, por uma infração penal e outra administrativa, quando idênticos sujeitos, fatos e fundamentos (NIETO GARCÍA, 2005, p. 474, grifos do autor).

Segundo Suzanne Carval, havendo um ato ilícito ou uma atividade de risco, admite-se apenas uma única condenação punitiva, ainda que na sua quantificação o magistrado possa levar em conta a quantidade de vítimas atingidas (CARVAL, 1995).

Abre-se, ainda, em nítida contrariedade, a possibilidade de punição do ofensor duplamente, nas esferas cível e penal. “Outro problema que pode decorrer da indenização punitiva é a possibilidade de o direito penal se dedicar à punição da mesma conduta – hipótese em que haveria frontal desrespeito ao princípio do *ne bis in idem*” (BASSAN, 2009, p. 125, grifos do autor).

Do mesmo modo manifesta-se Renata Freitas Crispim:

A compreensão de que a indenização civil possui caráter sancionatório aponta para a possibilidade de ocorrência do *bis in idem*, pois acaba mitigando a distinção entre as naturezas jurídicas dos institutos em questão (multa e indenização). Somando a função reparatória e a função punitiva, presentes em ambos, torna-se plausível o argumento de dupla sanção. (CRISPIM, 2017, p. 32, grifos do autor).

Desenvolvendo a questão, o magistrado Leonardo El-Amme Souza e Silva da Cunha argumenta ser desnecessária a aplicação dos *punitive damages* no ramo do Direito consumerista, uma vez que o art. 24 do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 2017a) prevê a possibilidade de fixação de multa no caso de descumprimento das normas consumeristas (CUNHA, 2014, p. 16).

O arbitramento simultâneo de dano moral majorado pelo viés punitivo-pedagógico e de multa administrativa também caracterizaria violação ao *ne bis in idem*, dada a impossibilidade de que o mesmo fato desencadeie duas formas de punições.

5.2.6 Consequências sociais e econômicas

Do ponto de vista social e econômico, vale ressaltar a preocupação em relação à insegurança gerada no mercado, pelo acúmulo dessas punições e sua imprevisibilidade, capazes de desencorajar a iniciativa econômica e fomentar o repasse de custos para os consumidores.

Paolo Gallo defende como inoportuna a imposição penal em matéria de responsabilidade civil, pois poderia tal conduta inibir as sociedades empresariais quanto ao seu desenvolvimento (GALLO, 1996, p. 64).

Como ensina Guido Calabresi, a adoção de um sistema eficiente de responsabilização, que evite a prática de danos, é tarefa muito mais complexa do que a afirmação da necessidade

de adoção de atitudes morais, aceitas facilmente pela sociedade, tendo em vista que, frequentemente, estigmatizam-se atos por causa dos prejuízos que pensamos que eles causam mais do que apuramos tais prejuízos. Nenhum sistema de lei de danos pode operar a menos que se leve em consideração quais atos são considerados bons, quais julgam maus e quais são considerados neutros (CALABRESI, 1970).

Dessa forma, acrescenta Guido Calabresi ser imprescindível a consistência das regras legais e dos efeitos dessas regras, o que somente pode ser obtido com estipulação prévia e, ainda mais profundamente, uma pesquisa empírica cuidadosa em cada uma das áreas de conhecimento e de atuação humana (CALABRESI, 1970).

A formulação de estudos prévios e técnicos para consideração das consequências sociais e econômicas dos textos legais ou das decisões judiciais é uma cultura pouco difundida no Brasil:

[...] Sugiro apenas que os objetivos morais de nossa sociedade, e até mesmo nosso senso indiferenciado de justiça, podem ser melhor atendidos através de sistemas que se concentrem na dissuasão e compensação que queremos do que através de um sistema arcaico de responsabilidade que presume uma organização da sociedade, em que o melhor que pode ser feito é tratar cada caso de acidente como um universo em si mesmo.

.....

O resultado dessa análise não pode ser a recomendação de um sistema abrangente de lei de acidentes. Isso exigiria uma avaliação de cada meta em relação a cada área de acidentes, pois a importância de cada meta pode variar nas diferentes áreas em que os acidentes ocorrem. Além disso, mesmo que as metas tenham o mesmo peso em diferentes áreas, as diferenças estruturais nas áreas podem exigir sistemas diferentes. [...] Somente uma pesquisa empírica cuidadosa em cada área pode revelar o sistema que é melhor para ela. (CALABRESI, 1970, tradução nossa).¹³

Acrescenta o autor que não se pode esperar respostas simplórias ou mesmo rápidas com a aplicação de indenizações punitivas pelos juízes. Esse afirma que as atitudes morais se desenvolvem e decaem lentamente (CALABRESI, 1970).

¹³ Texto original: “[...] I only suggest that the moral aims of our society, and even our undifferentiated sense of justice, can be better met through systems that concentrate on the deterrence and compensation we want than through an archaic system of liability that presumes an organization of society in which the best that can be done is to treat each accident instance as a universe unto itself.

.....

The outcome of this analysis cannot be the recommendation of an all-inclusive system of accident law. That would require an evaluation of each goal in relation to each area of accidents, for the importance of each goal may well vary in the different areas in which accidents occur. Moreover, even if the goals are given the same weight in different areas, structural differences in the areas may require different systems. [...] Only careful empirical research in each area can reveal the system that is the best for it.”

Seguindo a análise econômica do Direito, na mesma linha de Guido Calabresi, Alexandre Bonna destaca como foco necessário da interpretação do Direito de Danos direcioná-lo à tarefa de contribuir para o bem-estar agregado da sociedade e maximizar a eficiência do Direito, no sentido de desestimular condutas socialmente indesejadas (BONNA, 2017, p. 97).

Se aplicado de forma desmedida, o caráter punitivo do dano moral pode vir a criar muito mais problemas do que soluções (MORAES, 2009, p. 328-330). É preciso entender que “prejuízos integram a vida de relação, são inevitáveis. A missão do Direito é resguardar a integridade da pessoa humana em face do dano injusto, do prejuízo a bens dignos de tutela” (MILAGRES, 2011, p. 61).

Há necessidade de cautela na aplicação do instituto, portanto, para se evitar a propositura de demandas temerárias, impedir a insegurança jurídica e a imprevisibilidade das decisões judiciais, e inibir a tendência alastrada da mercantilização das relações existenciais.

Sem uma atuação bem estruturada e devidamente motivada do Judiciário, criada e direcionada por preceitos técnicos, para atingir o fim que se pretende, enviam-se à sociedade mensagens desagregadoras. A médio e longo prazos, tais situações implicam em colapso do sistema e contribuem para a desagregação social e desconfiança nas instituições.

O remédio para o abuso do direito ou para a propositura de ações temerárias, ao nosso ver, encontra-se nas mãos do próprio Poder Judiciário, ao qual competirá delinear jurisprudencialmente quais pretensões são consideradas legítimas e quais não ostentam essa qualidade, aplicando-se as penas cabíveis a quem, comprovadamente, estiver mal intencionado. (MARINANGELO, 2016, p. 149).

A fim de que a aplicação da indenização punitiva não se preste a incentivar a litigiosidade, uma postura mais rígida deve ser adotada pela jurisprudência e “parece imprescindível que somente se atribua caráter punitivo a hipóteses excepcionais e a hipóteses previstas em lei.” (MORAES, 2009, p. 258).

Alexandre Bonna reafirma que, considerando-se a justiça corretiva, a justiça retributiva ou mesmo a análise econômica do Direito, surgiria a possibilidade de a prática da indenização punitiva ser compatível com a experiência jurídica brasileira, tendo em vista que os grandes litigantes, visando maiores lucros, pautam suas escolhas em uma relação de custo-benefício em detrimento do respeito aos direitos. Entretanto, necessária seria a existência de fundamento que autorizasse o Estado-juiz a adotar essa postura. Para tanto, o autor formula elucidativa proposta sobre a regulamentação do instituto, que supriria grande parte dos questionamentos levantados (BONNA, 2017, p. 97):

[...] a) a destinação da verba punitiva deve obrigatoriamente ser destinada ao Estado [...] ou a um fundo a ser escolhido como juiz [...].

b) deve existir proporção entre o valor da indenização punitiva e a ausência de responsabilização do réu;

c) ao fixar o valor da indenização punitiva, deve o juiz destacar a verba compensatória da punitiva, de modo a garantir o direito de ampla defesa e recurso com fundamentos distintos, assim como cumprir o dever de fundamentação das decisões judiciais;

d) tendo em vista o valor da segurança jurídica, se possível, regulamentada;

e) considerando o valor probatório para aferir a ausência de responsabilização, aconselhável, mas não obrigatório, que a fixação da indenização punitiva se dê no bojo de uma ação coletiva. (BONNA, 2017, p. 97).

Ainda há um longo caminho a ser percorrido para o estabelecimento de limites e parâmetros que respaldem a adoção da indenização punitiva, no Brasil, como meio de adequação de condutas, no mercado. Ao menos nos moldes atuais de atuação, não parece possível alcançar resultados fidedignos.

Apenas o emprego adequado da indenização punitiva, com base em critérios previamente estipulados e parâmetros claros, de conhecimento de todos, preferencialmente criados a partir de estudos técnicos do mercado e da atuação das sociedades empresariais, afastaria os riscos econômicos e sociais e o desrespeito à legalidade, atendendo ao fim almejado.

Como salienta Bruno Paiva Bernardes, “as noções de estabilidade, integridade e coerência não são atributos passíveis de serem alcançados a não ser em bases teóricas sedimentadas” (BERNARDES, 2019, p. 50).

Diversamente dos restritos e rigorosos critérios a que se submete a doutrina dos *punitive damages*, não há, no Brasil, um sistema de precedentes organizado.

A ausência de respaldo do valor punitivo nas circunstâncias de cada caso, a confusão com a indenização compensatória ou mesmo a adoção de mero tabelamento de valores como suposta aplicação de sanção, acabam por fomentar fenômenos indesejáveis, como a exagerada compensação ou a estimulação de demandas temerárias, já vivenciados em outro período da história da justiça brasileira, inclusive.

É necessário investigar-se, portanto, outras formas de adequação de condutas ilícitas já presentes no ordenamento jurídico vigente e que possuam parâmetros claros, técnicos e mais adequados para se atingir a intenção da jurisprudência de regulação do setor de telefonia móvel, construindo-se, a partir dessa ideia, o último capítulo dessa pesquisa.

6 A TUTELA PREVENTIVA E REPRESSIVA PARA ALÉM DA FUNÇÃO PUNITIVA DA INDENIZAÇÃO

Constatada a inadequação da tutela preventiva exercida pelo Judiciário, por meio da aplicação da indenização punitiva, ao menos nos moldes do seu paradigma atualmente previsto no ordenamento jurídico e a partir da amostra de julgados abordada, reconhece-se que a função de punir juridicamente o cometimento de ilícitos permanece concentrada nos ramos do Direito Penal e do Direito Administrativo Sancionador.

Especificamente quanto ao Direito Penal, sabe-se que somente deve incidir como *ultima ratio*, ou seja, para sancionar condutas do mais alto grau de reprovabilidade e que não encontram resposta adequada nas sanções previstas pelos demais ramos do Direito (BITENCOURT; PRADO, 1996).

Ademais, verifica-se, no Direito Penal, a necessidade de obediência estrita ao princípio da legalidade das penas, insculpido no art. 5º, XXXIX, da Constituição da República (BRASIL, 2019a), encontrando-se obstáculos que o impedem de atuar com a eficiência necessária como forma de punição e repressão de todas as sortes de atos ilícitos (BITENCOURT; PRADO, 1996).

Quanto ao Direito Administrativo, por sua vez, historicamente, admite-se a ampla responsabilização das pessoas jurídicas, mas punições apenas são impostas após análise de um órgão especializado, como órgãos técnicos fiscalizatórios, os quais devem atuar sob o escopo de um processo disciplinar repressivo (OLIVEIRA, 2011).

Permanece como ponto crucial na sociedade atual, portanto, a necessidade do exercício eficiente da tutela preventiva dos direitos e interesses dos consumidores, razão pela qual se aprofunda no exame de outros instrumentos já previstos no ordenamento jurídico e sua inserção na realidade social.

6.1 A REGULAÇÃO DO MERCADO E AS AGÊNCIAS REGULADORAS

A experiência evidencia que o equilíbrio entre a oferta e a procura, narrado pela teoria econômica clássica, obtido apenas pela ação dos agentes do mercado, em regra, não se verifica, sendo necessária a regulação pelo Estado. A sociedade demanda a proteção do Estado contra danos causados pela ação dos agentes econômicos e decorrentes de suas próprias atividades.

Sem a regulação, o mercado acaba por nivelar-se pela baixa qualidade, em razão da ausência de competição, motivos estruturais, assimetria de informações, desrespeito aos direitos dos trabalhadores, entre outros motivos, que culminam na necessidade de intervenção, a fim de conciliar as características inerentes à produção e o respeito a certas regras, nos setores de interesse público relevante (CHERMAN, 2017, p. 20).

Segundo a definição da doutrina jurídica administrativista, o ato de regular significa organizar determinado setor, bem como controlar as entidades que nele atuam (DI PIETRO, 2006, p. 458). Complementando esse entendimento, Calixto Salomão Filho discorre que a regulação, em seu sentido amplo, abrangeria toda forma de organização da atividade econômica pelo Estado, seja pela intervenção por meio da concessão de serviço público ou pelo exercício do poder de polícia administrativo (SALOMÃO FILHO, 2001, p. 15).

Alexandre Santos de Aragão afirma a edição de regras, a garantia de sua aplicação e a punição de infrações como as três funções inerentes à regulação (ARAGÃO, 2002, p. 27-28).

Do ponto de vista social e econômico, pode-se entender que a regulação governamental significa a imposição de regras à ação de atores privados que atuam em determinados mercados. A regulação, além da correção de imperfeições, busca o equilíbrio do mercado e visa à organização de uma série de produtos e serviços que são caros aos cidadãos, incidindo, assim, sobre as mais diversas áreas de interesse público, a fim de preservar e promover direitos fundamentais (INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, 2011, p. 12):

Por essa definição, é possível entender que o equilíbrio buscado pela regulação seria a regularidade no funcionamento de um mecanismo vislumbrado (i) entre as normas estipuladas para o mercado, com a intenção de formar um sistema; (ii) no desenvolvimento estruturado do mercado (ordenado) e das atividades econômicas; e (iii) entre os participantes do mercado, no que se pode incluir os “objetivos públicos” desse equilíbrio entre as partes (POLTRONIERI, 2005).

A regulação constitui-se como política pública, na qual a autoridade governamental constringe ou direciona a ação de agentes privados, por meio de penalidades e/ou incentivos (POLTRONIERI, 2005), sendo esta uma espécie de tutela preventiva, que busca a adequação de condutas antijurídicas antes mesmo da ocorrência do dano.

Quanto à instrumentalização dessa regulação social, Marcus André Melo expõe que pode esta ocorrer de forma endógena, pelo provimento direto dos serviços por organismos estatais, pelo exercício de atividades regulatórias por órgãos diretos da burocracia executiva ou arranjos corporativistas de autorregulação, ou de forma exógena (MELO, 2001).

De forma exógena, a regulação se estabelece quando o Estado assume o papel de regulador sem participação nas concessionárias de serviços públicos, por meio de instituições com autonomia em relação aos poderes políticos, como na criação de agências reguladoras (MELO, 2001).

No Brasil, criaram-se as agências reguladoras autônomas em uma verdadeira ação política destinada a atingir aspectos diversos, como a necessidade de regulação para minimizar problemas do mercado e a captura por interesses privados, além do aprimoramento da natureza técnica da atuação:

[...] nesse cenário de reorganização institucional dos serviços essenciais, o Estado intensifica a regulação sobre atividades de elevado impacto para a coletividade. É exatamente nesse contexto que surgem as agências reguladoras como forma de disciplinar a nova maneira de exploração da economia mediante uma crescente retirada do Estado da produção direta de utilidades públicas. O incentivo aos investimentos para o desenvolvimento socioeconômico do país, a promoção do bem-estar dos usuários e consumidores e o estímulo à eficiência econômica seriam as funções precípua da regulação exercida pelas agências (a chamada regulação por agência). Tais entidades caracterizam-se por serem autarquias públicas em regime de caráter especial, ou seja, apesar de integrarem a Administração Pública indireta, possuem (pelo menos conceitualmente) maior independência em relação ao núcleo do Poder Executivo, porquanto têm uma natureza peculiar justamente por configurarem autarquias “especiais”. (VALIATI, 2019).

As agências reguladoras devem combater falhas do mercado, externalidades, sendo essa intervenção regulatória necessária para maximizar a eficiência econômica, por meio de medidas que promovam a concorrência, a universalização dos serviços e a defesa do interesse público. Para cumprirem sua missão, o monitoramento permanente do setor que regulam no mercado é imprescindível e, quando devidamente desempenhada, a interlocução com todos os envolvidos é também medida primordial (POLTRONIERI, 2005).

As agências são colocadas como mediadoras dos diversos atores envolvidos, tais como agentes empresariais, investidores, usuários, políticos e até excluídos do acesso aos bens regulados (PÓ, 2011, p. 20). Trata-se do desempenho de uma fiscalização pelo Estado de forma leve, não voltada contra o mercado, mas a seu favor, com vistas a corrigir assimetrias:

As principais características das agências reguladoras são a especificidade, isto é, possuírem como objeto de sua atuação setores econômicos específicos; a discricionariedade técnica, ou seja, embasarem seus posicionamentos em critérios técnicos, com vistas ao bom funcionamento do mercado regulado; e a neutralidade que se traduz por uma postura voltada unicamente ao atendimento ao interesse público, livre de pressões advindas de determinados grupos ou de setores políticos. (CHERMAN, 2017, p. 20).

Contudo, embora os principais objetivos da criação das agências reguladoras sejam a defesa de direitos fundamentais dos usuários e a adequação da prestação de serviços pelas sociedades empresariais, a necessidade de regulação econômica do mercado ganhou maior destaque, no Brasil, apenas no período de 1980 e 1990, momento em que não havia reconhecimento suficiente da necessidade social de previsão de regras mais abrangentes quanto à prestação de serviços a serem regulados (RAMALHO, 2011, p. 187).

Desse modo, o viés primordialmente econômico prevaleceu no movimento de criação e implantação desse modelo de regulação estatal, em um primeiro momento, focando as agências reguladoras mais na figura do ente regulado e menos na sociedade, nos consumidores e seus direitos (DUTRA, 2007):

O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado preconizava a redefinição do papel do Estado, que deixava de ser o responsável direto pelo desenvolvimento econômico e social, pela via da produção de bens e serviços, para se fortalecer na função de promotor e regulador desse desenvolvimento. [...] Embora o serviço continuasse a manter sua natureza pública, as concessionárias se dedicavam a prestá-los visando à maximização dos interesses de seus investidores, que não necessariamente coincidiam com o interesse da coletividade. Esse cenário levou o consumidor a uma vulnerabilidade multidimensional. O limitado poder de negociação frente às grandes corporações fez com que o cidadão-consumidor estivesse mais sujeito a sofrer lesões econômicas e a suportar os diversos riscos da atividade empresarial desenvolvida pelas concessionárias. Não foi por acaso que nos anos posteriores ao processo de privatização dos serviços públicos as organizações de proteção e defesa do consumidor – Procons, entidades civis, Ministérios Públicos e Defensorias – dedicaram a maior parte da sua capacidade de trabalho ao atendimento a consumidores lesados pelas empresas prestadoras de serviços regulados, especialmente, pelas concessionárias de serviços públicos. Era preciso explicar direitos e deveres em função do novo arcabouço regulatório. Os papéis não estavam claros para o cidadão, que não compreendia as funções das agências reguladoras, sua relação com consumidores e empresas, nem tampouco enxergava nos novos entes da administração pública a figura de um aliado, que deveria zelar pela qualidade e pelo acesso aos serviços e pela defesa do interesse público. Por outro lado, concessionárias de serviços públicos também não compreendiam as interseções entre o Código de Defesa do Consumidor (CDC) e os marcos regulatórios setoriais. Foi necessário empreender muitos esforços na solução de questões imediatas e, ao mesmo tempo, comunicar ao cidadão os novos papéis e responsabilidades a partir do novo modelo regulatório que passou a vigor no país a partir da década de 1990. (INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, 2011, p. 10-11).

A sociedade e em especial os consumidores desses serviços ainda sofrem os efeitos dessa forma de criação das agências e reformulação dos serviços (INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, 2011, p. 10-11), mas crescente é a conscientização de que a apuração do mercado e sua vigilância dependem da participação dos consumidores, individualmente e coletivamente.

As entidades civis de defesa do consumidor também monitoram o mercado, verificando o cumprimento das regras e o respeito aos seus direitos, além de realizarem ações de educação para o consumo, que vão induzir à prática da cidadania ativa (LIPORACE, 2011, p. 239).

Se não há barreiras, esses fluxos circulam livremente, alimentando o processo decisório que ocorre no âmbito das agências. Mesmo com lacunas, não deixou de ser a criação das agências reguladoras, no país, inovadora (CHERMAN, 2017, p. 22).

São estes órgãos presumidamente mais aptos a atingirem as finalidades que lhe são adstritas, como se mostrará especificamente em relação à ANATEL.

6.1.1 O papel da Agência Nacional de Telecomunicações e seu dever de proteção dos direitos dos usuários

A Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472, de 16 de julho de 1997), no art. 2º, II, prevê o dever do poder público de “estimular a expansão do uso de redes e serviços de telecomunicações pelos serviços de interesse público em benefício da população brasileira” (BRASIL, 2019e). Ademais, o art. 3º dessa lei (BRASIL, 2019e), prevê os direitos dos usuários dos serviços:

Art. 3º O usuário de serviços de telecomunicações tem direito:

I - de acesso aos serviços de telecomunicações, com padrões de qualidade e regularidade adequados à sua natureza, em qualquer ponto do território nacional;

II - à liberdade de escolha de sua prestadora de serviço;

III - de não ser discriminado quanto às condições de acesso e fruição do serviço;

IV - à informação adequada sobre as condições de prestação dos serviços, suas tarifas e preços;

V - à inviolabilidade e ao segredo de sua comunicação, salvo nas hipóteses e condições constitucionais e legalmente previstas;

VI - à não divulgação, caso o requeira, de seu código de acesso;

VII - à não suspensão de serviço prestado em regime público, salvo por débito diretamente decorrente de sua utilização ou por descumprimento de condições contratuais;

VIII - ao prévio conhecimento das condições de suspensão do serviço;

IX - ao respeito de sua privacidade nos documentos de cobrança e na utilização de seus dados pessoais pela prestadora do serviço;

X - de resposta às suas reclamações pela prestadora do serviço;

XI - de peticionar contra a prestadora do serviço perante o órgão regulador e os organismos de defesa do consumidor;

XII - à reparação dos danos causados pela violação de seus direitos.

Parágrafo único. Para o cumprimento do disposto no inciso IV do caput deste artigo, a prestadora de serviço deverá divulgar em seu sítio eletrônico, de forma clara e de fácil compreensão pelos usuários, tabela com o valor das tarifas e preços praticados e a evolução dos reajustes realizados nos últimos cinco anos. (BRASIL, 2019e).

Embora a ANATEL tenha sido criada na primeira geração de agências reguladoras, em 1996 e 1997, com os principais objetivos de buscar a credibilidade regulatória e atrair investimentos (PÓ; ABRUCIO, 2006), na regulamentação destacam-se a promoção de benefícios à sociedade e a proteção de direitos dos usuários.

A ANATEL é administrativamente independente e financeiramente autônoma, sendo a ela permitida a adoção de todas as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações no país, por meio de uma atuação independente, imparcial, impessoal, adstrita à legalidade e à publicidade, como característico dos serviços públicos, nos termos do que prevê o *caput* do art. 19 da Lei Geral de Telecomunicações (BRASIL, 2019e).

Há, na referida Lei, expressa menção ao art. 170 da Constituição da República (BRASIL, 2019a), que trata da ordem econômica, destacando-se, mais uma vez, a preeminência da proteção do consumidor, no art. 5º:

Art. 5º Na disciplina das relações econômicas no setor de telecomunicações observar-se-ão, em especial, os princípios constitucionais da soberania nacional, função social da propriedade, liberdade de iniciativa, livre concorrência, defesa do consumidor, redução das desigualdades regionais e sociais, repressão ao abuso do poder econômico e continuidade do serviço prestado no regime público. (BRASIL, 2019e).

No inciso XVIII, do supramencionado art. 19, da Lei 9.472, de 1997, está prevista a competência da agência para “reprimir infrações dos direitos dos usuários” (BRASIL, 2019e).

Regulamenta o Decreto 2.338, de 1997, no art. 16, a competência da agência de “atuar na defesa e proteção dos direitos dos usuários, reprimindo infrações e compondo ou arbitrando conflitos de interesses”:

A Agência articulará sua atuação com a do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, organizado pelo Decreto nº. 2.181, de 20 de março de 1997, visando à eficácia da proteção e defesa do consumidor dos serviços de telecomunicações, observado o disposto nas Leis nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990, e nº. 9.472, de 1997. (BRASIL, 2007).

As razões que regem a legislação do setor são análogas ao Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 2017a), preocupando-se com a vulnerabilidade do consumidor no mercado, além da garantia da qualidade, da eficiência na prestação dos serviços e da elevação da representatividade de órgãos e entidades interessados:

Além dos órgãos que compõem o SNDC, várias outras instituições também exercem o papel de defesa dos direitos consumeristas, tais como as agências reguladoras, que também possuem a obrigação de se articular com os órgãos públicos diretamente incumbidos da defesa do consumidor, de modo a atender à diretriz constitucional de defesa estatal do consumidor, prevista pelo artigo 5.º, inciso XXXII, da Constituição Federal, bem como ao princípio da eficiência, expresso no *caput* do artigo 37 da Constituição. As autarquias especiais sob comento têm como um de seus fundamentos a intervenção do Estado no domínio econômico e o fortalecimento da competitividade no setor privado, atuando, portanto, em um ambiente diretamente destinado às relações de consumo. Logo, as agências reguladoras inserem-se nesse domínio como representantes do Estado, devendo agir como agentes de proteção dos direitos consumeristas. (CHERMAN, 2017, p. 28, grifo do autor).

Desde a criação da ANATEL, a oferta dos serviços cresceu consideravelmente (MARIZE, 2011, p. 215) e, desde 2007, já se ressaltava a preocupação com o aprimoramento dos padrões de atendimento aos cidadãos e a busca da sua aproximação com as entidades de defesa e proteção dos consumidores, PROCONS e organizações civis (MARIZE, 2011, p. 216), empreendendo-se inúmeros esforços nesse sentido.

Em setembro de 2008, foi celebrado um acordo de cooperação com o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, com o objetivo de promover a mútua cooperação na realização do projeto de “fortalecimento da capacidade técnica da participação social no processo de regulação” (AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, 2008), além de melhorar a qualidade dos serviços, garantir informação adequada e proteção dos dados pessoais dos usuários (INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, 2011, p. 13-14).

No período de 2000 a 2010, quase 800 atos normativos foram submetidos à consulta pública e 53 levados à audiência pública pela agência (MARIZE, 2011 p. 218).

Em agosto de 2009, realizou-se o primeiro evento voltado para a formação da cultura interna dos servidores da ANATEL, com aspectos voltados para a educação das relações de consumo (MARIZE, 2011, p. 220) e, em 2010, houve a elaboração de um novo plano, denominado pró-usuários (AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, 2010).

Em novembro de 2011, promoveu o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor um banco de dados para o monitoramento da regulação (INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, 2011, p. 19) e, no ano de 2015, o Instituto Brasileiro de

Defesa do Consumidor ingressou no Grupo de Trabalho de Telecomunicações, da Secretaria Nacional do Consumidor, como representante da sociedade civil, passando a ser ativo nas discussões de propostas concretas sobre a ANATEL (INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, 2015).

Atualmente, conta a agência com diversos canais de participação e monitoramento acessíveis aos consumidores, utilizando-se de audiências públicas, consultas públicas, conselho diretor, conselho consultivo, agenda regulatória, comitê de defesa dos usuários de serviços de telecomunicações, fóruns, seminários, planos de ação pró-usuário, relatório anual, ouvidoria, central de atendimento e sala do cidadão (INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, 2011, p. 26-28).

Não se pode afirmar, até os dias atuais, a extirpação completa da falta de percepção da autoridade reguladora sobre a importância da participação dos consumidores e a necessidade de estimulá-la e instrumentalizá-la no processo de regulação, bem como ainda se observa falta de clareza das próprias organizações de defesa da sociedade civil sobre a sua relevância, todavia, notórios são os esforços contínuos para supressão dessas deficiências, reforçando-se a importância e a credibilidade do sistema criado.

6.1.1.1 A resolução de conflitos pela Agência Nacional de Telecomunicações

Imputa-se à ANATEL a obrigação legal de atuar na resolução extrajudicial de conflitos entre usuários e entes regulados, conforme Lei nº 8.987, de 1995, sendo que o art. 3º dispõe sobre a obrigação das concessões e permissões de serviços públicos sujeitarem-se à fiscalização, com cooperação dos usuários. Cabe aos fornecedores de serviços e produtos o pleno atendimento dos consumidores, conforme art. 6º, da mesma lei (BRASIL, 2018c).

Segundo acrescenta o art. 29, VII, da referida lei, cabe ao poder concedente, ainda, “zelar pela boa qualidade do serviço, receber, apurar e solucionar queixas e reclamações dos usuários, que serão cientificados, em até trinta dias, das providências tomadas” (BRASIL, 2018c).

O Regimento Interno da ANATEL, aprovado pela Resolução nº 612, de 2013, estabelece, a partir do art. 92, um capítulo voltado aos procedimentos administrativos de resolução de conflitos efetivados pela agência, contemplando-se a mediação, a arbitragem e a reclamação administrativa (AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, 2013).

Nesses procedimentos, a agência não atua de maneira proativa na busca pela celebração de acordo pelos regulados e administrados, estabelecendo-se como mediadora dos

seus interesses. Além de encaminhar aos regulados os pleitos submetidos pelos usuários, para tomada de atitudes, as reclamações recebidas são utilizadas como subsídio nas ações de acompanhamento e controle das obrigações das prestadoras, e no planejamento de ações de fiscalização (CHERMAN, 2017, p. 61).

Particularmente interessa a esse trabalho a atuação proativa da ANATEL em relação aos atos ilícitos praticados pelos agentes regulados. O art. 19 da Lei Geral de Telecomunicações dispõe, expressamente, no inciso VI, competir à agência “celebrar e gerenciar contratos de concessão e fiscalizar a prestação do serviço no regime público, aplicando sanções e realizando intervenções” (BRASIL, 2019e).

O art. 173 da referida lei acrescenta:

Art. 173. A infração desta Lei ou das demais normas aplicáveis, bem como a inobservância dos deveres decorrentes dos contratos de concessão ou dos atos de permissão, autorização de serviço ou autorização de uso de radiofrequência, sujeitará os infratores às seguintes sanções, aplicáveis pela Agência, sem prejuízo das de natureza civil e penal:

I - advertência;

II - multa;

III - suspensão temporária;

IV - caducidade;

V - declaração de inidoneidade. (BRASIL, 2019e).

Como explica Raphael Andrade de Oliveira, os próprios contratos administrativos firmados com os regulados preveem, além das obrigações de fiscalização, a efetiva possibilidade de punição por atos infracionais. Logo, possui a ANATEL prerrogativa para editar normas específicas, fiscalizar e punir regulados, além de sujeitar-se às previsões de Leis e regulamentos aplicáveis (OLIVEIRA, 2011).

No Regimento Interno da agência, regulamenta-se o processo administrativo sancionador, denominado Procedimento para Apuração de Descumprimento de Obrigações (PADO), conforme teor do art. 158, IV (AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, 2020a).

O PADO visa à aplicação de sanções pela conduta irregular comprovada, contrária à Lei Geral de Telecomunicações ou às demais normas atinentes aos serviços de telecomunicações, bem como às obrigações previstas nas cláusulas dos instrumentos de outorga, possuindo seu fundamento legal no art. 175 da Lei 9.472/1997, segundo o qual

“nenhuma sanção será aplicada sem a oportunidade de prévia e ampla defesa” (BRASIL, 2019e), princípios reforçados no art. 81 do referido Regimento Interno:

Art. 80. O Procedimento para Apuração de Descumprimento de Obrigações (PADO) destina-se a averiguar o descumprimento de disposições estabelecidas em lei, regulamento, norma, contrato, ato, termo de autorização ou permissão, bem como em ato administrativo de efeitos concretos que envolva matéria de competência da Agência, e será instaurado de ofício ou a requerimento de terceiros, mediante reclamação ou denúncia, compreendendo as seguintes fases:

I - instauração;

II - instrução;

III - decisão;

IV - recurso.

Parágrafo único. Em se tratando de descumprimento de obrigações constatado em ação de fiscalização, o processo poderá iniciar-se com a emissão do Auto de Infração, a que se refere o art. 83, que valerá como o Despacho Ordinatório de Instauração.

Art. 81. Nenhuma sanção administrativa será aplicada, a pessoa física ou jurídica, sem que lhe seja assegurada a ampla defesa e o contraditório. (AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, 2020a).

Quanto às modalidades de infrações e sanções, estão previstas nos arts. 173, 175 e 176, da Lei Geral de Telecomunicações (BRASIL, 2019e). Por sua vez, a Resolução nº 589, de 2012, aprovou o regulamento de aplicação de sanções administrativas da agência, com as seguintes possibilidades, desde que observado o PADO:

Art. 3º Os infratores estão sujeitos às seguintes sanções, sem prejuízo das medidas previstas na legislação consumerista e das sanções de natureza civil e penal, inclusive a prevista pelo art. 183 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997:

I - advertência;

II - multa;

III - suspensão temporária;

IV - obrigação de fazer;

V - obrigação de não fazer;

VI - caducidade; e

VII - declaração de inidoneidade.

Parágrafo único. O descumprimento das obrigações estabelecidas na Lei nº 11.934, de 5 de maio de 2009, sujeita os infratores à aplicação das sanções previstas no caput e, ainda, à sanção de multa diária nos termos do art. 18 da referida lei.

Art. 4º As sanções devem ser aplicadas mediante decisão fundamentada da Agência, assegurando o direito à ampla defesa, ao contraditório e ao devido processo legal, nos termos da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, e do Regimento Interno da Agência. (AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, 2020b).

O art. 2º da Resolução nº 589, de 2012, detalhadamente, explica a natureza de cada uma das sanções:

Art. 2º Para fins deste Regulamento aplicam-se as seguintes definições:

I - advertência: sanção aplicada por inobservância de obrigação que não justifique imposição de pena mais grave;

II - antecedente: registro de sanção administrativa imposta pela Agência, precedente no tempo em prazo não superior a 5 (cinco) anos, contado do trânsito em julgado administrativo do PADO (Procedimento para Apuração de Descumprimento de Obrigações) até a data do cometimento da nova infração, excluído o caso de reincidência específica;

III - caducidade: sanção que extingue a concessão, a autorização ou a permissão de serviço, a autorização de uso de radiofrequência e o direito de exploração de satélite;

IV - declaração de inidoneidade: sanção aplicável a quem tenha praticado atos ilícitos visando frustrar os objetivos de licitação;

V - falta de igual natureza: infração cometida pelo mesmo infrator ao mesmo dispositivo normativo ou contratual, bem como aquela que, embora prevista em dispositivo distinto de lei, regulamento, contrato ou ato de efeito concreto, apresente, pelos fatos que as constituem, características fundamentais em comum;

VI - infrator: pessoa natural ou jurídica que não cumpre com as suas obrigações normativas, contratuais e/ou decorrentes dos atos administrativos de efeitos concretos expedidos pela Agência;

VII - multa: sanção pecuniária imposta ao infrator;

VIII - reincidência específica: repetição de falta de igual natureza, no período de 5 (cinco) anos contado do trânsito em julgado administrativo do PADO, até a data do cometimento da nova infração;

IX - suspensão temporária: sanção de suspensão, total ou parcial, da prestação ou comercialização do serviço de telecomunicações, em regime privado, ou do uso de radiofrequência, em caso de infração grave, cujas circunstâncias não justifiquem a aplicação de caducidade;

X - trânsito em julgado administrativo: é o atributo de definitividade da decisão proferida em processo sancionador, o que ocorre quando não couber mais recurso ou pelo termo de seu prazo, sem a interposição da peça recursal ou com a sua interposição intempestiva;

XI - sanção de obrigação de fazer: sanção mandamental que resulta de ordem emanada pela autoridade administrativa pela qual o infrator é compelido a praticar uma conduta lícita, diversa das obrigações já previstas em lei e regulamento, em benefício do serviço de telecomunicações ou do usuário desse serviço, suficiente para desestimular o cometimento de nova infração; e

XII - sanção de obrigação de não fazer: sanção mandamental que resulta de ordem emanada pela autoridade administrativa pela qual o infrator é compelido a deixar de praticar uma conduta, em benefício do serviço de telecomunicações ou do usuário do serviço, a qual poderia praticar sem embaraço não fosse a sanção imposta pela Administração, suficiente para desestimular o cometimento de nova infração. (AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, 2020b).

Os arts. 12 a 23 da Resolução nº 589, de 2012, estipulam, ainda, os critérios a serem considerados pela agência, para aplicação de cada uma das sanções, como a consideração da

reincidência do regulado e a classificação da infração (AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, 2020b).

A advertência, por exemplo, aplica-se às infrações leves, quando não houver reincidência específica do agente, sendo a sanção de suspensão temporária aplicada nas infrações classificadas como graves, por prazo não superior a 30 dias (AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, 2020b).

A declaração de inidoneidade, aplicada cumulativamente com a multa, destina-se a punir atos ilícitos que visam a frustrar objetivos da licitação, não podendo ser aplicada por prazo superior a cinco anos (AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, 2020b).

As obrigações de fazer e de não fazer poderão ser aplicadas a todas as classificações de infrações, desde leves a graves, cumulativamente com a multa ou não, quando verificada a sua conveniência pela autoridade competente, observados os princípios da legalidade, razoabilidade, proporcionalidade e economicidade e os parâmetros dispostos no art. 16 da Resolução nº 589, de 2012 (AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, 2020b).

A aplicação de multa, nos termos do art. 17 da Resolução nº 589, de 2012, pode dar-se isoladamente ou em conjunto com outra sanção, respeitados os limites mínimo e máximo previstos no anexo do mesmo regulamento, considerando-se para seu cálculo diversos critérios expressamente previstos nos arts. 18 a 21, da citada Resolução:

A Resolução nº 589, de 2012, estabelece a possibilidade de imposição, ainda, de multa diária, observados critérios como a gravidade da falta e a extensão do dano ou prejuízo causado ao bem jurídico tutelado, e de caducidade, quando os antecedentes do infrator demonstrarem a ineficácia de uma sanção menos gravosa (AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, 2020b).

Sobre as infrações e sua classificação, o capítulo V, da Resolução nº 589, discorre detalhadamente, prevendo o capítulo VI “parâmetros e critérios para definição das sanções”:

Art. 10. Na definição da sanção devem ser considerados os seguintes parâmetros e critérios:

I - a classificação da infração;

II - os danos resultantes para o serviço e para os usuários efetivos ou potenciais;

III - as circunstâncias agravantes e atenuantes, conforme definições dos arts. 19 e 20 deste regulamento;

IV - os antecedentes do infrator;

V - a reincidência específica;

VI - o serviço explorado;

VII - a abrangência dos interesses a que o serviço atende;

VIII - o regime jurídico de exploração do serviço;

IX - a situação econômica e financeira do infrator, em especial sua capacidade de geração de receitas e seu patrimônio;

X - a proporcionalidade entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção; e

XI - o vulto da vantagem auferida, direta ou indiretamente, pelo infrator.

Parágrafo único. O mesmo registro de sanção não pode ser utilizado como reincidência e antecedente na aplicação da sanção.

Art. 11. Quando o infrator, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica duas ou mais infrações da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem as subsequentes ser havidas como continuação da primeira, observando-se, no caso de multa, o número de ocorrências como critério de definição do valor base da sanção.

§ 1º O auto de infração incluirá todas as ocorrências infracionais verificadas até a data de autuação.

§ 2º A Agência determinará, no auto de infração, a cessação da conduta infracional. (AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, 2020b).

A imposição de sanções administrativas pela ANATEL, desse modo, é um dos instrumentos colocados à disposição da Administração Pública para regulação, com o fim precípuo de atingir as finalidades atinentes ao setor regulado, por meio da repressão à prática de infrações:

A sanção administrativa possui, em seu bojo, antes de tudo, a pretensão de ser pedagógica e coercitiva conjuntamente, a ponto de impor ao administrado a força da autoridade da agência reguladora e, ao mesmo tempo, desencorajá-lo a não adotar novamente aquela conduta tida como irregular. Sem falar no efeito que isso causa aos outros administrados, de sorte que se obtenha também um efeito preventivo.

Vale mencionar, ainda, que a sanção administrativa, constituída como instrumento regulatório, afirma a agência reguladora perante seus administrados [...]. (OLIVEIRA, 2011).

A ANATEL se caracteriza, justamente, pela especificidade e discricionariedade técnica, motivos pelos quais sua atuação propicia uma melhor adequação de condutas ilícitas no mercado por ela regulado.

Além de sua discricionariedade técnica, existe arcabouço normativo que orienta a fixação das penalidades, no intuito de viabilizar o exercício dos direitos dos usuários do serviço, sendo o grau de eficácia da ANATEL, no que concerne à repressão à prática de infrações mediante a aplicação de sanções administrativas, considerado alto (MATIAS, 2002, p. 112).

O monitoramento de um determinado setor regulado, com o acompanhamento permanente das tendências, normas, regulamentos e a elaboração de estudos para diagnosticar

e equacionar problemas enfrentados são cruciais para a obtenção de bons resultados regulatórios (LIPORACE, 2011, p. 240-241).

A atuação da agência reguladora é fulcral para dar cumprimento efetivo às políticas públicas apontadas pelo Estado, com o desempenho de funções de regulação eminentemente gerenciais e especializadas, razão pela qual, diferentemente da aplicação da indenização punitiva pelo Judiciário, a maior efetividade na atuação da agência no mercado é esperada.

6.1.1.2 Exemplos de sanções aplicadas pela Agência Nacional de Telecomunicações

Uma vez constatada a existência de acervo legal que não só autoriza a fixação de sanções, nas hipóteses de violações aos direitos dos usuários do serviço de telefonia móvel, mas que disciplina o procedimento de aplicação de tais penalidades pela ANATEL, busca-se verificar a incidência prática desses dispositivos normativos no âmbito de algumas decisões administrativas.

O primeiro caso a ser examinado tem como base os votos proferidos pelos Conselheiros Aníbal Diniz e Vicente Bandeira de Aquino Neto, no âmbito do processo nº 53500.006084/2016-96, na Análise nº 42/2019/AD, cujo resultado é o acórdão nº 591 (AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, 2019a).

Trata-se de recurso administrativo, interposto pela Claro S.A., em face de despacho decisório proferido em 29 de agosto de 2017, oportunidade em que foi imposta sanção pecuniária no valor de R\$ 21.629.521,60 (vinte e um milhões, seiscentos e vinte e nove mil, quinhentos e vinte e reais e sessenta centavos), por descumprimentos relacionados a direitos e garantias dos usuários, previstos no Decreto nº 6.523, de 31 de julho de 2008 (BRASIL, 2008) e no Regulamento Geral de Direitos do Consumidor de Serviços de Telecomunicações, aprovado pela Resolução nº 632, de 7 de março de 2014 (AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, 2020e). No recurso, a decisão de ambos os conselheiros foi no sentido de negar provimento, tendo em vista que o descumprimento das determinações legais restou devidamente comprovado nos autos. Contudo, o valor aplicado a título de sanção pecuniária foi reduzido, de ofício, em função de dois fatores:

a.2.1) revisão do fator “Ua” da fórmula de cálculo de multa por ofensa ao art. 4º do Decreto do SAC, tal como levado a efeito pela Área Técnica ao exercer o juízo de retratação por meio do Despacho nº 257/2018/SEI/CODI/SCO (SEI nº 2794682); e

a.2.2) retificação de 7 das 9 planilhas de cálculo anexas ao Informe no 33/2019/CODI/SCO, de 22 de janeiro de 2019, considerando-se, no fator “usuários

totais (Ut)” da fórmula de cálculo de multa, apenas os acessos referentes ao Serviço Móvel Pessoal (SMP).

.....

b.2.1) revisão do valor atribuído à variável “Usuários Atingidos - Ua” da fórmula de multa, alterando-o de 18 (dezoito) para 3.653.556 (três milhões, seiscentos e cinquenta e três mil, quinhentos e cinquenta e seis) de usuários, valor equivalente a 5,09% (cinco vírgula zero nove por cento) da base de assinantes da Recorrente relativa à época do cometimento da infração, correspondente à projeção dos dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) do censo de 2010 relativos à população brasileira com deficiência auditiva; e

b.2.2) reclassificação quanto à sua natureza, de média para grave, nos termos do art. 9º, §3º, inciso III do RASA/2012. (AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, 2019a).

As mesmas características foram observadas na Análise nº 109/2019/AD, referente ao processo nº 53542.002724/2010-15. Cuida-se de análise do recurso administrativo, interposto pela Claro S.A., contra decisão que negou provimento ao primeiro recurso por ela também interposto, que questionou a decisão que lhe aplicou sanção de multa no valor de R\$ 3.000.000,00 (três milhões de reais), pela infração de obstrução à atividade de fiscalização (AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, 2019b).

O exame feito pelo Conselheiro Aníbal Diniz encontra respaldo teórico nas conclusões da área técnica da Superintendência de Fiscalização da ANATEL, que analisou todos os argumentos apresentados. Da leitura da decisão, evidencia-se que todas as medidas adotadas para fixar a penalidade têm como fundamento os elementos trazidos pela equipe técnica:

[...] 3.31. Quanto às afirmações da recorrente de que teria agido de boa-fé, sem intenção de transgredir normas, vale lembrar que as normas específicas para os casos de obstrução de fiscalização não admitem situações excepcionais para que a recorrente deixe de prestar as informações solicitadas pela ANATEL, ainda que esteja agindo de boa-fé. A existência de dolo não é condição necessária para a caracterização da infração de óbice à fiscalização. Assim, não é preciso que a conduta da autuada produza algum efeito naturalístico, sendo suficiente que impeça ou dificulte os agentes da ANATEL a alcançarem seu desiderato, que é fiscalizar a entidade.

3.32. Em outras palavras, a caracterização da infração independe de dolo específico, ou seja, não é necessário apurar se a autuada obstruiu a fiscalização com a finalidade de descumprir a norma ou negar uma das prerrogativas da Agência. Ao contrário, basta que a conduta implique a referida obstrução e não tenha ocorrido sob o manto de fatores que afastem o nexo de causalidade (caso fortuito, força maior e fato de terceiro), o que inexistiu no presente caso.

3.33. Quanto ao fato da fiscalização ter atingido sua finalidade, tendo em vista a abertura de PADO para apurar as irregularidades técnicas objeto da fiscalização referente ao licenciamento de estações, a Prestadora limitou-se a mencionar trechos do relatório de fiscalização 167/2010/ER07, os quais apenas indicam que foram utilizadas as informações entregues pela Prestadora e solicitadas pela ANATEL por meio do RI 06/2009/ER07.

3.34. Como o presente óbice foi parcial, já que foram entregues 41,8% das informações solicitadas, pode a ANATEL perfeitamente utilizar a parte das

informações fornecidas para realizar fiscalização técnica e, se for o caso, instaurar o respectivo PADO, o que de nenhuma forma descaracteriza o óbice.

3.35. O argumento da entidade não comprova a ausência do óbice parcial, constatado no presente processo, e que restou claramente caracterizado nestes autos. Importante aqui relembrar os fatos que ensejaram a caracterização da infração de obstrução às atividades de fiscalização, sucintamente descritos no Informe nº 515/2011-ER07, de 15 de julho de 2011 (SEI nº 0684729, fls. 108/113), em que foi descrita a ação de fiscalização e concluiu-se pelo atendimento parcial do Requerimento de Informações nº 6/2009, de 3 de dezembro de 2009. [...]

3.36. Dessa forma, restou demonstrado que houve a dificuldade à execução da fiscalização, posto que a Recorrente não forneceu todos os documentos solicitados no prazo e forma requeridos. Por deixar de prestar a totalidade das informações requeridas pela Agência, ficou caracterizado o óbice à atividade de fiscalização.

.....

Como se verifica, a recorrente não conseguiu apresentar fatos ou comprovações suficientes para afastar o cometimento das infrações, tendo ficado demonstrado que apresentou parte dos dados solicitados pela fiscalização. A própria recorrente reconhece o envio parcial das informações (alega que teria apresentado 57% caso fossem desconsiderados os dados de 2004 e 2005 pela incidência da prescrição, que, conforme visto, não foi caracterizada), razão pela qual fica caracterizada a materialidade e autoria da infração. (AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, 2019b).

Diante dos argumentos apresentados pelo setor técnico, o conselheiro, ao final, reviu os cálculos relativos à multa, reduzindo-a para R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais) (AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, 2019b).

Da leitura dos votos, nota-se que, diferentemente do que ocorre nas decisões judiciais da amostra coletada nessa pesquisa, os fundamentos adotados embasam-se em parâmetros estritamente técnicos, impostos pela Lei ou de conhecimento específico do setor. Embasa-se a decisão administrativa em trechos de avaliações matemáticas feitas por economistas e demais profissionais especializados, que apresentam potenciais soluções, a partir do conhecimento que possuem sobre as matérias tratadas.

6.2 COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

O TAC, outro instrumento decorrente da ação regulatória do Estado, inicialmente previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 2019d), foi posteriormente inserido no art. 5º, §6º, da Lei no 7.347, de 1985, por alteração do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 2017a), permitindo aos órgãos públicos legitimados a tomada dos interessados de compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial (BRASIL, 2015a).

Segundo o referido dispositivo legal, são legitimados o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista e a associação, preenchidas as exigências legais (BRASIL, 2015a).

O referido compromisso busca a resolução dos problemas levantados de uma maneira ágil e eficaz, para toda a coletividade de consumidores, evitando-se o processo judicial, de modo a proporcionar a uniformização dos direitos e garantindo-se a aplicação de penalidades em caso de descumprimento. É um dos instrumentos consensuais de que dispõe a Administração Pública, para atingir seus propósitos finalísticos, como a promoção de direitos dos consumidores (CHERMAN, 2017, p. 42).

Como explica Nelson Nery Junior, não agem os legitimados na busca de direito próprio, mas em prol de interesses metaindividuais, em proveito da coletividade. “Zelam por interesses dispersos e fragmentados entre um número indeterminado ou às vezes até mesmo indetermináveis de lesados” (NERY JUNIOR, 2010).

Pode o TAC ser celebrado com o intuito de suspender um processo punitivo, que já tenha se instaurado, para se evitar a punição dele decorrente, ou firmado a partir de um processo punitivo, para se evitar que determinado agente sofra novas punições decorrentes da continuidade da prática do ato. Em ambas as hipóteses, verifica-se que o mecanismo é utilizado para relativizar a atividade punitiva estatal, razão pela qual a sua celebração deve vir acompanhada de fundamentação idônea (CHERMAN, 2017, p. 43):

O fundamento para a celebração do TAC deve extrapolar a esfera das pretensões individuais do regulado, de forma que, mediante a análise de prevalência do interesse público, seja favorável para a sociedade a assinatura do TAC. Há de se aplicar, aos atos administrativos discricionários, como garantia aos administrados, o princípio do custo-benefício, segundo o qual uma ação só pode ser considerada de utilidade pública “se os prejuízos à propriedade privada, o custo financeiro e os inconvenientes de ordem social que implica não forem excessivos em relação ao interesse que apresenta. (CHERMAN, 2017, p. 44).

São legitimados para proporem compromissos de ajustamento de condutas o PROCON e a ANATEL, que se constitui como autarquia especial (NERY JUNIOR, 2010).

Uma das formas adequadas de as agências reguladoras fazerem uso desse compromisso é vincular a sua celebração ao provimento de benefícios adicionais à sociedade, em especial ao público destinatário final da atividade regulada, estimulando-se a melhoria da qualidade dos serviços prestados aos consumidores.

6.2.1 Compromisso de ajustamento de conduta firmado pela Agência Nacional de Telecomunicações

A Resolução nº 589, de 2012, autoriza a ANATEL, expressamente, no art. 5º, à celebração de compromissos de ajustamento de conduta, com infratores, a seu critério, na órbita de suas competências legais, com vistas ao “melhor atendimento do interesse público” (AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, 2020b), sendo um instrumento de grande relevância na atuação da agência, inclusive.

Como salientado pelo próprio Conselho Diretor da agência:

5.21 A Agência, tem se empenhado na condução do processo de elaboração dos Termos de Ajustamento de Conduta, já tendo sido objeto de análise desse Conselho, as propostas de TAC propostos pela Oi e pela Telefônica Brasil S/A. Nos dois casos, não foi alcançado o objetivo final, entretanto, a complexidade da elaboração do termo proporcionou aprendizados de toda equipe técnica e deste Conselho Diretor. (AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, 2019c).

A Resolução nº 629, de 2013, da ANATEL, aprovou o regulamento de celebração e acompanhamento do TAC, aplicável a processos nos quais ainda não tenha sido proferida decisão administrativa com trânsito em julgado. Além das regras gerais, o regulamento autoriza a sua celebração a qualquer tempo, de ofício ou mediante requerimento das concessionárias. Contudo, o requerimento não será admitido quando houver reiteração de condutas indesejadas no mercado (AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, 2020).

Exemplo concreto dessa celebração ocorreu na análise nº 203/2019, cuja proposta de TAC foi apresentada pela TIM S.A., para regularização de sua situação em processos administrativos pendentes em seu desfavor, relativos aos direitos e garantias dos usuários, qualidade, ampliação do acesso e fiscalização. Entre outras obrigações, foi imposto à sociedade empresária a melhora dos indicadores de qualidade do serviço de telefonia móvel, a elaboração de plano de ressarcimento dos usuários por cobranças indevidas e a promoção de melhorias nos serviços de atendimento presencial e via aplicativo. Além disso, exigiu-se que não fosse demandada em novos procedimentos administrativos sobre a mesma matéria:

Em 25/06/2019, por meio do Memorando nº 66/2019/EC (SEI nº 4304318), solicitei à Superintendência de Competição que avaliasse se o grupo TIM possuía capacidade econômico-financeira para realizar os investimentos propostos para o TAC. Em resposta, a SCP encaminhou o Informe nº 71/2019/CPAE/SCP (SEI nº 4373906), no qual concluiu que a TIM S.A. apresenta capacidade econômico-financeira para

realizar os investimentos propostos para o TAC nos anos de 2020 e 2021, sem que isso implique risco aos serviços prestados.

Da forma como foi desenhada, a proposta contempla dois vetores: um corretivo e um preventivo.

O componente corretivo consiste em sanar o passivo, ou seja, efetivar o licenciamento daquelas estações que já estão em operação. O preventivo, por sua vez, consiste em aprimorar os procedimentos internos da requerente, de forma que, ao final do TAC, todas as estações sejam previamente licenciadas, para somente entrar em operação.

Em relação à parte preventiva da proposta, a PFE sugeriu que melhor fosse fundamentado o estabelecimento de metas meio em detrimento de meta única e final.

A esse respeito, a área técnica assim se manifestou, em seu Informe nº 837/2018/SEI/COGE/SCO (SEI nº 3497629):

3.101.6. A solução gradual, proposta pela compromissária, retrata a sistemática de correção dos procedimentos de licenciamento de novas estações. Entende-se com a proposta que, a cada esforço para correção de tais procedimentos, necessita-se de um período de observação de melhoria, com nova identificação de falhas adjacentes a serem tratadas ou de refinamentos no procedimento a serem implantados, até que se atinja o patamar de 0% (zero por cento) de falhas no Ano 4 (conforme dispõe a cláusula 3.14, §1º, alínea e).

3.101.7. Ressalte-se que, durante a execução do TAC, os casos de falhas (5%, 3%, 2%) devem ser solucionados em até 60 (sessenta) dias da data de ativação da estação, reforçando o caráter de observação das falhas ocorridas para melhoria do procedimento no período subsequente.

Em linha com o posto pela área técnica, entendo que a correção de condutas, em especial aquelas que envolvem desenvolvimentos de sistemas e aprimoramentos de processos, naturalmente necessita de tempo.

Ademais, a PFE tem amplamente defendido que, “a estipulação de cronograma para progressão no ajustamento da conduta é medida salutar sobre a qual esta Procuradoria tem sempre recomendado”.

Assim, entendo adequada a conduta na forma proposta pela Comissão, motivo pelo qual proponho acatá-la.

.....

Dado a natureza do presente processo, mostra-se pertinente que se avalie a capacidade econômico-financeira da Compromissária para atendimento das iniciativas e investimentos, objetos do presente acordo.

Nesse sentido, formulei diligência à Superintendência de Competição por meio do Memorando nº 66/2019/EC (SEI nº 4304318), de 25/06/2019, para que avaliassem se o Grupo TIM possuía capacidade econômico-financeira para realizar os investimentos propostos para o TAC, sem que isso implicasse em risco aos serviços prestados.

A área técnica, por meio do Informe nº 71/2019/CPAE/SCP (SEI nº 4373906), realizou o exame detalhado das informações econômico-financeiras da empresa, analisando dentre outros, indicadores de liquidez e endividamento da empresa, aspectos essenciais para o financiamento e cumprimento dos compromissos de investimento.

Com base na análise realizada, pode-se concluir que “a TIM S.A. apresenta capacidade econômico-financeira para realizar os investimentos propostos para o TAC nos anos de 2020 e 2021, sem que isso implique risco aos serviços prestados. No que se refere ao ano de 2022, para os quais não foram encaminhadas informações de fluxo de caixa, em que pese a tendência de declínio do caixa e equivalente de caixa conforme projetou a Companhia, trata-se da menor parcela de

investimentos previstos em compromissos adicionais (21%), não havendo evidências de que a Companhia não possa adimplir com seu compromisso.”

Assim, considerando as análises apresentadas pela área competente, é possível se depreender que a prestadora possui condição de assumir os compromissos adicionais propostos.

Cabe ressaltar, ainda, que mesmo na hipótese de haver alterações no montante das obrigações referentes aos compromissos adicionais em razão de possíveis atualizações no Valor de Referência, essas tendem a não ter impacto significativo nos resultados obtidos, e, portanto, não invalidariam as conclusões apresentadas. (AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, 2019c).

A fixação das medidas supramencionadas foi precedida de profunda análise técnica acerca da viabilidade econômica da sociedade empresária, para averiguar se a execução da proposta seria factível, adequando seus termos aos informes apresentados por setores especializados da agência, destacando-se, mais uma vez, as características de especificidade e discricionariedade técnica das decisões administrativas, no âmbito da ANATEL.

6.3 CONVENÇÃO COLETIVA DE CONSUMO

Exemplo claro da possibilidade de participação dos consumidores coletivamente, de forma mais direta do que a atuação em conjunto com a ANATEL, e ainda pouco difundido no país, dá-se por meio do estabelecimento de convenções coletivas de consumo, prevista no Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 2017a), desde os anos 1990.

Privilegiando a autorregulamentação, o legislador inseriu no art. 107 do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 2017a), a possibilidade de estipulação de convenções coletivas de consumo:

Art. 107. As entidades civis de consumidores e as associações de fornecedores ou sindicatos de categoria econômica podem regular, por convenção escrita, relações de consumo que tenham por objeto estabelecer condições relativas ao preço, à qualidade, à quantidade, à garantia e características de produtos e serviços, bem como à reclamação e composição do conflito de consumo.

§ 1º A convenção tornar-se-á obrigatória a partir do registro do instrumento no cartório de títulos e documentos.

§ 2º A convenção somente obrigará os filiados às entidades signatárias.

§ 3º Não se exime de cumprir a convenção o fornecedor que se desligar da entidade em data posterior ao registro do instrumento. (BRASIL, 2017a).

O supramencionado dispositivo legal trata da convenção coletiva de consumo como um meio de solução e prevenção de conflitos coletivos, em que as partes envolvidas, por intermédio de suas entidades representativas, estabelecem, previamente, certos elementos da

relação de consumo, de modo a atuarem nos contratos individuais que ainda se celebrarão (GRINOVER, 2011, p. 844).

Constitui-se a convenção como um acordo coletivo firmado entre entidades civis de consumidores e associações de fornecedores ou sindicatos de categoria econômica, tendo por objeto o estabelecimento de condições referentes às relações de consumo. A convenção adquire caráter obrigatório aos filiados das entidades signatárias a partir de seu registro no Cartório de títulos e documentos e passa a reger os termos dos contratos futuros (MACIEL JÚNIOR, 1995, p. 104).

“A convenção coletiva de consumo se apresenta como ‘dádiva’ do Estado [...]” (MACIEL JÚNIOR, 1995, p. 77), que buscou a intervenção na relação de consumo, criando um instrumento de autotutela para os consumidores.

Sua celebração condiciona-se, nos termos legais, à participação de entidades civis em representação dos consumidores e de associações ou sindicatos de categoria econômica em representação dos fornecedores. “As entidades celebrantes devem estar previamente autorizadas por seus filiados a tal celebração, seja por meio de seus estatutos, seja por meio de assembleia-geral convocada para este fim, ou por ambas as formas.” (GRINOVER, 2011, p. 844).

Extrai-se, assim, a exigência legal da necessidade de organização dos próprios consumidores e fornecedores em grupos e a formação de entidades que os representem, para manifestação da vontade coletiva, ainda que, em última análise, os destinatários das estipulações sejam todos consumidores que usarão individualmente os bens e serviços, objetos do acordo (MACIEL JÚNIOR, 1995, p. 109).

Nesse sentido, deve-se evoluir da ideia básica de que o consumidor é apenas um indivíduo, para reconhecê-lo como uma categoria, harmonizando-se os interesses dos participantes das relações de consumo, conforme art. 4º, III, do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 2017a). O protagonismo da categoria na condução de seus próprios interesses e conflitos se apresenta como forma de redução da vulnerabilidade, e a convenção coletiva como meio regulatório de mediação e estabelecimento de condições para a composição de interesses e, em última análise, para a prevenção de danos.

Nesse sentido, Fabiana Ramos afirma que, em realidade, o que se pretende, é a consideração da igualdade das partes na condução do procedimento de maneira que estejam em posição de equilíbrio, em compensação às desigualdades verificadas no plano prático (RAMOS, 2017). Busca-se, justamente, o estabelecimento de um amplo diálogo entre consumidores e fornecedores.

O dismantelamento do movimento associativo em matéria de consumo, além da desigualdade fática entre os envolvidos e a precariedade do estímulo governamental à conscientização da sociedade devem ser superados, para se alcançar o fortalecimento das associações e da posição dos consumidores, garantindo maior força às causas consumeristas.

Homero Batista Mateus da Silva destaca possuir a convenção coletiva de consumo concepções negociais e sociais, devido ao seu indubitável caráter contratual e conteúdo negocial, além de características jurídicas de imposição de preceitos e comportamentos, similares aos contratos normativos previstos no Direito italiano (SILVA, 2011, p. 26-31).

Vicente de Paula Maciel Júnior pressupõe tratar-se de ato jurídico negocial e norma, por enquadrar-se, no sistema conceitual dualista como negócio jurídico que produz norma entre as partes e que cria condições relativas às relações de consumo. A convenção é um contrato entre as partes, que revela característica de norma abstrata, que regula futuras relações (MACIEL JÚNIOR, 1995, p. 52-53). Acrescenta o autor que “a legislação do consumidor descreve a convenção coletiva de consumo como negócio jurídico normatizante [...] um negócio jurídico que produz norma entre as partes” (MACIEL JÚNIOR, 1995, p. 119).

Desse modo, conclui-se ser a convenção coletiva, em essência, um contrato, por constituir-se a partir do acordo entre as partes interessadas, mas sem deixar de produzir um complexo normativo genérico destinado a orientar a atuação presente e futura dos envolvidos na estipulação de outros instrumentos contratuais.

A propósito, convenção é justamente o termo que se utiliza para se evidenciar o aspecto subjetivo, o acordo de vontades imprescindível na celebração de qualquer contrato, tratando-se, verdadeiramente, de um “contrato coletivo de consumo” (MACIEL JÚNIOR, 1995, p. 48-49).¹⁴

A colocação dos consumidores na posição de protagonistas de uma negociação com o fornecedor permite a compreensão da categoria como agente hábil e capaz. Trata-se de nítida forma de reintegração dos consumidores ao sistema do qual são, atualmente, considerados como meros adquirentes (RAMOS, 2017).

¹⁴ Vicente de Paula Maciel Júnior propõe a nova denominação “contrato social de consumo”, evidenciando que a expressão denota um sentido mais exato à medida que o instituto dispõe sobre efeitos de situações pautadas entre entidades e particulares e chancela a atividade volitiva das partes, segundo critérios fixados pelo Estado na legislação. (MACIEL JÚNIOR, 1995, p. 48-49).

A convenção coletiva constitui uma alternativa real e complementar às demais, que garante maior equilíbrio na relação de consumo, além da prevenção de eventuais conflitos advindos dos contratos e da maior proteção dos interesses dos consumidores:

Em outras palavras, a convenção coletiva de consumo, prevista no artigo 107 do CDC (LGL\1990\40), teria o papel de formatar juridicamente o debate político qualificado entre consumidores e fornecedores com a responsável mediação do Estado, produzindo um círculo virtuoso no monitoramento preventivo dos conflitos de consumo e envolvimento cívico do indivíduo na construção de padrões de comportamento desejáveis para o aprimoramento das relações de consumo.

As convenções teriam um alcance transindividual e reforçariam a ideia de autonomia cívica do consumidor pela não dependência das iniciativas oficiais na solução dos conflitos de consumo, favorecendo uma maior imersão da sociedade civil nesse contexto. (VERBICARO, 2017).

Destaca Dennis Verbicaro, contudo, o claro sentimento de desperdício dessa convenção na sociedade brasileira, que, apesar de sofisticada a ponto de realizar sua criação, pouco se apossou de sua aplicação como ferramenta extrajudicial de composição do massificado antagonismo entre consumidores e fornecedores. É preciso resgatar o instituto como tentativa de se romper com uma cultura jurídica baseada na litigiosidade e na supervalorização da jurisdição (VERBICARO, 2017).

São escassos os casos noticiados na sociedade brasileira de celebração de convenções coletivas de consumo.

Em 27 de outubro de 1992, o Conselho Federal de Corretores de Imóveis (COFECI), mediante intermediação da Secretaria Nacional de Direito Econômico (SDE), firmou a convenção coletiva com entidades de defesa do consumidor, na qual estabeleceram a impossibilidade de cobrança da “taxa de contrato” dos locatários pretendentes à locação de imóveis residenciais em contrapartida ao expressamente disposto no art. 3º da Resolução-COFECI nº 334/923 (CONSELHO FEDERAL DE CORRETORES DE IMÓVEIS, 1992).

Em 1993, foi firmada uma convenção coletiva de consumo entre o Movimento de Donas de Casa e Consumidores de Minas Gerais (MDC-MG) e a rede de supermercados à época denominada “Mineirão”, integrante atual da rede “Carrefour” de supermercados, em razão dos crescentes índices inflacionários vivenciados, com o intuito de estabilizarem os preços de itens essenciais da cesta básica. Após várias reuniões com os lojistas, os preços de mais de 30 itens foram convencionalmente definidos, de forma que não prejudicassem o fornecedor e se mantivessem acessíveis aos consumidores.

Busca-se, com o incentivo à estipulação das convenções coletivas de consumo, o estímulo, também, à autocomposição entre fornecedores e consumidores, por meio de suas entidades representativas:

É preciso voltar a falar sobre a convenção coletiva, resgatando sua finalidade estratégica de corrigir, no plano coletivo, algumas das muitas vicissitudes de uma sociedade doente pelo consumismo irresponsável e pela proliferação de práticas empresárias abusivas levadas a efeito sob a lógica de que agir na infralegalidade compensa economicamente, sobretudo porque os danos ocorrem no atacado e as condenações, que dependem do intrincado e ritualizado labirinto forense, são entregues no varejo e em valores cada vez mais aviltantes, banalizando a tutela de bens jurídicos relevantes do consumidor. (VERBICARO, 2017).

Além da regulação pelo Estado, entende-se que o bom funcionamento do mercado depende que fornecedor e consumidor se encontrem e se coloquem frente a frente como pessoas e que possam expor mutuamente seus interesses, resgatando-se a humanidade nas relações de consumo, para considerá-las além de seu aspecto econômico (RAMOS, 2017).

A valorização dos procedimentos voluntários e, em última análise, a busca pela pacificação dos interesses, além do equilíbrio nas relações contratuais, pela supremacia da autonomia da vontade, garante a efetivação de um Direito do Consumidor mais participativo e reflexivo, e que tutela preventivamente a ocorrência de danos aos usuários dos serviços.

7 CONCLUSÃO

O estudo sobre a admissibilidade da função punitiva da responsabilidade civil não é inédito na doutrina brasileira e muito se discute a respeito de sua legitimidade, nos moldes do ordenamento jurídico vigente. Aqueles que a defendem, reforçam se tratar de instrumento necessário à prevenção da prática reiterada de atos ilícitos no mercado e à contenção de danos na sociedade hipercomplexa em que se vive atualmente, a par da ausência de previsão legal expressa.

A pesquisa buscou diversificar o objeto tradicional de estudo da indenização punitiva, focando na sua forma de aplicação pelas decisões judiciais e no estudo da intenção de adoção do instituto como mecanismo de adequação de condutas no mercado, propondo um exame dos fundamentos expostos pelos magistrados e de sua subsistência em critérios teóricos objetivos. Apenas se embasada em parâmetros claros, a adoção da indenização punitiva se tornaria capaz de alcançar a finalidade que afirmam que se pretende atingir.

Como ponto de partida, foram abordados, no capítulo dois, dados oficiais do Poder Judiciário, quanto ao julgamento das ações que tratam do Direito do Consumidor e suas repercussões indenizatórias, e do setor de telefonia móvel, ficando nítida a insuficiência da postura do Judiciário de imposição de indenizações punitivas como meio de contenção da violação de direitos dos consumidores. A par da constatada aplicação das sanções, há alguns anos, pelo Superior Tribunal de Justiça, as reclamações dos usuários crescem na agência reguladora e os problemas relatados se tornaram perenes.

Abordou-se, ainda, no capítulo três, a teoria estrangeira dos *punitive damages*, aceita pelos países adeptos do *common law*, como referência da aplicação de instituto similar, em outras realidades culturais. Desde a origem moderna da teoria, no Direito inglês, e sua disseminação, no Direito norte-americano, ao contrário do que se veicula muitas vezes na mídia e, conseqüentemente, no pensamento social, a jurisprudência estrangeira exige o estabelecimento de critérios claros e restritos de fixação dessas indenizações. A limitação dos critérios punitivos a serem considerados, bem como dos valores indenizatórios e sua proporcionalidade com os danos causados, são preocupações constantes dos tribunais estrangeiros no estabelecimento de precedentes.

A preocupação com a segurança jurídica das decisões judiciais e suas repercussões no mercado, da mesma forma, é constante, nos países estrangeiros estudados, restringindo-se a fixação das indenizações punitivas a casos excepcionais, de gravidade extremada.

No capítulo quatro, dedicando-se ao panorama nacional, verificou-se o desenvolvimento social brasileiro crescente no sentido de se ampliar a ideia de prevenção de danos, diante da disseminação e da socialização de riscos na sociedade contemporânea. Reforçou-se, assim, a defesa dos adeptos da indenização punitiva como um novo paradigma da responsabilidade civil, centrado na prevenção de atos ilícitos e voltado a maximizar a proteção dos indivíduos, de modo a garantir maior efetividade ao Direito Civil, a par da não alteração do ordenamento jurídico vigente.

No capítulo cinco, por sua vez, à luz da amostra dos julgados do Superior Tribunal de Justiça examinados, a imprecisão da fundamentação adotada pelo tribunal, para a aplicação de indenizações punitivas, às sociedades empresárias prestadoras de serviços de telefonia móvel, restou evidente. Em julgados fundados em argumentos genéricos, sem a devida apuração de dados concretos ou aprofundamento técnico, e em verdadeira confusão com o valor fixado a título de indenização compensatória, a pena civil é adotada, não sendo possível afastarem-se críticas contundentes à sua forma de aplicação.

Nítida é a diferenciação da indenização punitiva nos moldes nacionais do modelo estrangeiro dos *punitive damages*. Além da diferenciação lógica dos sistemas, não possui a indenização punitiva limites gerais claros e pré-fixados, a serem seguidos pelos aplicadores do Direito.

Ao se apurar, no capítulo seis, a existência de outros instrumentos para adequação de condutas no mercado de telefonia móvel, como o estabelecimento de punições pela própria ANATEL e a eventual celebração de compromissos de ajustamento de condutas e de convenções coletivas de consumo, confirmou-se a inadequação da aplicação da indenização punitiva pelo Superior Tribunal de Justiça.

A ANATEL conta com arcabouço técnico e pessoal especializado, para análise da estrutura do mercado e aplicação de sanções direcionadas, além de vasto respaldo no ordenamento jurídico de parâmetros para o estabelecimento de cada uma das eventuais punições a serem aplicadas.

O TAC e as convenções coletivas de consumo garantem, ainda, além da prevalência da autonomia da vontade, o protagonismo adequado e eficaz dos consumidores e sua categoria, nas negociações com os agentes empresariais.

Após o percurso desenvolvido, à luz do problema inicialmente formulado, confirma-se, portanto, a hipótese de pesquisa apresentada, no sentido de que o Superior Tribunal de Justiça, ao menos a partir da amostra de julgados sistematizados nessa pesquisa, não demonstra a adoção de critérios teóricos e objetivos, para a aplicação da indenização punitiva

aos prestadores de serviços de telefonia móvel, em ações indenizatórias por danos morais causados aos usuários.

Em suas decisões, os Ministros, em última análise, desrespeitam a matriz teórica do próprio instituto, importando conceito alienígena, sem as devidas adaptações ao ordenamento jurídico brasileiro e à realidade fática do mercado de consumo do país.

Para que a responsabilidade civil possa adequadamente exercer o escopo de adequação de condutas ilícitas no mercado, entende-se imprescindível que se reconheça a insuficiência de seu paradigma compensatório, tomando o legislador providências no sentido de assegurar a introdução da indenização punitiva no ordenamento jurídico e de estabelecer seus parâmetros de aplicação, em atenção a critérios voltados ao ato ilícito e às características de seu agente.

A aceitação da indenização punitiva como vertente da lógica compensatória da indenização pela ofensa extrapatrimonial, além de violar o disposto no art. 944 do Código Civil (BRASIL, 2019c), prejudica a sua própria finalidade, diluindo seu valor. É imprescindível a sua consagração como instituto autônomo à indenização compensatória, com critérios legais específicos, a serem seguidos pelos juízos, aos quais caberão a verificação e adequação aos casos concretos.

A obtenção de resultados desejáveis na conformação de condutas de agentes empresariais está intimamente ligada à legitimidade das punições a eles eventualmente impostas, razão pela qual, sem a alteração legislativa, a atuação da ANATEL, no estabelecimento de punições e na formulação de compromissos de ajustamento de condutas, ou a pactuação de convenções coletivas de consumo pelos próprios consumidores, parecem mecanismos mais adequados.

A busca por métodos alternativos ou complementares de resolução de conflitos é necessária ao sistema, diante da própria incapacidade institucional do Poder Judiciário e dos órgãos públicos legitimados à sua resolução.

A sociedade anseia por instrumentos mais céleres e que privilegiem a composição de interesses e a adoção de medidas de valorização de instrumentos mais democratizantes para a instrumentalização das relações econômicas parece ser uma solução adequada, evitando-se que as constantes ações tomadas no mercado pelos agentes empresariais culminem em novos e numerosos conflitos judiciais.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. **Acórdão nº 591**. Relator: Conselheiro Aníbal Diniz, 23 de outubro de 2019. Disponível em: https://sei.anatel.gov.br/sei/publicacoes/controlador_publicacoes.php?acao=publicacao_visualizar&id_documento=5461293&id_orgao_publicacao=0. Acesso em: 12 jun. 2020.

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. **Análise nº 109/2019/AD**. Relator: Conselheiro Aníbal Diniz, 27 de maio de 2019. Disponível em: https://sei.anatel.gov.br/sei/publicacoes/controlador_publicacoes.php?acao=publicacao_visualizar&id_documento=4643417&id_orgao_publicacao=0. Acesso em: 12 jun. 2020.

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. **Análise nº 203/2019/EC**. Relator: Conselheiro Emmanoel Campelo de Souza Pereira, 27 de agosto de 2019. Disponível em: https://sei.anatel.gov.br/sei/publicacoes/controlador_publicacoes.php?acao=publicacao_visualizar&id_documento=5144362&id_orgao_publicacao=0. Acesso em: 12 jun. 2020.

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. **Banda larga – Acessos**: acessos de banda larga fixa no Brasil. Brasília, DF: ANATEL, 2017. Disponível em: <https://www.anatel.gov.br/dados/component/content/article?id=269>. Acesso em: 12 jun. 2020.

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. **Listagem de consultas públicas [consultas em andamento]**. Brasília, DF: ANATEL, 2020. Disponível em <https://sistemas.anatel.gov.br/SACP/Contribuicoes/ListaConsultasContribuicoes.asp?Tipo=1&Opcao=andamento&SISQSmodulo=1442>. Acesso em: 12 jun. 2020.

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. **Números do setor**. Brasília, DF: ANATEL, 2015. Disponível em: <https://www.anatel.gov.br/dados/2015-02-04-18-43-59>. Acesso em: 12 jun. 2020.

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. **Painéis de dados**. Brasília, DF: ANATEL, [2019]. Disponível em: <https://www.anatel.gov.br/paineis/acessos/telefoniamovel>. Acesso em: 12 jun. 2020.

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. **Plano de ação Pró-Usuário**. Brasília, DF: ANATEL, 2010. Disponível em: <https://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=252357&assuntoPublicacao=null&caminhoRel=null&filtro=1&documentoPath=252357.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2020.

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. **Ranking satisfação geral 2016 – Minas Gerais**. Brasília, DF: ANATEL, 2017. Disponível em: <https://www.anatel.gov.br/consumidor/pesquisa-de-satisfacao-e-qualidade/2016/mg>. Acesso em: 12 jun. 2020.

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. **Resolução nº 589, de 7 de maio de 2012**. Aprova o Regulamento de Aplicação de Sanções Administrativas. Brasília, DF: ANATEL, 2020. Disponível em <https://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2012/191-resolucao-589>. Acesso em: 12 jun. 2020.

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. **Resolução nº 612, de 29 de abril de 2013.** Aprova o Regimento Interno da Anatel. Brasília, DF: ANATEL, 2020. Disponível em: <https://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2013/450-resolucao-612>. Acesso em: 12 jun. 2020.

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. **Resolução nº 629, de 16 de dezembro de 2013.** Aprova o Regulamento de celebração e acompanhamento de Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta (TAC). Brasília, DF: ANATEL, 2020. Disponível em: <https://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2013/680-resolucao-629>. Acesso em: 12 jun. 2020.

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. **Resolução nº 632, de 7 de março de 2014.** Aprova o Regulamento Geral de Direitos do Consumidor de Serviços de Telecomunicações – RGC. Brasília, DF: ANATEL, 2020. Disponível em: <https://www.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2014/750-resolucao-632>. Acesso em: 12 jun. 2020.

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. **Telefonia móvel – Acessos:** acessos de telefonia móvel no Brasil. Brasília, DF: ANATEL, 2015. Disponível em: <https://www.anatel.gov.br/dados/acessos-telefonia-movel>. Acesso em: 12 jun. 2020.

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES. **Termo de cooperação 002/2008.** Termo de cooperação técnica que entre si celebram a Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel e o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – Idec, visando o desenvolvimento de ações conjuntas no marco do projeto BR-M1035 “Fortalecimento da capacidade técnica da participação social no processo de regulação”. Brasília, DF: ANATEL, 2008. Disponível em: <https://www.idec.org.br/pdf/termo-cooperacao-anatel.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2020.

ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. Responsabilidade contratual inaplicabilidade do efeito pedagógico punitivo do dano moral. **Soluções práticas**, [S. l.], v. 2, p. 1037-1056, ago. 2011.

ALVIM, Agostinho. **Da doação**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano moral e indenização punitiva: os *punitive damages* na experiência do *common law* e na perspectiva do Direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do Direito Administrativo Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. *In*: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Novos estudos e pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 377-384.

BAÍA, Jacinto Américo Guimarães. Estudos sobre a responsabilidade civil. *In*: SILVA, Wilson Mello da; BAÍA, Jacinto Américo Guimarães; COSTA, José Rubens; RIBEIRO, Mário Alves; PINTO, Nelson Luiz Guedes Ferreira. **Cadernos de Pós-Graduação: Direito Civil Comparado II: estudos sobre a responsabilidade civil**. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1977. p. 9-46.

BASSAN, Marcela Alcazas. **As funções da indenização por danos morais e a prevenção de danos futuros**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-24112009-133257/pt-br.php>. Acesso em: 12 jun. 2020.

BENACCHIO, Marcelo. A função punitiva na responsabilidade no Código Civil. *In*: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (org.). **Temas relevantes do Direito Civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 641-668.

BERNARDES, Bruno Paiva. **Conjecturas sobre a aplicação do minimalismo judicial ao ordenamento jurídico brasileiro e sua democraticidade jurídica**. 2019. Dissertação (Mestrado em Instituições Sociais, Direito e Democracia) – Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde, Universidade FUMEC, Belo Horizonte, 2019. Disponível em: <http://www.fumec.br/revistas/pdmd/article/view/7023>. Acesso em: 12 jun. 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto; PRADO, Luiz Régis. Princípios fundamentais do Direito Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, [S. l.], v. 15, jul./set. 1996. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=r1&srguid=i0ad6adc60000017086c315c661afb4b6&docguid=I927c32d0f25111dfab6f010000000000&hitguid=I927c32d0f25111dfab6f010000000000&spos=9&epos=9&td=34&context=37&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 12 jun. 2020.

BONNA, Alexandre. Análise crítica da indenização punitiva e responsabilidade objetiva no Brasil à luz da teoria de Jules Coleman. *In*: MILAGRES, Marcelo de Oliveira; ROSENVALD, Nelson (coord.). **Responsabilidade civil: novas tendências**. São Paulo: Foco Jurídico, 2017. p. 97-107.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 12 jun. 2020.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado 379**. O art. 944, caput, do Código Civil não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil. Brasília, DF: CJF, 2016. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/517>. Acesso em: 12 jun. 2020.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado 445**. O dano moral indenizável não pressupõe necessariamente a verificação de sentimentos humanos desagradáveis como dor ou sofrimento. Brasília, DF: CJF, 2012. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/366>. Acesso em: 12 jun. 2020.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado 446**. A responsabilidade civil prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do Código Civil deve levar em consideração não apenas a proteção da vítima e a atividade do ofensor, mas também a prevenção e o interesse

da sociedade. Brasília, DF: CJF, 2012. Disponível em:
<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/371>. Acesso em: 12 jun. 2020.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado 456**. A expressão “dano” no art. 944 abrange não só os danos individuais, materiais ou imateriais, mas também os danos sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos a serem reclamados pelos legitimados para propor ações coletivas. Brasília, DF: CJF, 2012. Disponível em:
<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/403>. Acesso em: 12 jun. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2018**: ano-base 2017. Brasília, DF: CNJ, 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2019**: ano-base 2018. Brasília, DF: CNJ, 2019.

BRASIL. **Decreto nº 2.338, de 7 de outubro de 1997**. Aprova o Regulamento da Agência Nacional de Telecomunicações e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2007]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2338.htm. Acesso em: 12 jun. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 6.523, de 31 de julho de 2008**. Regulamenta a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para fixar normas gerais sobre o Serviço de Atendimento ao Consumidor - SAC. Brasília, DF: Presidência da República, [2008]. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Decreto/D6523.htm. Acesso em: 12 jun. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890**. Promulga o Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [199-]. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm. Acesso em: 12 jun. 2020.

BRASIL. **Lei de 16 de dezembro de 1830**. Manda executar o Código Criminal. Brasília, DF: Presidência da República, [199-]. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm. Acesso em: 12 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 12 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, [2002]. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 12 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 5.070, de 7 de julho de 1966**. Cria o Fundo de Fiscalização das Telecomunicações e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5070.htm. Acesso em: 12 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2015]. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm. Acesso em: 12 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 12 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 12 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.** Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987compilada.htm. Acesso em: 12 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997.** Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9472.htm. Acesso em: 12 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.998, de 17 de agosto de 2000.** Institui o Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9998.htm. Acesso em: 12 jun. 2020.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 1914, de 9 de setembro de 2003.** Altera a redação do art. 953 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, [2010]. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=132136>. Acesso em: 12 jun. 2020.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 276, de 1º de março de 2007.** Altera o Código Civil, instituído pela Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, [2012]. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=343231>. Acesso em: 12 jun. 2020.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 413, de 2007.** Acrescenta parágrafo ao art. 944 da Lei nº 10.406, de 2002, para incluir a previsão das funções compensatória, preventiva e punitiva da indenização. Brasília, DF: Senado Federal, [2015]. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/81887>. Acesso em: 12 jun. 2020.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 6960, de 12 de junho de 2002.** Dá nova redação aos artigos 2º, 11, 12, 43, 66, 151, 224, 243, 244, 246, 262, 273, 281, 283, 286, 294, 299, 300, 302, 306, 309, 328, 338, 369, 421, 422, 423, 425, 429, 450, 456, 471, 472, 473, 474, 475, 478, 479, 480, 482, 496, 502, 506, 533, 549, 557, 558, 559, 563, 574, 576, 596, 599, 602, 603, 607, 623, 624, 625, 633, 637, 642, 655, 765, 788, 790, 872, 927, 928, 931, 944, 947, 949, 950, 953, 954, 966, 977, 999, 1053, 1060, 1086, 1094, 1099, 1158, 1160, 1163, 1165, 1166, 1168, 1196, 1197, 1204, 1210, 1228, 1273, 1274, 1276, 1316, 1341, 1347, 1352, 1354, 1361, 1362, 1365, 1369, 1371, 1374, 1378, 1379, 1434, 1436, 1456, 1457, 1473, 1479, 1481, 1512, 1515, 1516, 1521, 1526, 1561, 1563, 1573, 1574, 1575, 1576, 1581, 1583, 1586, 1589, 1597, 1601, 1605, 1606, 1609,

1614, 1615, 1618, 1623, 1625, 1626, 1628, 1629, 1641, 1642, 1660, 1665, 1668, 1694, 1700, 1701, 1707, 1709, 1717, 1719, 1721, 1722, 1723, 1725, 1726, 1727, 1729, 1731, 1736, 1768, 1788, 1790, 1800, 1801, 1815, 1829, 1831, 1834, 1835, 1848, 1859, 1860, 1864, 1881, 1909, 1963, 1965, 2002, 2038 e 2045 da Lei nº. 10.406 de 10 de janeiro de 2002, que “Institui o Código Civil”, acrescenta dispositivos e dá outras providências. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, [2008]. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=56549>. Acesso em: 12 jun. 2020.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 699, de 15 de março de 2011**. Altera o Código Civil, instituído pela Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, [2019]. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=494551>. Acesso em: 12 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). **Agravo Regimental no Recurso Especial 1502179/PE**. Processual Civil. Administrativo. Ação civil pública. Demanda coletiva. Direito do consumidor. Serviço de telefonia móvel. Participação da Anatel. Competência da Justiça Federal. OAB/PE e ADECCON/PE. Preliminares de ilegitimidade ativa, falta de interesse de agir e impossibilidade jurídica do pedido afastadas. Qualidade deficiente dos serviços de telefonia móvel comprovada por relatório da Anatel e outros documentos. Danos morais coletivos reconhecidos pelo tribunal de origem. Pedido para que o STJ examine o cumprimento da obrigação de fazer. Impossibilidade. Necessidade de reexame do contexto fático-probatório. Súmula 7/STJ. 1. Na hipótese dos autos, quanto à questão relacionada à competência, o Superior Tribunal de Justiça possui a orientação no sentido de que a atividade fiscalizatória exercida por entidade reguladora, *in casu* a Anatel, aliada à legitimidade ad causam do Ministério Público Federal para figurar no polo ativo da demanda, define a competência da Justiça Federal para processamento e julgamento do feito. (REsp 1.479.316/SE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 20/8/2015, DJe 1/9/2015). 2. A respeito da alegação de divergência jurisprudencial, nota-se que os acórdãos paradigmas transcritos pela parte recorrente não possuem similitude com o caso ora em exame. Com efeito, no primeiro aresto paradigma (fls. 2090 e 2630/e-STJ) a ação envolve o interesse e participação do Ministério Público Estadual, e não Federal, enquanto o segundo acórdão paradigma (fls. 2091 e 2631/e-STJ) não envolve a participação de agência reguladora. 3. No que se refere à condenação da empresa recorrente em danos morais coletivos, o acórdão objurgado estabeleceu que os inúmeros documentos juntados ao processo demonstram os prejuízos e a lesão causada aos consumidores dos serviços de telefonia (fls. 2002; 2011; 2030 e 2032). Com efeito, o entendimento do Tribunal de origem tem por supedâneo diversos documentos, entre eles relatório e processos administrativos da própria Anatel, que atestam a deficiência nos serviços prestados (fls. 2014-2017/e-STJ). Dessarte, o acolhimento da pretensão recursal demanda reexame do contexto fático-probatório, não admitido ante o óbice da Súmula 7/STJ. Outrossim, a compreensão do Sodalício a quo está em consonância com a orientação do Superior Tribunal de Justiça de que é cabível a condenação por danos morais em Ação Civil Pública (AgRg no REsp 1541563/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 8/9/2015, DJe 16/09/2015) 4. Também incide a referida Súmula 7/STJ para avaliar se já houve, ou não, a regularização dos serviços e o cumprimento da obrigação de fazer (constante de fls. 2040/e-STJ). 5. No que diz respeito à alegação de impossibilidade de cumprimento da obrigação de fazer imposta, foi destacado pela própria recorrente, em contrarrazões de apelação, que foi cumprida a obrigação prevista no "Plano de Ampliação de Rede", e instalados "inúmeros outros elementos de rede além daqueles pelos quais havia se obrigado" (fl. 2072/e-STJ). 6. A parte recorrente também asseverou que tem

como demonstrar o atingimento dos níveis de qualidade exigidos por meio de indicadores de qualidade estabelecidos pela Anatel. Dessarte, é deficiente o argumento de que é impossível comprovar o cumprimento da obrigação de fazer, uma vez que a própria recorrente indica como pode atestar o cumprimento da multicitada obrigação. Por conseguinte, neste ponto, incide o óbice da Súmula 284/e-STF. 7. Também é improcedente o argumento da parte recorrente de que não há como obter da Anatel manifestação sobre a regularização dos serviços, pois aquela agência tem o dever de fiscalizar, podendo, portanto, fornecer dados que auxiliem o Juízo a avaliar se já houve o cumprimento da obrigação de fazer. 8. Nos termos do art. 19 da Lei. n. 9.472/97, compete à Anatel a obrigação de fiscalizar os serviços públicos concedidos, bem como de reprimir as infrações aos direitos dos usuários. Com efeito, não há discricionariedade para o administrador público em realizar, ou não, a fiscalização (REsp 764.085/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 01/12/2009, DJe 10/12/2009). Logo, com fundamento no princípio da publicidade, deve o ente fiscalizador fornecer ou confirmar os dados fornecidos, especialmente levando-se em conta que, *in casu*, a Anatel tem interesse na demanda e está atuando na qualidade de *amicus curiae*. 9. Igualmente, não afasta a utilidade o fato de a Anatel já ter adotado as providências cabíveis para corrigir as irregularidades nos serviços de telefonia. Deve-se ressaltar que as instâncias administrativa e judicial são independentes, além do que há pedido para condenação em danos morais coletivos, cujo exame é restrito ao âmbito judicial. Não há impedimento a que uma mesma conduta se caracterize como ilícito civil, penal e administrativo, com fixação da sanção conforme previsão legal de cada esfera. Precedente do STJ. 10. Quanto à alegação de ilegitimidade da Ordem dos Advogados do Brasil em promover a presente Ação Civil Pública, por falta de pertinência temática, importante esclarecer que o STJ possui a orientação no sentido de que a legitimidade ativa - fixada no art. 54, XIV, da Lei n. 8.906/94 - para propositura de Ações Cíveis Públicas por parte da Ordem dos Advogados do Brasil, seja pelo Conselho Federal, seja pelos conselhos seccionais, deve ser lida de forma abrangente, em razão das finalidades outorgadas pelo legislador à entidade - que possui caráter peculiar no mundo jurídico - por meio do art. 44, I, da mesma norma; não é possível limitar a atuação da OAB em razão de pertinência temática, uma vez que a ela corresponde a defesa, inclusive judicial, da Constituição Federal, do Estado de Direito e da justiça social, o que, inexoravelmente, inclui todos os direitos coletivos e difusos. (REsp 1351760/PE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 26/11/2013, DJe 09/12/2013). 11. Agravo Regimental não provido. Relator: Min. Herman Benjamin, 19 de dezembro de 2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1557837&num_registro=201403168708&data=20161219&formato=PDF. Acesso em: 12 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). **Recurso Especial 1408397/CE**. Processual Civil e Administrativo. Violação do art. 535 do CPC. Não ocorrência. Perda do objeto da ação. Inexistência. Operadora de serviço móvel pessoal. Lei n. 9.472/97. Concessionária de serviço. Pontos de atendimento pessoal aos usuários para fins de recebimento e processamento de pedido de rescisão contratual. Instalação. Obrigação da concessionária. Direito dos usuários ao serviço de atendimento adequado e eficiente. Insuficiência do sistema de “call center”. Dano moral coletivo. Configuração. 1. Recurso especial em que se discute obrigação de fazer decorrente de má-prestação de serviço de telefonia e indenização por danos morais coletivos. 2. Inexiste a alegada violação do art. 535 do CPC, pois a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, conforme se depreende da análise do acórdão recorrido. 3. A edição da Resolução 477/2007, que regulamenta instalação de “Postos de Atendimento”, não autoriza a conclusão de perda do

objeto. O objeto processual se extingue, em geral, quando um dos elementos do binômio utilidade - necessidade ofusca-se, atingindo, portanto, o interesse processual. 4. A prestação de serviços de telefonia, segundo entendimento pacificado desta Corte Superior, submete-se ao regime de Direito Público, seguindo as diretrizes das Leis 9.472/1997 e 8.987/1995. Nesse sentido: REsp 976.836/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 05/10/2010. 5. A alegação de que o acórdão violou os princípios constitucionais da “ordem econômica”, da “livre concorrência”, da “defesa do consumidor” (art. 170 da Constituição Federal) e da “separação de poderes” não pode ser conhecida, uma vez que seria vitável usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal. “Nesse contexto, eventual contrariedade, caso existente, ocorreria apenas no plano constitucional, de modo que se configura inviável a rediscussão da matéria pelo STJ, no recurso especial” (AgRg no AREsp 657.266/RJ, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 19/05/2015, DJe 05/06/2015.). 6. Reconhece-se que não é nenhum atentado aos interesses dos consumidores que pode acarretar dano moral difuso, que dê azo à responsabilidade civil. De fato, nem todo ato ilícito se revela como afronta aos valores de uma comunidade. Nessa medida, é preciso que o fato transgressor seja de razoável significância e desborde os limites da tolerabilidade. Ele deve ser grave o suficiente para produzir verdadeiros sofrimentos, intranquilidade social e alterações relevantes na ordem extrapatrimonial coletiva. 7. A prática de reiterado descumprimento das normas de proteção ao consumidor por parte de operadora de telefonia é capaz de romper com os limites da tolerância. No momento em que se oferece serviço público deficiente e insatisfatório de forma repetida, realiza-se prática comercial apta a causar sensação de repulsa coletiva a ato intolerável. 8. “A divergência deve ser comprovada, cabendo a quem recorre demonstrar as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fática e jurídica entre eles. Indispensável a transcrição de trechos do relatório e do voto dos acórdãos recorrido e paradigma, realizando-se o cotejo analítico entre ambos, com o intuito de bem caracterizar a interpretação legal divergente. O desrespeito a esses requisitos legais e regimentais (art. 541, parágrafo único, do CPC e art. 255 do RI/STJ) impede o conhecimento do Recurso Especial com base na alínea "c", III, do art. 105 da Constituição Federal” (REsp 1.517.339/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/04/2015, DJe 30/06/2015). Recurso especial improvido. Relator: Min. Humberto Martins, 14 de setembro de 2015. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201303347741&dt_publicacao=14/09/2015. Acesso em: 12 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 862868/CE**. Processual Civil. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial. Recurso manejado sob a égide do NCPC. Plano de saúde. Negativa de cobertura de despesas médico-hospitalares e colocação de stent. Recusa indevida. Liminar deferida. Dano moral configurado. Precedentes. Inaplicável à hipótese dos autos a Súmula nº 7 do STJ. Agravo interno não provido. 1. Aplicabilidade do NCPC a este recurso ante os termos do Enunciado Administrativo nº 2 aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC. 2. Nos termos da jurisprudência desta Corte, a recusa injustificada de cobertura de tratamento de saúde enseja danos morais em razão do agravamento da aflição e angústia do segurado que já se encontra com sua higidez físico-psicológica comprometida em virtude da enfermidade. 3. A indenização por danos morais, ainda que tenha sido deferida medida liminar para a cobertura médica pleiteada, conserva a função pedagógico-punitiva de desestimular o ofensor a repetir a falta. Precedente. 4. Não ofende o princípio da Súmula 07

emprestar-se, no julgamento do especial, significado diverso aos fatos estabelecidos pelo acórdão recorrido. Inviável é ter como ocorridos fatos cuja existência o acórdão negou ou negar fatos que se tiveram como verificados (AgRg nos EREsp 134.108/DF, Rel. Ministro Eduardo Ribeiro, Corte Especial, DJ 16/8/1999). 5. Não sendo a linha argumentativa apresentada capaz de evidenciar a inadequação dos fundamentos invocados pela decisão agravada, o presente agravo interno não se revela apto a alterar o conteúdo do julgado impugnado, devendo ele ser integralmente mantido em seus próprios termos. 6. Agravo interno não provido. Relator: Min. Moura Ribeiro, 16 de junho de 2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201600317137&dt_publicacao=23/06/2016. Acesso em: 12 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 862868/CE**. Processual Civil. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial. Recurso manejado sob a égide do NCPC. Plano de saúde. Negativa de cobertura de despesas médico-hospitalares e colocação de stent. Recusa indevida. Liminar deferida. Dano moral configurado. Precedentes. Inaplicável à hipótese dos autos a Súmula nº 7 do STJ. Agravo interno não provido. 1. Aplicabilidade do NCPC a este recurso ante os termos do Enunciado Administrativo nº 2 aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC. 2. Nos termos da jurisprudência desta Corte, a recusa injustificada de cobertura de tratamento de saúde enseja danos morais em razão do agravamento da aflição e angústia do segurado que já se encontra com sua higidez físico-psicológica comprometida em virtude da enfermidade. 3. A indenização por danos morais, ainda que tenha sido deferida medida liminar para a cobertura médica pleiteada, conserva a função pedagógico-punitiva de desestimular o ofensor a repetir a falta. Precedente. 4. Não ofende o princípio da Súmula 07 emprestar-se, no julgamento do especial, significado diverso aos fatos estabelecidos pelo acórdão recorrido. Inviável é ter como ocorridos fatos cuja existência o acórdão negou ou negar fatos que se tiveram como verificados (AgRg nos EREsp 134.108/DF, Rel. Ministro Eduardo Ribeiro, Corte Especial, DJ 16/8/1999). 5. Não sendo a linha argumentativa apresentada capaz de evidenciar a inadequação dos fundamentos invocados pela decisão agravada, o presente agravo interno não se revela apto a alterar o conteúdo do julgado impugnado, devendo ele ser integralmente mantido em seus próprios termos. 6. Agravo interno não provido. Relator: Min. Moura Ribeiro, 16 de junho de 2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201600317137&dt_publicacao=23/06/2016. Acesso em: 12 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial 881613/MG [Decisão monocrática]**. Relatora: Min. Assusete Magalhães, 30 de junho de 2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=61944271&num_registro=201600636763&data=20160802&tipo=0. Acesso em: 12 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial 1190725/SP [Decisão monocrática]**. Relatora: Min. Assusete Magalhães, 20 de novembro de 2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=78385302&num_registro=201702712440&data=20171120. Acesso em: 12 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial 806225/SP [Decisão monocrática]**. Relator: Min. Antônio Carlos Ferreira, 10 de novembro de 2015. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=54513009&num_registro=201502640140&data=20151201&tipo=0. Acesso em: 12 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial 880413/SP [Decisão monocrática]**. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 29 de abril de 2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=60031037&num_registro=201600625870&data=20160503. Acesso em: 12 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial 780931/SC [Decisão monocrática]**. Relator: Min. Moura Ribeiro, 25 de setembro de 2015. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=52746383&num_registro=201502338101&data=20150930&tipo=0. Acesso em: 12 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial 1150747/RS [Decisão monocrática]**. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze, 9 de outubro de 2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=76798615&num_registro=201701988816&data=20171009. Acesso em: 12 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial 1576878/SP [Decisão monocrática]**. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze, 11 de outubro de 2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=101570219&num_registro=201902628991&data=20191011. Acesso em: 12 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Recurso Especial 1806393/RS [Decisão monocrática]**. Relatora: Min. Assusete Magalhães, 3 de outubro de 2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1872652&num_registro=201900895600&data=20191011&formato=PDF. Acesso em: 12 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 716848/DF [Decisão monocrática]**. Relatora: Min. Antônio Carlos Ferreira, 27 de novembro de 2015. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=52450470&num_registro=201501110127&data=20151201&tipo=0. Acesso em: 12 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Jurisprudência do STJ**. Brasília, DF: STJ, 2020. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 12 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1647795/RO**. Direito Civil. Recurso Especial. Ação declaratória de inexistência de débito c/c pedido de compensação por danos morais. Inscrição indevida do nome da consumidora em órgãos de proteção ao crédito. Contratação por terceiros, mediante fraude. Anotações pretéritas que também foram discutidas judicialmente. Súmula 385/STJ. Inaplicabilidade. 1. Ação ajuizada em 06/11/2014. Recurso especial interposto em 13/10/2016 e distribuído em 25/01/2017. 2. De acordo com o entendimento consolidado por esta Corte na Súmula 385/STJ, não cabe indenização por dano moral por inscrição irregular em órgãos de proteção ao crédito quando preexistem anotações legítimas. Esse entendimento, inicialmente aplicável às entidades mantenedoras dos cadastros, estende-se às ações ajuizadas em face dos credores que apontam o nome de consumidor ao órgão restritivo (REsp 1.386.424/MG, 2ª Seção, julgado sob o rito dos recursos especiais

repetitivos). 3. Na hipótese dos autos, contudo, as anotações pretéritas existentes em nome da consumidora também são objeto de questionamento judicial, por se originarem de atos fraudulentos cometidos por terceiros, mediante a utilização de documentos pessoais que foram extraviados. 4. Nessa situação, mostra-se razoável a flexibilização do entendimento firmado na Súmula 385/STJ, de modo a reconhecer o dano moral decorrente da inscrição indevida do nome da consumidora em cadastro restritivo, ainda que não tenha havido o trânsito em julgado das outras demandas. 5. Recurso especial conhecido e provido. Relatora: Min. Nancy Andrighi, 13 de outubro de 2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=77215617&num_registro=201700064182&data=20171013&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 12 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1727602/SP [Decisão monocrática]**. Relatora: Min. Regina Helena Costa, 23 de março de 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=81419840&num_registro=201800490460&data=20180323&tipo=0. Acesso em: 12 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 227**. A pessoa jurídica pode sofrer dano moral. Brasília, DF, 8 set. 1999. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27227%27#DOC1>. Acesso em: 12 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 385**. Da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento. Brasília, DF, 8 jun. 2009. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2013_35_capSumula385.pdf. Acesso em: 12 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 7**. A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial. Brasília, DF, 28 jun. 1990. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27227%27#DOC1>. Acesso em: 12 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Recurso Extraordinário 11786/MG**. Não é admissível que os sofrimentos morais deem lugar à reparação pecuniária, se deles não decorre nenhum dano material. Relator para o acórdão: Min. Hahnemann Guimarães, 7 de novembro de 1950. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=31647>. Acesso em: 12 jun. 2020.

CALABRESI, Guido. **The costs of accidents: a legal and economic analysis**. New Haven: Yale University Press, 1970. *E-book*.

CAROLINA DO SUL. South Carolina Court of Common Pleas. **Genay v. Norris 1 S.C.L. (Bay) 6**. [*S. l.*], 1º de janeiro de 1784. Disponível em: <https://www.ravellaw.com/opinions/265dba2bc822b06a83ede2b116c453c8>. Acesso em: 12 jun. 2020.

CARVAL, Suzanne. **La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée**. Paris: L.G.D.J., 1995.

CHERMAN, Yuri César. **A atuação das agências reguladoras perante conflitos consumeristas por meio da administração concertada: análise pautada no princípio da eficiência**. 2017. Dissertação (Mestrado) – Programa de Mestrado em Direito, Centro Universitário de Brasília, Brasília, DF, 2017.

COMMON law. *In*: GARNER, Bryan A. (ed.). **Black's law dictionary**. 9. ed. Saint Paul: West, 2009. p. 313.

COMO pesquisar decisões monocráticas. **Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, DF, [2020]. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Sob-medida/Advogado/Ajuda/Jurisprudencia/como-pesquisar-decisoes-monocraticas>. Acesso em: 12 jun. 2020.

CONSELHO FEDERAL DE CORRETORES DE IMÓVEIS. **Resolução-Cofeci nº 334/92**. Regulamenta a cobrança da “Taxa de Intermediação” na locação de imóveis e dá outras providências. Brasília, DF: COFECI, 1992. Disponível em: <http://crecidf.gov.br/wp-content/uploads/2015/03/2009201212514955700168.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2020.

CONSELHO FEDERAL DE CORRETORES DE IMÓVEIS. **Resolução-Cofeci nº 342/92**. Dispõe sobre ratificação de Convenção Coletiva de Consumo. Brasília, DF: COFECI, 1992. Disponível em: <http://crecidf.gov.br/wp-content/uploads/2015/03/2009201212555436033039.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2020.

CRISPIM, Renata Freitas. **Bis in idem no public enforcement concorrencial: questionamentos à luz do direito espanhol**. 2017. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2017. Disponível em: https://bdm.unb.br/bitstream/10483/18577/1/2017_RenataFreitasCrispim.pdf. Acesso em: 12 jun. 2020.

CUNHA, Leonardo El-Amme Souza e Silva da. Aspectos controvertidos do dano moral punitivo-pedagógico. **Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2014/trabalhos_12014/LeonardoElAmmeSouzaeSilvadaCunha.pdf. Acesso em: 12 jun. 2020.

CUNHA, Wladimir Alcibíades Marinho Falcão; SCAFF, Fernando Campos. **Danos extrapatrimoniais e função punitiva**. Universidade de São Paulo: São Paulo, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

DIAS, José Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DIEZ-PICAZO, Luis. **Derecho de daños**. Madrid: Civistas, 2000.

DUTRA, Pedro. A Anatel e a sociedade. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, [S. l.], v. 15, jan. 2007. Disponível em: <https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=r1&srguid=i0ad6adc6000017086d6696a61afb86b&docguid=I269d0720e4df11e08e3200008558bb68&hitguid=I269d0720e4df11e08e3200008558bb68&spos=5&epos=5&td=23&context=189&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 12 jun. 2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Departamento de Estado. **Perfil do Sistema Judiciário dos EUA**. [S. l.]: Escritório de Programas de Informações Internacionais, 2006.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **BMW of North America, Inc. v. Gore n° 94-896**. Washington, D.C, 20 de maio de 1996. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supct/html/94-896.ZS.html>. Acesso em: 12 jun. 2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Campbell et al. n° 01-1289**. Washington, D.C, 7 de abril de 2003. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supct/html/01-1289.ZS.html> Acesso em: 12 jun. 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: responsabilidade Civil**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. v. 3.

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

FERRAZ, Leslie Shérída. Acesso à Justiça e processamento de demandas de telefonia: o dilema dos Juizados Especiais Cíveis no Brasil. **Revista CNJ**, Brasília, DF, v. 1, n. 1, p. 53-60, 2015. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/03/61355846eeac9213061e379a542ac33e.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2020.

FIEWEGER, Jim. The need for reform of punitive damages in mass tort litigation: Juzwin v. Amtorg Trading Corp. **DePaul Law Review**, [S. l.], v. 39, n. 3, p. 775-823, 1990. Disponível em: <https://via.library.depaul.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2053&context=law-review>. Acesso em: 12 jun. 2020.

FORTES, Pedro Rubim Borges. O fenômeno da ilicitude lucrativa. **Revista Estudos Institucionais**, [S. l.], v. 5, n. 1, p. 104-132, jan./abr. 2019. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/361/355>. Acesso em: 12 jun. 2020.

FREITAS, Sérgio Henriques Zandona. **A impostergável reconstrução principiológico-constitucional do processo administrativo disciplinar no Brasil**. 2014. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade Mineira de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_FreitasSHZ_1.pdf. Acesso em: 12 jun. 2020.

GALLO, Paolo. **Pene private e responsabilità civile**. Milano: Giuffrè, 1996.

GOMES, Jordhana Maria de Vasconcelos Valadão Cardoso Costa. **Em busca do conceito de dano moral**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-9HLLCE/1/jordhana_disserta__o_final.pdf. Acesso em: 12 jun. 2020.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 17. ed. Rio de Janeiro, Forense: 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 4.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed., rev., atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011. v. 1.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**: teoria e prática. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

HAMUD, Rhenne; RIVABEM; Fernanda Schaefer. A função punitiva da responsabilidade civil brasileira nas indenizações por dano extrapatrimonial. **Percorso**, Curitiba, v. 1, n. 2, 2012. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/505>. Acesso em: 12 jun. 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. **Defesa do consumidor, participação social e ferramentas para a cidadania**: um banco de dados para o monitoramento da regulação. São Paulo: IDEC, 2011.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. **Representante do consumidor em telecomunicações**. São Paulo: IDEC, 2015. Disponível em: <https://idec.org.br/conquista/representante-do-consumidor-em-telecomunicacoes>. Acesso em: 12 jun. 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Acesso à internet e à televisão e posse de telefone móvel celular para uso pessoal**. Rio de Janeiro: IBGE, 2016. *E-book*. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv99054.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2020.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

LEVY, Daniel de Andrade. **Responsabilidade civil**: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas. São Paulo: Atlas, 2012.

LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. **A execução coletiva pecuniárias**: uma análise da (não) reparação do dano coletivo no Direito brasileiro. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-8FTKGR/3/disserta__o_edilson_vitorelli_diniz_lima.pdf. Acesso em: 12 jun. 2020.

LIPORACE, Teresa Donato. Perspectivas e desafios à participação social na regulação. *In*: PROENÇA, Jadir Dias; PRADO, Carlos Eduardo Resende (org.). **Melhoria da regulação no Brasil**: o papel da participação e do controle social. Brasília: Presidência da República, 2011. p. 235-254. Disponível em: <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais/catalogo/dilma/melhoria-da-regulacao-no-brasil-o-papel-da-participacao-e-do-controle-social-2011>. Acesso em: 12 jun. 2020.

LOPES, Christian Sahb Batista. **Mitigação dos prejuízos no Direito Contratual**. São Paulo: Saraiva, 2013. *E-book*.

LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

LUQUES, Ione. Oi foi a mais acionada nos juizados cíveis em 2015: segundo o TJ-RJ, empresa de telefonia somou 4.816 processos no ano passado. **O Globo**, Rio de Janeiro, 22 jan. 2016. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/defesa-do-consumidor/oi-foi-mais-acionada-nos-juizados-civeis-em-2015-18514265>. Acesso em: 12 jun. 2020.

MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. **Convenção coletiva de consumo**. 1995. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1995.

MALICE. *In*: GARNER, Bryan A. (ed.). **Black's law dictionary**. 9. ed. Saint Paul: West, 2009. p. 1042-1043.

MARINANGELO, Rafael. **Indenização punitiva e o dano extrapatrimonial na disciplina contratual**. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/18822/2/Rafael%20Marinangelo.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2020.

MARIZE, Rubia. A experiência piloto da Anatel. *In*: PROENÇA, Jadir Dias; PRADO, Carlos Eduardo Resende (org.). **Melhoria da regulação no Brasil: o papel da participação e do controle social**. Brasília: Presidência da República, 2011. p. 215-226. Disponível em: <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais/catalogo/dilma/melhoria-da-regulacao-no-brasil-o-papel-da-participacao-e-do-controle-social-2011>. Acesso em: 12 jun. 2020.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (*punitive damages* e o Direito brasileiro). **Revista CEJ**, Brasília, DF, n. 28, p. 15-32, jan./mar. 2005. Disponível em: <https://revistacej.cjf.jus.br/revcej/article/view/643/823>. Acesso em: 12 jun. 2020.

MATIAS, Maria Sonalba Linhares Leitão. **Uma análise crítica da efetividade das competências da Anatel para execução da sua missão institucional**. 2002. Dissertação (Mestrado) – Escola Brasileira de Administração Pública, Centro de Formação Acadêmica e Pesquisa, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2002. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/8476/000314725.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 12 jun. 2020.

MELO, Marcus André. A política da ação regulatória: responsabilização, credibilidade e delegação. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 16, n. 46, p. 56-68, jun. 2001. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092001000200003&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 12 jun. 2020.

MILAGRES, Marcelo de Oliveira. O direito e o dano. *In*: CATEB, Salomão de Araújo (coord.). **Direito Civil e Constitucional: estudos de Direito Comparado em homenagem à Professora Lucia Massara**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 35-64.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1952. t. 53.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil – constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem causa**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NERY JUNIOR, Nelson. Indenização por responsabilidade civil - TAC – seguradora. **Soluções Práticas de Direito**, [S. l.], v. 3, set. 2010. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc60000170829c04ab4b10a258&docguid=Ia68071f05f7a11e180f500008517971a&hitguid=Ia68071f05f7a11e180f500008517971a&spos=2&epos=2&td=3692&context=33&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 12 jun. 2020.

NIETO GARCÍA, Alejandro. **Derecho administrativo sancionador**. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2005.

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NOVA JÉRSIA. Suprema Corte do Estado de Nova Jérсия. **Coryell v. Colbaugh 1 N.J.L. 90**. [S. l.], 1º de abril de 1791. Disponível em: <https://www.ravellaw.com/opinions/6ecb641fba020457cfa9bd8882e46548>. Acesso em: 12 jun. 2020.

OLIVEIRA, Raphael Andrade de. Possibilidade de adoção de acordos administrativos substitutivos de sanção no âmbito da Anatel. **Revista de Direito das Comunicações**, [S. l.], v. 4, jul./dez 2011. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc5000001708755424e1a3eb771&docguid=I129205703e7911e19fa0000085592b66&hitguid=I129205703e7911e19fa0000085592b66&spos=1&epos=1&td=10&context=5&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 12 jun. 2020.

OWEN, David. Punitive Damages in Products Liability Litigation. **Michigan Law Review**, [S. l.], n. 6, v. 74, p. 1257-1371, 1976 Disponível em: https://scholarcommons.sc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2040&context=law_facpub. Acesso em: 12 jun. 2020.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 2. ed. Rio de Janeiro, 1991.

PEREIRA, Caio Mário da Silva; TEPEDINO, Gustavo. **Responsabilidade civil**. 12. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional**. 2. ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2002.

PIRES, Fernanda Ivo. Honeste vivere: princípio inspirador da responsabilidade civil. *In*: MILAGRES, Marcelo de Oliveira; ROSENVALD, Nelson (coord.). **Responsabilidade civil: novas tendências**. São Paulo: Foco Jurídico, 2017. p. 35-44.

PÓ, Marcos Vinicius; ABRUCIO, Fernando Luiz. Desenho e funcionamento dos mecanismos de controle e accountability das agências reguladoras brasileiras: semelhanças e diferenças. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 40, n. 4, p. 679-698, ago. 2006. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122006000400009&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 12 jun. 2020.

PÓ, Marcos. As dimensões dos consumidores na regulação e o posicionamento das agências brasileiras. *In*: PROENÇA, Jadir Dias; PRADO, Carlos Eduardo Resende (org.). **Melhoria da regulação no Brasil: o papel da participação e do controle social**. Brasília: Presidência da República, 2011. p. 13-33. Disponível em:

<http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais/catalogo/dilma/melhoria-da-regulacao-no-brasil-o-papel-da-participacao-e-do-controle-social-2011>. Acesso em: 12 jun. 2020.

POLTRONIERI, Renato. Regulação econômica e regulação social: um exemplo de normatização brasileira. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, [S. l.], v. 63, jul./ago. 2005. Disponível em:

<https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=r1&srguid=i0ad6adc50000017086cd4c6e0cbca6a4&docguid=I3f3dbeb0f25411dfab6f010000000000&hitguid=I3f3dbeb0f25411dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=106&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 12 jun. 2020.

PUNITIVE damages. *In*: GARNER, Bryan A. (ed.). **Black's law dictionary**. 9. ed. Saint Paul: West, 2009. p. 448.

RAMALHO, Pedro Ivo Sebba. Transparência e participação social no processo regulatório da Anvisa: fortalecimento dos consumidores na regulação sanitária. *In*: PROENÇA, Jadir Dias; PRADO, Carlos Eduardo Resende (org.). **Melhoria da regulação no Brasil: o papel da participação e do controle social**. Brasília: Presidência da República, 2011. p. 187-207.

Disponível em: <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais/catalogo/dilma/melhoria-da-regulacao-no-brasil-o-papel-da-participacao-e-do-controle-social-2011>. Acesso em: 12 jun. 2020.

RAMOS, Fabiana D'Andrea. Métodos autocompositivos e respeito à vulnerabilidade do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, [S. l.], v. 109, jan./fev. 2017. Disponível em:

<https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=r1&srguid=i0ad6adc60000017087761bc222e85671&docguid=I6690ee00d93f11e684d9010000000000&hitguid=I6690ee00d93f11e684d9010000000000&spos=4&epos=4&td=17&context=134&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 12 jun. 2020.

RAMOS, Luciana de Oliveira; CUNHA, Luciana Gross; OLIVEIRA, Fabiana Luci de; SAMPAIO, Joelson Oliveira; BUENO, Rodrigo de Losso da Silveira; ÚBIDA, Giovanna. **Relatório ICJBrasil: 1º semestre/2017**. São Paulo: Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, 2017. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10438/19034>. Acesso em: 12 jun. 2020.

REINO UNIDO. Court of Common Pleas. **Wilkes v. Wood EWHC CP J95**. Relator: Lord Chief Justice Pratt, 6 de dezembro de 1763. Disponível em:

<http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/CP/1763/J95.html>. Acesso em: 12 jun. 2020.

REINO UNIDO. Court of Justice. **Huckle v. Money**. Relator: Lord Chief Justice, 6 de dezembro de 1763. Disponível em: <http://www.commonlii.org/uk/cases/EngR/1799/225.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2020.

REINO UNIDO. Suprema Corte. **Consideration of report from the Appellate Committee – AC 129. Rookes v. Barnard and others**. Relator: Lord Reid, 21 de janeiro de 1964. Disponível em: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1964/1.html>. Acesso em: 12 jun. 2020.

RIFKIN, Jeremy. **A era do acesso**. Trad. Maria Lucia G. L. Rosa. São Paulo: Makron Books, 2004.

ROCHA, Maria Vital da; MENDES, Davi Guimarães. Da indenização punitiva: análise de sua aplicabilidade na ordem jurídica brasileira. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, [S. l.], v. 12, jul./set. 2017. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=r1&srguid=i0ad82d9b00000170b600192bd84c1054&docguid=I6f180be08ed311e7b7a9010000000000&hitguid=I6f180be08ed311e7b7a9010000000000&spos=2&epos=2&td=261&context=30&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 12 jun. 2020.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Por um novo conceito de segurança jurídica: racionalidade jurisdicional e estratégias legislativas. **Analisi e Diritto**, [S. l.], p. 129-152, 2012. Disponível em: https://www.academia.edu/3845727/Por_um_Novo_Conceito_de_Seguran%C3%A7a_Jur%C3%ADdica_Racionalidade_Jurisdicional_e_Estrat%C3%A9gias_Legislativas. Acesso em: 12 jun. 2020.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009.

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

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica**. São Paulo: Malheiros, 2001.

SANTOS JUNIOR, Adalmo Oliveira. A indenização punitiva em danos patrimoniais: a viabilidade jurídica da aplicação dos *punitive damages* norte-americano no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 30, p. 8-48, 2007.

SANTOS, Antônio Jeová. **Dano moral indenizável**. 5. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com o novo código de Processo Civil. Salvador: Juspodivm, 2015.

SCHREIBER, Anderson. Arbitramento do dano moral no novo Código Civil. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 20, p. 16-38, jan./jul. 2002.

SEBOK, Anthony J. FindLaw Forum: The difference punitive damages make. **CNN.com/Law Center**, [S. l.], 14 jun. 2001. Disponível em: <http://edition.cnn.com/2001/LAW/06/columns/fl.sebok.punitive.damages.06.14/>. Acesso em: 12 jun. 2020.

SERPA, Pedro Ricardo e. **Indenização punitiva**. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-15052012-102822/pt-br.php>. Acesso em: 12 jun. 2020.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Cortez, 2016.

SILVA, Américo Luís Martins da. **O dano moral e sua reparação**. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, Homero Batista Mateus da. Convenção Coletiva de Consumo: uma abordagem sobre sua natureza jurídica e as dificuldades da implementação do art.107 do Código de Defesa do Consumidor. **E-gov – Portal de e-governo, inclusão digital e sociedade do conhecimento**, [S. l.], 4 mar. 2011. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/conven%C3%A7%C3%A3o-coletiva-de-consumo-%E2%80%93-uma-abordagem-sobre-sua-natureza-jur%C3%ADica-e-dificuldades-da>. Acesso em: 12 jun. 2020.

SILVA, Wilson Melo da. **O dano moral e sua reparação**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SILVA, Wilson Melo da. **Responsabilidade sem culpa e socialização do risco**. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1962.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. v. 1.

THE AMERICAN LAW INSTITUTE. **Restatement of the Law, Second, Torts, § 908**. [S. l.]: The American Law Institute, 1979. Disponível em: <https://www.georgewbushlibrary.smu.edu/Digital-Library---2/~/-/media/FD5DEB2E565E49E6944598C8A71AF837.ashx>. Acesso em: 12 jun. 2020.

TRUGILHO, Diogo Lima. **A história da reparabilidade do dano moral no Direito Civil brasileiro: de Freitas a Beviláqua**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUBD-9K9T3J/1/disserta__o__impress_o_4.pdf. Acesso em: 12 jun. 2020.

VALIATI, Thiago Priess. O sistema duplo de regulação no Brasil: a regulação por contrato complementada pela regulação por agência. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura**, [S. l.], v. 8, jan./mar. 2019. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc6000017086d16fb80196203c&docguid=I3466c710301811e99c9e010000000000&hitguid=I3466c710301811e99c9e010000000000&spos=15&epos=15&td=17&context=163&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 12 jun. 2020.

VERBICARO, Dennis. A convenção coletiva de consumo como instrumento catalisador do debate político qualificado na relação de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, [S. l.], v. 111, maio/jun. 2017. Disponível em:

<https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc60000170876f88e9c2a265be&docguid=I8fa6311044f111e7af4f010000000000&hitguid=I8fa6311044f111e7af4f010000000000&spos=2&epos=2&td=16&context=78&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 12 jun. 2020.

VIANNA, Tauanna Gonçalves. Indenização punitiva no Brasil: desafios e configuração. **Revista de Direito Privado**, [S. l.], v. 57, jan./mar. 2014. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc5000017086f770252ff87d4c&docguid=I10e4d510bfa811e39d90010000000000&hitguid=I10e4d510bfa811e39d90010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=311&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 12 jun. 2020.

VIDAL, Luísa Ferreira; MILAGRES, Marcelo de Oliveira. Função punitiva da responsabilidade civil: da (in)admissibilidade da pena civil pelo direito brasileiro. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 60, out. 2014. Disponível em: https://docs.wixstatic.com/ugd/5cba68_6e5ced17be0a4899b3dd8dff25137282.pdf. Acesso em: 12 jun. 2020.

WALKER, Mark Pickersgill; SILVA, Rafael Peteffi da; REINIG, Guilherme Henrique Lima. *Punitive damages*: características do instituto nos Estados Unidos da América e transplante do modelo estrangeiro pela jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 115, jan./fev. 2018. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b00000170b5fbdaf270be5ec&docguid=I6a169330070711e88c62010000000000&hitguid=I6a169330070711e88c62010000000000&spos=1&epos=1&td=25&context=9&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 12 jun. 2020.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.