

# INDENIZAÇÃO PUNITIVA COMO INSTRUMENTO DE ACESSO À JUSTIÇA

## PUNITIVE DAMAGES AS TOOL OF ACCESS TO JUSTICE

Maurício Seraphim Vaz\*

### RESUMO

A litigância habitual de empresas demandadas judicialmente é um dos obstáculos ao acesso à Justiça no Brasil. Esse mesmo fenômeno foi observado em ordenamentos jurídicos estrangeiros por Marc Galanter, Mauro Cappelletti e Bryant Garth e se caracteriza pelas vantagens estratégicas que este tipo de litigante possui frente ao seu opositor eventual, maculando a necessária igualdade processual devida a ambas as partes. Dentre os diferentes tipos de litigantes habituais, foca-se na pessoa jurídica de natureza privada habitualmente posicionada no polo passivo da demanda. Cada uma das vantagens é explanada e as soluções encontradas pelos pesquisadores no exterior para mitigar esse óbice ao acesso à Justiça são apresentadas, ao lado da contrapartida encontrada no Brasil. Utilizando a metodologia dialética realizada por meio de pesquisa teórica, é sugerida a utilização da indenização punitiva para alcançar resultados mais substanciais no combate à litigância habitual passiva.

**PALAVRAS-CHAVE:** Acesso à Justiça. Litigância habitual. Indenização punitiva.

### ABSTRACT

Repeat players as defendants are one of the obstacles of access to Justice in Brazil. This same phenomenon was observed in foreign judicial systems by Marc Galanter, Mauro Cappelletti and Bryant Garth. It is characterized by the strategic advantages this sort of litigant has against his one-shooter objector, tarnishing the needed equality due to both parties. Among the different kind of repeat players, focus is made on the corporate litigant usually positioned as defendant of the trial. Each one of the advantages is explained and the solutions found by the researchers overseas to reduce this obstruction to access to Justice are presented, side by side with the measures taken in Brazil. Using dialectic methodology realized with theoretical research, it is suggested the use of punitive damages to reach more substantial results towards passive repeat players combat.

**KEYWORDS:** Access to Justice. Repeat players. Punitive damages.

---

\* Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória – FDV. Especialista em Direito Público Lato Sensu pela Faculdade de Direito de Vila Velha – FDVV. Especialista MBA em Gestão Empresarial Lato Sensu pela Fundação Getúlio Vargas – FGV-RJ. Professor de Direito Civil da Estácio de Vila Velha/ES. Advogado.

## INTRODUÇÃO

Mauro Cappelletti dedicou vários anos de sua carreira estudando a questão do acesso à Justiça (1988, p. 7). Seu estudo foi desenvolvido por meio de uma extensa pesquisa comparativa entre diversos sistemas jurídicos de diferentes países e apontou, em primeiro plano, as dificuldades encontradas para que o acesso à Justiça fosse alcançado e, em seguida, soluções encontradas para combater tais dificuldades.

Um dos vários obstáculos ao acesso à justiça apontado por Cappelletti e Garth na obra “Acesso à Justiça” é a litigância habitual (1988, p. 25). Trata-se da existência de determinados litigantes que ingressam em juízo com alta frequência e, por esse motivo, possuem vantagens estratégicas sobre os demais litigantes, chamados de eventuais, que não participam de lides judiciais com a mesma constância.

Este tema pode ser abordado sobre várias perspectivas. Uma delas seria dividindo a habitualidade entre o setor privado e o setor público. Outra possibilidade seria focar o assunto sobre o ponto de vista da habitualidade no polo passivo da demanda ou no polo ativo da mesma. No entanto, como não se pretende, dentre estas diversas possibilidades, esgotar o tema, o presente artigo terá como escopo a litigância habitual de pessoas jurídicas do setor privado situados repetidamente no polo passivo da demanda<sup>1</sup>.

Dentro deste escopo, o objetivo do presente trabalho será demonstrar como este tipo de litigância obstaculiza o acesso à Justiça e quais são as soluções encontradas e apontadas por Cappelletti e Garth para mitigar esse tipo de entrave. No entanto, conforme sugerido pelos próprios autores, as soluções apontadas não podem ser simplesmente transplantadas dos sistemas jurídicos em que foram criadas para outro sistema de nacionalidade diversa (1988, p. 162). Desta forma, se objetiva também verificar as particularidades deste tipo de litigância habitual na realidade brasileira e apontar uma solução apropriada para essa mesma realidade: a indenização punitiva. Este estatuto é uma forma de reparação civil de caráter inibitório e pedagógico, amplamente utilizada no direito estadunidense, a qual é imputada ao responsável pelo dano material e/ou moral quando se verifica que este agiu indevidamente com má-fé, desafiando a lei e zombando da ordem legal. A utilização da indenização punitiva proporciona ao julgador a possibilidade de aplicar uma espécie de pena financeira ao causador do dano. Esta sanção é aplicada separadamente e, por isso, o valor total da condenação ultrapassa

---

<sup>1</sup> O acesso à Justiça é garantido constitucionalmente, por isso, não se defende neste artigo qualquer forma de cerceamento de acesso ao Poder Judiciário como autor da demanda. Se alguém é repetidamente ofendido ou cerceado de seus direitos deve ter acesso à Justiça sem quaisquer obstáculos, devendo, obviamente reparar o réu quando for verificada a litigância de má-fé.

monetariamente o montante dos valores apurados apenas pelos lucros cessantes e danos materiais e morais (SANTOS JÚNIOR, 2007, p. 11).

## **1 A LITIGÂNCIA HABITUAL COMO OBSTÁCULO AO ACESSO À JUSTIÇA**

Acesso à Justiça não é um termo de fácil conceituação. Cappelletti e Garth (1988, p. 8) explicam que, apesar desta dificuldade, seu significado ajuda a definir duas intenções básicas do sistema jurídico: acessibilidade igual deste sistema a todos e produção de resultados justos no âmbito individual e social. O trabalho desenvolvido pelos autores é focado primordialmente na primeira finalidade básica mencionada e a questão da litigância habitual está diretamente ligada a ela.

A litigância habitual não foi um problema identificado originalmente por Cappelletti e Garth. Eles creditam ao Professor Marc Galanter, da Universidade de Wisconsin, nos Estados Unidos, pela distinção entre litigantes eventuais e litigantes habituais (1988, p. 25). Galanter (1974, p.3) chama de litigantes habituais (*repeat players*) aqueles que estão engajados em diversas causas similares no decorrer do tempo e de litigantes eventuais (*one-shotters*) aqueles que apenas ocasionalmente recorrem ao sistema jurídico.

A litigância habitual pode ser encarada como empecilho ao acesso à Justiça de duas formas. Em primeiro lugar, já que acesso à Justiça está relacionado a uma forma igualitária das pessoas reivindicarem seus direitos e resolverem seus litígios sob as predisposições do Estado, se uma das partes possui vantagens estratégicas sobre a outra, extraídas de sua litigância habitual, a igualdade das partes perante o juiz deixa de existir e, conseqüentemente, o acesso à Justiça é abalado.

A segunda forma na qual a litigância habitual impede o acesso à Justiça decorre da dilação de tempo que os sistemas jurídicos necessitam para resolver várias lides similares, atrasando a prestação da tutela jurisdicional. O acesso à Justiça também é diretamente proporcional a uma resolução do litígio ocorrida dentro de um espaço de tempo razoável. É público e notório que um dos problemas existentes no Brasil acerca da prestação jurisdicional envolve a longa duração dos processos judiciais. Existem várias causas que podem ser atribuídas para esta excessiva duração do processo e uma delas, com certeza, é a existência de determinadas pessoas (jurídicas ou físicas) que geram, seja no polo ativo, seja no polo passivo, repetidas demandas sobre causas análogas.

No universo dos litigantes habituais, o perfil que mais gera preocupação, especialmente no que diz respeito ao acesso à Justiça, é o da pessoa jurídica de natureza

privada situada constantemente no polo passivo da demanda, ou seja, empresas e corporações que são citadas constantemente para comparecer em juízo como reclamadas. Essa preocupação se dá partindo do princípio no qual o litígio deve ser considerado, hipoteticamente, sempre como excepcional. A regra geral que deve ser observada cotidianamente é a ausência de conflitos. Quando, empiricamente, verifica-se que uma determinada sociedade empresarial é frequentemente demandada juridicamente por diversas pessoas diferentes, há um indicativo de que esta empresa não está cumprindo as normas estabelecidas a toda coletividade. Essa litigância habitual, repetida e mantida, salvo melhor juízo, sugere uma postura de quem se considera acima das leis ou, como também pode ocorrer, de quem considera que o cumprimento da legislação depende do lucro decorrente deste cumprimento. Em outras palavras, esta litigância habitual sugere que deixar de cumprir as normas e regras previstas é mais lucrativo do que fazer o contrário.

Com base nessa constatação, o significado de acesso à Justiça merece ser compreendido de forma mais ampla e abrangente. Ele precisa ser compreendido também como acesso ao Direito (ROBERT, SÉGUIN, 2000, p. 181), no sentido de que apenas têm verdadeiro acesso à Justiça aqueles que não precisam de nenhum meio judicial ou extrajudicial para ver concretizado aquilo que é lhes é de direito possuir. O litigante habitual no polo passivo apenas existe porque decide negar a toda uma coletividade o que lhes é de direito. Ele calcula que apenas uma fração dos ofendidos ingressará em juízo e, assim, seu custo judicial somado às indenizações que serão pagas não será maior do que o lucro auferido pelo outro percentual de ofendidos que nunca ingressarão em juízo. Se isso não bastasse, ainda há a série de vantagens auferidas pelo litigante habitual em face do autor, conforme é demonstrado por Galanter.

## 1.1 PLANEJAMENTO DO LITÍGIO

Quando o indivíduo tem seu direito cerceado e não consegue por meios extrajudiciais compor a lide de forma satisfatória, ele pode desistir de seu direito ou contratar os serviços profissionais de um advogado para representá-lo judicialmente, solicitando a intervenção estatal para impor o cumprimento daquilo que se pretende. Este indivíduo, normalmente, não contratará um advogado especializado no tipo de causa que se pretende discutir em juízo (GALANTER, 1974, p. 22-23). Ele contratará os serviços de um advogado civilista apto a defender qualquer tipo de demanda e cuja experiência pessoal é diluída nos diversos casos em que atuou, cada um com suas características e peculiaridades

próprias. Este é o perfil do litigante eventual (GALANTER, 1974, p. 3-4).

O advogado do litigante habitual, ao contrário, por conta das repetidas demandas similares em que atuou, passa a ser especializado na defesa dos interesses de seu cliente. Ele tem condição de saber quais são os argumentos que tem maior chance de serem acolhidos e quais não. Tem conhecimento prévio da faixa de valores que os juízes têm aplicado nas eventuais condenações de seu cliente, possuindo maior poder de barganha no momento de oferecer um acordo. Em suma, ele possui a possibilidade de planejar com muito mais facilidade e grau de certeza do que o advogado do litigante eventual, desequilibrando a suposta paridade de armas que as partes teriam perante o poder jurisdicional do Estado (GALANTER, 1974, p. 25).

## 1.2 ECONOMIA DE ESCALA

O litigante eventual, ao contratar um advogado, precisa arcar financeiramente com todo um estudo que este profissional precisará fazer para defender seus direitos e interesses. Trata-se de um caso isolado, cercado de especificidades e o custo desta contratação não costuma ser pequeno.

O litigante habitual, por outro lado, consegue custear seus advogados por um valor muito menor, pois normalmente contratam um escritório por meio de pagamento fixo mensal, independentemente do número de demandas, ou possuem em sua folha de pagamento advogados assalariados. Apesar de não ser um fator que influencia diretamente no resultado ou andamento do processo, não deixa de ser uma grande vantagem estratégica que o litigante habitual possui sobre o eventual.

Além disso, de acordo com as regras processuais brasileiras, em especial o Código de Processo Civil em seu art. 19 e seguintes, cabe ao autor da demanda efetuar o pagamento das despesas judiciais ao ingressar em juízo, sendo reembolsado destes valores pelo demandado apenas na fase de execução (BRASIL, 1973). Ou seja, o autor eventual além de ter um custo teórico maior na contratação de seu advogado, ainda tem que antecipar as despesas processuais. Ele apenas não precisará efetuar o pagamento prévio das despesas judiciais na hipótese de ser beneficiário de assistência judicial gratuita ou nos casos demandados nos juizados de pequenas causas.

Desta forma, existe teoricamente um dispêndio significativo por parte do autor ao lado de um custo fixo inicial invariável por parte do demandado. O autor dependerá de uma reserva

financeira para poder pleitear seu direito. Já para o litigante habitual situado no polo passivo, o custo inicial com a quantidade de demandas ajuizadas é indiferente.

### 1.3 RELAÇÕES INFORMAIS

Galanter cita em seu artigo um trecho de uma resenha escrita por Herbert Jacob para exemplificar como um litigante habitual consegue desenvolver um relacionamento informal dentro dos órgãos jurídicos e como isso passa a ser outra vantagem que o eventual não possui.

Jacob acompanhou algumas cortes americanas, similares ao que seria um juizado de pequenas causas no Brasil, em que figuravam litigantes habituais. Ele observou que a neutralidade do processo judicial passou a ser influenciada pela rotina desenvolvida entre os advogados dos litigantes habituais e os servidores dos juizados. A quantidade de processos nos quais os litigantes habituais estavam envolvidos fazia com que seus advogados tivessem que comparecer uma ou duas vezes por dia aos juizados. Como os casos eram similares, essa rotina, de certa forma, ajudava os servidores a organizar a pauta e o fluxo de processos no cartório, ou seja, a presença constante dos litigantes habituais fazia o trabalho dos servidores mais fácil. Com o passar do tempo, estes advogados e os servidores passavam a se tornar conhecidos e cada vez mais familiares. Apesar de não ter sido observado por Jacob nenhuma evidência clara de favoritismo, era aparente que os servidores, de uma forma geral, tendiam a ser mais suscetíveis à versão dos fatos narrados pelos advogados dos litigantes habituais do que pelos advogados dos litigantes eventuais, simplesmente porque enquanto a versão dos primeiros era narrada por pessoas de seu convívio habitual, a dos últimos era narrada por meros desconhecidos (GALANTER, 1974, 4-5).

Quando se transporta essas observações para a realidade brasileira passa-se a perceber que, por aqui, a neutralidade devida às partes tende a ser ainda mais abalada. Sociólogos e antropólogos que estudam o comportamento do povo brasileiro concordam que um fator importantíssimo que auxilia o brasileiro a atingir seus objetivos é o relacionamento pessoal. Sérgio Buarque de Holanda (1999, p. 137) demonstra que a cultura brasileira, herdada principalmente dos portugueses e espanhóis, se distingue das culturas de outros povos por uma incapacidade natural e congênita de separar o pessoal do impessoal. Por essa razão o povo brasileiro é tão cordial, simpático e sorridente. Cada um dos indivíduos brasileiros precisa de um amigo ou conhecido nas instituições públicas para que seus interesses, legítimos ou não, sejam estudados com mais rapidez (ou menos lentidão), com

maior atenção, com mais benevolência, etc. (ROSENN, 1998, p. 14). Obviamente esses comportamentos se repetem nas repartições dos juizados, juízos e tribunais. Os advogados dos litigantes habituais que estabelecem um relacionamento informal com os servidores judiciais são melhores recepcionados, conseguem favores que outros não conseguem e possuem um grau de liberdade dentro das instituições que aos litigantes eventuais, em regra, não é disponibilizado. A neutralidade jurisdicional na realidade brasileira é muito mais afetada pelo relacionamento informal do que em outras culturas.

#### 1.4 DILUIÇÃO DOS RISCOS NA DEMANDA

A diferença entre os dois tipos de litigantes sob essa perspectiva se estabelece por causa do número de demandas que cada um possui. Quando o litigante eventual nega um direito a toda uma coletividade, ele está auferindo um lucro ou realizando uma economia que pode ser representada financeiramente pelo valor monetário do direito negado (geralmente o valor da causa) multiplicado pelo número de indivíduos ofendidos. Ele sabe de antemão que nem todos os ofendidos ingressarão em juízo contra ele. Estima também que dentre aqueles que efetivamente peticionam, nem todos sairão vencedores ao fim do processo, seja por representação mal feita, seja por falta de provas ou porque simplesmente faltaram à audiência.

Por outro lado, o litigante eventual tem apenas aquele processo em pauta. Este processo, por sua vez, representa para ele um risco. Se ganhar a causa, não há maiores problemas; no entanto, se perder, o autor não recuperará as despesas judiciais depositadas e ainda será condenado a pagar honorários advocatícios ao demandado. A exceção a este risco existe, novamente, nas demandas peticionadas nos juizados de pequenas causas (desde que não seja interposto recurso) e aos beneficiários de assistência judiciária gratuita (no que diz respeito às despesas judiciais).

Essa situação faz com que, normalmente, os litigantes eventuais adotem uma estratégia de minimizar a probabilidade de uma condenação alta. Como o valor da condenação de honorários advocatícios é calculado percentualmente sobre o valor da causa, quanto maior é o valor do direito negado, maior é o risco para o autor. Assim existe uma tendência, nas causas de maior valor, do autor fazer um pedido judicial menor que realmente pretendia para minimizar o risco da condenação na hipótese de sair perdedor. Já os litigantes habituais, com vários casos para diluir suas condenações, podem adotar a estratégia de

maximizar seus ganhos, mesmo se isso significar altas condenações em alguns casos (GALANTER, 1974, p. 6).

### 1.5 POSSIBILIDADE DE TESTAR ESTRATÉGIAS

É comum aos advogados, ao prepararem suas peças processuais, se depararem com dúvidas a respeito da forma com a qual deveriam abordar determinado tema. A hermenêutica jurídica é cercada de posicionamentos doutrinários diametricamente opostos e dificilmente se sabe a qual corrente o magistrado que irá julgar a causa se filia. Consequentemente, além da divergência doutrinária, o redator da peça também tem suas dúvidas aumentadas por causa das divergências jurisprudenciais.

Essa realidade se apresenta, no entanto, diferentemente para o advogado do litigante eventual e para o advogado do litigante habitual. O primeiro só possui uma causa para defender. Se fundar seus argumentos de acordo com uma tese na qual o magistrado discorda, pode ter seu pedido mitigado ou até mesmo negado. Por outro lado, o advogado do litigante habitual, ao se encontrar em dúvida sobre quais argumentos adotar em suas defesas, possui a faculdade de adotar inicialmente uma linha de pensamento diferente para cada caso e verificar posteriormente qual delas atingiu os melhores resultados. Posteriormente ele passa a adotá-la em caráter definitivo.

A vantagem do advogado do litigante habitual não se esgota apenas com relação à linha teórica que ele decide abordar em suas petições e contestações. Ele tem a possibilidade de testar diferentes estratégias em diversos aspectos. Qual tamanho de peça processual gera melhores resultados, extensas ou sucintas; se sustentações orais ajudam ou atrapalham a defesa de suas causas; se o recurso a ser feito deve ser adesivo ou não; etc. Em cada etapa do processo que ele se deparar com mais de uma possibilidade de atuação, ele poderá testar cada uma delas para verificar suas implicações e adotar qual delas gera os melhores resultados.

## **2 SOLUÇÕES APONTADAS PARA MITIGAR OS OBSTÁCULOS AO ACESSO À JUSTIÇA CAUSADOS PELA LITIGÂNCIA HABITUAL**

Na pesquisa realizada por Cappelletti e Garth, algumas sugestões são dadas, com base nos resultados positivos observados em diferentes países, para alargar o acesso à Justiça.

Algumas destas sugestões podem ser aplicadas em face da litigância habitual e são relacionadas à terceira onda de “interesse em torno do acesso efetivo à Justiça [...] nos países do mundo ocidental” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 31).

## 2.1 CRIAÇÃO DE TRIBUNAIS ESPECIALIZADOS

Cappelletti e Garth mencionam tanto a necessidade da criação de procedimentos especiais para pequenas causas (1988, p. 94) como de tribunais especiais para demandas de consumidores (1988, p. 120). No Brasil temos exemplos para ambos os casos.

Em 1990 entrou em vigor o Código de Defesa do Consumidor, lei nº 8.078, visando, entre outras finalidades, equilibrar justamente a diferença de vantagens estratégicas que o litigante habitual possuía frente aos litigantes eventuais, quando situados no litígio como consumidores. Adicionalmente, a lei nº 9.099 de 1995 constituiu um procedimento específico para pequenas causas e estabeleceu órgãos distintos para o ajuizamento e julgamento das ações definidas como tal – os juizados especiais cíveis.

As duas normas, utilizadas em conjunto, serviram como uma efetiva ferramenta de acesso à Justiça, uma vez que facilitaram (e muito) o ajuizamento de pedidos de toda uma coletividade de consumidores contra os abusos cometidos por algumas pessoas jurídicas mal intencionadas. Esta nova legislação rompeu com três dos maiores incentivos que os litigantes habituais possuíam para negar aos consumidores os seus direitos: a alta complexidade do procedimento sumário/ordinário, que obrigava a contratação de um advogado; as despesas processuais e a extensa duração de tempo que o processo demandava para ser julgado. Estima-se que o número de pessoas que desistiam de seus direitos por causa destes elementos era muitas vezes maior antes da vigência destes institutos do que atualmente.

Outro exemplo no Brasil que pode ser mencionado nesta linha de ação é a criação de juizados especializados em um determinado tipo de demanda. Em diversos municípios do Brasil, por exemplo, dependendo do número de casos similares ajuizados, foram criados juizados com competência exclusiva para julgar ações relacionadas à telefonia. Desta forma, como todas as ações tendem a ser similares, os processos podem ser julgados com maior eficiência. Não obstante as vantagens auferidas pelos litigantes eventuais nestes juizados especializados; vale ressaltar que os litigantes habituais também são beneficiados por ela, afinal, para eles, fica muito mais fácil planejar o litígio, criar relacionamentos informais e testar estratégias em apenas um juizado do que em vários.

## 2.2 EQUALIZAÇÃO DAS PARTES

Uma vez que o problema do acesso à Justiça, abordado dentro do escopo deste artigo, está enraizado principalmente na desigualdade de vantagens que os dois tipos de litigantes possuem quando estão envolvidos em uma lide judicial, uma possível solução seria a equalização das partes, visando à igualdade processual perante o Judiciário.

Cappelletti e Garth mencionam as reformas do continente europeu que instituíram a oralidade nos processos, a livre apreciação da prova por parte do juiz, a concentração dos procedimentos, a aproximação do juiz com as partes e testemunhas e, também, a “utilização dos juízos de instrução para investigar a verdade e auxiliar a colocar as partes em pé de igualdade” (1988, p. 76).

No Brasil estes princípios também foram trazidos às legislações mencionadas no item anterior. Desta forma, o processo nas ações de pequenas causas dos juizados especiais cíveis é regido pelos princípios da informalidade e da oralidade. Além disso, o Código de Defesa do Consumidor também traz uma série de instrumentos que visam a equalização das partes, tais como a inversão do ônus da prova e a possibilidade do consumidor ajuizar a ação no local onde ocorreu a lesão do direito ou em seu próprio local de domicílio.

## 2.3 MECANISMOS QUE ENFATIZEM A PERSUAÇÃO MAIS QUE A COERÇÃO

“A assistência jurídica significa mais do que a simples representação perante os tribunais. Ela implica auxílio para tornar as pessoas mais ativamente participantes das decisões básicas [...] que afetam suas vidas” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 143). Assim, não podem ser considerados efetivos para o acesso à Justiça apenas os meios judiciais. Obviamente, qualquer meio que alcance a Justiça será válido. Nesse sentido, uma alternativa à ação judicial, na qual o condenado é constrangido a cumprir a determinação judicial, seria uma mediação realizada por terceiros mediante a persuasão do litigante habitual. Cappelletti e Garth mencionam estações de rádio e televisão que recebem reclamações do público, em geral consumidores, encaminham-nas a outros órgãos ou investigam os fatos diretamente e “tentam utilizar a arma da publicidade adversa para obter resultados em favor de consumidores que tenham sido prejudicados” (1988, p. 121).

No Brasil pode ser dada como exemplo deste tipo a revista *Proteste*, publicada pela Associação de Defesa do Consumidor, à qual, de forma independente, realiza testes de

qualidades em diversos produtos, de diferentes segmentos, que são oferecidos ao público em geral. Para os associados e assinantes dessa revista é oferecida assistência para orientação e informação dos direitos relacionados a qualquer produto ou serviço adquirido quando estes se sentem lesados de alguma forma. Quando é verificada a lesão fática do direito, colaboradores da associação entram em contato com o ofensor e usam justamente a persuasão, mediante a publicidade negativa na revista, para solucionar extrajudicialmente o litígio com o associado (PROTESTE, 2014).

A grande limitação deste meio de acesso à Justiça é que depende da iniciativa de particulares e, no Brasil, no exemplo dado, só é oferecido a aqueles que assinam o periódico.

## 2.4 PLANOS DE ASSISTÊNCIA JURÍDICA MEDIANTE “CONVÊNIO” OU “EM GRUPO”

Da mesma forma que são muito comuns os planos de saúde no Brasil, em alguns países existem planos de assistência jurídica difundidos e oferecidos ao público. Através destes planos torna-se possível para a classe média e baixa acessar advogados para ajuizamento de ações ou emissão de opiniões e pareceres, mediante custos razoáveis (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 147).

No Brasil esse tipo de contratação ainda não se encontra difundida. Um grande obstáculo é a determinação da Ordem dos Advogados do Brasil, por meio de seu Código de Ética e Disciplina, o qual veda a propaganda de serviços jurídicos com a finalidade de captação de clientela (art. 7º do CED). Esse tipo de plano só é financeiramente viável para aquele que o oferece na medida em que consegue obter um grande número de clientes (assim como ocorre com os planos de saúde) e a vedação da OAB dificulta bastante qualquer escritório ou grupo de advogados em se interessar por esse tipo de empreitada.

## 3 A INDENIZAÇÃO PUNITIVA

É inegável que as mudanças que ocorreram nas últimas décadas no Brasil alargaram razoavelmente o acesso à Justiça frente aos obstáculos criados pelos litigantes habituais. No entanto, também se pode afirmar que as medidas corretivas sugeridas na obra de Cappelletti e Garth não foram suficientes para eliminar no Brasil os entraves causados pela ação do

litigante habitual do setor privado que nega um direito, de má-fé, a toda uma coletividade, posicionando-se confortavelmente no polo passivo da demanda sabendo que essa atitude vil está lhe sendo economicamente e/ou financeiramente mais favorável.

O Conselho Nacional de Justiça – CNJ – publicou em seu sítio eletrônico pesquisas intituladas “100 maiores litigantes” referentes aos anos de 2010 e 2011<sup>2</sup>. Com base nestas pesquisas percebe-se claramente a predominância de sociedades bancárias e empresas de telefonia no polo passivo da grande maioria das demandas tramitadas na Justiça Estadual (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2011, p. 23)<sup>3</sup>. Em 2010, de acordo com os dados apresentados na pesquisa, se eliminarmos da pesquisa feita pelo CNJ os setores públicos (Federal, Estadual e Municipal), é possível calcular que sociedades bancárias foram réis na grande maioria dos casos demandados na Justiça Estadual em face de pessoas privadas (físicas ou jurídicas) e empresas de telefonia foram reclamadas em segundo lugar dos casos da mesma natureza. Apesar da metodologia da pesquisa apresentada em 2012 ter sido diferente da do ano anterior, o levantamento realizado não destoa dos resultados do ano anterior, apontando o setor bancário como o maior litigante da Justiça Estadual (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2012, p. 11).

Portanto, com base nas pesquisas realizadas pelo CNJ, nota-se claramente que a litigância habitual no polo passivo faz parte da realidade brasileira. Além disso, uma vez que se pretende compreender acesso à Justiça como acesso ao Direito, sem a necessidade de passagem obrigatória por meios judiciais ou extrajudiciais para que esse Direito seja auferido; um instrumento mais eficaz para complementar as ações mencionadas no capítulo anterior se faz necessário. A indenização punitiva possui as características necessárias para atingir tal eficácia.

### 3.1 BREVE HISTÓRIA DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA

A utilização da indenização punitiva como instrumento legal pode ser encontrada nos mais antigos textos legais registrados, tais como o Código de Hamurabi, escrito

---

<sup>2</sup> Até a data de envio deste artigo ao Conpedi as pesquisas referentes aos anos de 2012 ou 2013 ainda não haviam sido publicadas.

<sup>3</sup> Os maiores litigantes são os bancos, atuando em 53,5% do total das demandas tramitadas na Justiça Estadual. Em segundo e terceiro lugar aparecem os setores públicos estadual (14%) e municipal (10%), mas que não fazem parte do escopo desta pesquisa. Em quarto lugar aparece o setor de telefonia com 9,6% do total de ações judiciais. O setor bancário participa em 48% do total das ações no polo passivo. Já as empresas de telefonia participam em 77% do total de suas demandas como réu.

aproximadamente em 1700 a.C. e leis hititas datadas de 1400 a.C.. Leis anglo-saxônicas também possuíam práticas que podem ser relacionadas com a indenização punitiva, pois estabeleciam que eventuais contraventores efetuassem pagamentos para quase todo tipo de crime, inclusive homicídio. Um exemplo pode ser dado na legislação vigente durante o reinado de Wihtred (690 a 725 d.C.) de Kent (sudeste da ilha britânica), na qual o criminoso era sujeito ou a uma punição física, ou ao pagamento de uma multa à vítima. Se fosse caso de homicídio, o assassino deveria pagar um valor determinado à família do morto, que variava de acordo com a riqueza e classe social deste. O propósito dos pagamentos possuía características compensatórias, ao invés de punitivas, e também serviam para manter certo controle social nos feudos. Esses estatutos divergiam ligeiramente do que atualmente se aplica como indenização punitiva porque não consideravam o grau de atrocidade ou afronta do ato praticado, mas apenas a natureza do ato criminoso em si (LEVENTHAL; DICKERSON, 2013, p. 962).

Na Inglaterra, o primeiro desses estatutos surgiu em 1275 e foi seguido por muitos outros até 1753. Foi a partir deste período que se tornou possível perceber os preceitos e parâmetros que praticamente são utilizados hodiernamente nos tribunais de Common Law do Reino Unido. Os primeiros casos ingleses registrados em que houve condenações impondo indenizações punitivas aos ofensores ocorreram em 1763 - *Wilkes v. Wood* e *Huckle v. Money*. Neste último, o tribunal inglês impôs o pagamento de “*exemplary damages*” embora tivesse sido constatado no processo que o autor não havia sofrido danos materiais ou físicos, mas, no entanto, tinha sido detido ilegalmente por ordens governamentais (LEVENTHAL; DICKERSON, 2013, p. 963). Em outras palavras, a indenização imposta no caso concreto não tinha as características do dano material ou do dano moral que são estudados no Direito Civil brasileiro<sup>4</sup>, mas de um exemplo que era dado à sociedade de que aquele ato seria punido mesmo quando trouxesse prejuízos ao ofendido.

Nos Estados Unidos, o instituto foi aplicado em um julgamento pela primeira vez no caso *Genay v. Norris* em 1784, pela Suprema Corte do Estado da Carolina do Sul com o nome de “*vindictive damages*”<sup>5</sup>. O tribunal condenou o réu a indenizar o autor por ter agido de forma desleal durante uma altercação, ao propor um brinde de reconciliação e oferecer ao

---

<sup>4</sup> O Código Civil Brasileiro, ao tratar das perdas e danos (Artigos 402 ao 405), apenas faz menção aos lucros cessantes e aos prejuízos efetivos. Estes últimos são normalmente separados de forma didática pela doutrina em danos materiais e danos morais. Portanto, o estudo isolado das perdas e danos disposto pelo Código Civil brasileiro e uma interpretação literal restritiva de seus artigos não permitiria ao magistrado impor uma indenização de cunho exemplar, cuja pretensão, no caso concreto, foi inibir a repetição futura do ato ilícito cometido.

<sup>5</sup> Indenização vingativa em tradução literal, sobre a qual pode se aplicar a mesma observação da nota de rodapé anterior.

reclamante uma taça de vinho secretamente alterada com remédios, com a finalidade de ferir o ofendido depois que ele estivesse dopado sob o efeito das drogas (SHANDER, 1994, p. 1105). Muitos anos depois, em meados de 1960, a indenização punitiva já passava a ser utilizada por quase todas unidades federativas estadunidenses, as quais aplicavam a sanção majoritariamente contra grandes fabricantes e indústrias (SANTOS JÚNIOR, 2007, p. 17), que dependendo do caso concreto e das circunstâncias apuradas, poderiam pagar, como uma forma de punição, um valor além do estabelecido como compensação ao ofendido (LEVENTHAL; DICKERSON, 2013, p. 961-964).

### 3.2 INDENIZAÇÃO PUNITIVA NOS ESTADOS UNIDOS E ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DA SUPREMA CORTE SOBRE SUA CONSTITUCIONALIDADE

A indenização punitiva é utilizada em maior escala e com maior habitualidade no sistema jurídico estadunidense. Conforme mencionado anteriormente na introdução, a finalidade da indenização punitiva é impedir ações propositadamente tomadas para cercear um direito (caráter inibitório) e demonstrar à coletividade que essa atitude não traz qualquer benefício àquele que age de má-fé (caráter pedagógico); ou seja, é “punir o ofensor, estabelecendo uma sanção que lhe sirva de exemplo para que não repita o ato lesivo, além de dissuadir comportamentos semelhantes por parte de terceiros” (ANDRADE, 2006, p. 56). Nos Estados Unidos, para que o ofendido tenha direito a receber do réu a indenização punitiva deve demonstrar que a conduta do ofensor foi ultrajante, proposital, temerária, maliciosa, consciente ou em desrespeito negligente pelos direitos ou segurança de outrem (SHANDER, 1994, p. 1108).

A abordagem tradicional no sistema jurídico do *Common Law* para impor indenização punitiva ao reclamado envolve alguns estágios. Primeiramente, o juiz nomeado deve encontrar provas suficientes de que a conduta do réu justifica este tipo de condenação. Uma vez que o juiz se convence das evidências probatórias e determina que o réu deva pagar a indenização punitiva, o júri também avalia essa possibilidade e, se achar que a indenização punitiva é devida, define o valor desta compensação, no montante que considerar apropriado de acordo com a conduta do réu. O júri deve basear sua avaliação na gravidade da ofensa do réu, na necessidade de impedir condutas ofensivas semelhantes e na força econômica do reclamado. Depois que o júri submete um valor, os juízes competentes e os tribunais de apelação podem rever o montante para garantir sua razoabilidade (SHANDER, 1994, p. 1108-

1109).

Três jurisprudências da Suprema Corte dos Estados Unidos são importantes para estabelecer a constitucionalidade, ou a falta dela, na aplicação da indenização punitiva ao ofensor. O caso *United States v. Halper* aborda a questão da vedação à dupla condenação pelo mesmo fato delituoso, – *non bis in idem* – ou *Double Jeopardy Clause*, prevista na quinta emenda da Constituição dos Estados Unidos (ESTADOS UNIDOS, 2007, p. 13-14). O caso *Browning-Ferris Industries of Vermont, Inc. v. Kelco Disposal, Inc.* discute se uma condenação a um pagamento de valor muito elevado, a título de indenização punitiva, ofenderia a norma constitucional que proíbe multas excessivas e punições cruéis e incomuns, ou *Excessive Fines Clause*, prevista na oitava emenda (ESTADOS UNIDOS, 2007, p. 14). Já o caso *Pacific Mutual Life Insurance Company v. Haslip et al* trata da necessária identificação, na condenação ao pagamento de indenização punitiva, do devido processo legal, ou *Due Process Clause*, prevista na primeira seção da décima quarta emenda (ESTADOS UNIDOS, 2007, p. 16).

O julgamento do caso *United States v. Halper* (ESTADOS UNIDOS, 1989b) foi precedido pelo seguinte contexto: um gerente de uma companhia que fornecia serviços médicos para pacientes sujeitos à assistência governamental de benefícios (*Medicare*) foi condenado por submeter 65 pedidos falsos de reembolso. Ele foi condenado, em processo criminal, à prisão e multado em cinco mil dólares. Posteriormente, no juízo cível, ele foi condenado a pagar multa contratual de dois mil dólares por cada uma das 65 reivindicações falsas, além de indenização punitiva e custas judiciais. A indenização punitiva foi estabelecida no montante de duas vezes o valor dos danos materiais reais de 585 dólares dispendidos pelo governo americano para cada um dos 65 pedidos. Em sede de apelação, o condenado alegou que estava sendo punido duas vezes pelo mesmo ato criminoso. A primeira punição havia ocorrido no julgamento criminal e a segunda punição no juízo cível, por ter que ressarcir mais do que efetivamente lesou o Governo. O tribunal de apelação verificou que além dos 585 dólares por pedido, o governo americano não teria dispendido mais do que 16 mil dólares na investigação do caso e com os dispêndios processuais. Portanto, o valor que excedia as despesas realizadas pelo Governo caracterizava indenização de natureza punitiva e, por isso, violava o preceito constitucional da vedação à dupla condenação pelo mesmo fato delituoso. O Governo dos Estados Unidos recorreu para a Suprema Corte, a qual julgou a análise do tribunal *a quo* acertada e decidiu que a indenização punitiva e a prisão possuem os mesmos

objetivos e a mesma natureza inibitória e pedagógica<sup>6</sup>. Por isso, os dois dispositivos possuem a configuração daquilo que a quinta emenda da Constituição define como punição e, conseqüentemente, não podem ser aplicadas concomitantemente.

Em *Browning-Ferris Industries of Vermont, Inc. v. Kelco Disposal, Inc.* (ESTADOS UNIDOS, 1989a) o grupo industrial Browning-Ferris foi processado em tribunal federal distrital pelo litisconsórcio realizado entre a empresa Kelco e a pessoa física Joseph Kelly, por ter violado leis antitruste do Estado de Vermont e também interferido com as relações contratuais da empresa Kelco na região. O tribunal do júri considerou o grupo empresarial reclamado culpado nas duas acusações e condenou o réu ao pagamento de 51.146 dólares por prejuízos sofridos pelos autores e seis milhões de dólares a título de indenização punitiva. A empresa condenada recorreu alegando a inconstitucionalidade da indenização punitiva aplicada por ser excessiva, ofendendo a oitava emenda da Constituição. O tribunal de apelações ratificou a sentença do júri sob o argumento de que não considerava inconstitucional o valor aplicado no caso em questão. O grupo empresarial condenado recorreu à Suprema Corte alegando que a indenização punitiva era excessiva, pois ultrapassava mais de 100 vezes o valor do prejuízo causado e por isso violava a emenda oitava do texto constitucional estadunidense. A Suprema Corte decidiu que mais relevante do que o valor da condenação propriamente dita, seria abordar a questão do destinatário da norma apontada no recurso. Os ministros afirmaram que a proibição contida na oitava emenda é destinada ao Governo, não podendo ser aplicada em casos entre particulares, nos quais o Governo não participa como autor e nem tampouco pode reclamar parte do valor da indenização. Foi enfatizado no acórdão que o objetivo desta emenda sempre foi restringir o poder estatal, diante da possibilidade do Governo abusar de suas prerrogativas; assim como o foi na publicação da *Magna Carta* – fonte e origem histórica da *Excessive Fines Clause*.

Este julgado, por outro lado, possui um desdobramento que é tão, ou mais, importante quanto a decisão acerca da emenda oitava. Nele, a Suprema Corte indica um caminho pelo qual a constitucionalidade do montante da indenização pode ser questionada. No recurso dirigido ao tribunal constitucional, além da cláusula da multa excessiva, o recorrente também alegou afronta ao devido processo legal, mas o mérito não foi julgado

---

<sup>6</sup> Em consonância com o raciocínio de que a indenização punitiva possui denotação penal, no Estado de Nova Iorque, as companhias seguradoras são proibidas de indenizar segurados contra condenações a indenizações punitivas. O raciocínio percorre o seguinte caminho lógico: se a indenização punitiva é imposta em casos em que a conduta do ofensor possui um nível de alta torpeza moral, em um grau normalmente associado à indiferença criminosa ao cumprimento de obrigações civis, se ela pudesse ser objeto de uma apólice de seguro, seria como permitir que um criminoso condenado ficasse impune e, isso, retiraria o caráter inibitório da sanção (LEVENTHAL; DICKERSON, 2013, p. 968).

sobre esse fundamento porque o assunto não havia sofrido prequestionamento nas cortes inferiores. Entretanto, consta na decisão que a norma do devido processo legal de fato impõe limites ao júri quando este estabelece o montante devido como indenização punitiva e que, a Suprema Corte, até aquele momento, não havia ainda refletido se o preceito constitucional do devido processo legal deveria atuar como controle na liberdade do júri na falta de um limite legal expresso, mas que, no entanto, essa reflexão deveria aguardar um momento futuro oportuno<sup>7</sup>.

A cláusula do devido processo legal, da décima quarta emenda da Constituição dos Estados Unidos, estabelece que ninguém pode ser privado de sua vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal<sup>8</sup>. O devido processo legal pressupõe, além da regularidade processual absoluta e constatação de todas as garantias afirmadas ao destinatário da justiça, o breve desfecho da lide civil ou da ação penal (CRUZ E TUCCI, 1992, p. 76). Ele está intimamente relacionado com os princípios da legalidade, da igualdade e da supremacia da Constituição (LUCON, 2005, p. 2). Possui uma faceta procedimental e outra substancial. A primeira determina a impossibilidade de que a parte seja surpreendida por atos processuais sem os procedimentos e as etapas previstas em lei (LUCON, 2005, p. 3). A segunda limita o poder estatal e autoriza o intérprete a examinar a razoabilidade das normas editadas pelo Estado, dos atos da administração pública e das decisões proferidas pelo judiciário, utilizando, para isso, o controle material da constitucionalidade e o princípio da proporcionalidade (LUCON, 2005, p. 4). No contexto específico da indenização punitiva nos Estados Unidos há o entendimento de que a sua constitucionalidade pode ser questionada nos dois aspectos. Sob o aspecto procedimental, seria verificado se todas as etapas necessárias do caso julgado foram cumpridas corretamente até o momento em que o júri decide pelo pagamento da indenização punitiva e, sob o aspecto substancial, se o montante da indenização pode ser considerado constitucional (SHANDER, 1994, p. 1114-1115). Este raciocínio foi desenvolvido no caso *Pacific Mutual Life Insurance Company v. Haslip et al.*

Este último processo (ESTADOS UNIDOS, 1991) foi originado por meio de uma ação em que quatro demandantes, funcionários públicos do município de Roosevelt City, no

---

<sup>7</sup> A transcrição desta última passagem do acórdão, no original em inglês, é a seguinte: “There is some authority in our opinions for the view that the Due Process Clause places outer limits on the size of a civil damages award made pursuant to a statutory scheme . . . but we have never addressed the precise question presented here: whether due process acts as a check on undue jury discretion to award punitive damages in the absence of any express statutory limit. . . That inquiry must await another day” (ESTADOS UNIDOS, 1989a, p. 276-277).

<sup>8</sup> O texto original em inglês da primeira seção da emenda é: “All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws” (ESTADOS UNIDOS, 2007, p. 16).

Estado do Alabama (Cleopatra Haslip entre eles), exigiram reparação de uma empresa seguradora, *Pacific Mutual Life Insurance Company*, e de seu representante, Lemmie Ruffin Jr., porque este ofereceu e celebrou contratos de seguro de vida individual e plano de saúde em grupo, mas desviava indevidamente os pagamentos mensais das prestações; tanto os coletados diretamente por ele, como os direcionados ao escritório regional da seguradora. Quando a matriz emitiu avisos de cancelamento do plano por falta de pagamento, não os direcionou para cada um dos segurados, mas para o escritório regional, o qual não os repassou aos reclamantes. Assim, nenhum deles possuía cobertura, mas também não sabiam disso. Alguns meses depois, Cleopatra Haslip foi hospitalizada e, uma vez que a existência do plano ou sua cobertura não puderam ser confirmadas, a paciente foi cobrada diretamente pelo serviço médico prestado. A autora não realizou o pagamento, uma empresa de cobrança foi contratada para receber os valores devidos e obteve uma decisão judicial favorável, o que afetou o crédito da autora. Depois desta série de eventos, a petição inicial foi ajuizada e, em primeira instância, tanto a seguradora como o representante foram condenados a pagar US\$1.040.000,00 (US\$200.000,00 em indenização compensatória e US\$840.000,00 em indenização punitiva) para Cleopatra Haslip, US\$15.290,00 para Alma Calhoun, US\$12.400,00 para Cynthia Craig e US\$10.288,00 para Eddie Hargrove. A companhia seguradora recorreu, mas a Suprema Corte do Alabama confirmou a sentença em decisão dividida, pois dois dos nove magistrados entenderam que havia violação ao devido processo legal na condenação da companhia seguradora. Inconformada com a decisão do colegiado, a condenada recorreu à Suprema Corte, a qual conheceu do recurso<sup>9</sup>.

Neste julgamento, a Suprema Corte pode verificar o mérito que não havia sido discutido no caso anterior. Então, definiu um teste de duas etapas para verificar a constitucionalidade da indenização punitiva de acordo com a cláusula do devido processo legal (ESTADOS UNIDOS, 1991, p. 19-22). Como primeira etapa, o tribunal estabeleceu que as instruções dadas ao júri deveriam conter limites razoáveis para balizar seu livre discernimento no estabelecimento de indenização punitiva. Em segundo lugar, deveria ser verificada a existência de procedimentos revisionais, posteriores ao veredito, capazes de garantir que o valor da indenização fosse considerado razoável. A Suprema Corte definiu que se o processo atendesse essas duas etapas do teste, certamente o réu teria tido ampla proteção procedimental e isso satisfaria os requisitos do devido processo legal. Ao estudar o processo em face deste novo método, a Suprema Corte verificou que o júri havia sido devidamente

---

<sup>9</sup> O recurso interposto à Suprema Corte foi realizado apenas pela Companhia Seguradora, sem participação do seu representante Lemmie Ruffin Jr..

instruído e, após seu veredito, o montante havia sido reavaliado de acordo com procedimentos pré-estabelecidos, portanto, não havia no caso em questão, violação constitucional.

Este teste passou a ser aplicado nos casos em que a indenização punitiva era contestada com base na cláusula do devido processo legal. Porém, a Suprema Corte mantinha o entendimento expresso de que uma determinada quantia ou razão matemática não poderia ser definida como limitadora da indenização punitiva (ESTADOS UNIDOS, 1991, p. 18), mesmo tendo ciência que a indenização punitiva no caso da *Pacific Mutual* ultrapassava quatro vezes o valor da indenização compensatória e duzentas vezes o valor dos danos materiais sofridos (ESTADOS UNIDOS, 1991, p. 23). Exemplo posterior deste entendimento pode ser conferido no julgamento *TXO Production Corp. v. Alliance Resources Corp.* (ESTADOS UNIDOS, 1993) em que a Suprema Corte, novamente usando o teste de duas etapas, não considerou inconstitucional a indenização punitiva aplicada ao recorrente, apesar de ter sido 526 vezes maior do que a indenização compensatória (US\$19.000,00 de indenização compensatória e US\$10.000.000,00 de indenização punitiva), pois o devido processo legal havia sido observado. Em 2003, contraditoriamente, no caso *State Farm Mutual Automobile Insurance Company v. Campbell et al*, a Suprema Corte determinou novamente que não seria imposta uma razão matemática para definir a proporção na qual um montante atribuído à indenização punitiva seria considerado constitucional ou não, mas que a jurisprudência do tribunal e os princípios estabelecidos ao longo do tempo demonstravam que poucas indenizações punitivas maiores do que as respectivas indenizações compensatórias numa taxa que excedesse um dígito – ou seja, dez vezes maior ou mais – iriam se adequar ao devido processo legal (ESTADOS UNIDOS, 2003, p. 425). Assim, a decisão do tribunal *a quo* condenando o recorrente numa proporção de 145 para 1 (US\$145.000.000,00 de indenização punitiva e US\$1.000.000,00 de indenização compensatória) foi reformada, mas por votação dividida (seis ministros a favor da reforma e três contra).

### 3.3 CRÍTICAS E PONDERAÇÕES ACERCA DA INDENIZAÇÃO PUNITIVA

A indenização punitiva existe formalmente e é aplicada nos tribunais dos Estados Unidos desde o século XVIII. Apesar disso, existem muitos questionamentos, dúvidas e críticas acerca da indenização punitiva, considerada um dos aspectos mais controversos do sistema legal norte-americano (POLINSKY; SHAVELL, 1998, P. 870). Os argumentos contrários à imposição da indenização punitiva são diversos. Primeiramente, estudiosos

afirmam que a indenização punitiva nem deveria existir, uma vez que a aplicação da indenização dos prejuízos sofridos e lucros cessantes é suficiente para compensar o reclamante pelo ilícito sofrido. Além disso, os dois objetivos atribuídos à indenização punitiva (pedagógico e inibitório) são adequadamente atingidos em casos de danos coletivos sem que haja sua imposição. Em outro aspecto, a indenização punitiva impõe uma penalidade de cunho criminal sem garantir ao réu os mecanismos de defesa previstos em um processo criminal. Ainda, a indenização punitiva pode configurar enriquecimento sem causa aos reclamantes que já foram completamente compensados pelos danos sofridos. Em quinto lugar, em casos de danos que atingem uma coletividade, ao condenar pagamentos de indenização punitiva aos primeiros litigantes é possível que o réu se torne insolvente antes que as condenações compensatórias possam ser atribuídas aos ofendidos que ingressaram com suas demandas posteriormente. Finalmente, doutrinadores também argumentam que em casos de danos causados a uma coletividade, a imposição repetitiva da indenização punitiva atribuída a um único ato ofensivo, se não for considerada desproporcional, continua sendo, no mínimo, inconstitucional (SHANDER, 1994, p. 1109-1110).

A indenização coletiva também é alvo de críticas fundadas em estudos empíricos. Quando a Suprema Corte expressou no caso *State Farm Mutual Automobile Insurance Company v. Campbell et al* que poucas indenizações punitivas com valores maiores que dez vezes o montante definido como compensatório seriam consideradas constitucionais, ao invés de garantir o tema com maior certeza e segurança, acabou inesperadamente aumentando os valores das indenizações punitivas e da sua proporção em relação à indenização compensatória em casos cotidianos (MCMICHAEL, 2013, p. 993). Por outro lado, em casos de grande proporção, verificou-se que após este julgado, os valores foram negativamente impactados, causando uma perturbadora inconsistência nas condenações de acordo com o valor da causa. Ou seja, ao tentar nortear os tribunais e juízos sobre o tema por meio de alguns parâmetros, a Suprema Corte, de acordo com dados empiricamente coletados, aumentou a incerteza e insegurança acerca do resultado final da condenação (MCMICHAEL, 2013, p. 994).

No entanto, independentemente das críticas doutrinárias e dos resultados negativos percebidos em sua utilização nos Estados Unidos, a utilização da indenização punitiva continua sendo uma alternativa salutar e viável para aumentar o acesso à Justiça por meio da intimidação das atitudes de má-fé, as quais, por sua vez, são representadas pelas diversas ações propostas em face de uma mesma empresa.

A existência do litigante habitual do setor privado situado no polo passivo das

demandas pode ser explicada pela ponderação realizada por ele, em determinado momento e circunstância, em que verificou que cumprir a lei seria mais dispendioso do que deixar de fazê-lo. Isso ocorre porque o litigante habitual tem a possibilidade de calcular o custo que terá de arcar cumprindo a legislação e, também, estimar o custo judicial que terá com a falta deste cumprimento. Com base nessa ponderação puramente econômica e financeira, decide como irá proceder<sup>10</sup>. Se a indenização punitiva fosse utilizada com frequência nos julgamentos no Brasil, o litigante habitual não conseguiria estimar o custo judicial que teria com a falta do cumprimento do Direito, pois a indenização punitiva seria calculada de forma a acarretar um prejuízo financeiro no litigante habitual de má-fé maior do que seria seu dispêndio com o cumprimento das normas legais. Ou seja, se ela fosse aplicada corretamente, o cumprimento da legislação sempre seria mais interessante do ponto de vista econômico-financeiro do que a litigância habitual (POLINSKY; SHAVELL, 1998, P. 873-874). Assim, o perfil do litigante habitual definido neste artigo tenderia a reduzir, ampliando-se inexoravelmente o acesso à Justiça.

É importante frisar que a indenização punitiva que se propõe como instrumento de acesso à Justiça não se confunde com o elemento punitivo que integra o dano moral. O dano moral, de acordo com o entendimento da jurisprudência e doutrina majoritária, possui dupla função: compensação à vítima pelo dano sofrido e punição do ofensor (ANDRADE, 2006, p. 58). Este elemento punitivo é calculado, junto com o elemento compensatório, de acordo com a extensão do dano causado e com as capacidades financeiras do autor e da vítima, de forma que não cause ruína ao primeiro e nem enriquecimento sem causa ao último. Além disso, o elemento punitivo do dano moral existe tanto nos casos de dolo como nos de culpa. Quando houver dolo, inequivocamente deverá existir o elemento punitivo; mas quando houver apenas culpa do ofensor, a punição também deverá ser aplicada por meio do dano moral para inibir o ofensor a voltar a agir com imprudência, negligência ou imperícia.

Ao contrário destes entendimentos acerca do elemento punitivo do dano moral, a indenização punitiva que se pretende afirmar como instrumento de acesso à Justiça não depende do tipo de dano causado, ou seja, poderia ser aplicada em casos de danos puramente morais, puramente materiais ou mistos. No entanto, como sua finalidade é inibitória e pedagógica, ela apenas deveria ser aplicada nos casos em que fosse verificado dolo nas ações perpetradas pelo litigante habitual, ou, no mínimo, dolo em agir com imprudência, negligência ou imperícia (como, por exemplo, quando um fabricante deixa propositalmente

---

<sup>10</sup> Para uma compreensão das questões econômicas que justificam a utilização da indenização punitiva recomenda-se a leitura do artigo científico “*Punitive damages: an economic analysis*” escrito por Mitchell A. Polinsky e Steven Shavell, publicado em 1998 na Harvard Law Review e disponível gratuitamente na internet.

de realizar testes de segurança em determinado produto para economizar seu custo; gerando, assim, possibilidade de dano aos consumidores por negligência). Por fim, para dimensionar o valor da indenização punitiva não seria necessário entrar no mérito da figura do ofensor ou da vítima. O valor da indenização punitiva deveria ser calculado com base no valor financeiro que o ofensor pretendia lucrar ou economizar globalmente com o descumprimento do preceito que gerou a ofensa e, nos casos em que esse cálculo não fosse possível, ficaria a cargo de o juiz estabelecê-lo.

Também é importante frisar que não está sendo sugerida uma importação idêntica do instituto inglês ou do estadunidense para o Brasil. Primeiramente por causa da inconsistência verificada no sistema americano, em que a própria Suprema Corte dos Estados Unidos, após 2003, tem instruído os tribunais inferiores a rever os valores das indenizações punitivas, mitigando um pouco a discricionariedade dada ao júri para estabelecer o valor da indenização (SANTOS JÚNIOR, 2007, p. 21). Em segundo lugar, porque nossa cultura é muito distante da deles, tanto social como juridicamente (DAMATTA, 1986, p. 98-99). Há a necessidade de aproveitar a essência do instituto e adaptá-la à realidade brasileira.

A indenização punitiva poderia funcionar bem no Brasil se a maior parte de seu valor não fosse direcionada ao autor, mas aos cofres do Estado; ou seja, se fosse formulada com natureza jurídica similar a uma multa, visto que, a lesão ao direito ocorreu justamente por causa de um descumprimento intencional às normas legais. Nos Estados Unidos existe o entendimento doutrinário de que a indenização punitiva deveria ser direcionada aos cofres públicos, pela simples lógica de que seu objetivo não é compensar a vítima, mas punir o ofensor pela sua conduta (MASSEY, 1987, p. 1270). A única ressalva sobre essa lógica reside na falta de motivação que o particular teria em ajuizar uma petição sabendo que a indenização punitiva iria toda para os cofres públicos.

A proposta de divisão do valor da indenização punitiva poderia auferir alguns resultados positivos. Inicialmente poderia prevenir que o instituto fosse desvirtuado e utilizado como uma caça ao tesouro. Segundo, como a indenização seria dividida com a parte autora, incentivaria as partes ofendidas a ingressar em juízo, inibindo decisões lesivas por parte dos litigantes habituais. Terceiro, por causa da natureza jurídica punitiva da fração da indenização destinada ao Estado, esta fração seria aplicada apenas uma vez para cada ação lesiva provocada pelo litigante habitual, respeitando a vedação à dupla punição (*non bis in idem*) e evitando a ruína financeira do réu. Quarto, não traria grandes obstáculos ao ajuizamento de ações nos juizados especiais cíveis em razão do valor de teto destes. Por fim, evitaria por um lado o enriquecimento sem causa do autor e, de outro, a vantagem econômica

auferida com a própria torpeza do litigante habitual por meio de seus cálculos econômicos e ponderações, da forma em que vem ocorrendo atualmente, na qual o litigante habitual apenas precisa se preocupar com a indenização calculada com base somente no dano material e moral.

Desta forma, quando verificado que o réu agiu de má-fé, deixando de cumprir os preceitos do Direito intencionalmente, sua condenação abrangeria a soma da indenização pelo dano material (quando houvesse), a indenização pelo dano moral (quando houvesse) e a indenização punitiva, a qual seria dividida entre o autor e o Estado. Em outras palavras, o Estado seria o credor da maior parte da indenização punitiva e o autor seria o credor da indenização pelo dano material, da indenização pelo dano moral e pela menor parte da indenização punitiva. Nas ações posteriores em que se apresentassem o mesmo fato gerador, a mesma causa de pedir e o mesmo réu, modificando-se apenas o autor, o réu ficaria isento de repetir o pagamento da parte da indenização punitiva que já foi creditada ao Estado.

## **CONCLUSÕES**

A litigância habitual gera obstáculos ao acesso à Justiça. Dentre os diversos tipos de perfil que podem ser atribuídos a esse tipo de litigância, o que gera mais preocupação é o da pessoa jurídica de natureza privada que se situa no polo passivo da demanda constantemente. Este tipo de litigante caracteriza-se como aquele que opta por atuar à margem da lei e dos princípios de Direito, auferindo lucro com suas atitudes torpes em prejuízo de toda uma coletividade.

Com o aperfeiçoamento do sistema jurídico brasileiro, ocorrido principalmente após a vigência da atual Constituição, um maior e crescente acesso à Justiça tem sido possível. Muitos dos óbices existentes que incentivavam a ação inescrupulosa dos litigantes habituais foram mitigados com a nova legislação, em especial pelo Código de Defesa do Consumidor e pela Lei dos Juizados Especiais Cíveis. No entanto, mesmo com as mudanças realizadas, ainda é muito frequente e comum a litigância habitual realizada por empresas de alguns setores da economia, demonstrando que novos instrumentos de combate são necessários para garantir de forma mais efetiva o acesso à Justiça.

A indenização punitiva, utilizada de forma ampla nos Estados Unidos, possui as características essenciais necessárias para servir como tal instrumento. Ela inibe o litigante habitual a causar danos a outrem por ser demasiadamente onerosa e, quando o dano chega a

ocorrer, sua aplicação serve como exemplo para que outros não ajam da mesma forma. Com esses objetivos preservados, a indenização punitiva no Brasil poderia reduzir drasticamente o número de litigantes habituais se passasse a ser aplicada de forma habitual. No entanto, como a realidade brasileira é diferente das demais nações, o instituto deveria ser adaptado às características nacionais para maximizar seu desempenho e resultados.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Indenização Punitiva. **Revista da ABPI**, Rio de Janeiro, n. 85, p. 55-69, nov.-dez. 2006.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 17 jan. 1973.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 12 set. 1990.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 27 set. 1995.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. [Trad] Ellen Gracie Northfleet: Porto Alegre: Fabris, 1988.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Código de ética e disciplina da OAB**. Brasília, 1994.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **100 maiores litigantes**. Brasília, 2011. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa\\_100\\_maiores\\_litigantes.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf)>. Acesso em: 16 jul. 2014.

\_\_\_\_\_. **100 maiores litigantes**. Brasília, 2012. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100\\_maiores\\_litigantes.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf)>. Acesso em: 16 jul. 2014.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas como corolário do devido processo legal. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 66, p. 72-78, abr.-jun. 1992.

DAMATTA, Roberto. **O que faz o Brasil, Brasil?**. Rio de Janeiro: Rocco, 1986.

ESTADOS UNIDOS. **Constitution of the United States**. United States Government Printing Office: Washington, 2007. Disponível em: <<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/CDOC-110hdoc50/pdf/CDOC-110hdoc50.pdf>>. Acesso em: 22 jul. 2014.

\_\_\_\_\_. United States Supreme Court. *Browning-Ferris Industries of Vermont, Inc. v. Kelco Disposal, Inc.*, n. 88-556, 26 jun. 1989a. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/492/257>>. Acesso em: 17 jul. 2014.

\_\_\_\_\_. United States Supreme Court. *Pacific Mutual Life Insurance Company v. Haslip et al.*, n. 89-1279, 4 mar. 1991. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/499/1/>>. Acesso em: 22 jul. 2014.

\_\_\_\_\_. United States Supreme Court. *State Farm Mutual Automobile Insurance Company v. Campbell et al.*, n. 01-1289, 7 abr. 2003. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/538/408/>>. Acesso em: 23 jul. 2014.

\_\_\_\_\_. United States Supreme Court. *TXO Production Corp. v. Alliance Resources Corp.*, n. 92-479, 31 mar. 1993. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/509/443/>>. Acesso em: 22 jul. 2014.

\_\_\_\_\_. United States Supreme Court. *United States v. Halper*, n. 87-1383, 15 mai. 1989b. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/490/435/>>. Acesso em: 17 jul. 2014.

GALANTER, Marc. Why the 'Haves' Come Out Ahead: Speculations on the limits of legal change. **Law and Society Review**, Amherst, n. 9, 1974. Disponível em: <<http://marcgalanter.net/documents/papers/whythehavescomeoutahead.pdf>> Acesso em: 20 fev. 2014.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

LEVENTHAL, John M.; DICKERSON, Thomas A.. Punitive damages: public wrong or egregious conduct? **Albany Law Review**, Albany, v. 76, f. 2, p. 961-1008, abr. 2013. Disponível em: <[http://www.albanylawreview.org/Articles/Vol76\\_2/76.2.0961%20Dickerson%20Leventhal.pdf](http://www.albanylawreview.org/Articles/Vol76_2/76.2.0961%20Dickerson%20Leventhal.pdf)>. Acesso em: 10 jul. 2014.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Devido processo legal substancial. **Mundo Jurídico**, Rio de Janeiro, 16 jun. 2005. Disponível em: <[http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=6](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=6)>. Acesso em: 19 jul. 2014.

MASSEY, Calvin R. The excessive fines clause and punitive damages: some lessons from History. **Vanderbilt Law Review**, Nashville, v. 40, n. 6, p. 1233-1276, nov. 1987. Disponível em: <<http://librarysource.uchastings.edu/repository/Massey/40VandLRev1233.pdf>>. Acesso em: 23 jul. 2014.

MCMICHAEL, Benjamin J. Constitutional Limitations on Punitive Damages: Ambiguous Effects and Inconsistent Justifications. **Vanderbilt Law Review**, Nashville, v. 66, n. 3, p. 961-1013, abr. 2013. Disponível em: <[http://www.vanderbiltlawreview.org/content/articles/2013/04/McMichael\\_66\\_Vand\\_L\\_Rev\\_961.pdf](http://www.vanderbiltlawreview.org/content/articles/2013/04/McMichael_66_Vand_L_Rev_961.pdf)>. Acesso em: 24 jul. 2014.

POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Punitive damages: an economic analysis. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 111, n. 4, p. 869-962, fev. 1998. Disponível em: <[http://www.law.harvard.edu/faculty/shavell/pdf/111\\_Harvard\\_Law\\_Rev\\_869.pdf](http://www.law.harvard.edu/faculty/shavell/pdf/111_Harvard_Law_Rev_869.pdf)>. Acesso em: 24 jul. 2014

PROTESTE. Rio de Janeiro: Associação Brasileira de Defesa do Consumidor, 2014. Mensal. ISSN 1667-7042.

ROBERT, Cinthia, SÉGUIN, Elida. **Direitos humanos, acesso à justiça: um olhar da defensoria pública.** Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ROSENN, Keith S. **O jeito na cultura jurídica brasileira.** Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

SANTOS JUNIOR, Adalmo Oliveira dos. A indenização punitiva em danos patrimoniais. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n. 30, p. 9-48, abr.-jun. 2007.

SHANDER, Barbara J. Punitive damages: addressing the constitutionality of punitive damages in the Third Circuit. **Villanova Law Review**, Villanova, v. 39, f. 4, p. 1105-1133, jan. 1994. Disponível em: <<http://digitalcommons.law.villanova.edu/vlr/vol39/iss4/12>>. Acesso em: 10 jul. 2014.