



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA

DANIEL MARINHO CORRÊA

DANOS EXTRAPATRIMONIAIS:
AS INTERFACES ENTRE A PREVENÇÃO E A
QUANTIFICAÇÃO DOS DANOS

Londrina
2021

DANIEL MARINHO CORRÊA

DANOS EXTRAPATRIMONIAIS:
AS INTERFACES ENTRE A PREVENÇÃO E A
QUANTIFICAÇÃO DOS DANOS

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Negocial.

Orientador: Prof.^a Dr.^a Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral.

Londrina
2021

C824 Corrêa, Daniel Marinho.
DANOS EXTRAPATRIMONIAIS : AS INTERFACES ENTRE A
PREVENÇÃO E A QUANTIFICAÇÃO DOS DANOS / Daniel Marinho Corrêa. -
Londrina, 2021.
184 f.

Orientador: Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral.
Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) - Universidade Estadual de Londrina,
Centro de Estudos Sociais Aplicados, Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial,
2021.

Inclui bibliografia.

1. Danos extrapatrimoniais - Tese. 2. Função ressarcitória - Tese. 3. Função punitiva -
Tese. 4. Prevenção de danos - Tese. I. Corrêa Zuin Mattos do Amaral, Ana Cláudia. II.
Universidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais Aplicados. Programa de Pós-
Graduação em Direito Negocial. III. Título.

DANIEL MARINHO CORRÊA

**DANOS EXTRAPATRIMONIAIS:
AS INTERFACES ENTRE A PREVENÇÃO E A
QUANTIFICAÇÃO DOS DANOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Negocial

BANCA EXAMINADORA

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Ana Cláudia Corrêa
Zuin Mattos do Amaral
Universidade Estadual de Londrina - UEL

Prof.^a Dr.^a Rita de Cássia Resquetti Tarifa
Espolador
Universidade Estadual de Londrina - UEL

Prof.^a Dr.^a Jussara Suzi Assis Borges Nasser
Ferreira
Universidade de Marília – UNIMAR

Londrina, 05 de julho de 2021.

AGRADECIMENTOS

Desejo expressar minha mais sincera gratidão a todas as pessoas e instituições que contribuíram direta ou indiretamente para que este projeto fosse bem-sucedido: à querida Ana Paula, esposa, amiga e eterna companheira, por dividir nossas biografias. Obrigado pelo apoio, confiança e, acima de tudo, pela paciência. Aos meus pais, Carlos e Mara, minhas raízes e asas, por tudo.

Escassos são os momentos nos quais as caras virtudes da humildade e da gratidão se combinam tão bem. Por isso, mesmo percorrendo o ímpeto de ser atraído pela memória, não posso deixar de prestar meu justo reconhecimento a todos aqueles que inspiraram e contribuíram no desenvolvimento desta pesquisa acadêmica.

Não poderia consentir em assinalar o quanto sou agradecido por toda disponibilidade e deferência que a professora Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral me ofertou ao dar orientações e prestar esclarecimentos, sem isso, minha vida de mestrando teria sido bem mais difícil.

Devo registrar, também, que muitos progressos do trabalho final foram motivados pelas críticas construtivas que Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador teceu no exame de qualificação. Outrossim, desmedida honraria a presença de Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira na banca de defesa, grato por aceitar o convite.

À Universidade Estadual de Londrina, de cujo corpo docente espero um dia fazer parte, onde não só me graduei, mas também tive o apoio para que eu alcançasse meu crescimento profissional e pessoal. Da mesma forma, minha gratidão a todos os seus funcionários em especial ao Francisco Carlos Navarro, por sua sempre generosa colaboração.

Por fim, exteriorizo meus agradecimentos a todos os demais familiares, amigos, colegas e conhecidos que, em algum momento – ainda que de forma tímida, mediata, despreziosa ou inconsciente –, compreenderam minha ausência, aceitaram minha distância, deram-me ânimo nos dias ruins, dedicaram conselhos, prestaram-me auxílio, propiciaram momentos bons e ofertaram lições que hoje fazem parte de quem sou.

Gratidão é a memória do coração.

A norma, está inscrita entre as “artes de julgar”, ela é um princípio de comparação. Sabemos que tem relação com o poder, mas sua relação não se dá pelo uso da força, e sim por meio de uma espécie de lógica que se poderia quase dizer que é invisível, insidiosa (FOUCAULT, Michel).

CORRÊA, Daniel Marinho. **Danos extrapatrimoniais**: as interfaces entre a prevenção e a quantificação dos danos. 2021. 184 f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2021.

RESUMO

Pesquisa-se os critérios que quantificam os danos extrapatrimoniais, conectando-os à prevenção de vindouros danos. Partindo-se da divergência teórica a respeito das funções desempenhadas pela responsabilidade civil, busca-se desassociar a ideia dicotômica de que punir, previne. Como se sabe, os parâmetros para a compensação dos danos extrapatrimoniais não encontram consenso na doutrina, nem na jurisprudência: a *uma*, porque os critérios adotados não são uníssonos; a *duas*, pois os entendimentos buscam, de um lado caráter punitivo, e de outro ressarcitório. O estudo da responsabilidade civil contemporânea e as experiências no direito comparado demonstram as grandes dificuldades para a adoção dos *punitive damages*, de modo que, embora o grande argumento dos que defendem a indenização punitiva seja a suposta prevenção de danos, encontra-se na função ressarcitória pela via compensatória uma finalidade tão preventiva quanto a que justifique o acolhimento da indenização punitiva. Ancorado no método dedutivo, considera-se o magistrado um ator essencial para impedir esse intento de punição, pois é ele quem elege os caminhos da quantificação. Ao percorrer essa via por meio da razoabilidade e examinando a dimensão do dano por intermédio do método bifásico do Superior Tribunal de Justiça, despertar-se no ofensor o cuidado preciso à maioria das circunstâncias as quais os danos extrapatrimoniais são ocasionados. Por outro lado, nas situações em que há forte repetição danosa, atingindo sobretudo a coletividade, encontra-se no ordenamento outros dois atores com potencial preventivo: as ferramentas processuais coletivas e o Estado-administração, ambos legitimados pelo ordenamento jurídico posto.

Palavras-chave: responsabilidade civil; danos extrapatrimoniais; função punitiva; função ressarcitória; prevenção de danos.

CORRÊA, Daniel Marinho. **Extrapatrimonial damages**: the interfaces between damage prevention and quantification. 2021. 184 p. Dissertation (Master in Business Law) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2021.

ABSTRACT

The criteria that quantify extrapatrimonial damages are researched, connecting them to the prevention of future damage. Starting from the theoretical divergence regarding the functions performed by civil liability, we seek to disassociate the dichotomous idea that punishing prevents. As is well known, the parameters for the compensation of extrapatrimonial damages do not find consensus in the doctrine, nor in the jurisprudence: *one*, because the criteria adopted are not unified; *two*, since the understandings seek, on the one hand, a punitive character, and on the other, compensation. The study of contemporary civil liability and the experiences in comparative law demonstrate the great difficulties for the adoption of punitive damages, so that, although the great argument of those who defend punitive damages is the supposed prevention of damages, it lies in the indemnity function through the compensatory route, a purpose as preventive as that which justifies the acceptance of the punitive indemnity. Anchored in the deductive method, the magistrate is considered an essential actor to prevent this intention of punishment, as it is he who chooses the paths of quantification. By following this path through reasonableness and examining the extent of the damage through the two-phase method of the Superior Court of Justice, the offender is prompted to take precise care in most circumstances in which off-balance sheet damage is caused. On the other hand, in situations where there is strong harmful repetition, mainly affecting the collectivity, two other actors with preventive potential are found in the order: the collective procedural tools and the State-administration, both legitimized by the established legal system.

Keywords: liability. extrapatrimonial damages; punitive function; reimbursement function; damage prevention.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	PELAS TRILHAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL CONTEMPORÂNEA À PREVENÇÃO DE DANOS NA SOCIEDADE MODERNA	14
2.1	O ESTRUTURALISMO E A FUNCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS: A FUNÇÃO PREVENTIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL CONTEMPORÂNEA.....	17
2.2	A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE DANO E A DICOTOMIA PATRIMONIAL E EXTRAPATRIMONIAL	23
2.3	AS CARACTERIZAÇÕES DO “DANO MORAL”.....	28
2.4	AS SITUAÇÕES JURÍDICAS SUBJETIVAS E A CONFIGURAÇÃO DO DANO INJUSTO.....	30
2.5	A AMPLIAÇÃO DO ROL DE LESÕES ATINGIDAS E A NECESSIDADE DE DEFINIR CRITÉRIOS DE SELEÇÃO: O DANO RESSARCÍVEL E A TÉCNICA DE PONDERAÇÃO	36
3	COMPENSAÇÃO DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS NO DIREITO COMPARADO	44
3.1	A FUNÇÃO PUNITIVA E A PREVENÇÃO DE DANOS SOB A ÓTICA DO <i>CIVIL LAW</i>	46
3.1.1	Direito Alemão, Ordem Pública e <i>non bis in idem</i>	48
3.1.2	Violação da Ordem Pública Italiana: Ênfase na Situação do Ofendido e Não na Conduta do Ofensor	52
3.1.3	Direito Francês e <i>dommages-intérêts punitifs</i>	55
3.1.4	O <i>derecho de daños</i> e a Dimensão Funcional na Argentina.....	58
3.2	O PRAGMATISMO DO <i>COMMON LAW</i> E O RESSARCIMENTO AMPLO E IRRESTRITO DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS.....	61
3.2.1	Direito Norte-americano e <i>punitive damages</i>	64
3.2.2	De Encontro à Responsabilidade Civil Contemporânea: Críticas ao <i>punitive damages</i>	68
4	DANOS EXTRAPATRIMONIAIS: SINUOSOS CAMINHOS DA	

	QUANTIFICAÇÃO	73
4.1	OS PARÂMETROS AFERIDOS PELA JURISPRUDÊNCIA NACIONAL NAS AÇÕES DE INDENIZAÇÕES POR DANOS EXTRAPATRIMONIAIS	74
4.2	COMPENSAÇÃO, SATISFAÇÃO E CONTENÇÃO DE DANOS.....	81
4.3	DAS VEREDAS DO DISSENSO AO MÉTODO BIFÁSICO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....	83
4.4	DAS CONSEQUÊNCIAS DA DUPLA FUNÇÃO (RESSARCITÓRIA E PUNITIVA) ÀS OBJEÇÕES A UMA TERCEIRA FASE NO MÉTODO BIFÁSICO.....	88
4.4.1	O Princípio da Legalidade	93
4.4.2	O Princípio do <i>non bis in idem</i> e a Proporcionalidade da Pena em Face da Responsabilidade Objetiva.....	97
4.4.3	O Princípio da Proibição do Enriquecimento Sem Causa	99
4.4.4	A Hodierna Falácia da “Indústria do Dano Moral”	102
5	DANOS EXTRAPATRIMONIAIS: ATORES DA PREVENÇÃO	105
5.1	A ATUAÇÃO JUDICIAL E OS CAMINHOS DA QUANTIFICAÇÃO	112
5.1.1	A Prudência do Juiz Ao Encontro do Princípio da Razoabilidade	117
5.1.2	A Importância da Dimensão do Dano no Arbitramento Judicial.....	119
5.1.3	O Grau de Culpa do Ofensor De Encontro à Responsabilidade Civil Objetiva	124
5.1.4	A Irrelevância das Condições Socioeconômicas das Partes	126
5.1.5	A Restituição do Lucro Ilícito e a Concorrência de Ações: Responsabilidade Civil e <i>actio in rem verso</i>	129
5.2	A POTENCIALIDADE PREVENTIVA DAS FERRAMENTAS PROCESSUAIS	137
5.2.1	Os Instrumentos Coletivos Processuais em Face dos Danos Reiterados e de Grande Impacto Social.....	141
5.2.2	O <i>fluid recovery</i> e a Execução das Sentenças Coletivas	146
5.3	A CAUTELA NA UTILIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL COMO INSTRUMENTO REGULATÓRIO DE COMPORTAMENTOS: ATUAÇÃO DO ESTADO-ADMINISTRAÇÃO E NÃO DO ESTADO-JUIZ.....	149
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS	157
	REFERÊNCIAS	165

1 INTRODUÇÃO

A sociedade, essencialmente dinâmica, altera-se em um ritmo acelerado, muitas vezes impulsionada pela economia, de modo que essa sempre busca atingir novos mercados, novas concentrações de capital.

Por outro lado, o Direito possui uma velocidade de mudança lenta, burocrática, possuindo várias etapas legislativas, até que possa, por intermédio de uma norma positiva, regular uma conjuntura social-econômica que já incide de fato. Desse modo, ocorrendo alteração nos elementos chaves da sociedade, esta passa a influenciar o Direito a se atualizar¹.

Hodiernamente, há uma preocupação constante do legislador em enfatizar os valores éticos das normas legais. Enquanto o ser humano tem direito ao livre exercício de sua personalidade, ao Estado é posto o dever de defendê-la. Assim, sempre que o indivíduo suportar um dano em seus valores privados, ao Estado-juiz compete garantir o direito ao ressarcimento proporcional ao dano.

Não se discute que os padrões ideais, que perfazem o acervo de uma pessoa, são compostos por um patrimônio imaterial que merece uma proteção ampla e irrestrita do ordenamento jurídico. Nesse cenário, o Direito Civil adquire uma importância singular como instrumento eficaz de proteção da dignidade da pessoa humana.

Por força do fenômeno da constitucionalização do Direito Civil, verifica-se uma releitura dos institutos civilísticos sob o prisma constitucional, conseqüentemente, a responsabilidade civil também observou esse aperfeiçoamento, deslocando-se o eixo da obrigação do ofensor de responder por suas ações para o direito da vítima de ter ressarcidos os danos sofridos.

Tradicionalmente se trabalhava com um conceito negativo de danos extrapatrimoniais; atualmente, busca-se construir um conceito positivo, substantivo. Ainda, diversos autores provocam a jurisprudência e a doutrina, não só em relação à definição, mas também ao ressarcimento desses danos. Adianta-se, aqui, a adoção da terminologia “danos extrapatrimoniais”².

¹ Eros Grau, analisando a relação entre direito posto e direito pressuposto, tem entendimento semelhante: “Assim, o direito pressuposto brota da (na) sociedade, à margem da vontade individual dos homens, mas a prática jurídica modifica as condições que o geram. Em outros termos: o legislador não é livre para criar qualquer direito posto (direito positivo), mas este mesmo direito transforma sua (dele) própria base. O direito pressuposto condiciona a produção do direito posto (positivo). Mas o direito posto transforma sua (dele) própria base. Isso implica – afirmo – em termos que o direito pressuposto condiciona a elaboração do direito posto (direito positivo), mas este modifica o direito pressuposto” (GRAU, 2008, p. 64).

² O que será observado no item 2.2.

Ademais, quando se alteram os fatos sociais, os juristas almejam instrumentos para que eles possam agir em consonância com o ordenamento jurídico³. Essas respostas devem estar em harmonia com o sistema jurídico⁴.

Contudo, ao encontro de uma resposta, não se pode lançar mão de instrumentos jurídicos que, considerados *per si*, até seriam uma saída, mas por outro lado, se analisados em face do ordenamento jurídico, acarretariam mais problemas do que soluções. Esses pressupostos iniciais se conectam ao tema posto: os caminhos da quantificação dos danos extrapatrimoniais e a prevenção de danos.

Diante disso, o ressarcimento de tais danos não encontra harmonia na doutrina cujos raciocínios compreendem de um lado o caráter punitivo da indenização e de outro a função ressarcitória. E é essa a questão primordial, concernente à função que deve desenvolver a indenização por danos extrapatrimoniais no arbitramento do juiz.

A ideia dessa função punitiva a ser concebida na quantificação por danos extrapatrimoniais provém da influência da doutrina norte-americana no ordenamento brasileiro de modo improvisado. À sombra do princípio da dignidade humana e a corolária proteção aos

³ Para Norberto Bobbio (2011, p. 86) “um ordenamento jurídico constitui um sistema porque nele não podem existir normas incompatíveis. Nessa acepção, ‘sistema’ equivale à validade do princípio que exclui a incompatibilidade das normas”. O exame desse significado de sistema leva ao entendimento de que, na ocorrência de existir normas conflitantes dentro de um mesmo ordenamento, uma ou ambas devem ser afastadas. No mesmo caminho, mas incluindo outros elementos, Miguel Reale (1994, p. 102) entende que o ordenamento jurídico se perfaz em um conjunto não só de normas, mas também de fatos e valores, todos no mesmo patamar de igualdade e, portanto, devem ser absorvidos em conjunto. Logo, diante de um problema verificado em um subsistema normativo, os subsistemas fáticos e valorativos poderiam ser acionados em sua defesa. Em decorrência disso, o autor brasileiro entende que o Direito não pode ser compreendido, tão somente, como particular manifestação da norma, dos fatos ou de axiomas, mas sim da apreensão conjugada e interligada desses elementos.

⁴ Em que pese a terminologia "sistema" seja muito difundida no âmbito jurídico e as abordagens adotadas sejam distintas, da pesquisa proposta, se faz necessário delimitar o termo e padronizar seu uso. Assim é que, inspirado por Hans Kelsen (1983, p. 17), Norberto Bobbio (2011, p. 87) sugere a investigação dos atributos de unidade e coerência para que se conheça, no ordenamento jurídico, o sistema. No sistema jurídico do autor italiano, “a admissão do princípio que exclui a incompatibilidade tem por consequência, no caso de incompatibilidade de duas normas, a queda não de todo o sistema, mas somente de uma das duas normas ou, no máximo, de ambas”. Essa observação permite que o sistema seja mantido, uma vez que, embora exista a obrigação de exclusão das duas normas examinadas, essa decisão não fará com que o sistema se desfaça. O princípio da incompatibilidade de normas não implica que elas necessitem se acomodar perfeitamente, mas demanda que, para que assegurem sua subsistência no ordenamento, sejam compatíveis. Por sua vez, na Teoria Tridimensional do Direito desenvolvida por Miguel Reale (1994, p. 101) ao lado do sistema normativa, são incluídos os sistemas dos fatos e dos valores. Nesse sistema aberto, composto, dinâmico e prospectivo, não existe hierarquia entre os seus elementos, sendo observados em igualdade estrutural. Infere-se que ambas compreensões teóricas levam ao entendimento de que, para que o ordenamento seja em essência uma unidade sistemática deve oferecer harmonia, coerência e unidade. Logo um sistema jurídico deve estar conectado aos valores e ter por fundamento a Constituição, funcionando como uma rede harmônica de cumprimento aos princípios e objetivos do Estado Democrático de Direito, solucionando as ocasionais antinomias por meio de sua estrutura de organização hierarquizada.

direitos da personalidade⁵, os simpatizantes dessa ideia procuram prevenir os danos por intermédio de uma indenização punitiva, que alcance de modo exemplar o ofensor⁶.

Contudo, uma solução precisa enquadrar-se no sistema para o qual é proposta. Antes de examinar as adjacências dos *punitive damages*, é imprescindível averiguar sua transitabilidade no sistema civilista nacional. Outrossim, é imperioso analisar se realmente é necessária essa importação, de modo que, é cogente, primeiramente, verificar as potencialidades preventivas postas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Para isso é traçado um estudo da responsabilidade civil contemporânea e as experiências no direito comparado. Em seguida, pesquisa-se os critérios qualificativos dos danos extrapatrimoniais ao mesmo tempo em que é traçado um paralelo com a prevenção de danos futuros. Nessa perspectiva, excursiona-se na jurisprudência nacional, com a finalidade de delinear as principais particularidades dos tribunais brasileiros no julgamento das ações de indenização por danos extrapatrimoniais.

Diante do dissenso jurisprudencial, com o intuito de uma melhor tutela de equidade nas indenizações, o Superior Tribunal de Justiça tem adotado o arbitramento judicial pelo método bifásico, em que, primeiramente, é posto um valor básico para o ressarcimento, considerando um grupo de precedentes para, em seguida, avaliar o direito lesado propriamente dito.

Imediatamente, observam-se as consequências da dupla função no ressarcimento por danos extrapatrimoniais e as opiniões avessas à função punitiva. Dessa forma, almeja-se verificar se viável ou inviável a pretensão desse intento punitivo como meio de prevenção de vindouros danos, diante do nosso sistema.

Ancorada no método dedutivo, investiga-se como a prevenção desses danos desenvolve-se no nosso sistema, quais os caminhos presentes no nosso ordenamento jurídico e se há razão para a dispensabilidade da função punitiva.

⁵ Sobre os direitos da personalidade, seu reconhecimento data do final do século passado e do início deste, para cuja construção colaborou a doutrina dos grandes juristas germânicos e italianos, destacando-se, dentre estes, Francesco Ferrara (1921, p. 397-398), que os definia: “sono diritti privati rivolti ad assicurare all’individuo il godimento del proprio essere, fisico e spirituale”, traduzido livremente: “são direitos privados destinados a assegurar ao indivíduo o gozo do próprio ser, físico e espiritual.” A abrangência de seu conceito, no princípio, não permitiu estabilidade entre os doutrinadores. A indecisão ocorreu a partir de sua própria designação: “direitos individuais (Kohler, Gareis), direitos sobre a própria pessoa (Windscheid, Campogrande), direitos pessoais (Wachter, Bruns), direitos de estado (Mühlenbruch), direitos originários, direitos inatos, direitos personalíssimos (Pugliati, Rotondi). Mas a preferência tem recaído sobre o título direitos da personalidade, empregada por Gierke, Ferrara e autores mais modernos” (GOMES, 1974, p. 6). Portanto, como se não bastasse a predileção doutrinária, examinando sob o ângulo do Direito Civil brasileiro e sua codificação de 2002, uma só denominação impõe sobre nós, qual seja: “direitos da personalidade”.

⁶ Nesse sentido, André Gustavo Corrêa de Andrade (2006, p. 31): “a indenização punitiva surge como instrumento jurídico construído a partir do princípio da dignidade humana, como finalidade de proteger essa dignidade em suas várias representações. A ideia de conferir caráter de pena à indenização do dano moral pode ser justificada pela necessidade de proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos da personalidade”.

Ao fim e ao cabo, direciona-se a estudar as vias pelas quais nosso ordenamento facilita essa empreitada preventiva dos danos extrapatrimoniais. Apontam-se três atores essenciais nesse mister: a *um*, o juiz, essencial no arbitramento dos danos extrapatrimoniais, a *dois*, o processo, por intermédio de seus instrumentos coletivos e, a *três*, o Estado-administração por meio de suas agências regulatórias e das aplicações de sanções administrativas.

2 PELAS TRILHAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL CONTEMPORÂNEA À PREVENÇÃO DE DANOS NA SOCIEDADE MODERNA

O civilista deve se interessar pelas normas constitucionais e pelo Direito Constitucional porque sua atividade é, antes de tudo, uma atividade interpretativa das normas. O jurista deve zelar pela reconstrução da ordem jurídica em sua unidade; a norma constitucional está no topo da hierarquia normativa, e todo o sistema legal, incluindo o Direito Civil, deve estar em conformidade com ela e ser inspirado por ela.

Nesse sentido, parte-se a ideia do direito civil-constitucional, definido como corrente metodológica que sustenta a obrigação constante da releitura do direito civil à luz da Constituição (PERLINGIERI, 1999, p. 12), supera-se a segregação entre o diploma privado e o constitucional, remodelando os institutos com bases nas diretrizes constitucionais.

A nomenclatura fala por si só: sublinhar a máxima concretização da Constituição no direito civil, “aplicando diretamente o texto constitucional, seus valores e princípios, aos conflitos de direito civil, de modo a salvaguardar o tratamento evolutivo que tem caracterizado as relações jurídicas do Brasil contemporâneo” (TEPEDINO, 2001).

Nesse contexto, sendo a responsabilidade civil um instituto inerente desse direito privado, conseqüentemente sofre influência dos fenômenos da despatrimonialização e constitucionalização.

Nesse sentido, observa Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p. 12) que “a responsabilidade civil tem hoje, reconhecidamente, um propósito novo: deslocou-se o seu eixo da obrigação do ofensor de responder por suas culpas para o direito da vítima de ter reparadas as suas perdas”.

Deste modo, na responsabilidade civil contemporânea o foco passa a ser o ofendido em face do dano ressarcível. Sobre essa discussão, Anderson Schreiber (2012, p. 242) ressalta que o momento hodierno da responsabilidade civil permite descrever uma “erosão dos filtros tradicionais da reparação, isto é, de relativa perda de importância da prova da culpa e da prova do nexos causal como os obstáculos ao ressarcimento dos danos na dinâmica das ações de ressarcimento”.

Em outras palavras, pode-se dizer que a responsabilidade civil tem como escopo o dano e, principalmente, a vítima lesada. Nesse sentido, Cláudio Luiz Bueno de Godoy (2009, p. 15) observa que:

[...] a mudança foi mesmo de modelo jurídico ou, como observa Stefano Rodotà, uma mudança de dinâmica institucional, mesmo no campo da responsabilidade civil, conformada às modificações constitucionais ocorridas. Do chamado Estado Liberal, passou-se ao que se convencionou denominar Estado Social – verdade que para alguns já mesmo superado pelo Estado Pós-moderno –, de toda sorte que o ordenamento se volta à preservação de valores, de escolhas axiológicas diversas, essencialmente consubstanciadas na dignidade humana, no solidarismo e na justiça da relação entre as pessoas, e ao que o Estado intervém, a cuja garantia e até fomento os mecanismos estatais de atuação, enfim, devem servir.

Portanto, essa objetivação da responsabilidade nasce, com a única finalidade de proteção aos ofendidos, já que priva da árdua prova da culpa, exigindo tão somente a demonstração da relação conduta-dano, a partir do nexo da causa à lesão, para que assim brote o direito ao ressarcimento.

O reconhecimento da pessoa humana como elemento central do ordenamento jurídico nacional e a racional posituação dos danos extrapatrimoniais na Constituição de 1988 (em que pese a denominação posta no art. 5º, inc. X, seja “dano moral”) afastou, inicialmente, o viés patrimonial do Código Civil de 1916, permitindo interpretar e aplicar suas disposições àquele tipo de dano ainda não previsto (SANSEVERINO, 2007, p. 26).

A publicação do Código de Civil de 2002, diploma que valoriza um sistema baseado em cláusulas gerais e que trouxe uma alteração principiológica no direito privado (como os princípios da eticidade, socialidade operabilidade), trouxe como consequência a desnecessidade da tipificação *numerus clausus* desses danos, assim, em face da complexidade da individualidade humana, que pode ser ofendida em muitos dos seus aspectos, significando uma variação lógica dos respectivos danos, aponta-se uma grande ampliação do catálogo de hipóteses desses danos extrapatrimoniais:

Ampliando-se desmesuradamente o rol dos direitos da personalidade ou adotando-se a tese que vê na personalidade um valor e reconhecendo, em consequência, tutela às suas manifestações, independentemente de serem ou não consideradas direitos subjetivos, todas as vezes que se tentar enumerar as novas espécies de danos, a empreitada não pode senão falhar: sempre haverá uma nova hipótese sendo criada (MORAES, 2003, p. 166).

Nota-se, desse modo, a abundância de hipóteses lesivas que outrora eram rejeitadas pelo ordenamento jurídico, mas atualmente são constantes na nossa jurisprudência. Hodiernamente, as questões presentes na responsabilidade civil pós-moderna, defensora da personalidade humana em todas as suas singularidades, tornam cada vez mais difícil o trabalho de selecionar o dano ressarcível e de estabelecer critérios para o seu ressarcimento.

Paralelo a isso, a responsabilidade contemporânea apresenta o fenômeno da coletivização, corolário da referida objetivação e dessa expansão dos danos ressarcíveis. Acontece que essa constatação de novos danos e a facilitação de prova do seu ressarcimento por meio da responsabilidade objetiva tem como consequência a dificuldade de efetivar o ressarcimento em face da insuficiência de patrimônio dos ofensores. Esse fato mostrou a necessidade de transformar mais tolerável a carga indenizatória ao responsável, sugerindo a coletivização da responsabilidade civil.

A demonstração desse movimento é o seguro de responsabilidade civil. Em face disso, Anderson Schreiber (2012, p. 213) observa uma “diluição dos danos”, consequência do alargamento das hipóteses de responsabilidade solidária e a progressiva importância da prevenção e da precaução dos danos:

A implementação de uma genuína responsabilidade social requer que o resultado das ações de responsabilização passe a ser repartido pela coletividade de agentes potencialmente lesivos ou até, em algumas hipóteses, pela sociedade como um todo. Em lugar de transferir de um indivíduo a outro o ônus repertório (*loss shifting*), a responsabilidade civil deve assumir a tarefa de diluir o peso da reparação (*loss spreading*), tornando mais efetivo e menos litigioso o amparo à vítima. Tal diluição já vem se operando por meio de iniciativas legislativas pontuais e criações espontâneas da autonomia privada – como o seguro de responsabilidade por danos –, mas convida a reflexões mais abrangentes que conformem o interior ramo da responsabilidade civil à sua nova função, que consiste não mais em identificar o culpado, mas em gerir os danos que, inevitavelmente decorrem da convivência social.

Por sua vez, Fernando Noronha (1999, p. 39) faz um paralelo entre a crescente securitização da responsabilidade civil e a já dita objetivação, de modo que o “o seguro de responsabilidade passa a garantir melhor a reparação do dano sofrido pelo lesado, ao mesmo tempo que alivia o ônus incidente sobre o responsável”, desse modo diluísse o ônus, transferindo para um conjunto de indivíduos ou entidades que desempenham uma mesma atividade, causadora da mesma ameaça de danos, que pagarão os prêmios próprios ao respectivo seguro contratado.

Por outro lado, deve-se ter cautela na utilização do seguro na responsabilidade civil, pois aquele é uma consequência desta, não podendo tomar o seu lugar. Desse modo, a responsabilidade civil passa a desenvolver um papel essencial de prevenção de danos na sociedade moderna, função analisada a seguir.

2.1 O ESTRUTURALISMO E A FUNCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS: A FUNÇÃO PREVENTIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL CONTEMPORÂNEA

No aspecto metodológico, o Direito, em fronteiras científicas, apostou em uma estratégia qualificada pela estrutura. Modelos estruturais e até classificações têm sido objeto de ciência jurídica.

A estrutura noticia a ocorrência de situações ou relações jurídicas por meio de institutos, que superam a dicotomia entre direito público e direito privado, ou conceitos como “ato e negócio jurídico; classificação das obrigações e contratos; conceito analítico de crime (teorias bipartite, tripartite ou quadripartida); taxonomia de ato administrativo; divisão entre Estado, poder e direitos e garantias fundamentais na Constituição” (FERREIRA, 2014, p. 44).

No campo dogmática, o estruturalismo é evidenciado no Brasil pelo positivismo de Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda (1972b), por intermédio da teoria do fato jurídico, e sua tricotomia do negócio jurídico (existência, validade e eficácia).

Por outro lado, o fim da Segunda Grande Guerra Mundial e o advento da Declaração dos Direitos do Homem de 1948 proporcionaram mudanças hermenêuticas e metodológicas nos Estados, acendendo palco para o humanismo⁷.

Observa Anderson Schreiber (2020, p. 57) que ao contrário da estrutura (“como funciona”) de um instituto jurídico, é na sua função (“para que serve”) que se reconhece a verdadeira justificação de sua proteção pelo ordenamento. Nessa ordem de ideais Salvatore Pugliatti (1964, p. 300) entende que a função é a *ragione genetica dello strumento* (razão genética do instituto, em tradução livre) e, em face disso, seu verdadeiro elemento de caracterização⁸.

⁷ Sobre o tema, segue transcrição do pensamento: “É o que se pode designar por constitucionalismo cumulativo. Um constitucionalismo crescentemente superavitário, como se dá com a ciência e a cultura, a ponto de autorizar a ilação de que, graças a ele, o Estado de Direito termina por desembocar num Estado de Direitos. O que não significa uma generalizada situação de afrouxamento dos deveres e responsabilidades de cada indivíduo para com o próprio Estado e a sociedade civil. As duas coisas bem podem conviver na mais perfeita harmonia” (BRITTO, 2007, p. 22).

⁸ “Non soltanto la struttura per sè conduce inevitabilmente al tipo che si può descrivere, ma non individuare, bensì inoltre la funzione esclusivamente è idonea a fungere da criterio d’individuazione: essa, infatti, dà la ragione genetica dello strumento, e la ragione permanente del suo impiego, cioè la ragione d’essere (oltre a quella di essere stato). La base verso cui gravita e alla quale si collegano le linee strutturali di un dato istituto, è costituita dall’interesse al quale è consacrata la tutela. L’interesse tutelato è il centro di unificazione rispetto al quale si compongono gli elementi strutturali dell’istituto” (PUGLIATTI, 1964, p. 300). Tradução livre: “Não só a própria estrutura conduz inevitavelmente ao tipo que pode ser descrito, mas não identificado, mas também a função é exclusivamente adequada para atuar como um critério de identificação: ela, de fato, dá a razão genética do instrumento, e a razão permanente do seu uso, que é a razão de ser (além de ter sido). A base para a qual gravita e a que se ligam as linhas estruturais de uma dada instituição é o interesse a que se consagra a proteção. O interesse protegido é o centro de unificação em relação ao qual são compostos os elementos estruturais da instituição.”

A funcionalização dos direitos teve sua baliza histórica na Constituição de Weimar (1919), ao preceituar que a propriedade coage o agente, atribuindo ao titular de um direito que antes era considerado absoluto no espectro liberal, para levar a realizar comportamentos positivos e negativos na garantia do bem-estar da coletividade.

Como resultado, o estruturalismo, em que pese essencial à teoria do Direito, passou por questionamentos, nomeadamente devido à falta de multidisciplinariedade, capaz de permitir a comunicação entre o Direito e a sociedade. Para Salvatore Pugliatti (1964, p. 300), o estruturalismo estava impregnado de neutralidade⁹. A esse arquétipo Norberto Bobbio (2007, p. 54) objetou várias críticas, sem deixar de lado a importância do estruturalismo, demonstrou que o plano da efetividade, por meio das *funções premiais*, tem importantes implicações transformadoras de uma sociedade:

A importância dada ao vertiginoso aumento das normas de organização, o qual caracteriza o Estado Contemporâneo, não coloca em crise, necessariamente, a imagem tradicional do direito como ordenamento protetor-repressivo. Ao contrário, isso se dá pelo que observei inicialmente: no Estado contemporâneo, torna-se cada vez mais frequente o uso das técnicas de encorajamento. Tão logo começemos a nos dar conta do uso dessas técnicas, seremos obrigados a abandonar a imagem tradicional do direito como ordenamento protetor-repressivo. Ao lado desta, uma nova imagem torna forma: a do ordenamento jurídico como ordenamento com função *promocional* (BOBBIO, 2007, p. 13).

Nesse sentido, a teoria funcionalista de Norberto Bobbio (2007, p. 81) tem alcançado aplicação no direito pátrio. Observa-se, por exemplo, de forma mais contundente a partir da Constituição de 1988, o surgimento de vários microssistemas voltados a segmentos frágeis da sociedade:

É assim que o valor do direito (dignidade da pessoa humana) como um todo, domina o sistema de valores (*Wertsystem*) constitucional, a orientar (inclusive na sistematização-valorativa) o novo direito privado brasileiro. Daí porque, nesta obra, o fator igualdade será examinado com precedência em relação à liberdade, fator típico do direito privado. E esta, de sua vez, só terá efetividade uma vez que se reconheçam situações estruturais de desigualdade e se protejam os vulneráveis. Observe-se que este é o sentido dos direitos fundamentais reconhecidos à criança e ao adolescente, art. 227 da CF/1988, aos idosos, art. 226, CF/1988, aos consumidores, art. 5º, XXXII, da CF/1988, e à proteção aos portadores de necessidades especiais, art. 7º, XXXI, 23, XIV, e 227, II, da CF/1988, e às futuras gerações, art. 225, *in fine* (MARQUES; MIRAGEM, 2012, p. 129)

⁹ “Un tipo strutturale è strumento per sé neutro, utilizzabile per il conseguimento di diversi fini” (PUGLIATTI, 1964, p. 300). Tradução livre: “Um tipo estrutural é um instrumento neutro em si mesmo, utilizável para a realização de vários fins”.

Da mesma forma, essa teoria proporcionou a abertura a novas técnicas legislativas, entre elas o reconhecimento das cláusulas gerais, demonstrando a abertura sistêmica para a solução de casos concretos, aptos a oferecer flexibilidade, ao mesmo tempo em que serve como ferramenta para efetivação de princípios¹⁰.

Logo, é superado o mito de que o direito privado é um campo antagônico ao Estado. Ao contrário, a importância da ação do Estado nas relações privadas para a preservação do equilíbrio, da igualdade substancial e da justiça material é progressivamente reconhecida (SCHREIBER, 2020, p. 58).

Assim, analisando a transformação histórica dos modelos de responsabilidade civil é possível constatar na metodologia funcionalista um espaço adequado ao pleno desenvolvimento de uma função preventiva, que antecipa a ocorrência de vindouros danos (BOUTONNET, 2005, p. 190).

Portanto, estabelecer funções aos institutos jurídicos vai ao encontro da missão legal que determina a verificação dos efeitos concretos dos fatos e das normas na realidade social. Nesse cenário, o Direito é “orientado para resultados e se diferencia nitidamente da imagem clássica da justiça cega a consequências” (NONET; SELZNICK, 2010, p. 134).

Passando assim as coisas, hodiernamente, deve-se deixar de lado o hábito de tratar da função primária da responsabilidade civil como se ela fosse a única. O que nos leva a uma pergunta: essa responsabilidade civil contemporânea, pode admitir outras funções além da ressarcitória? Nesse sentido, salienta Judith Martins-Costa (2009, p. 147) que essa diversidade de funções da responsabilidade civil é presentemente um grande problema, que procede da tensão entre a plasticidade do instituto e as novéis necessidades da sociedade, complementando funções distintas a tradicional função ressarcitória dos danos ilicitamente ofendidos.

¹⁰ “Estas janelas (...) são constituídas pelas cláusulas gerais, técnica legislativa que conforma o meio hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios valorativos ainda não expressos legislativamente, de *standards*, arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não previstos legislativamente (e, por vezes, nos casos concretos, também não advindos da autonomia privada), de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfico jurídico, de diretivas econômicas, sociais e políticas, de normas, enfim, constantes de universos metajurídicos, viabilizando a sua sistematização e permanente ressystematização no ordenamento positivo. Nas cláusulas gerais a formulação da hipótese legal é procedida mediante o emprego de conceitos cujos termos têm significado intencionalmente vago e aberto, os chamados ‘conceitos jurídicos indeterminados’. Por vezes – e aí encontraremos as cláusulas gerais propriamente ditas – o seu enunciado, ao invés de traçar pontualmente a hipótese e as consequências, é desenhado como uma vaga moldura, permitindo, pela vagueza semântica que caracteriza os seus termos, a incorporação de princípios e máximas de conduta originalmente estrangeiros ao corpus codificado, do que resulta, mediante a atividade de concreção destes princípios, diretrizes e máximas de conduta, a constante formulação de novas normas” (MARTINS-COSTA, 2002, p. 118).

Sem negligenciar os contextos que corroboram um olhar crítico sobre a ampliação da responsabilidade civil contemporânea, cumpre ressaltar as carências da função unicamente ressarcitória no cenário pós-moderno¹¹.

À luz desse pressuposto, reconhece-se atualmente também a função dissuasória ou preventiva dessa responsabilidade, não as podendo confundir a função punitiva (GODOY, 2009, p. 20). Cumpre citar a advertência de Fernando Noronha (2003, p. 464), de que a função preventiva “é às vezes também chamada de ‘educativa’, mas parece que com ela o que se pretende não é propriamente ensinar o homem a comportar-se melhor, é simplesmente coibir comportamentos danosos”.

A função preventiva impõe ao magistrado, quando da fixação da indenização, uma visão prospectiva (olhando-se para o futuro), enquanto que na função punitiva, a visão é retrospectiva (olhando-se para o passado). Quando o juiz fixa uma única indenização, que embaralha e não identifica todos esses critérios, gera insegurança jurídica por falta de essência técnica (GODOY, 2009, p. 20).

Desse modo, pode-se sustentar que a compensação dos danos extrapatrimoniais, atinge sua potência máxima no Direito Civil, quando a responsabilidade expressa sua função preventiva. O Direito consagra melhor o espaço deixado pelo Poder Constituinte, quando caminha à prevenção de danos futuros.

A partir disso, se o legislador somente mencionou regras gerais de fixação da indenização, deve-se investigar, no caso concreto, quais outros instrumentos oferecidos pelo Direito aptos a prevenir as ações danosas no futuro.

Para elucidar esse ponto, parte-se da excessiva patrimonialização do direito civil, realidade social deste século. É evidente que a convivência social gera danos, contudo nem todos são indenizáveis, de modo que o Direito os seleciona com a finalidade de proteger a liberdade das pessoas e as atividades úteis a sociedade:

¹¹ A respeito de alguns atributos particulares entre os períodos moderno e pós-moderno, Terry Eagleton (1996, p. 7) afirma que “pós-modernidade é uma linha de pensamento que questiona as noções clássicas de verdade, razão, identidade e objetividade, a ideia de progresso ou emancipação universal, os sistemas únicos, as grandes narrativas ou os fundamentos definitivos de explicação. [...] vê o mundo como contingente, gratuito, diverso, instável, imprevisível, um conjunto de culturas ou interpretações desunificadas gerando um certo grau de ceticismo em relação à objetividade da verdade, da história e das normas, em relação às idiossincrasias e à coerência de identidades”. A respeito da modernidade clássica, Zygmunt Bauman (2001, p. 33) ressalta que “ela parece ‘pesada’ (contra a ‘leve’ modernidade contemporânea); melhor ainda, ‘sólida’ (e não ‘fluida’, ‘líquida’ ou ‘liquefeita’); condensada (contra difusa ou ‘capilar’); e, finalmente, ‘sistêmica’ (por oposição a ‘em forma de rede’)”. No entanto, apesar de usar outros atributos para adjetivar os períodos moderno e pós-moderno, o autor assinala as mesmas características desse período do capitalismo flexível: poder extraterritorial, conexões e redes eletrônicas, instantaneidade, imediatismo, efemeridade e instabilidade.

O problema está em que tal solidarização da responsabilidade civil ocorre apenas pela metade. No afã de proteger a vítima, o Poder Judiciário dispensa, com facilidade, a prova da culpa e do nexo causal, mostrando-se interessado não em quem gerou o dano, mas em quem pode suportá-lo. A erosão dos filtros da reparação corresponde, portanto, não a um endêmico despreparo dos juízes com relação a uma disciplina secular – como desejam os cultores da responsabilidade civil –, mas uma revolução gradual, silenciosa, marginal até, inspirada pelo elevado propósito de atribuir efetividade ao projeto constitucional, solidário por essência, a exigir o reconhecimento de que os danos não se produzem por acaso ou fatalidade, mas consistem em um efeito colateral da própria convivência em sociedade. A revolução, contudo, é falha, porque meramente parcial. Os tribunais desconsideram a culpa (todos somos culpados) e a causa (todos somos causadores) dos danos, mas concluem o processo judicial de responsabilização lançando o ônus indenizatório sobre um único – e, muitas vezes, randômico – responsável. Há solidarismo no que diz respeito às condições para a deflagração do dever de reparar, enquanto a atribuição do dever em si continua arraigada ao individualismo mais visceral. O ônus de auxiliar as vítimas pertence a todos, mas vem atribuído a cada réu, aleatória e isoladamente, o que acaba por resultar em injustiça, a rigor, tão grave quanto manter o dano sobre a vítima (SCHREIBER, 2012, p. 7).

O artigo 944, *caput*, do Código Civil Brasileiro aduz que “a indenização mede-se pela extensão do dano”. Tradicionalmente, nota-se que a grande maioria das ações judiciais baseadas em responsabilidade civil pretendiam a condenação do ofensor ao pagamento de uma determinada quantia. No final do século retrasado, René Demogue (1897, p. 44-45) sublinhava a carência dos meios de proteção oferecidos pelo Direito ao ofendido, lamentando que a diferença numérica das formas reparadoras do mal (escassas) se comparadas com as incalculáveis maneiras de provocar danos.

Essa lição do doutrinador francês ainda é atual. Assim sendo, hodiernamente, doutrina e jurisprudência devem avaliar os diversos meios de ressarcimentos postos no nosso ordenamento jurídico.

Veja-se, por exemplo, fenômenos como o direito de resposta, desagravo, cartas personalizadas aos ofendidos, a publicização da sentença e diversas medidas que podem ser úteis na reparação ou compensação do dano suportado, assim retrata Daniel Ustárroz (2017, p. 32), a partir de dois exemplos, o primeiro, em face de uma catástrofe de grande convulsão social, “seria adequada a idealização e a construção de memoriais, museus, obras de arte para que as gerações futuras não se esquecessem das vítimas e do evento, minimizando assim a chance de sua repetição”. O segundo, em face de um crime de calúnia, “a resposta pública do Poder Judiciário, reconhecendo o ilícito perpetrado, pode ser mais útil às vítimas do que um mero valor arbitrado etc.”

Desse modo, pode-se concluir que o nosso atual sistema de responsabilidade só atinge suas potencialidades no campo dos danos extrapatrimoniais quando conjectura a expectativa de impedir iminentes atividades danosas olhando para si e para os instrumentos internalizados e já existentes no nosso ordenamento jurídico, sem ter a necessidade da implementação da indenização punitiva.

A responsabilidade civil há de encontrar, porquanto, seu embasamento nos princípios, objetivos, direitos, garantias e deveres constitucionais do Estado Democrático de Direito, que se transforma assim no suporte valorativo que gravita em torno do sistema teleológico da responsabilidade civil.

Manifesto, assim, é admitir que a responsabilidade civil, além de ressarcir o dano, também exerce uma função de prevenção, observa Manuel Frada (1994, p. 119) que é papel do Direito “estabilizar e tutelar, no seu âmbito específico, as expectativas e condicionantes da existência dos homens por forma a subtraí-los do arbítrio destruidor da imprevisibilidade”. Logo, a reserva é assim inevitável e, se o sistema jurídico não pode afastá-la, possui caminhos para a prevenção e o controle, de modo que “a responsabilidade civil comunga desta *ratio* que informa as normas jurídicas”.

A partir do entendimento da responsabilidade civil como instituto voltado à proteção de bens e interesses imputados pelo Direito, se faz necessário um diálogo entre as diversas funções que finalisticamente encontram fundamento na Constituição Federal, promovendo valores não só ao ofendido, mas à proteção do gênero humano na conjuntura social. Resume Karl Larenz (1991, p. 125) sustentando que não há um único princípio da “responsabilidad por daños”, mas vários, “y cada uno de ellos tiene su propio campo de aplicación. Es común a todos la idea de una justa compensación del daño o de un justo reparto de determinados riegos de daños”.

Protege-se, igualmente, a convivência social, abrigando-se das violações às naturezas existenciais, sejam singulares ou difusas, hodiernas ou transgeracionais, sem negligenciar o aspecto de proteção que escolta a responsabilidade civil, quando revela uma obrigação de segurança em favor de todos os indivíduos da sociedade.

Sobre essa preocupação, José Rubens Morato Leite e Melissa Ely Melo (2007, p. 210) aclaram: “a responsabilidade civil passa a se preocupar com as questões que estão por vir, todavia sem olvidar da necessidade de reparação dos danos já ocasionados.”

O aspecto histórico-evolutiva da responsabilidade civil, neste século e nessa era de sociedade de riscos, perfaz uma provocação de renovação de sentido, onde o ressarcimento de danos entrega lugar à antecipação de sua ocorrência, por meio de ações voltadas aos horizontes. Identificar hodiernas referências e funções revela à responsabilidade civil uma dimensão

poderosa e a concretização de novas potências. Nesse cenário, observa Anderson Schreiber (2012, p. 243) que o dano passa a ser “elemento primordial da responsabilidade civil e *locus* privilegiado para a aferição da ressarcibilidade”.

Logo, a já aludida erosão dos obstáculos clássicos ao ressarcimento resulta em um alargamento dos danos ressarcíveis, exigindo atenções ao dano (em detrimento da culpa e do nexu causal).

2.2 A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE DANO E A DICOTOMIA PATRIMONIAL E EXTRAPATRIMONIAL

A etimologia da palavra “dano” é oriunda do latim, *damnum*, possui várias acepções, no dicionário vernáculo significa, sumariamente, a presença de um prejuízo de fato, um mal, uma avaria, uma perda a alguma pessoa.

É de se observar que José de Aguiar Dias (2011, p. 284-285) filia-se à concepção jurídica de dano como um prejuízo, pressuposto objetivo do dever de indenizar:

Como, para nós, é possível, como já insinuamos, exigir-se que a noção de dano se restrinja à ideia de prejuízo, isto é, o resultado da lesão, só por isso mostra mais adequada do que a de Carnelutti a definição de Fischer que considera o dano nas suas duas acepções: a) a vulgar, de prejuízo que alguém sofre, na sua alma, no seu corpo ou seus bens, sem indagação de quem seja o autor da lesão de que resulta; b) a jurídica, que, embora partindo da mesma concepção fundamental, é delimitada pela sua condição de pena ou de dever de indenizar, e vem a ser o prejuízo sofrido pelo sujeito de direitos em consequência da violação destes por fato alheio. Assim, a lesão que o indivíduo irroga a si mesmo produz dano, em sentido vulgar. Mas tal dano não interessa ao direito. O suicídio, por exemplo, não é punido pelas leis penais, apesar do seu caráter público. Tem-se a impressão, contudo, de que a não punição do suicídio não é, como aí se afirma, efeito do desinteresse do legislador penal, mas efeito da impossibilidade de efetivá-la.

Desde o Direito Romano, é de todo acolhida a indenização do dano, em particular aquele de caráter material, o primeiro a ser reconhecido, oriundo da máxima *restitutio in integrum*, qual seja, “se alguém causa um dano premeditadamente, que o repare” (MEIRA, 1971, p. 313).

Vulgarmente, dano remete à destruição ou inutilização de um determinado bem, o que caracteriza uma conceituação fática, por exemplo quando alguém bate o próprio veículo automotor na sua garagem.

Ao que interessa-se, no sentido jurídico, constitui-se o dano, quando a conduta de alguém tem consequências na esfera de outrem (princípio do *neminem laedere*), de modo que ninguém

está autorizado a transbordar sua órbita de faculdades e invadir a de outrem, “si ello ocurre se configura el daño em sentido lato, pero cuando la lesión recae en los bienes que constituyen el patrimonio de una persona, la significación del daño se contrae y se concreta em el sentido estricto de daño patrimonial” (ALSINA, 1997, p. 159).

A governabilidade do sistema social tem por função prevenir a ocorrência de danos, ou seja, consolidar a paz social. O dano só ocorre quando a sua prevenção, objetivada pela governabilidade, não é suficiente para evitar a sua perpetração. Logo, para Carlos Ghersi (1997, p. 48) o dano é a expressão de crise no sistema de governabilidade da sociedade.

Por sua vez, Lindbergh Montenegro (1984, p. 10) conceitua dano como sendo “prejuízo que alguém sofre em um bem jurídico, contra a sua vontade”. Nesse sentido, Carlos Alberto Bittar (1994, p. 18) o especifica como “qualquer lesão injusta a componentes do complexo de valores protegidos pelo Direito”.

Observa-se, prontamente, uma inclinação hodierna a reconhecer uma conceituação ampla de dano, extrapolando os limites patrimoniais, garantindo o resguardo a bens e interesses juridicamente relevantes, inclusive imateriais:

Constituem, desse modo, perdas, de ordem pecuniária ou moral, que alteram a esfera jurídica do lesado, exigindo a respectiva resposta, traduzida, no plano do direito, pela necessidade da restauração do equilíbrio afetado, ou compensação pelos traumas sofridos que na teoria em questão se busca atender. É que de bens espirituais e materiais necessitam as pessoas para a consecução de seus objetivos, na integridade da vida humana (BITTAR, 1994, p. 30).

No que tange a categorização dos danos quanto à natureza do bem jurídico violado, podem estes ser separados em patrimoniais ou extrapatrimoniais.

De seu turno, Maria Helena Diniz (2013, p. 84) observa que dano patrimonial é “a lesão concreta, que afeta um interesse relativo ao patrimônio da vítima, consistente na perda ou deterioração, total ou parcial, dos bens materiais que lhe pertencem, sendo suscetível de avaliação pecuniária e de indenização pelo responsável”. Ainda, quando se fala em dano patrimonial, importante salientar que não somente as coisas corpóreas integram esta classificação, mas também as incorpóreas, como, por exemplo, os direitos creditícios.

Os danos patrimoniais são classicamente divididos em danos emergentes e lucros cessantes. Para Sérgio Cavalieri Filho (2012, p. 78), os danos emergentes são aqueles que importam “efetiva e imediata diminuição no patrimônio da vítima em razão do ato ilícito”. Já os lucros cessantes são os atinentes à produção de acontecimentos negativos mediatos ou

futuros no patrimônio da vítima, podendo reduzir ganhos, impedir lucros, entre outras formas de diminuição do patrimônio daquele que foi vítima desta arte de dano. O lucro cessante sempre emergirá de fato danoso já verificado.

A designação de danos sem conteúdo patrimonial imediato, sempre provocou dúvida, mesmo diante da denominação trazida pela Constituição de 1988 (art. 5, inciso X) e pelo Código Civil de 2002 (art. 186), qual seja: “dano moral”. Por outro lado, o relevo de novos interesses legalmente protegidos e, conseqüentemente, de novos danos, evidenciou a necessidade de expandir a categoria de danos sem repercussões patrimoniais imediatas, para incluir não apenas aqueles entendidos como danos morais, mas também aqueles cuja lesão incidisse sobre um bem jurídico de natureza existencial, pessoal, bem como todos demais que não se encaixassem como bens patrimoniais de um sujeito.

Tem-se conhecimento do ensaio da concepção de um conceito legal de dano moral no ordenamento pátrio com o Projeto de Lei 150/1999, porém arquivado em 2007, que assim propunha: “Art. 1º Constitui dano moral a ação ou omissão que ofenda o patrimônio moral da pessoa física ou jurídica, e dos entes políticos, ainda que não atinja o seu conceito na coletividade” (BRASIL, 1999).

Ultimamente, não existe no ordenamento jurídico do Brasil um conceito legal, embora, haja diversas acepções doutrinárias de gerações sucessivas de juristas, além de diversos entendimentos jurisprudenciais.

A partir dessa conjuntura, há uma expansão da categoria desses danos, sendo necessária uma mudança de nomenclatura, de modo que a terminologia “dano moral”, em que pese consagrada pelos juristas e operadores do direito brasileiro, não tem, em verdade, o mesmo alcance que a terminologia “dano extrapatrimonial”:

certamente, a expressão ‘dano moral’ foi introduzida no Brasil a partir de uma leitura e compreensão equivocadas da bibliografia francesa. A palavra ‘moral’, apesar de exibir idêntica grafia que no português, possui conteúdo semântico diverso do francês, traduzindo-se para espiritual ou intelectual, enquanto em português diz respeito aos bons costumes e à ética, ao conjunto de nossas faculdades morais (NALIN, 1996, p. 97).

Por outro lado, as legislações estrangeiras, de um modo genérico, abraçaram a terminologia “dano extrapatrimonial”, mais acertada, por ser mais abrangente em sua denominação. Em que pese a jurisprudência e o legislador pátrio ainda consagrem a terminologia “dano moral”, do ponto de vista semântico, as expressões “não patrimonial” e “imaterial” são mais compreensivas e certas.

Observam Carlos Alberto Menezes Direito e Sérgio Cavalieri Filho (2004, p. 102), que atualmente “o dano moral não mais se restringe à dor, à tristeza e ao sofrimento; estende a sua tutela a todos os bens personalíssimos, os complexos de ordem ética, razão pela qual se revela mais apropriado chamá-lo de dano imaterial ou não patrimonial, como ocorre no direito português”; em face dessa natureza de imaterialidade, esse dano permanece impassível de ser avaliado monetariamente, “podendo apenas ser compensado, em geral, com a obrigação pecuniária imposta ao causador do dano, sendo mais uma satisfação do que uma indenização”. Por sua vez, Judith Martins-Costa (2009, p. 348) evidencia, com nitidez, a sua insurgência à nomenclatura “dano moral”:

o Código mantém, infelizmente, a denominação ‘dano moral’ (art. 186), em cláusula geral completada pelas regras dos arts. 927 (obrigação de indenizar); 949 (ofensa à saúde); 951 (lesões ou ofensas à saúde causadas no exercício da atividade profissional); 953 e 954 (danos causados por injúria, difamação ou calúnia e ofensas à liberdade pessoal). É para tentar fugir às armadilhas que a expressão ‘dano moral’ acarreta – confundindo aspectos objetivos e subjetivos do fenômeno – que propôs Miguel Reale, seguido pela majoritária doutrina brasileira, a diferenciação entre dano moral objetivo, assim compreendido o que ‘atinge a dimensão moral da pessoa no meio social em que vive, envolvendo-o de sua imagem’, e o dano moral subjetivo, o qual estaria correlacionado, ‘com o mal sofrido pela pessoa em sua subjetividade, em sua intimidade psíquica, sujeita a dor ou sofrimento intransferível por que ligados a valores do seu subjetivo, que o ato ilícito veio penosamente subverter, exigindo inequívoca reparação.

É de se ressaltar Miguel Reale (1992, p. 23), que corrobora a referida autora enfatizando a deficitária redação do inciso V do artigo 5º da Constituição Federal, que aborda da indenização do dano “material, moral ou à imagem”, tomando-se “patrimonial por material” e buscando “desajeitadamente distinguir o chamado dano moral subjetivo e objetivo pelo emprego da alternativa ‘moral’ e à ‘imagem’, quando poderia tudo simplificar e melhor sistematizar com o emprego da expressão ‘extrapatrimonial’”.

Não resta dúvida de que, por ausência de maior compreensão do verdadeiro sentido da terminologia “dano moral”, o legislador cometeu o equívoco de deixar de melhor sistematizar, como afirmado por Miguel Reale, o emprego da expressão “dano extrapatrimonial”. Nesse aspecto, Paulo Roberto Ribeiro Nalin (1996, p. 97):

as expressões ‘não patrimonial’ e ‘extrapatrimonial’, sinônimos que são, englobam não somente os bens de ordem moral, enquadrando-se em seu conteúdo os bens da incolumidade física e psíquica, a produção intelectual e artística e tantos outros. Desta forma, entende-se mais adequada esta terminologia em face da limitada expressão ‘dano moral’. Observe-se, para

tanto, a expressão mencionada acerca das dimensões da personalidade humana referidas por Tereza Ancona, que extrapolam o nível da dimensão meramente moral para a dimensão física e intelectual do sujeito.

Diante dos argumentos expostos, fica evidente concluir que a terminologia “dano extrapatrimonial” seria a melhor a ser empregada, entretanto, como se viu, a legislação nacional, parte da doutrina e jurisprudência¹² foram edificadas sobre a terminologia “dano moral”. Adotar essa nova terminologia, é buscar um pouco mais de ordem, forçando o ofendido a demonstrar quais os danos que efetivamente sofreu, e não rotular tudo como “dano moral”.

Por sua vez, conceituar o dano extrapatrimonial como um prejuízo emocional (dor, sofrimento, abalo à honra) resultante de um ato lesivo ao sujeito (*pretium doloris* ou *pecunia doloris*)¹³ traz dificuldades consideráveis:

A lesão a um interesse tutelado (por exemplo, a saúde, a privacidade) repercute de forma inteiramente diferenciada sobre cada pessoa, não havendo um critério objetivo que permita sua precisa aferição. Por esta razão, fazer depender a configuração do dano moral de um momento consequencial (dor, sofrimento, etc.) equivale a lançá-lo em um limbo inacessível de sensações pessoais, íntimas e eventuais (SCHREIBER, 2012, p. 107).

Logo, hodiernamente¹⁴, o dano extrapatrimonial conforma-se com a própria ofensa a um interesse juridicamente tutelado referente à personalidade, independente das consequências negativas, de modo que “as mudanças no estado de alma do lesado, decorrentes do dano moral, não constituem, pois, o próprio dano, mas efeitos ou resultados do dano” desnecessários para a sua configuração (ANDRADE, 2004, p. 115).

É de se observar que essa mudança no conceito de dano extrapatrimonial serve mais ao propósito de proteger os interesses essenciais tutelados de novas violações, do que o fim tão somente compensatório a dor do ofendido. Para Paolo Gallo (1996, p. 13) “quì il problema non

¹² Súmulas do Superior Tribunal de Justiça: 1. Súmula 37: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.” 2. Súmula 227: “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral.” 3. Súmula 281: “A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa.” 4. Súmula 362: A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento.” 5. Súmula 370: “Caracteriza dano moral a apresentação antecipada de cheque pré-datado.” 6. Súmula 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.” 7. Súmula 387: “É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral.” 8. Súmula 326: “Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca.” 9. Súmula 388: “A simples devolução indevida de cheque caracteriza dano moral.” Súmula 498: “Não incide imposto de renda sobre a indenização por danos morais.”

¹³ Nesse sentido: Karl Larenz (1964, p. 193), Orlando Gomes (2011, p. 76), Carlos Alberto Bittar (1994, p. 31), Callegari Cenci (1992, p. 45) e João Piza Fontes (1998, p. 18).

¹⁴ Igualmente: Menezes Cordeiro (2010, p. 511), Judith Martins-Costa (2001, p. 22), Anderson Schreiber (2012, p. 119) e Sérgio Cavalieri Filho (2012, p. 79-80).

è tanto quello di risarcire, quanto quello di offrire un qualche strumento per la tutela di interessi di natura non strettamente patrimoniale”¹⁵.

Por fim, é incontroverso que os danos patrimoniais e extrapatrimoniais produzirão efeitos distintos, exigindo métodos indenizatórios diferenciados em virtude das suas finalidades. No primeiro, atinge-se o bem físico, a indenização parte de critérios objetivos e de fácil medida. Já no segundo, fulmina-se intimamente interesses dos sujeitos de difícil medição, compensando-os mediante uma soma em dinheiro que assegure ao ofendido uma certa satisfação pessoal.

2.3 AS CARACTERIZAÇÕES DO “DANO MORAL”

Evidenciado que “dano extrapatrimonial” é gênero e que “dano moral” é uma espécie dessa categoria, embora no Brasil ambos sempre foram considerados sinônimos, é necessário assumir uma tipologia dos danos extrapatrimoniais e, nesse sentido, em face da complexidade humana, torna-se complexa a tarefa de conceituar a espécie “dano moral”.

Na obra “Ensaio Sobre a Cegueira”, José Saramago (1995, p. 262) disse que "dentro de nós há uma coisa que não tem nome, essa coisa é o que somos". O escritor português se referiu a nossa estrutura existencial, as nossas vicissitudes. Ou seja, o ser humano tem inesgotáveis manifestações de sua subjetividade, razão pela qual existe tanta divergência para encontrar elementos comuns a um dano moral.

O princípio da reparação integral funda a cardeal diretriz ao julgador para orientar a quantificação da indenização, de modo que o juiz tem, de alguma maneira, ao final de um processo judicial, reposicionar o ofendido na situação mais próxima que ele se encontrava antes do dano. Portanto, deve existir uma congruência entre a causa de pedir e o pedido, exigindo-se que a vítima descreva precisamente os fatos e apresente as provas, pois, só assim, o magistrado conseguirá analisar o pedido mediato e descobrir qual o bem da vida que se quer proteger.

A consagração da existência do patrimônio imaterial e a consequente necessidade da existência de um processo indenizatório com o propósito de satisfazer ao ofendido na sua pretensão de tutela dos seus bens de valor, na hipótese de ofensa, constitui marco importante no processo civilizatório. Isto porque representa a defesa dos direitos fundamentais da pessoa, bem como consagra a tutela dos bens e valores que compõem a personalidade do ser humano. Para Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p. 140) “é a medida adequada da proteção da pessoa

¹⁵ Tradução livre: “aqui o problema não é tanto o de compensar, mas o de oferecer algum instrumento de proteção de interesses de natureza não estritamente patrimonial”.

humana (...) a consolidação do principal objetivo do Direito Civil atual: o pleno desenvolvimento do projeto de vida de cada pessoa”.

A apontada autora traz um enfoque a respeito do dano moral, considerando, não apenas o Direito Civil, mas também o Direito Constitucional, indicando que foi o artigo quinto da Constituição Federal que inaugurou a indenização do dano moral. Diante desse paradigma incipiente, o ordenamento jurídico pátrio colocou seus alicerces na dignidade humana, constituindo “dano moral” a ofensa a qualquer das questões e pormenores partes da dignidade humana: “dignidade esta que se encontra fundada em quatro substratos e, portanto, corporificada no conjunto dos princípios da igualdade, da integridade psicofísica, da liberdade e da solidariedade” (MORAES, 2003, p. 327).

Portanto, em que pese as dificuldades, vislumbra-se a possibilidade da conceituação positiva do dano moral, fundando um conceito próprio, oriundo de seus próprios predicados. Embora que, ainda hoje, como já se viu exaustivamente, muitos usam seu significado como sinônimo de dano extrapatrimonial.

Por sua vez, Nelson Rosenvald (2017a) apresenta críticas na conceituação do dano moral como ofensa a dignidade da pessoa humano, em face da sua abstratividade e subjetivismo. Entende que o dano moral é uma lesão a um interesse essencial, concretamente merecedor de tutela, algo semelhante com o dano injusto do direito italiano, de modo que só se entende o dano moral se observar-se a relação de bilateralidade entre o ofensor e ofendido. O magistrado não pode olhar apenas a posição da vítima, ou seja, a situação que ela se encontra após o dano. Segundo o autor, o juiz deve examinar também se existe uma justificativa para que o ofensor tenha cometido tal dano:

De fato, há uma série de situações em que para determinada pessoa houve uma intensa ofensa ao núcleo da dignidade, enquanto para outras o mesmo episódio em nada a compromete. Podemos citar o “surrado” exemplo do arremesso do anão. Enquanto a comunidade local se sentiu profundamente ultrajada pelo fato do anão ser coisificado para a diversão alheia, o próprio envolvido se via realizado em sua dignidade, concretamente considerada. Qualquer sociedade civilizada, adverte Dworkin, tem os seus próprios padrões e convenções a respeito do que constitui essa indignidade. Preferimos entender o dano moral como uma lesão a um interesse existencial concretamente merecedor de tutela. De modo conciso e simplificado, a afirmação da reparação pelo dano injusto exigirá uma análise concreta e dinâmica dos interesses contrapostos, ou seja, uma ponderação entre a conduta supostamente lesiva e o bem jurídico supostamente lesado, invariavelmente subsidiada por parâmetros objetivos que tornem a decisão controlável. Legitimar caso a caso o direito à reparação de danos não é uma tarefa singela, mas ainda não se descobriu nada melhor (ROSENVALD, 2017b, p. 88).

Em breve síntese, superado o reconhecimento do dano moral como dano autônomo ao patrimonial e não meramente consequencial, em um primeiro momento se tentou conceituá-lo em termos negativos. Depois, ele foi traduzido como dor, mágoa e sofrimento da vítima para, em seguida, ser tratado como uma lesão à dignidade da pessoa humana.

Hodiernamente, dano moral alcança o conceito de uma lesão a um interesse existencial concretamente merecedor de tutela e passa a funcionar como uma cláusula geral, que possibilita ao Judiciário caso a caso averiguar se o interesse violado consiste, em face do ordenamento posto, em um interesse digno de ser protegido, não só abstratamente, mas principalmente, em face do interesse que se lhe contrapõe (SCHREIBER, 2012, p. 140).

Logo, é necessário caracterizar o “dano moral” pelo objeto da lesão e não pelo efeito da lesão. E foi assim que foi conceituado o dano extrapatrimonial, o que não poderia ser diferente, até porque, para esta pesquisa, aquele é espécie deste. Nesse sentido, aduz Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral (2015, p. 52) que “o dano deve ser considerado como uma lesão ao direito ou a interesse que constitui pressuposto desse direito, produtor de imediato reflexo no patrimônio material ou imaterial do ofendido, de forma a acarretar-lhe a sensação de perda”.

A importância dessa conceituação objetiva se irradia e se justifica no arbitramento judicial das indenizações. Ademais, é evidente que buscar afunilar em um conceito objetivo o oceano de situações cotidianas que causam o gênero “danos extrapatrimoniais” pode dar ensejo a críticas e situações excepcionais que não poderiam se subsumir à definição.

2.4 AS SITUAÇÕES JURÍDICAS SUBJETIVAS E A CONFIGURAÇÃO DO DANO INJUSTO

O Direito Civil ocupa-se das relações jurídicas comuns entre os indivíduos, porém o conceito de relação jurídico não é uníssono.

Inspirando em uma relação individual-voluntarista, Friedrich Savigny (1933, p. 258) entende que a relação jurídica é “un vínculo de persona a persona determinado por una regla jurídica, la cual asigna a cada uno un dominio en el que su voluntad reina independientemente de otra voluntad extraña”.

Por outro lado, existem hipóteses em nosso ordenamento em que não estão presentes dois sujeitos nessa relação, como na doação realizada ao nascituro, em que existe um sujeito doador, mas o donatário não é ainda sujeito de direito, ou, também, um título de crédito à ordem que volta, mediante endosso, ao próprio emitente (aqui a relação não se extingue, já que o título pode ser posto novamente em circulação). Isso acontece, pois, embora reunidos de modo transitório em um único indivíduo, há, nessa situação, dois centros de interesses (credor e

devedor) que permanecem distintos. Logo, “a compreensão da relação jurídica como ligação intersubjetiva cede passagem à atual concepção de relação jurídica como ligação entre duas situações jurídicas subjetivas” (SCHREIBER, 2020, p. 85-86).

Essa categoria científica tem como utilidade, justamente preencher lacunas em casos não contemplados pela ideia de relação jurídica tradicional¹⁶. É de se observar Pietro Perlingieri (2008, p. 734), “o sujeito é somente um elemento externo à relação jurídica porque externo à situação: é somente o titular, às vezes ocasional, de uma ou de ambas as situações que compõem a relação jurídica”. As situações jurídicas subjetivas traduzem o “dever ser” (efeito jurídico) e o “ser” (fato), indicando um centro de interesses, que encontra a sua imputação em um sujeito destinatário (PERLINGIERI, 2008, p. 668).

Logo, a existência de um centro de interesses juridicamente relevante não se subordina à presença de um sujeito de direito. Nesse sentido, entende Anderson Schreiber (2020, p. 87) que “a situação jurídica subjetiva é gênero que pode ser mais bem compreendido pela análise das suas múltiplas espécies, dentre as quais se destacam o direito subjetiva, o dever jurídico, o direito potestativo, o poder jurídico e o interesse legítimo”.

Não se pode olvidar que, no campo doutrinário, não existe unanimidade em relação aos elementos que estruturam a responsabilidade civil. Por outro lado, o componente “dano” está presente em todo e qualquer dever de indenizar. O dano é o elemento que está no cerne da reparação. É a causa da qual a reparação é o efeito. A esse respeito, José de Aguiar Dias (2011, p. 713) esclarece que:

O dano é, dos elementos necessários à configuração da responsabilidade civil, o que suscita menos controvérsia. Com efeito, a unanimidade dos autores convém em que não pode haver responsabilidade sem a existência de um dano, e é verdadeiro truísmo sustentar esse princípio, porque, resultando a responsabilidade civil em obrigação de ressarcir, logicamente, não pode concretizar-se onde nada há que reparar.

Portanto, o dano insurge de toda e qualquer lesão sobrevinda no patrimônio material ou imaterial da pessoa, em virtude da ação ou omissão espontânea violadora de direito, executada pelo agente.

¹⁶ Limita-se a expor a significação observada por Marcos Bernardes de Mello (2007, p. 79-80): “(a) em sentido lato, [situação jurídica] designa toda e qualquer consequência que se produz no mundo jurídico em decorrência de fato jurídico, englobando todas as categorias eficaciais, desde os mínimos efeitos à mais complexa das relações jurídicas; define, portanto, qualquer posição em que se encontre o sujeito de direito no mundo jurídico. (b) em sentido estrito, nomeia, exclusivamente, os casos de eficácia jurídica em que não se concretiza uma relação jurídica, e, mesmo quando esta exista, os direitos subjetivos que dela emanam não implicam ônus e sujeição na posição passiva, porque seus efeitos se limitam a uma só esfera jurídica.”

É de ser revelado que, antes da aprovação do ressarcimento a título de danos extrapatrimoniais no presente sistema legal, o conceito de dano estava puramente ligado à concreta mitigação do patrimônio daquele que sofria o prejuízo. Atualmente, todavia, em virtude do novo viés do dano, tanto em nível jurisprudencial quanto doutrinário, essa definição tornou-se insuficiente.

Nessa esteira, Sérgio Cavalieri Filho (2012, p. 77) conceitua o dano, “como sendo a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc.”

Ainda sobre o assunto, conceitua Agostinho Alvim (1965, p. 171) que dano, “em sentido amplo, vem a ser a lesão de qualquer bem jurídico, e aí se inclui o dano moral. Mas, em sentido estrito, dano é, para nós, a lesão do patrimônio; e patrimônio é o conjunto das relações jurídicas de uma pessoa, apreciáveis em dinheiro”. Portanto, analisa-se o dano em face da mitigação posta ao patrimônio do indivíduo, de modo que para o autor *retro* só interessaria “o estudo do dano indenizável”.

A respeito dessa noção de dano, outrora tinha-se a ideia (anterior à Constituição Federal de 1988) de que somente as consequências do ato ilícito deveriam ser reparadas: em circunstâncias, ainda que geradoras de dano, são permitidas pela ordem jurídica “os danos que aí se produzem são, portanto, lícitos, não importando em responsabilização daquele que, apesar de ter dado causa aos prejuízos, não se afastou dos limites impostos pelo ordenamento jurídico ao pautar sua atuação”. Hodiernamente, “em situações cada vez mais numerosas, o mesmo ordenamento determina que, se forem causados danos, não obstante a liceidade da ação ou da atividade, a vítima não deve ficar irressarcida” (MORAES, 2003, p. 175-176).

Então, a partir dessa noção de dano, chega-se ao dano injusto, “um fato jurídico gerador da responsabilidade civil, em virtude do qual o ordenamento atribui ao ofendido o direito de exigir a reparação, e ao ofensor a obrigação de repará-lo” (BAPTISTA, 2003, p. 43).

Enfim, dano injusto é o que tem o condão de criar a obrigação de indenizar, pois causa um prejuízo à vítima, não havendo uma causa hábil para o rompimento do nexos causal. Configura-se, então, o dano injusto, como aquele proveniente de uma lesão que não se autoriza ou se protege legalmente. É de se observar Rogério Abreu (2006, p. 525):

O dano ilícito se traduz na lesão não autorizada ou protegida pelo ordenamento jurídico, causada a direitos de terceira pessoa por uma conduta humana. A ilicitude do dano não depende necessariamente da ilicitude da conduta. Sendo assim, pode-se ter dano ilícito decorrente de condutas lícitas ou ilícitas, da

mesma forma que a responsabilidade civil e a respectiva obrigação de indenizar podem decorrer de atos lícitos ou ilícitos.

Por sua vez, para Orlando Gomes (1980, p. 295), “substitui-se, em síntese, a noção de ato ilícito pela de dano injusto, mais amplo e mais social”. Além disso, “a reparação do dano *sofrido*, em qualquer caso, alcançou um papel muito mais relevante do que a sanção pelo dano *causado*” (MORAES, 2003, p. 13).

Sobre o dano injusto, infere-se que este teve origem na Itália (artigo 2043¹⁷ do Código Civil italiano de 1942), e gerou um debate acerca da noção de injustiça do dano. Assim, duas correntes surgiram.

A primeira, identificava o dano injusto com a antijuridicidade, isto é, “violação de um direito ou de uma norma”, seria, então, uma “lesão aos direitos absolutos” (incluídos os direitos reais e da personalidade). A segunda corrente associava a noção de injustiça com “a lesão de um interesse merecedor de tutela”. E por ser mais consistente que a primeira, tornou-se mais aceitável, e, portanto, para Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p. 177-178) “o dano será injusto quando, ainda que decorrente de conduta lícita, afetando aspecto fundamental da dignidade humana, não for razoável, ponderados os interesses contrapostos, que a vítima dele permaneça irressarcida”.

Ainda, sobre o repensamento crítico da noção de dano injusto, Massimo Bianca (2000, p. 690) faz compreender, nesse sentido, que o dano injusto seria qualquer dano a um interesse juridicamente relevante: “Il danno ingiusto consiste pertanto pur sempre nella lesione di un diritto soggettivo, tale dovendosi qualificare ogni situazione giuridica che esiga il diligente rispetto altrui e sia suscettibile di risarcimento”¹⁸.

No entanto, a nova postura da jurisprudência italiana, pós-sentença das Seções Unidas nº 500, de 22 de julho de 1999, deu origem à extensão dos interesses lesados, deixando em considerar apenas os direitos subjetivos absolutos (VISINTINI, 2009, p. 101). Com essa modernização do conceito de dano injusto, Pietro Perlingieri (2011, p. 118) observa que o artigo 2043 do código italiano “nasce a difesa del diritto di proprietà e in particolare, del diritto di proprietà fondiaria, per poi estendersi ai diritti reali, ai diritti personali di godimento, ai diritti di credito, fino agli interessi legittimi e ai diritti inviolabili dell'uomo e soprattutto al valore

¹⁷ Texto original: “(Art. 2043 Risarcimento per fatto illecito) Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno (Cod. Pen. 185)”.

¹⁸ Tradução livre: “O dano injusto, portanto, consiste na violação de um direito subjetivo, devendo-se qualificar cada situação jurídica que requeira o respeito diligente dos outros e seja passível de compensação”.

della persona”¹⁹. Para chegar nesse estágio, Maria Celina Bodin de Moraes (2000, p. 104) entende que:

Para tanto, foi preciso alterar o próprio conceito de direito subjetivo – conceito jurídico base do direito privado lógico-racional – que logo deixou de ser entendido como senhoria da vontade, conforme havia sido idealizado por Savigny, para refletir a sua verdadeira dimensão, secundária em relação ao ordenamento jurídico, isto é, a de ‘traduzir’ os ditames do direito objetivo, em termos de poder de comando dos sujeitos individuais de direito. Aqui se deseja ressaltar que, segundo atualmente se considera, a força do direito que se faz valer não é a do titular do direito e sim a força do ordenamento jurídico que o sujeito pode usar em defesa de seus interesses, donde, a força jurídica para atuar o conteúdo dos interesses humanos existe somente quando o interesse é juridicamente reconhecido e protegido.

Pode-se afirmar que a necessária tutela, não só dos danos patrimoniais, mas dos interesses existenciais da pessoa humana, motivou, inevitavelmente, a revisão pelos juristas italianos da responsabilidade civil e, por consequência, a indicação de concretas razões para isso, com o objetivo de o instituto responder eficazmente às necessidades da sociedade e, certamente, proporcionar a proteção dos direitos da personalidade.

Apesar da inexistência, naquela nação, de um ordenamento jurídico ordinário que, de fato, respeitasse os princípios constitucionais garantidos à pessoa humana, a realidade é que revisar a responsabilidade civil tem manifestado uma maior preocupação com os danos, sejam eles de natureza financeira ou extrapatrimoniais; esse elemento tornou-se então o centro da responsabilidade civil. Logo, como consequência lógica, as atenções também se voltam a sua indenização e prevenção.

No que lhe concerne, Pietro Perlingieri (2011, p. 116) ressalta essa revisão também adentrou nas funções da responsabilidade civil, de modo que a tutela deve efetivar “tanto via preventiva (nella fase fisiologica di realizzazione), quanto nel momento patologico (ovverosia ogniqualvolta quegli interessi vengano lesi)”²⁰.

E, como se não bastasse, mais do que alcançar essas funções, essa revisitação da responsabilidade civil impõe a exploração de outros institutos imprescindíveis ao próprio Direito: “l’azione inibitoria, il sistema assicurativo, il sistema della sicurezza sociale. Sullo

¹⁹ Tradução livre: “nasceu na defesa do direito de propriedade e, em particular, do direito de propriedade de latifúndios, para depois se estender aos direitos reais, direitos pessoais de gozo, direitos de crédito, até aos interesses legítimos e aos direitos humanos invioláveis e, sobretudo, ao valor da pessoa”.

²⁰ Tradução livre: “tanto preventivamente (na fase fisiológica de realização), quanto no momento patológico (ou seja, sempre que esses interesses são prejudicados)”

sfondo si profilano le nozioni di risarcimento e di indennizzo in relazione a quella di sanzione²¹” (PERLINGIERI, 2011, p. 117).

Em resumo, em face do ordenamento jurídico italiano, é possível afirmar não ser possível mais caracterizar a injustiça do dano com fundamento no conceito de ato ilícito. O panorama atual reivindica a injustiça do dano à lesão e não mais à conduta do ofensor (AMARAL, 2015, p. 52).

Verificar-se-á no capítulo seguinte, sobre direito comparado, que não só na Itália, mas também na Argentina, aos poucos se está migrando para a ideia de um “direito da responsabilidade civil”, cuja ênfase era no responsável, para um “direito de danos”.

Diante desse panorama, a responsabilidade civil contemporânea vem a ser o conjunto de instrumentos e meios de ressarcimento e prevenção do dano injusto. Percebe-se que não está aí mais a figura do ato ilícito nessa compreensão, de modo que o dano injusto pode pressupor uma ilicitude ou não. É o que Anderson Schreiber (2012, p. 244) designou de “proteção dos interesses merecedores de tutela”, ou seja, os destinatários de um dano injusto são os destinatários de uma proteção de interesses que fazer jus a uma tutela.

Nessa ordem de ideais, parece ser ordinário o raciocínio aplicável, notadamente na responsabilidade civil, que a atenção seja voltada para o dano injustamente causado à pessoa, independentemente de sua origem estar associada à violação de direito subjetivo ou interesse legítimo. Diante da complexidade e do dinamismo social, é observada a expansão do conceito de danos ressarcíveis. O que motivou esse entendimento foi o aumento da atenção norteada ao ofendido do evento danoso:

Preocupou-se em não atribuir àquele que suporta um dano observado no mundo fático a obrigação de absorver um prejuízo – econômico, por exemplo –, em razão de não haver uma adequação na categoria dogmática pré-definida como dano correspondente à lesão a um direito subjetivo. Trata-se, pois, da sensibilidade necessária para compreender que a dinâmica da vida social, vezes tantas, acelera em velocidade tamanha que o direito não é capaz de acompanhar. Antes, portanto, que se tenha a proteção jurídica necessária, pode surgir no seio social um interesse que adquire relevância em determinado contexto e a quebra desse interesse do sujeito causa de fato prejuízo (AMARAL; PONA, 2012, p. 37-38).

Sob essa perspectiva, compete a responsabilidade civil um papel não só indenizatório, mas um instrumento de pacificação da sociedade, garantidor da estabilidade econômica, já que

²¹ Tradução livre: “a tutela inibitória, o sistema de seguros, o sistema de seguridade social. Em segundo plano, surgem as noções de ressarcimento e indenização em relação à sanção”.

danos irreparáveis produzem intranquilidades nessas relações, desequilibrando a conjectura social.

Ao ampliar a noção de dano indenizável, assegura-se que qualquer dano ocasionado de maneira injusta possa ser ressarcido, evitando, por consequência, o perpetuamento do conflito e garantindo, portanto, o desenvolvimento sustentável das relações jurídicas entre os sujeitos.

Passando assim as coisas, em face da extensão proporcionada por essa nova abrangência conceitual do dano injusto, amplia-se, por consequência, o rol de lesões atingidas, proporcionando uma preocupação maior na definição de critérios de seleção para os danos ressarcíveis.

2.5 A AMPLIAÇÃO DO ROL DE LESÕES ATINGIDAS E A NECESSIDADE DE DEFINIR CRITÉRIOS DE SELEÇÃO: O DANO RESSARCÍVEL E A TÉCNICA DE PONDERAÇÃO

Para que um dano seja ressarcível vários elementos devem estar presentes, tais como a vinculação clara entre o ato humano e o dano, que tenha efetivamente ocorrido, que seja passível de responsabilidade, bem como seja indispensável sua caracterização como injusto, caso contrário não seria passível de ressarcimento.

A noção de dano ressarcível vem abrangendo, além da violação a direitos subjetivos, também a interesses jurídicos, que a despeito da influência de ordenamentos jurídicos de outros países, no Brasil regula-se pelos fundamentos da República expressos no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal e no artigo 3º do mesmo diploma legal.

Sob um olhar jurídico, para Adriano De Cupis (1970, p. 293) o interesse diz respeito à ligação entre uma necessidade humana (pessoa) e algo capaz de atendê-la (bem), permitindo à primeira utilizar a capacidade da segunda para satisfazer sua necessidade; logo, o Direito não é responsável pela proteção dos bens, ou seja, dos objetos indispensáveis à satisfação das necessidades da pessoa, mas, sim, dos interesses, assim dizendo, a expectativa de que as necessidades de determinadas pessoas sejam atendidas pelos bens correlativos, por isso, a caracterização do dano está relacionado à lesão aos interesses e não aos bens.

Desta forma, o dano é constituído pela lesão ao interesse juridicamente protegido, de modo que o conceito é alargado para abranger várias situações não suficientemente suportadas, especialmente aos danos que incidem sobre bens sem extensão material.

Por outro lado, Cesare Salvi (1998, p. 41) repreende esse entendimento, considerando-o escasso, por entender que a indenização se refere ao ressarcimento de uma situação jurídica

lesada, portanto, existem conjecturas em que a lesão de interesse juridicamente protegido não resultará em indenização, mas em outro remédio judicial, como a tutela inibitória.

Ademais, enquanto que para a dogmática tradicional a existência de uma dano ressarcível se dá por intermédio do raciocínio subsuntivo, hodiernamente, entende-se que o juiz deve proceder uma análise de prevalência entre ambos os interesses com base nas condições proeminentes do conflito posto, de modo que, segundo Anderson Schreiber (2012, p. 245) “somente concluindo-se pela prevalência em concreto do interesse lesado é que se pode falar, tecnicamente, em dano ressarcível”:

Sob esta ótica, o dano deixa de ser visto como lesão a um interesse tutelado em abstrato, passando a consistir em um componente relacional, que emerge da análise comparativa com o interesse lesivo. Dano passa a ser, em síntese, a lesão à área de legítima atuação de um interesse em concreto. Com isso, evita-se que o reconhecimento de tutela de um interesse lesado em certo caso concreto, frente a outro interesse lesivo, dependa – e, portanto, implique – o reconhecimento genérico e abstrato de sua proteção prevalente em face deste interesse.

A expansão do dano ressarcível é resultado direto da erosão dos filtros tradicionais da responsabilidade civil, na medida em que novos interesses, especialmente de natureza existencial, passam a ser analisados pelos tribunais como merecedores de tutela, concretizando sua ofensa em um novo dano ressarcível; corrobora Maria Celina Bodin de Moraes (2006, p. 241) afirmando que a expansão da noção de dano ressarcível perfaz-se de modo avassalador: “dano ao projeto de vida, dano por nascimento indesejado, dano hedonístico, dano de *mobbing*, dano de *mass media*, dano de férias arruinadas, dano de morte em agonia, dano de brincadeiras cruéis, dano de descumprimento dos deveres conjugais, dano por abandono afetivo”.

Esse panorama levou Stefano Rodotà (2008, p. 191) a afirmar: “O temor é que a multiplicação de novas figuras de dano venha a ter como únicos limites a fantasia do intérprete e a flexibilidade da jurisprudência.”

Com o intuito de determinar a existência ou não de dano ressarcível, sustenta-se a técnica da ponderação entre o interesse da vítima e o interesse do agente com a finalidade de avaliar-se o dano na responsabilidade civil e as condições de ressarcibilidade. Tal técnica coteja as condições de prevalência de dois interesses tutelados por normas de mesma hierarquia, inferindo-se, no caso concreto, se é legítima a interferência de um interesse sobre outro.

Essa seleção mostra-se imperiosa para impedir que interesses extrapatrimoniais, mesmo os mais pequeninos, cheguem a ser combinados à dignidade da pessoa humana com desígnios

unicamente indenizatórios e, logo, patrimoniais, o que significaria a verdadeira inversão da axiologia constitucional e causaria, em último exame, o ímpeto de sua negação.

No que concerne, Anderson Schreiber (2012, p. 156-157) assinala como exemplo a liberdade de informação de veículo de comunicação, ante a divulgação de fato, ainda que verdadeiro, mas que cause prejuízo à imagem do autor de ação que pleiteie dano extrapatrimonial. Pondera-se a culpa ou não do agente, os danos efetivamente causados à imagem da vítima e as consequências advindas dessas lesões.

O tema da liberdade de informação e direitos da personalidade é bastante polêmico, porque é muito frequente que haja colisão entre eles, por exemplo: quando um jornal publica uma reportagem que faz com que alguém se sinta afetado em sua honra ou quando uma emissora de televisão transmite um programa que invade a privacidade de alguém ou, ainda, atualmente, com as questões envolvendo as redes sociais, onde uma pessoa se manifesta e acaba compartilhando fotos ou informações, ou até mesmo falando mal de alguém, o que gera, por consequência, indignações de quem as recebe.

Como já inferido e notório, todas essas situações têm gerado processos judiciais numerosos no Brasil e que acabam, por consequência, sendo submetidos ao Poder Judiciário, que no fundo, não sabe muito bem como lidar com esses problemas diante da falta de uma orientação específica, mais expressa do presente ordenamento, isso porque, não só os direitos da personalidade são tratados como expressão da dignidade humana e, portanto, tutelados constitucionalmente, mas também a liberdade de informação é protegida no artigo 5º da Constituição Federal, de modo que estar-se-ia diante de uma colisão de direitos protegidos constitucionalmente. Diante desse cenário, surgiram, basicamente, três correntes na cultura jurídica brasileira para tentar solucionar esses conflitos.

A *primeira* sustenta que, na hipótese de conflito, a liberdade de informação tem um caráter preferencial sobre os direitos da personalidade, ou seja, ela prevaleceria *a priori* sobre os direitos da personalidade. É uma corrente de matriz norte-americana onde a liberdade de informação realmente é tratada em um patamar superior (TEPEDINO, 2013, p. 314). E é também sustentada por Carlos Ayres Britto, então ministro do STF no julgamento ADPF 130/DF²².

²² Da ementa da ADPF 130 inclui-se o seguinte texto: “Ponderação diretamente constitucional entre blocos de bens de personalidade: o bloco dos direitos que dão conteúdo à liberdade de imprensa e o bloco dos direitos à imagem, honra, ADPF 130/DF. Intimidade e vida privada. Precedência do primeiro bloco. Incidência *a posteriori* do segundo bloco de direitos, para o efeito de assegurar o direito de resposta e assentar responsabilidades penal, civil e administrativa, entre outras consequências do pleno gozo da liberdade de imprensa. Peculiar fórmula constitucional de proteção a interesses privados que, mesmo incidindo *a posteriori*, atua sobre as causas para inibir

A *segunda*, entende o contrário, aduzindo que os direitos da personalidade têm preferência sobre a liberdade de informação, essa ideia é construída basicamente a partir do fato de que a Constituição brasileira de 1988 indica a dignidade da pessoa humana, já no seu artigo 1º inciso III, como um dos fundamentos da República, portanto ainda que a honra, privacidade e outros direitos da personalidade só sejam tratados no artigo 5º (mesmo artigo que trata da liberdade de informação), a ideia de dignidade da pessoa humana como um valor fundamental e prioritário do ordenamento se irradiaria para esses direitos e portanto faria com que eles prevalecessem²³ sobre a liberdade de informação (FERREIRA, 2012, p. 147).

Isso não aconteceria necessariamente com a liberdade de expressão, porque sendo ela também um direito ligado à dignidade humana estaria no mesmo patamar dos demais direitos da personalidade, por outro lado, a liberdade de informação é exercida para um determinado fim (informar a sociedade), diferentemente da liberdade de expressão, portanto a liberdade de informação não seria um fim em si mesmo e não estaria no núcleo duro da dignidade humana, embora naturalmente seja muito importante para a vida democrática e para a sociedade de modo geral (FERREIRA, 2012, p. 148).

Diante de tal quadro, assevera Elimar Szaniawski (2002, p. 56) que as atrocidades do nazismo e dos “regimes totalitários do segundo pós-guerra, que se caracterizam pelo desprezo pela vida humana e pela personalidade, despertaram os povos para uma nova necessidade de proteger, sob todos os aspectos, os valores da personalidade e a importância do ser humano como pessoa”. Em razão disso, a tutela da dignidade da pessoa humana deve ser exigida não só do ente estatal, mas também dos próprios indivíduos.

A *terceira*, aduz que nenhum desses dois extremos têm preferência sobre o outro, nem a liberdade de informação, nem os direitos da personalidade. Sendo necessário fazer uma

abusos por parte da imprensa”. Trata-se, contudo, de registro que consta apenas do voto do Ministro Carlos Ayres Britto, relator daquele caso, e não dos votos dos outros Ministros, que em seus votos discordaram do relator. Na Reclamação nº 9.428/DF, a questão foi discutida de forma específica, e a maioria dos Ministros do STF registrou o entendimento de que não se discutiu na ADPF 130 a questão de conflitos entre a liberdade de imprensa e direitos igualmente constitucionais.

²³ Observa Orlando Gomes (1974, p. 10) que os direitos da personalidade compreendem “os direitos considerados essenciais à pessoa humana, que a doutrina moderna preconiza e disciplina, a fim de resguardar a sua dignidade. Os direitos de personalidade são absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios e necessários”. Ainda, para Elimar Szaniawski (2002, p. 35) a personalidade é o principal bem jurídico, pois é por seu intermédio que “a pessoa poderá adquirir e defender os demais bens (...). Os bens que aqui nos interessam são aqueles inerentes à pessoa humana, a saber: a vida, a liberdade e a honra, entre outros. A proteção que se dá a esses bens primeiros do indivíduo denomina-se direitos da personalidade.” Por sua vez, Adriano De Cupis (1961, p. 17) o entende como aquele direito subjetivo “cuja função, relativamente à personalidade, é essencial, constituindo o *minimum* necessário e imprescindível ao seu conteúdo”. Ainda, para o jurista italiano, os direitos da personalidade se estabelecem como substrato do direito positivo, do qual extrai uma singular força de pressão sobre o próprio ordenamento. No Brasil, atualmente, o tema é tratado sob o ponto de vista civil-constitucional, de modo que a fonte normativa da matéria está disciplinada na Constituição Federal.

ponderação em cada caso concreto, indicando quais são os parâmetros que devem prevalecer em cada caso. Nesse sentido, na tendência da constitucionalização do Direito Civil, veio o Enunciado n. 274 da IV Jornada de Direito Civil:

Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, inc. III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação.

Assim, os princípios e os direitos fundamentais devem ser ponderados no caso concreto, buscando-se a melhor saída. Existe, logo, um juízo de razoabilidade. Essa técnica foi expressamente posta no atual Código de Processo Civil. Ao tratar dos elementos da sentença, estabelece o § 2.º do art. 489: “no caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”. A sistematização da ideia de pesagem foi esboçada por Robert Alexy (2008, p. 96):

Portanto, se isoladamente considerados, ambos os princípios conduzem a uma contradição. Isso significa, por sua vez, que um princípio restringe as possibilidades jurídicas de realização do outro. Essa situação não é resolvida com a declaração de invalidade de um dos princípios e com sua conseqüente eliminação do ordenamento jurídico. Ela tampouco é resolvida por meio da introdução de uma exceção a um dos princípios, que seria considerado, em todos os casos futuros, como uma regra que ou é realizada, ou não é. A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto. Levando-se em consideração o caso concreto, o estabelecimento de relações de precedências condicionadas consiste na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro. Sob outras condições, é possível que a questão da precedência seja resolvida de forma contrária.

Demonstrando a seriedade do estabelecimento da ponderação, Luís Roberto Barroso compara a subsunção – incidência direta da norma – a um quadro geométrico com três cores distintas e bem nítidas. A ponderação, por outro lado, usando essa metáfora, será uma pintura moderna, “com inúmeras cores sobrepostas, algumas se destacando mais do que as outras, mas formando uma unidade estética”. Contudo, o ministro faz um alerta bem-humorado: “a ponderação malfeita pode ser tão ruim quanto algumas peças de arte moderna” (BARROSO, 2009, p. 334).

Nessa linha de pensamento, Robert Alexy (2008, p. 90) traz quatro premissas para a técnica de ponderação. A *uma*, o autor alemão apresenta o raciocínio de que os direitos

fundamentais têm, na maioria das vezes, a estrutura de princípios, sendo mandamentos de otimização, “que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fálicas, mas também das possibilidades jurídicas”. Logo, o campo das possibilidades jurídicas é verificado pelos princípios e regras conflitantes.

A *duas*, em um sistema em que existe o compromisso com valores constitucionais, torna-se invariavelmente a colisões entre os princípios, o que, constantemente, acarretará restrições recíprocas entre os valores tutelados. Ainda, o referido autor assina a diferença na colisão entre regras e princípios:

Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fálica e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio (ALEXY, 2008, p. 91).

Por sua vez, a *três*, na ocorrência do conflito entre princípios, sem que nenhum um deles seja expurgado do ordenamento, necessário então a técnica de ponderação pelo operador do direito. A implementação dessa avaliação nada mais é do que a solução do caso concreto de acordo com a máxima da proporcionalidade, que estritamente provem do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas. “Já as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fálicas” (ALEXY, 2008, p. 118).

Por fim, a *quatro*, traz reflexões sobre os fundamentos usados nessa pesagem: uma argumentação sólida e objetiva, sem arbitrariedades e irracionalidades (ALEXY, 2008, p. 166). O escritor esclarece descrevendo o caso Lebach:

A emissora de televisão ZDF planejava exibir um documentário chamado "O assassinato de soldados em Lebach". Esse programa pretendia contar a história de um crime no qual quatro soldados da guarda de sentinela de um depósito de munições do Exército Alemão, perto da cidade de Lebach, foram mortos enquanto dormiam e armas foram roubadas com o intuito de cometer outros crimes. Um dos condenados como cúmplice nesse crime, que, na época prevista para a exibição do documentário, estava perto de ser libertado da prisão, entendia que a exibição do programa, no qual ele era nominalmente citado e apresentado por meio de fotos, violaria seu direito fundamental garantido pelos arts. 1º, § 2º, e 2º, § 1º, da Constituição alemã, sobretudo porque sua ressocialização estaria ameaçada (ALEXY, 2008, p. 99-100).

O litígio chegou até a Suprema Corte alemã, que o solucionou a partir da ponderação de princípios constitucionais. A corte percebeu que, embora a emissora de televisão tivesse o direito de veicular o programa, naquela situação específica, por conta do momento que se estava passando, do fato de já ter se sobrevivido muitos anos da prática do delito, tornando a consequente preteriedade da notícia, prevaleceria o direito do ex-presidiário de se ressocializar e de se reintegrar à sociedade como um direito fundamental, logo, desautorizando a veiculação desse programa (ALEXY, 2008, p. 100-101).

Esse caso clássico, precedente notório e muito discutido e questionado nas academias, mostra essa necessidade de se ponderar esses interesses fundamentais à luz de certos parâmetros, de modo que o papel da doutrina deve ser o de traçar esses critérios em cada gênero de casos para tornar essa solução mais segura, menos casuística e mais uniforme.

Neste enquadramento, Anderson Schreiber (2012, p. 161) propõe a implementação de um novo método para aferir o dano ressarcível “que permita uma autêntica comparação entre o merecimento de tutela que o ordenamento jurídico reserva, em concreto, aos interesses da vítima e do pretense responsável.” Ele divide o método em quatro etapas. A *uma*: exame abstrato de merecimento de tutela do interesse lesado. Nessa etapa verifica se o interesse lesado é protegido por norma do ordenamento jurídico. A *duas*: exame abstrato de merecimento de tutela do interesse lesivo. Nesse passo identifica a norma tuteladora do interesse supostamente lesado, bem como se esse interesse é merecedor de tutela. A *três*: existência de regra legal de prevalência entre os interesses conflitantes. Aqui averigua como o ordenamento jurídico estabelece uma regra de prevalência entre os dois interesses conflitantes. A *quatro*: inexistência de regra legal de prevalência entre os interesses conflitantes.

Imediatamente, em não havendo regra de prevalência, ou não sendo possível sua aplicação ou adequação, caberá ao Poder Judiciário o mister de ponderar os interesses conflitantes e diante da situação concreta e à luz do ordenamento jurídico definir a relação de prevalência daqueles interesses.

Fica claro que o método subsuntivo, tradicionalmente aplicado à verificação do dano, não tem se mostrado suficiente em face da responsabilidade civil contemporânea. De modo que ao aplicador do direito cabe certo cuidado no cotejo desses interesses. O magistrado deve, assim, estudar detalhadamente as circunstâncias concretas, para que a aplicação do método de ponderação seja eficaz, bem como ocorra a prevalência de interesses existenciais em relação aos patrimoniais, consequência do princípio constitucional da dignidade humana.

Voltando ao caso Lebach e as soluções apresentadas, entende-se que a melhor corrente é aquela que não atribui preferência a nenhum dos dois interesses. Desse modo, o entendimento

de um caráter preferencial à liberdade de informação não parece ser ideal, porque acaba reservando a quem tem a sua honra ou privacidade lesadas por uma matéria jornalística, programa de televisão ou qualquer veiculação pública considera ilícita ao fim do processo, tão somente a uma indenização pelo dano sofrido, de modo que essa compensação, muitas vezes, é inútil, pois nem sempre o ofendido quer o dinheiro em si, mas sim evitar a lesão antes que ela aconteça, como no caso germânico. Portanto, conceber uma preferência a liberdade de informação teria como consequência a indenização tão somente pecuniária, não influenciando na prevenção de danos futuros.

É preciso investigar, desse modo, quais os meios pelos quais a prevenção de danos extrapatrimoniais pode-se desenvolver no sistema pátrio. Quais as potencialidades que o ordenamento jurídico brasileiro apresenta em razão da dispensabilidade da função punitiva e tão só pecuniária:

Paralelamente à adoção do método da ponderação, que confia ao Poder Judiciário, embora sempre à luz do dado normativo, a seleção de interesses mercedores de tutela em concreto, outros instrumentos institucionais podem ser empregados no desestímulo às demandas frívolas que tanto afligem a comunidade jurídica diante da expansão do dano ressarcível. Neste sentido, assume especial papel o desenvolvimento de meios não pecuniários de reparação, capazes de atenuar a imensa contradição da responsabilidade civil contemporânea, que reconhece o caráter extrapatrimonial do dano, mas lhe reserva um remédio exclusivamente monetário (...). Dessa forma, o recurso às retratações públicas e a outros meios de reparação extrapatrimonial, paralelos ou mesmo substitutivos à indenizações em dinheiro, mostra-se absolutamente necessário e, muitas vezes, mais eficiente na reparação dos danos de natureza moral. A efetiva repressão à litigância de má-fé e a rejeição do caráter punitivo das reparações são outros mecanismos institucionais que se oferecem prontamente a esta tarefa de desincentivo, a demandas de finalidade mercenária (SCHREIBER, 2012, p. 247).

O reexame crítico estrutural e funcional da responsabilidade civil, provocado pela ampliação do dano ressarcível e pelos outros fenômenos já enunciados, não traz questões a respeito apenas do melhor modo de compensação do dano (indenização monetária ou outros meios), mas também o problema sobre se repará-lo é de fato a melhor saída.

Desse modo, perpassa-se, no capítulo seguinte, como o direito comparado recebe a função punitiva da responsabilidade civil e quais as críticas a essa função, para então, nos tópicos subsequentes, pesquisar que atores podem auxiliar na promoção das alterações necessárias ao adequado desempenho da função preventiva da responsabilidade civil, estimulando uma ampla e justa prevenção de danos.

3 COMPENSAÇÃO DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS NO DIREITO COMPARADO

A história expõe que a guarida do dano extrapatrimonial tem raízes desde os primórdios, existindo nos mais remotos Códigos da civilização humana. É de se notar que o legislador sempre esteve atento aos movimentos sociais, políticos e econômicos de sua época.

Essa narrativa guarda apertada relação com o próprio desenvolvimento da responsabilidade civil, nessa conformidade, para José Jairo Gomes (2005, p. 56) existe o constante intercâmbio entre o sistema jurídico e a realidade cultural periférica, o que permite “abertura e vaguidão da linguagem jurídica, em particular a constitucional, enseja que a cada passo velhas formulações e concepções sejam negadas e superadas, chegando-se a nova soluções, mais consentâneas com as necessidades do tempo presente”. Portanto, cada ordenamento jurídico sempre foi a fotografia de sua época, adaptado às circunstâncias vividas pela sociedade do seu tempo.

Nos eixos paradigmáticos, observa Miguel Reale (2001, p. 289) que o Direito Comparado estabelece uma das grandes revelações da cultura universal: “se analisarmos o panorama da experiência jurídica, sobretudo desde o século passado, fácil é verificar a impossibilidade de ‘muralhas chinesas’ em torno dos sistemas jurídicos vigentes”. Ainda entre países separadas por grandes desarmonias ideológicas, a universalidade da ciência rege um promissor intercâmbio de soluções jurídicas:

O Direito Comparado é um dos campos de pesquisa de maior importância na ciência de nossos dias. Procura ele atingir as constantes jurídicas dos diferentes sistemas de Direito Positivo, a fim de esclarecer o Direito vigente e oferecer indicações úteis e fecundas ao Direito que está em elaboração. Em todos os países hoje existem institutos científicos destinados a estudos de Direito Comparado. Há mesmo casos em que se constituem comissões internacionais para a redação e a coordenação de preceitos jurídicos relativos à mesma matéria, como se verifica no plano do Direito das Obrigações, em geral, e das atividades negociais, em particular (REALE, 2001, p. 290).

Desse modo, a existência de danos sempre esteve presente nos povos de outrora, em virtude das imperfeições inerente ao ser humano, e sempre foi objeto de inquietações de reis e monarcas em suas respectivas eras da história²⁴.

²⁴ Segundo Felix Represas e Marcelo Mesa, a preocupação fundamental dos monarcas era a de reprimir os atos ofensivos e lesivos a outrem, de forma a manter o equilíbrio social perturbado pelas ações ilícitas de terceiros: “en los primitivos orientales – Babilônia, Israel, Egipto, China, Pérsia, Índia – e incluso en el derecho romano arcaico,

Entretanto, o dano que se almejava ser ressarcido era, dantes, aceito e adotado expressamente como sendo de natureza patrimonial. Os povos antigos desconheciam a perfeita noção da possibilidade de compensação da dor moral ou íntima – ofensas aos direitos da personalidade. Esse conceito de valorização da pessoa é uma conquista hodierna, decorrente do natural refinamento da civilização, tendo como realce o ser humano, na sua dimensão física e espiritual (SILVA, 1999, p. 15).

Nessa perspectiva, impõe-se, para um perfeito equilíbrio de convivência social que todo esse universo de bens seja tutelado, certificando sempre sua extensa e irrestrita compensação, na hipótese de dano praticado por ações ilícitas de terceiros. Existem bens que se recompõem ao seu *status quo ante*, como os materiais. Por outro lado, há aqueles bens imateriais que, pelo seu caráter ideal, quando atingidos, devem ser de tal modo ressarcidos, possibilitando uma compensação pecuniária ao ofendido.

Afinal de contas, não se pode admitir que o processo de indenização possibilite, tão somente, a reparação dos bens mesuráveis, esquecendo-se dos bens imateriais que integram o acervo daqueles bens que conferem valor e sentido à vida humana.

No último século, o respeito aos valores da pessoa *per se*, involuntariamente dos aspectos econômicos, ganhou maior dimensão e, com isso, ampliaram-se as possibilidades de indenização por danos extrapatrimoniais. Considere-se o imenso número de tratados, convenções e demais instrumentos legais internacionais e, em especial, europeus, relacionados a direitos humanos, dentre os mais importantes: Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), Convenção Europeia de Direitos Humanos (1955), além de diversos Protocolos e Diretivas. Como se não bastasse, as novas Constituições dos países europeus oriundas do pós-guerra, repousam seus holofotes sobre os direitos humanos fundamentais, sobretudo na proteção da dignidade do ser humano.

As proteções e garantias internacionais de direitos da personalidade passaram a ser gradativamente incorporadas pelas constituições dos países de *civil law*. A legislação infraconstitucional, entretanto, não acompanhou imediatamente essa tendência. Contudo, com o tempo, surgiu uma interpretação jurisprudencial com viés mais garantista (constitucionalização do direito civil), o que gerou, no caso dos danos extrapatrimoniais, não apenas a consolidação do instituto, como também a ampliação de suas hipóteses de cabimento.

la responsabilidad era objetiva y resultaba de la simples circunstancia de haberse producido el daño; lo cual acarrearía por sí solo, sin discriminación sobre los factores que podían haberlo generado, la imposición de las penas al autor del hecho, a veces al jefe del grupo, e inclusive colectivamente a toda la tribu o familia a la que el primero pudiera pertenecer” (REPRESAS; MESA, 2004, p. 19).

Nessa ordem de ideias, novas interpretações aos textos legais foram propostas e os institutos do direito privado tornaram-se, inclusive, instrumentos de proteção desses direitos fundamentais.

Para propiciar uma visão ampla da evolução compensatória desses danos ao redor do globo, elege-se a análise das legislações de alguns países da *civil law* (Alemanha, Itália, França e Argentina) e da *common law* (Estados Unidos da América e o instituto da *punitive damages*).

3.1 A FUNÇÃO PUNITIVA E A PREVENÇÃO DE DANOS SOB A ÓTICA DO *CIVIL LAW*

O reconhecimento do sistema *civil law* provém da influência que o Direito Romano desempenhou sobre as nações do continente europeu e suas colônias, uma vez que o direito local cedeu quase inteiramente a esses princípios, oferecendo espaço à redação de leis, códigos, constituições:

E, por isso, a expressão Civil Law, usada nos países de língua inglesa, refere-se ao sistema legal que tem origem ou raízes no Direito da Roma antiga e que, desde então, tem-se desenvolvido e se formado nas universidades e sistemas judiciários da Europa Continental, desde os tempos medievais; portanto, também denominado sistema Romano-Germânico (VIEIRA, 2007, p. 270).

Sobre essa discussão, José Cretella Júnior (1986, p. 3) observa que o povo romano foi um dos primeiros a estruturar e arranjar o Direito, reproduzindo as normas jurídicas das circunstâncias cotidianas, catalogando e classificando essas regras, para então aplica-las às novas situações.

No que tange a esse Direito Romano clássico, Fernández Barreiro e Javier Paricio (2010, p. 40) entendem que a jurisprudência é apresentada nesse sistema como uma interpretação, instituindo uma atividade criativa, mas em um sentido derivado, decorrente e não original. A ordem jurídica é apresentada como um limite externo do Direito desenvolvido na jurisprudência.

Ainda, articula Teresa Arruda Alvim Wambier (2010, p. 35) que o Estado Romano foi essencial para a história do Direito e que atualmente subsiste, perfazendo um marco de divisão nos processos de desenvolvimento dos sistemas *civil law* e *common law*.

Nesse alcance, a Revolução Francesa foi uma referência histórica que teve como consequência a solidificação do *civil law*, porque, o declive da monarquia absolutista e a promoção dos burgueses e do Parlamento, teve como resultado uma nova ordem jurídica alheia aos antigos ideais dos monarcas e que contrastava os juízes ainda associados ao velho regime.

Com efeito, emergiu a inevitabilidade de um controle judicial, restringindo a tarefa dos julgadores exclusivamente à subsunção da norma jurídica posta:

Para a revolução francesa, a lei seria indispensável para a realização da liberdade e da igualdade. Por este motivo, entendeu-se que a certeza jurídica seria indispensável diante das decisões judiciais, uma vez que, caso os juízes pudessem produzir decisões destoantes da lei, os propósitos revolucionários estariam perdidos ou seriam inalcançáveis. A certeza do direito estaria na impossibilidade de o juiz interpretar a lei, ou, melhor dizendo, na própria Lei. Lembre-se que, com a Revolução Francesa, o poder foi transferido ao Parlamento, que não podia confiar no judiciário (MARINONI, 2009, p. 46).

Portanto, verifica-se nas origens do *civil law*, que esse sistema tem como principal característica a codificação de seus princípios fundamentais em um sistema referenciável que serve como a principal fonte de Direito. Isso pode ser contrastado com os sistemas de *common law*, cuja estrutura provém das decisões emitidas pelos juízes, conferindo autoridade aos precedentes (*stare decisis*). As histórias do poder no *common law*²⁵ e no *civil law* foram as responsáveis pelas distintas funções imputadas aos julgadores desses sistemas jurídicos:

Há necessidade de sinalizar para a circunstância de que a dessemelhança entre as funções dos juízes do *common law* e do *civil law* restaram no papel e na intenção dos inspiradores do Estado Legislativo francês. A Revolução Francesa, como toda revolução, ressentiu-se de forte dose de ilusões românticas e utopias, gerando dogmas como o da proibição de o juiz interpretar a lei (MARINONI, 2016).

Cotejando com o tema da pesquisa, verifica-se que o sistema anglo-saxão admite a opção, pelo ofendido, das esferas cível ou penal, para o ressarcimento dos danos extrapatrimoniais, admitindo incluir, na sentença cível, uma punição ao ofensor.

De seu turno, na escola jurídica romano-germânica, o exercício do poder punitivo se dá exclusivamente pelo Estado, na esfera criminal, exigindo-se antecedente tipificação da conduta punitiva, para que seja admitida a punição. Para aclarar essas questões, passar-se-á o estudo de como se dá essa noção de punição nos danos extrapatrimoniais na Alemanha, Itália, França e Argentina.

²⁵ Narrativa que será exposta no tópico 3.2.

3.1.1 Direito Alemão, Ordem Pública e *non bis in idem*

Com a vigência do Código Civil alemão (Bürgerliches Gesetzbuch - BGB), positivou-se na Alemanha, no início dos anos 1900, a proteção de alguns direitos não patrimoniais.

Inicialmente, cabe mencionar que a Seção 823 (1) do BGB traz uma cláusula geral sobre a responsabilidade civil, dispondo que “(1) Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet²⁶” (ALEMANHA, 1896).

Nos ensinamentos dos doutrinadores alemães Hannes Unberath e Basil Markesinis (2002, p. 44-78) são aclarados os direitos e interesses previstos pelo § 823 (1). No que se refere ao “corpo” e à “saúde”, a proteção se dá diante de qualquer interferência a esses bens sem consentimento do seu titular. A primeira terminologia pode ser exemplificada por lesões em partes externas do corpo, como braços e pernas, decorrentes, por exemplo, de um acidente de trânsito.

Já a ingerência no direito à “saúde” diz respeito à lesão que acarreta mal funcionamento de algum órgão ou função biológica, tais como infecções, inalação de compostos gasosos tóxicos e, até mesmo, distúrbios psiquiátricos que vão além de uma mera angústia e sofrimento psicológico. Dentro dessa categoria de lesões à saúde há um caso julgado pelo Tribunal de Justiça Federal da Alemanha (Bundesgerichtshof – BGH), em 1991, que determinou o pagamento de indenização por danos materiais e morais decorrente da contaminação do autor pelo vírus HIV, quando o hospital réu administrou medicamento por método intravenoso (ALEMANHA, 1991).

Assim sendo, a partir da década de 1990, notou-se nesse país germânico uma gradativa tendência de alargamento dos casos que ensejariam o ressarcimento por danos extrapatrimoniais, confiando maior efetividade à proteção dos direitos da personalidade.

Por outro lado, segundo Ugo Mattei (2004, p. 116), o disposto no § 253²⁷ do BGB tornou a proteção contra os danos extrapatrimoniais ineficaz, na maioria dos casos, porque a previsão legal de ressarcimento desses danos se limitava a situações taxativas.

²⁶ Tradução livre: “Qualquer pessoa que, intencionalmente ou por negligência, viole a vida, o corpo, a saúde, a liberdade, a propriedade ou qualquer outro direito de outra pessoa é obrigado a indenizar a outra pessoa pelos danos resultantes.”

²⁷ 253 (1): “Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann Entschädigung in Geld nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen gefordert werden” (ALEMANHA, 1896). Traduzido livremente: “Para os danos que não sejam pecuniários, a indenização pecuniária só pode ser reclamada nos casos previstos em lei.”

Portanto, na Alemanha, inicialmente, o problema estava relacionado na taxatividade, que impedia a compensação monetária por danos não patrimoniais nos casos em que essa possibilidade não estivesse expressamente prevista em lei.

Em contrapartida, após o referido julgado, o BGH (Bundesgerichtshof) passou a reafirmar, em lides subsequentes, que a violação a direitos de personalidade poderia ser indenizada, por intermédio da compensação por danos extrapatrimoniais, desde que preenchidos os seguintes requisitos: (I) uma violação substancial do direito de personalidade; e (II) uma violação intencional do infrator e sua conduta ser socialmente reprovável (MARKESINIS; UNBERATH, 2002, p. 404).

Dentro dessa visão, o BGH se manifestou no sentido de que, para os tribunais levarem seriamente em consideração os valores previstos na Constituição alemã, não podem mais se sentirem presos a uma leitura estritamente literal do § 253 (1) do Tribunal Alemão. Isso, porque essa interpretação restrita nega a restituição de danos extrapatrimoniais mesmo nos casos de grandes violações a direitos fundamentais de personalidade (MARKESINIS; UNBERATH, 2002, p. 405).

É significativo ressaltar que, no ano de 2002, o Código Civil alemão (BGB) passou por uma grande reforma, com modificações substanciais em face das compensações dos danos extrapatrimoniais.

Delineando um panorama da atual estrutura do direito alemão alusiva à compensação por danos não patrimoniais, Ulrich Magnus (2015, p. 299) concluiu que esses danos comumente são indenizáveis quando existe violação à integridade física, liberdade ou autodeterminação sexual.

Ao mesmo tempo, essa indenização também é possível diante de sérias violações aos direitos de personalidade em geral, incluindo-se nesse rol os direitos à dignidade, intimidade e reputação. Entretanto, vale observar que essas violações aos direitos de personalidade são indenizáveis tão somente quando forem significativas e intencionais, motivo pelo qual o autor explicita o emprego do princípio da bagatela²⁸ (Bagatellschwelle):

Almost until the end of the legislative procedure it was, however, disputed whether or not an explicit threshold (“Bagatellschwelle”) should be introduced, namely that only intentional or significant injuries to the protected personal rights should give rise to compensation for immaterial loss. The main argument advanced in favour of the “Bagatellschwelle” was that for minor injuries no recovery of immaterial loss should be granted in order to save

²⁸ Princípio que seria similar ao que conhece-se como a circunstância de “mero dissabor do cotidiano”, que não é apta à indenização por danos extrapatrimoniais.

money (the funds of insurers) for the compensation of the severe cases.¹⁹ However, finally no such threshold was enacted being thought that such a provision would be unnecessary and that the decision on a threshold should be left to the courts. Already before the present reform the German courts rejected a “Schmerzensgeld” under the old § 847 BGB in cases of minor injuries where sums of less than €250 were adequate. It can be expected that the courts will continue this practice²⁹ (MAGNUS, 2003).

Quanto ao sistema alemão, notou-se inicialmente a dificuldade que a quantificação em dinheiro acarretava nos danos extrapatrimoniais, de modo que o § 253 (1) do BGB não proibia a compensação em si, mas apenas a restituição monetária.

Contudo, inicialmente a jurisprudência entendeu por modificar essa visão, até posterior alteração legislativa, por outro lado, tal situação mantida por décadas atrás não deixou de influenciar os critérios de quantificação da compensação adotados pelos magistrados do país germânico.

Além do mais, a corte federal alemã (ALEMANHA, 1955) já esclareceu que as indenizações por danos extrapatrimoniais servem a dois propósitos: compensar (“Ausgleich”) e satisfazer a vítima (“Genugtuung”). Para Hans Stoll (1970, p. 8), Nils Jansen e Lukas Rademacher (2009, p. 79) a ideia de satisfação (“Genugtuung”) não tem relação a indenização punitiva, ao contrário, busca tão somente acalmar o ofendido, mitigando seu sentimento de indignação e ultraje.

É de se observar a crítica de Bernd-Rüdiger Kern (2000, p. 29), para ele os tribunais alemães precisam deixar claro, no momento do arbitramento das indenizações por danos extrapatrimoniais, o *quantum* fixado a título de “compensação” e “satisfação”. Isso traria transparência a decisão, fomentando o debate no que tange aos fatores que compõem o *quantum* indenizatório.

Conquanto alguns julgados germânicos (ALEMANHA, 1996), por intermédio da satisfação (“Genugtuung”), tenham tido o entendimento que as indenizações por danos extrapatrimoniais possuem função punitiva, o ordenamento alemão ainda não aceita o instituto dos *punitive damages* (DAL PIZZOL, 2020, p. 169).

²⁹ Tradução livre: “Quase até ao final do processo legislativo (reforma do BGB alemão) discutiu-se se deveria ou não ser introduzido no texto legal um limiar explícito indenizatório (Bagatellschwelle), ou seja, que somente danos intencionais ou significativos aos direitos de personalidade protegidos deveriam resultar em compensação por danos extrapatrimoniais. O principal argumento avançado em favor do Bagatellschwelle foi que, para os danos menores, nenhuma indenização por dano imaterial deveria ser concedida, a fim de economizar dinheiro (os fundos das seguradoras) para os casos de compensação por danos graves. Entretanto, tal dispositivo não foi explicitamente trazido pelo legislador, pois se entendeu que tal previsão seria desnecessária e que a decisão sobre esse limiar reparatório deveria ser deixada ao arbítrio dos tribunais. Antes da presente reforma legislativa os tribunais alemães já rejeitavam a Schmerzensgeld do § 847 BGB quando envolvidos danos menos graves, somando menos que €250. Por isso, pode-se esperar que os tribunais continuem com essa prática - aplicação do dano bagatela”.

Logo, a fundamentação é que esse instituto é contrário a ordem pública alemã, conforme dispositivo §328 (1), 4³⁰, do Código de Processo Civil alemão (ALEMANHA, 1950). Nesse sentido, o Tribunal de Justiça Federal (BGH) decidiu:

Die moderne deutsche Zivilrechtsordnung sieht als Rechtsfolge einer unerlaubten Handlung nur den Schadensausgleich, nicht aber eine Bereicherung des Geschädigten vor. (...) Die nach US-amerikanischem Verständnis im Interesse der Allgemeinheit gerechtfertigte Bestrafungs- und Abschreckungsfunktion der punitive damages kann insbesondere nicht mit der Genugtuungsfunktion verglichen werden, die nach inländischen Grundsätzen im Bereich der Zumessung von Schmerzensgeld und bei Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zu berücksichtigen ist. Zum einen steht bei der Bemessung des Schmerzensgeldes nicht sie, sondern die Rücksicht auf Höhe und Maß der Lebensbeeinträchtigung (Grad und Dauer der Schmerzen, Leiden und Entstellungen) im Vordergrund, während das Rangverhältnis der übrigen Umstände den Besonderheiten des Einzelfalles zu entnehmen ist. Zum anderen begründet die Genugtuungsfunktion keinen unmittelbaren Strafcharakter des Schmerzensgeldes. Sie ist vielmehr untrennbar mit der dem Schmerzensgeldanspruch zugleich innewohnenden Ausgleichsfunktion verknüpft. (...) Sanktionen, die der Bestrafung und Abschreckung - also dem Schutz der Rechtsordnung im allgemeinen - dienen, nach deutscher Außassung grundsätzlich unter das Strafmonopol des Staates. Er übt es im öffentlichen Interesse in einer besonderen Verfahrensart aus, in dem einerseits die Amtsermittlung eine höhere Gewähr für die Richtigkeit der Sachentscheidung bieten soll und andererseits die Rechte des Beschuldigten stärker geschützt sind (ALEMANHA, 1992)³¹.

Em resumo, do ponto de vista do BGH, parece intolerável impor um pagamento monetário substancial em uma sentença civil, que não sirva, tão somente, para compensar o dano, que se baseia essencialmente no anseio público geral de vingança, e que pode, ao lado de uma pena criminal, infringir o princípio do *ne bis in idem*.

3.1.2 Violação da Ordem Pública Italiana: Ênfase na Situação do Ofendido e Não na Conduta

³⁰ § 328 (1) Die Anerkennung des Urteils eines ausländischen Gerichts ist ausgeschlossen: 4. wenn die Anerkennung des Urteils zu einem Ergebnis führt, das mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist, insbesondere wenn die Anerkennung mit den Grundrechten unvereinbar ist. Tradução livre: “(1) O reconhecimento de uma sentença proferida por um tribunal estrangeiro será excluído se: 4. O reconhecimento da sentença conduzir a um resultado que é obviamente incompatível com os princípios essenciais da lei alemã, e em particular se o reconhecimento for não compatível com direitos fundamentais”.

³¹ Tradução livre: “O moderno sistema alemão de responsabilidade civil fornece, como única consequência de um ato ilícito, a compensação do dano; não fornece enriquecimento à parte lesado (...). As funções punitiva e dissuasiva dos punitive damages, as quais segundo a interpretação norte-americana são justificadas no interesse público, não podem ser comparadas com a função de satisfação, que não é suficiente para justificar qualquer caráter de pena na responsabilidade civil. A função de satisfação, ao invés, está inextricavelmente ligada à função de compensação, a qual é inerente em qualquer ação indenizatória. (...) Sanções que se destinam a punir e dissuadir – isto é, a proteger o Direito e a ordem – são, contudo, no ordenamento alemão, parte do monopólio estatal de punição. O Estado exerce este monopólio em busca do interesse público em um procedimento especial (criminal), no qual maiores garantias e proteção são asseguradas aos réus.”

do Ofensor

O fato de que os danos extrapatrimoniais são exclusivamente compensados quando há previsão em lei é também encontrado no Código Civil italiano. Apesar disso, conforme superficialmente analisado no capítulo primeiro, existe flexibilização dessa determinação legal, assim como no direito germânico, diante de certos casos particulares em que é posta uma interpretação constitucional.

Na doutrina e jurisprudência italianas, onde o conceito de "dano à pessoa" começou a germinar em meados dos anos setenta do século XX, mas cuja evolução e desenvolvimento não pararam até hoje, sob a noção "dano à pessoa" inclui todo dano que afeta ou fere a estrutura psicossomática do ser humano (BIANCA, 1994, p. 170).

A norma geral do direito italiano que regula o ressarcimento dos danos causados por atos ilícitos é o artigo 2043 do Código Civil (ITÁLIA, 1942), que aduz: “(Ressarcimento por fato ilícito). Qualquer fato doloso ou culposos, que cause dano injusto a outrem, obriga a pessoa que cometeu o fato a ressarcir o dano (art. 185 do Código Penal)³².” Por sua vez, o art. 2059, dispõe: “(Danos não patrimoniais). O dano não patrimonial deve ser ressarcido somente nos casos determinados pela lei (art. 89 do Código de Processo Civil; arts. 185 e 598 do Código Penal)³³”. Portanto, o texto legal apresenta-se como regra limitativa. Somente nos casos previstos na lei – tal como nas disposições específicas do Código Penal – será admissível a propositura da ação indenizatória por danos extrapatrimoniais. Nessa acepção, Massimo Bianca (1994, p. 171):

Il risarcimento dei danni fuori bilancio è previsto principalmente dal codice penale (articolo 185). La riparazione di tali danni è giustificata nella misura in cui il diritto penale tutela valori sociali di pubblica rilevanza, la cui violazione richiede la piena riparazione del prodotto economico e non economico a favore della vittima³⁴.

Nessa perspectiva, como a única disposição com relevância prática prevendo explicitamente a indenização de danos extrapatrimoniais era o artigo 185 do Código Penal³⁵

³² Texto original: “(Art. 2043 Risarcimento per fatto illecito) Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno (Cod. Pen. 185)”.

³³ Texto original: “(Art. 2059 Danni non patrimoniali) Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge (Cod. Proc. Civ. 89; Cod. Pen. 185, 598).”

³⁴ Tradução livre: “A indenização por danos extrapatrimoniais é principalmente prevista pelo Código Penal (artigo 185). A reparação desses danos justifica-se na medida em que o direito penal protege valores sociais de importância pública, cuja violação exige reparação integral do produto econômico e não econômico em favor da vítima”.

³⁵ Texto original: “(Art. 185 Restituzioni e risarcimento del danno). Ogni reato obbliga alle restituzioni a norma delle leggi civili. Ogni reato, che abbia cagionato un danno patrimoniale o non patrimoniale, obbliga al risarcimento il colpevole e le persone che, a norma delle leggi civili, debbono rispondere per il fatto di lui”.

(ITÁLIA, 1930), sempre que uma determinada conduta causasse danos mentais ou físicos, mas não pudesse ser categorizada como um delito, a vítima não poderia reivindicar nenhuma indenização por danos não patrimoniais. Isto é, apenas quando a conduta do ofensor pudesse ser sopesada suficientemente grave para ser considerada como um crime, uma indenização poderia ser concedida como forma de punição e ressarcimento.

Até meados do século XX, esse resultado não contrariava o sentimento geral de justiça usualmente partilhado na sociedade. O prejuízo econômico possuía um patamar de importância superior a qualquer dano que não fosse passível de atribuir um valor pecuniário. Desse modo, apenas os danos extrapatrimoniais causados por um crime mereceriam ser compensados, ou seja, todos os outros danos à pessoa não patrimonial não valeriam um ressarcimento (SILVA, 1999, p. 83).

Mas, em contraste com a disposição restritiva do artigo 2059, o dispositivo 2043 do Código Civil Italiano prescreve, como se viu, genericamente, que quem comete dano injusto, por fraude ou falha, é obrigado a repará-lo. Esse contraste deu origem a um longo período de incertezas na doutrina e na jurisprudência italiana. Apesar da restrição contida no artigo 2059 mencionado, foi considerado por um setor da doutrina como justo e apropriado não parar de compensar os múltiplos danos à pessoa de caráter não patrimonial.

Essa preocupação motivou a doutrina italiana, nos anos setenta do século XX, a buscar uma base jurídica adequada para o efeito de proceder à compensação de "danos à pessoa" por consequências não patrimoniais. Foi assim que, partindo de uma visão constitucional, a figura de "dano à saúde" foi adotada, que nada mais é do que dano à pessoa que afeta sua estrutura psicossomática. Desse modo, buscou-se justificação nesse dano causado à pessoa no artigo 32 da Constituição italiana de 1948³⁶ que protege, precisamente, a saúde (PETRELLI, 1997, p. 11).

Portanto, em que pese a restrição contida no artigo 2.059 do Código Civil italiano, que estipula rol taxativo para o ressarcimento dos danos extrapatrimoniais, por intermédio de uma leitura constitucional do direito à saúde, a exemplo do que ocorreu na Alemanha, flexibilizou-se esse rol atávico.

Tradução livre: "Reembolsos e danos. Todo crime obriga a restituição de acordo com as leis civis. Qualquer infracção que tenha causado dano material ou imaterial obriga o culpado e as pessoas que, nos termos das leis civis, sejam responsáveis por tal facto, a pagar uma indemnização."

³⁶ Art. 32. A República tutela a saúde como direito fundamental do indivíduo e interesse da coletividade, e garante tratamentos gratuitos aos indigentes. Ninguém pode ser obrigado a um determinado tratamento sanitário, salvo disposição de lei. A lei não pode, em hipótese alguma, violar os limites impostos pelo respeito à pessoa humana (ITÁLIA, 1948).

Alicerçado nisso, consolidou-se o entendimento de que o dispositivo 2059 deve ser interpretado em face da Constituição italiana, de modo que a limitação do referido artigo não se aplicaria quando a transgressão se der contra direito constitucionalmente tutelado. Conforme estudos de Christian von Bar e Ulrich Drobnig (2004, p. 92-93) nos últimos anos, as decisões da *Corte Costituzionale* e da *Corte di Cassazione* têm interpretado o termo *danno non patrimoniale* do art. 2059, nesse sentido mais amplo, alcançando também os danos a todos os direitos constitucionais de personalidade.

Assim sendo, nota-se que, no último século, tanto o Códigos Civis alemão e como o italiano encararam desafios parecidos. Primeiramente, a indenização por danos extrapatrimoniais só era admitida quando expressamente determinada na lei. Contudo, essas previsões legais necessitaram ser revistas e reinterpretadas constitucionalmente, amoldadas ao desenvolvimento da sociedade. Tudo isso, em face do crescimento do número de danos aos direitos de personalidade oriundas das novas tecnologias, bem como o aumento da perspectiva de valores fundamentais, inerentes à pessoa, que demandaram, cada vez mais, maior proteção nas relações privadas. Ambos os sistemas de responsabilidade civil incidiram por um longo processo de evolução guiado na proteção de todos os direitos da personalidade como um todo comum ao indivíduo (WÜNSCH, 2009).

O prestígio aos direitos humanos trazido pelas Constituições europeias foi o principal instrumento que tornou possível a ampla importância da compensação dos danos extrapatrimoniais aos direitos de personalidade em ambos os sistemas (GALLO, 1996, p. 196). O juízo de negar ou restringir esse ressarcimento, conseqüente, marca uma postura inconciliável com os ordenamentos dos povos civilizados, com denso reflexo negativo na ordem jurídica. Afinal, vive-se em uma sociedade onde os valores da pessoa humana são cada vez mais destacados e objetos de irrestrita tutela.

Além do mais, ainda neste século, os tribunais italianos passaram também a inferir a função punitiva nas indenizações por danos extrapatrimoniais. Esse propósito punitivo também pode ser inferido a partir do Código de Propriedade Industrial italiano (ITÁLIA, 2005), que no terceiro parágrafo do dispositivo n. 125 estabelece que o dono do direito violado pode pleitear, a título compensatório, os valores dos lucros alcançados pelo agente infrator, mesmo que extrapolem os danos emergentes decorrentes da violação³⁷.

³⁷Art. 125, 3, Codice della Proprietà Industriale: “In ogni caso il titolare del diritto leso può chiedere la restituzione degli utili realizzati dall'autore della violazione, in alternativa al risarcimento del lucro cessante o nella misura in cui essi eccedono tale risarcimento” (ITÁLIA, 2005).

Por outro ângulo, em que pese algumas decisões das cortes italianas tenham aceitado a função punitiva nas compensações por danos extrapatrimoniais, o ordenamento italiano ainda não contempla o instituto dos *punitive damages* nos contornos postos na *common law* (DAL PIZZOL, 2020, p. 164).

Tal qual na Alemanha, o fundamento é que esse instituto violaria a ordem pública italiana, por introduzir a ideia de punição no campo da responsabilidade civil, para Gonzalo (2008, p. 79) uma decisão alienígena viola a ordem pública italiano quando vai ao encontro dos valores fundamentais do sistema jurídico italiano. Nesse sentido, o Tribunal de Cassação italiano (ITÁLIA, 2007) decidiu:

Del pari errata è da ritenere qualsiasi identificazione o anche solo parziale equiparazione del risarcimento del danno morale con l'istituto dei danni punitivi. Il danno morale corrisponde ad una lesione subita dal danneggiato e ad essa è ragguagliato l'ammontare del risarcimento. Nell'ipotesi del danno morale, infatti, l'accento è posto sulla sfera del danneggiato e non del danneggiante: la finalità perseguita è soprattutto quella di reintegrare la lesione, mentre nel caso dei punitive damages, come si è visto, non c'è alcuna corrispondenza tra l'ammontare del risarcimento e il danno effettivamente subito³⁸.

Portanto, nos últimos anos³⁹, os tribunais italianos têm considerado que a indenização punitiva viola a ordem pública posta no sistema de responsabilidade civil italiano, onde a ênfase é colocada na esfera da vítima e não do ofensor.

3.1.3 Direito Francês e *dommages-intérêts punitifs*

O Código Civil francês assume um modo liberal em relação aos danos extrapatrimoniais. O artigo 1240 do Código Civil francês, a exemplo do artigo 2043 do Código Civil italiano, possui larga interpretação, abrangendo a ideia de uma indenização incondicional em face das lesões causadas no ofendido. *In verbis*: “qualquer fato do homem que cause dano a outrem, obriga aquele que o causou culposamente a repará-lo⁴⁰” (tradução livre).

³⁸ Tradução livre: “Da mesma forma, qualquer identificação ou mesmo equiparação parcial da indenização por dano extrapatrimonial com a instituição do dano punitivo é considerada errada. O dano extrapatrimonial corresponde ao dano sofrido pelo lesado e é-lhe comunicado o montante da indenização. No caso do dano extrapatrimonial, de fato, a ênfase é colocada na esfera do lesado e não do ofensor: o objetivo perseguido é antes de tudo o restabelecimento da lesão, enquanto no caso dos danos punitivos, como vimos, não há inexistência de correspondência entre o montante da indenização e o dano efetivamente sofrido”.

³⁹ Corte di Cassazione, 8 Febbraio 2012, n. 1781/2012 (ITÁLIA, 2012).

⁴⁰ Art. 1240: “Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer” (FRANÇA, 2018).

Não se discerne nos textos os danos patrimoniais dos não patrimoniais, já que se fala genericamente tão somente em “dano”. Diferentemente do Código Civil alemão, que pressupôs um parágrafo específico no BGB a respeito dos danos extrapatrimoniais, o Código Civil francês, por intermédio do artigo 1240, empregou o termo *dommage*, qual seja, um dano que deve ser interpretado em seu extenso aspecto. Logo, o legislador francês não diferenciou a natureza do patrimônio ultrajado, abalizando, portanto, o dever de que todo e qualquer dano que decorre da violação do direito seja objeto de indenização (BORGHETTI, 2009, p. 56).

Ao contrário de Itália e Alemanha, já se discutia por lá as indenizações punitivas, conquanto os tribunais na França, até hoje, resistem em conceder, ao menos expressamente, indenizações civis punitivas. A Corte de Cassação francesa frequentemente assiste ao princípio da reparação integral (*réparation intégrale*), ou seja, a condenação deve ser medida pela extensão dos prejuízos efetivamente sofridos pelo lesado (*tout le dommage, mais rien que le dommage*). Isso tudo com base no estudo “Punitive damages in Europe and plea for the recognition of legal pluralism” (BÜYÜKSAGIS *et al.*, 2016).

O referido trabalho constatou que, nos sistemas europeus continentais, mesmo com a visão tradicional de que os *punitive damages* são, à primeira vista, contrários aos princípios da responsabilidade civil, existem certas indicações de que questões não compensatórias estão sendo abarcadas entre os parâmetros de fixação de determinadas condenações. O estudo notou essas situações nos tribunais franceses, alemães e italianos, quando estes reconhecem a necessidade *in casu* de implementação da função preventiva da responsabilidade civil, o que acaba obscurecendo a linha divisória entre os objetivos compensatório e punitivo.

Nessa ordem de ideias, expõe-se a existência de muitas decisões judiciais na França que fixam danos morais “carregados” por um forte componente punitivo, ou seja, existe um “*hidden punitive damages*” (danos punitivos escondidos no arbitramento do dano moral), “são casos difíceis de explicar, exceto pelos tribunais franceses que se utilizam do seu poder discricionário na avaliação dos danos para incluir um *plusvalore* que funciona como elemento de dissuasão” (tradução livre, BÜYÜKSAGIS *et al.*, 2016)⁴¹. Esse impacto do “poder soberano de avaliação” tem sido observado especialmente no campo dos danos imateriais. Ainda, sobre a indenização punitiva, explica Jean-Sébastien Borghetti (2009, p. 67) que:

⁴¹ Do texto original: “a number of cases which are difficult to explain otherwise than by the French courts taking advantage of their sovereign power of assessment of damages to include a deterrent element in the award. The impact of the ‘sovereign power of assessment’ has been particularly noted in the domain of damages for moral harm”.

Sometimes, the courts also consider the defendant's malicious behavior and, to that extent, the damages that are awarded have a punitive dimension. Most of the time, these concealed punitive damages come in the guise of indemnities granted to compensate for moral or off-balance damages, since the impossibility of accurately measuring this type of damage gives the courts great freedom in determining the damages. Unfortunately, it is almost impossible to assess exactly which part, within the damages granted in any case, has a punitive rather than a compensatory function. If the existence of punitive damages under French law cannot be denied, its quantum cannot, therefore, be measured.⁴²

Em defesa deste entendimento, Philippe Le Tourneau (2010, p. 45) e Genevieve Viney (2007, p. 179) asseveram o reconhecimento formal da indenização punitiva, por meio de modificação da legislação francesa que acrescentaria a possibilidade da fixação pelos juízes de uma indenização para além do dano sofrido. Nesse sentido, um projeto legislativo liderado por Pierre Catala apresentado em 2005 ao governo francês, mas ainda não apreciado pelo Poder Legislativo, busca acrescentar o seguinte artigo ao Código Napoleônico:

Art. 1371. L'auteur d'une faute manifestement délibérée, et notamment d'une faute lucrative, peut être condamné, outre les dommages-intérêts compensatoires, à des dommages-intérêts punitifs dont le juge a la faculté de faire bénéficier pour une part le Trésor public. La décision du juge d'octroyer de tels dommages-intérêts doit être spécialement motivée et leur montant distingué de celui des autres dommages-intérêts accordés à la victime. Les dommages-intérêts punitifs ne sont pas assurables⁴³.

O texto proposto autorizaria o magistrado, com imensa discricionariedade – de modo que o dispositivo não apresenta nenhum parâmetro para a quantificação – aplicar os danos punitivos nos casos de culpa deliberada (culpa grave ou dolo) ou de um ilícito lucrativo. É de se observar que, da maneira como o artigo é apresentado nesse projeto o *punitive damage* francês (“dommages-intérêts punitifs”) constituiriam uma indenização autônoma, ao lado dos danos patrimoniais e extrapatrimoniais.

⁴² Tradução livre: “Às vezes, os tribunais também levam em consideração o comportamento malicioso do réu e, nessa medida, os danos que são concedidos têm uma dimensão punitiva. Na maioria das vezes, esses danos punitivos encobertos vêm sob o disfarce de indenizações concedidas para compensar danos morais ou extrapatrimoniais, uma vez que a impossibilidade de medir com precisão esse tipo de dano concede aos tribunais grande liberdade na fixação dos danos. Infelizmente, é quase impossível avaliar exatamente qual parte, dentro dos danos concedidos em qualquer caso, tem uma função punitiva em vez de compensatória. Se a existência de punitive damages sob a lei francesa não pode ser negada, seu quantum não pode, portanto, ser medido”.

⁴³ Tradução livre: “Art. 1371. O autor de um ilícito manifestamente intencional, e em particular de um ilícito lucrativo, pode ser condenado, além dos danos compensatórios, a danos punitivos que o juiz tem o direito de conceder em parte ao Tesouro público. A decisão do juiz de conceder tais danos deve ser especialmente motivada e seu valor diferenciado dos demais danos concedidos à vítima. Os danos punitivos não são seguráveis”.

Nesse alcance, em 2007, os ministros da Corte de Cassação francesa (“Cour de Cassation”) se manifestaram a respeito desse projeto, rejeitando a introdução dos “dommages-intérêts punitifs” no ordenamento jurídico francês:

En conséquence, si de nouvelles sanctions devaient s’avérer nécessaires pour prévenir et sanctionner plus efficacement les comportements dénoncés, le dispositif à privilégier, à la fois dissuasif et neutre pour la victime, ne devrait pas être recherché en droit de la responsabilité, mais se traduire plutôt par un développement de sanctions pénales ou administratives plus adaptées, de véritables amendes au profit de l’Etat ou d’un fonds de garantie par exemple⁴⁴ (FRANÇA, 2007).

Logo, igualmente as cortes superiores da Itália e da Alemanha, que decidiram que a indenização punitiva é contrária ao princípio da ordem pública, a corte francesa também foi ao encontro desse entendimento. Permanece em discussão, se o ressarcimento poderia, em determinados casos, ir além de um caráter meramente compensatório, introduzindo uma faceta punitiva à indenização.

3.1.4 O *derecho de daños* e a Dimensão Funcional na Argentina

Na Argentina, são os juízes das diferentes províncias responsáveis por determinar os ressarcimentos por danos extrapatrimoniais. Graças ao princípio da publicidade, se pode conhecer os critérios estabelecidos por diversos magistrados e assim estabelecer uma compensação justa e unificada.

Apesar disso, ainda é difícil afirmar que a publicação desses precedentes levou a uma uniformidade e previsibilidade dos valores da remuneração. Porém, é importante destacar que isso permite conhecer os critérios dos juízes para saber como eles quantificam essas compensações (GALDÓS JORGE, 2004, p. 102).

Os tribunais argentinos apontam como objetivo alcançar uma compensação abrangente e justa e ao mesmo tempo buscam evitar a dupla indenização por um único dano. O princípio da reparação abrangente, similar ao princípio da reparação integral, significa que todo dano deve ser ressarcido, mas não se deve lucrar com isso, de modo que o lesado não pode sair, nem pior e nem melhor, após o evento danoso (GALDÓS JORGE, 2004, p. 104).

⁴⁴ Tradução livre: “Consequentemente, se novas sanções se revelassem necessárias para prevenir e punir com mais eficácia o comportamento denunciado, o sistema a ser favorecido, tanto dissuasivo quanto neutro para a vítima, não deveria ser buscado no campo da responsabilidade civil, mas resultar em vez do desenvolvimento de sanções penais ou administrativas mais adequadas, de verdadeiras multas em benefício do Estado ou de um fundo de garantia, por exemplo”.

Portanto, a responsabilidade civil argentina baseia-se essencialmente no dever de reparação, ou seja, na obrigação de restabelecer as coisas no estado anterior à quebra do contrato. A indenização geralmente é paga em dinheiro e tem apenas uma função compensatória: somente danos comprovados e certos são pagos e, às vezes, se repara a perda de uma chance. O dano potencial não é compensado e não há multas civis ou danos punitivos que busquem um objetivo de punição e dissuasão (ALSINA, 2014, p. 270).

Os autores argentinos – especialmente no Direito Civil – consideraram os danos punitivos como um instituto de direito anglo-saxão que não deve ser recebido no sistema regulatório argentino (ALSINA, 2014, p. 271).

Por outro lado, desde o início da década de 1990 essa tendência foi revertida e há autores que consideram que a incorporação desse tipo de dano seria benéfica para enfrentar atitudes altamente repreensíveis. Em particular, sua aceitação é promovida em campos como nos danos ambientais, danos à privacidade, proteção de direitos autorais, danos ao consumidor (SOBRINO, 1999, p. 17).

Os danos punitivos na Argentina, assim como no Brasil, não são mencionados no Código Civil, mas sua incorporação no Projeto de Unificação do Código Civil de 1998 foi proposta sob o nome de "multa civil". No entanto, a Comissão Bicameral de Reforma, Atualização e Unificação dos Códigos Civil e Comercial da Nação, que recebeu trabalhos de diferentes referências sociais e da comunidade em geral, eliminou sua incorporação, modificando o projeto original que previa os danos punitivos. Assim sendo, o atual regime jurídico argentino mantém apenas esse tipo de sanção civil no campo do direito do consumidor (LORENZETTI, 2016, p. 391). A comissão que preparou o anteprojeto optou pela seguinte premissa:

Si la sanción se aplica sólo a los derechos de incidencia colectiva, que son indivisibles y no dan lugar a derechos subjetivos, no es admisible que el peticionante cobre. Por esta razón es que el dinero va a un patrimonio de afectación. El juez puede darle un destino mediante resolución fundada, pero ese destino es siempre en defensa del bien colectivo, ya que no podría, fundadamente, dárselo a quien no tiene un derecho subjetivo. Los diferentes destinos tienen relación con la experiencia de otros países, como Brasil, en los que, mediante otros institutos, se ha logrado mejorar bienes públicos: creación de fundaciones, campañas de educación, patrimonios de afectación para la promoción de un bien afectado, etcétera. Uno de los argumentos para darle la indemnización a la víctima es que constituye un incentivo para hacer juicios con el objeto de defender derechos individuales o colectivos. Sin embargo, en nuestro país no se advierte que la sanción pecuniaria pueda incidir mucho en incrementar la litigiosidad o el acceso a justicia. Darle una parte del dinero a la víctima no es una solución que incida en la litigiosidad, o por lo menos, las pruebas empíricas demuestran lo contrario. En los sistemas en los que eso sucede, como en Estados Unidos de América, es absolutamente distinto: la

víctima paga grandes costos, asume riesgos, y el tema es tratado por los grandes estudios que hacen las inversiones; en Argentina no tenemos ese sistema y tampoco hay quienes propongan adoptarlo (ARGENTINA, 2012).

O novo Código Civil e Comercial foi uma oportunidade para incorporar na legislação civil argentina a função punitiva. Por outro lado, nota-se que o instituto já está presente àquela legislação e é aplicável a um grande número de casos de responsabilidade por danos no campo das relações com os consumidores.

Contudo, como se viu, do ponto de vista dogmático, se a sanção é aplicada apenas aos direitos de incidência coletiva, que são indivisíveis e não dão origem a direitos subjetivos, os legisladores, partindo dessa premissa, entenderam não ser admissível que o peticionário a cobre, pois estes não teriam um direito subjetivo; atuando, tão somente, como um legitimado extraordinário. Ademais, os legisladores entenderam também que dar uma parte do dinheiro à vítima não é uma solução que afeta os litígios, justificando-se que os sistemas adotados nos Estados Unidos e na Argentina são diferentes. Sendo que, na experiência argentina, campanhas educativas seriam mais eficazes na prevenção de futuros danos (ARGENTINA, 2012).

O que é verdadeiramente relevante é que, no novo código, o legislador se pronunciou de forma inequívoca sobre as funções do “derecho de daños” e estabeleceu que são, exclusivamente, de prevenção e ressarcimento:

Lo verdaderamente relevante es que, en el nuevo código, el legislador se ha pronunciado inequívocamente acerca de las funciones del derecho de daños, y ha establecido que ellas son, exclusivamente, la prevención y la reparación. Por el contrario, la punición ha sido expresamente descartada como posible función de ese sistema. Esta toma de posición legal reviste gran importancia, porque sirve de guía para interpretar el resto de las normas que componen el sistema, y viene a confirmar, entonces, que ellas deben ser leídas exclusivamente en clave resarcitoria o, en su caso, preventiva (entendiéndose esta última función como limitada a la tutela civil inhibitoria que la propia ley ahora regula expresamente). El pronunciamiento legislativo también confirma que los denominados "daños punitivos", que lamentablemente subsisten en el art. 52 bis de la LDC, son algo totalmente extraño y ajeno al derecho de daños. Se trata, en todo caso, de una multa de naturaleza penal (una multa) que, como ya lo indicamos repetidas veces, debe regirse – con los matices del caso – por los principios comunes a las ramas jurídicas que tienden al castigo – fundamentalmente, el derecho penal y el administrativo sancionador (PICASSO, 2015, p. 20).

No que concerne, Ricardo Luis Lorenzetti (2016, p. 392) assinala a expressão “derecho de daños”, que tomou lugar da responsabilidade civil por lá, no qual o dano à pessoa humana se objetiva em relação ao resultado. O ofendido passou a ser o centro das atenções, circunstância

que confiou intensidade a temas subjacentes da responsabilidade civil, tais como a incidência da teoria objetiva e a quantificação dos danos. Ademais, dispõe Sebastián Picasso (2015, p. 10) a respeito da dimensão funcional da responsabilidade civil:

Expresaremos brevemente nuestra opinión en este espinoso tema de las "funciones" de la responsabilidad. Nosotros pensamos —como ya lo hemos adelantado— que el derecho de daños tiene únicamente dos funciones: la prevención y la reparación de los daños. Mientras que la primera se materializa, sustancialmente, por la vía de la denominada "tutela civil inhibitoria" (comprensiva de diversas vías procesales mediante las cuales puede obtenerse una orden judicial que impida la ejecución de un hecho dañoso o haga cesar el que ya se está produciendo), la segunda es tarea propia de la responsabilidad civil. Por el contrario, estimamos que las restantes "funciones" ya enumeradas no corresponden específicamente al derecho de daños —ni mucho menos, a la responsabilidad civil— y, o bien son compartidas por todos los sectores del derecho (con lo cual se trata, en realidad, de objetivos generales del ordenamiento jurídico), o corresponden a otras ramas jurídicas (...). En cualquier caso, lo que es seguro es que esas normas nada tienen que ver con la prevención del daño ni con su reparación, y son por lo tanto ajenas a la responsabilidad civil (o al derecho de daños).

Se de um lado fica claro a ampla investida do tema função, de outro, não se pode olvidar da vítima. De diferentes ângulos, as funções tradicionais ou clássicas de responsabilidade têm sido questionadas: punir e ressarcir, “con un enfoque socioeconómico o interpretación económica, con en reparto del perjuicio o justicia distributiva, y se ha ido perdiendo de vista la situación básica: la de la víctima inocente de un daño injustamente sufrido” (MOSSET ITURRASPE; PIEDECASAS, 2009, p. 19).

Em síntese, a responsabilidade tem se voltado menos a vinculação de um responsável ao dano (pela culpa ou pela sua conduta), e tem se preocupado mais em garantir a integral reparação dos prejuízos sofridos pelo ofendido; existindo uma dimensão funcional, e não mais estrutural, corroborando a uma função preventiva da responsabilidade civil.

3.2 O PRAGMATISMO DO *COMMON LAW* E O RESSARCIMENTO AMPLO E IRRESTRITO DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS

O sistema *common law* ou “direito comum” muito se distingue do sistema romano-germânico, porque se origina de normas não escrituradas, primitivamente instituídas por julgadores ingleses e aperfeiçoadas ao longo das épocas. É um sistema fundado no direito dos costumes, contínuo, sendo fruto de um amplo desenvolvimento sem cessações.

A sua natureza centra-se na continuidade e na tradição, que não é sinônimo de imutabilidade, embora não houvesse motivo para desprezar os antigos costumes, nem existisse

uma divisão histórica entre uma ante ou pós-revolução. Logo, o desenvolvimento desse sistema ocorreu sem interrupção, a partir do dia-a-dia da sociedade inglesa (WAMBIER, 2009, p. 54).

Nesse cenário, já se faz marcante a diferença entre como se atuou a Revolução Francesa na Inglaterra e no resto da Europa, uma vez que não houve sequer uma Revolução Inglesa, de modo que a transição para o mundo moderno deste sistema ocorreu por evolução e não, como se viu no *civil law*, por revolução (BAPTISTA DA SILVA, 1996, p. 129).

É necessário considerar, especialmente, para a distinção entre a história do poder dos juízes no *common law* e a narrativa do direito na Europa continental, sobretudo dos fundamentos do direito francês pós-revolucionário:

Na Inglaterra, ao contrário do que ocorreu na França, os juízes não só constituíram uma força progressista preocupada em proteger o indivíduo e em pôr freios no abuso do governo, como ainda desempenharam papel importante para a centralização do poder e para a superação do feudalismo. Naquele país, a unificação do poder se deu de forma razoavelmente rápida, com a eliminação da jurisdição feudal e de outras jurisdições paralelas. E os juízes colaboraram para esta unificação, afirmando o direito de ancestral tradição na nação, sem qualquer necessidade de rejeição à tradição jurídica do passado. A Revolução Francesa, porém, procurou criar um direito que fosse capaz de eliminar o passado e as tradições até então herdadas de outros povos, mediante não só o esquecimento do direito francês antigo, como também da negação da autoridade do *ius commune*. O direito comum havia de ser substituído pelo direito nacional e esse tinha que ser claro e completo para não permitir qualquer interferência judicial. Não havia como confiar nos juízes, que até pouco tempo estavam ao lado dos senhores feudais e mantendo forte oposição à centralização do poder. Significa que, além da rejeição do direito comum e da necessidade de instituição de um direito novo, foi imprescindível a subordinação do juiz ao Parlamento. O direito contaria com um grave e insuportável obstáculo caso fosse entregue nas mãos dos magistrados. Ou melhor, havia bom motivo para não dar aos juízes o poder de interpretar as normas traçadas pelos “representantes do povo” (MARINONI, 2016).

Essa inexistência de descontinuidade ou revolução que exigisse uma nova ordem jurídica, sucedeu no apego à tradição, portanto, pode-se descrever que, em que pese as variações e adaptações percebidas ao longo do tempo, o *common law* conservou ileso seu núcleo, que consiste do uso de casos concretos como fonte do Direito:

O *common law* não foi sempre como é hoje, mas a sua principal característica sempre esteve presente: casos concretos são considerados fonte do direito. O direito inglês, berço de todos os sistemas de *common law*, nasceu e se desenvolveu de um modo que pode ser qualificado como “natural”: os casos iam surgindo, iam sendo decididos. Quando surgiam casos iguais ou semelhantes, a decisão tomada antes era repetida para o novo caso. Mais ou menos como se dava no direito romano (WAMBIER, 2009, p. 54).

Articula Paolo Grossi (2006, p. 55-56) que na tradição do sistema *common law* o direito não recebeu as amarras de uma codificação, de modo que o seu desenho mais característico é, de fato, “que o direito seja coisa de juristas e que não pode ser senão a ordem dos juristas a fixá-lo e exprimi-lo, além de garantir-lhe o desenvolvimento com relação às necessidades de uma sociedade em crescimento.”

Nesse sentido, os países anglo-saxões são marcados pela sua objetiva e pragmática e, por isso, são incomuns as investigações abstracionistas na área jurídica, de encontro do que se percebe nos países da *civil law*:

Na Inglaterra e nos Estados Unidos, a doutrina jurídica não tem os surtos e os voos como na Alemanha e nos países latinos: aqui a razão eleva-se alto no mundo das abstrações e constrói teorias amplas, dentro das quais os casos concretos são como gotas d’água no oceano; ali o espírito prático voeja sobre os casos concretos decididos nos tribunais e, agrupando-os por pequenos grupos, constrói teorias dentro das quais um certo número de casos práticos se ajusta bem como se fossem elas um caixilho adrede preparado (CARPENTER *apud* SILVA, 2012, p. 108).

Um exame superficial poderia se ater apenas na dicotomia: no *civil law* existe um direito escrito, positivado e rígido, sendo a lei a fundamental fonte normativa, enquanto no *common law*, a jurisprudência é a principal fonte jurídica e o magistrado tem maior liberdade para chegar a um veredicto. Entretanto, a codificação, *per si*, não pode explicar a distinção entre os dois sistemas, esclarece Luiz Guilherme Marinoni (2016):

Não se pense que o *civil law* é caracterizado pelos Códigos e pela tentativa de completude da legislação, enquanto o *common law* tem uma característica exatamente contrária. O *common law* também tem intensa produção legislativa e vários Códigos. O que realmente varia do *civil law* para o *common law* é o significado que se atribuiu aos Códigos e à função que o juiz exercia ao considerá-los. No *common law*, os Códigos não têm a pretensão de fechar os espaços para o juiz pensar; portanto, não se preocupam em ter todas as regras capazes de solucionar os casos conflituosos. Isso porque, neste sistema, jamais se acreditou ou se teve a necessidade de acreditar que poderia existir um Código que eliminasse a possibilidade de o juiz interpretar a lei. Nunca se pensou em negar ao juiz desta tradição o poder de interpretar a lei. De modo que, se alguma diferença há, no que diz respeito aos Códigos, entre o *civil law* e o *common law*, tal distinção está no valor ou na ideologia subjacente à ideia de Código.

Em face desse pragmática presente nesse sistema, a compensação dos danos não patrimoniais é, geralmente, ampla e irrestrita. Não se indaga a qual espécie de dano extrapatrimonial deve ser o ressarcimento, basta que os elementos imprescindíveis tenham se

concretizado (SILVA, 1999, p. 115). Interessante também as lições de Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p. 228-229):

os danos punitivos detém do século XVIII, já desde o século XIII, na Inglaterra, em casos de lesões pessoais causadas intencionalmente em *trespass to the person* ou em outras hipóteses específicas, o juiz podia condenar o réu a um ulterior pagamento, a título de *punitive damages*, remédio surgido para tutelar os direitos civis dos súditos em suas relações com funcionários do governo, cujo comportamento era, frequentemente, vexatório e arbitrário.

Exposto esse panorama geral sobre o sistema *common law*, dispõe-se, nos tópicos a seguir, a análise sobre a compensação por danos não patrimoniais e os *punitive damages* nos Estados Unidos, bem como os casos práticos (precedentes) e os critérios das jurisprudências postas neste país.

3.2.1 Direito Norte-americano e *punitive damages*

Nos países da *common law*, o conjunto de normas que regulamentam a responsabilidade civil extracontratual por danos causados a terceiros denomina-se *Tort Law*.

Os danos são tradicionalmente classificados de acordo com a natureza da perda ou lesão sofrida: os *compensatory damages* são concedidos para os casos de *damages in tort* (danos decorrentes de atos ilícitos), no intuito de compensar a vítima pelo dano sofrido e colocá-la na mesma posição em que se encontraria caso não tivesse ocorrido o ato ilícito (*status quo ante*). Essa espécie de *damages*, portanto, apresenta um caráter de tutela ressarcitória. Os *punitive damages*, por sua vez, são concedidos com o propósito de aplicar uma rígida punição adicional, uma sanção civil, a um comportamento malicioso e intencional, independentemente se aquele que violou direito alheio teve algum benefício (MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005, p. 15-16).

Merece citação a síntese de David Owen (1976, p. 1265), para quem esses danos extracompensatórios são “avaliados juntamente com os dados compensatórios para punir o ofensor pelo cometimento de um ato agravado ou revoltante de um comportamento impróprio, dissuadindo-o e outros de cometerem tal conduta no futuro” (tradução livre)⁴⁵. Nessa linha, segue-se, portanto, a premissa básica da responsabilidade civil (*tort must not pay*), ou seja, ninguém pode se beneficiar da sua própria torpeza, por intermédio de condutas antijurídicas.

⁴⁵ Do texto original: “Punitive or exemplary damages are assessed in addition to compensatory damages to punish the defendant for the commission of an aggravated or outrageous act of misconduct and to deter him and others from such conduct in the future.”

Assenta o autor que para a doutrina americana os princípios objetivos dos *punitive damages*, seriam, a *uma*, a punição do responsável e, a *duas*, a dissuasão.

O primeiro objetivo do referido instituto é punir o responsável por um ato ilícito (embora isso tenha sido modificado nas últimas décadas para incluir questões relacionadas a violações graves de contrato). A imposição de danos punitivos não é equivalente a danos compensatórios, que normalmente são impostos para restaurar os danos causados à vítima de um ato ilegal. Na realidade, o conceito básico dos *punitive damages* é que eles visam impor ao infrator um excedente que está além da mera compensação pelos danos realmente causados. O instituto, analisado sob essa perspectiva, tem alguma relação com o direito penal e levou a considerar, em algumas ocasiões, que se trata de uma sanção quase penal (OWEN, 1976, p. 1271).

O segundo objetivo é ser impositivo, a fim de evitar a repetição de comportamentos semelhantes. O juiz ou júri que calcula os *punitive damages* deve levar em conta que o valor que eles eventualmente estabelecem é direcionado de maneira eficaz para evitar a repetição de comportamentos igualmente repreensíveis. Nessa perspectiva o cálculo dos *punitive damages* implica a consideração do valor necessário para provocar no agente ofensor a modificação do seu comportamento no futuro. Existe, nesse sentido, um objetivo derivado: a magnitude dos *punitive damages* impostos à causa do dano acabará por dissuadir outros que estão em situação semelhante a continuar com esses comportamentos repreensíveis (OWEN, 1976, p. 1271).

Este instituto também visa atingir outros objetivos subsidiários. Desde a multiplicação de veredictos por *punitive damages* – originados nos anos 60 e intensificados nos anos 90 – passou a ser considerado nos últimos anos que existe um terceiro objetivo que seria a compensação de danos sociais. Essas ideias se baseiam na legislação de oito estados que contemplam a formação de fundos para alocar a compensação dos *punitive damages* a fundos específicos para compensar vítimas que não participaram dos processos. Por exemplo, o estado do Alasca – após quantias exorbitantes impostas em vários processos – alterou a legislação do *punitive damages* para estabelecer um tipo de divisão na compensação, segundo a qual 50% de toda a indenização concedida aos demandantes civis devem ser depositados nos fundos gerais do Estado (SHARKEY, 2003).

A doutrina e a jurisprudência dos Estados Unidos consideram que os danos punitivos não ocorrem em todos os episódios em que a imposição tão somente dos danos compensatórios é apropriada. A atitude da pessoa que está causando o dano deve ser particularmente repreensível para que seja aplicado o *punitive damages*. Para isso identifica-se a intenção do autor do dano, mas também é possível considerar casos como a negligência ou imprudência grave como fatores, além dos danos causados com forte repercussão social ou ambiental (SHARKEY,

2003). Nesse panorama, Judith Martins-Costa e Mariana Pargendler (2005, p. 16) apresentam os principais critérios examinados na fixação dos *punitive damages*:

(i) o grau de reprovabilidade da conduta do réu (*the degree of reprehensibility of the defendant's misconduct*). Para aferir quão repreensível é a conduta, é importante, segundo a Corte, atentar aos seguintes fatores: (1) se o prejuízo causado foi físico ou meramente econômico; (2) se o ato ilícito foi praticado com indiferença ou total desconsideração com a saúde ou a segurança dos outros (*the tortious conduct evinced an indifference to or a reckless disregard of the health or safety of others*); (3) se o alvo da conduta é uma pessoa com vulnerabilidade financeira; (4) se a conduta envolveu ações repetidas ou foi um incidente isolado; (5) se o prejuízo foi o resultado de uma ação intencional ou fraudulenta, ou foi um mero acidente.

É de se observar Stephen Sugarman (2002), ao afirmar que o *tort law* compensa generosamente a dor e o sofrimento emocional. A regra geral nos Estados Unidos é que o júri determina o valor monetário para compensar a dor em cada caso específico. O escritor explica que o valor da compensação tem muito a ver com o talento do advogado da vítima, com a composição dos jurados e com a análise da conduta do ofensor.

Não obstante, diferentes doutrinadores, e críticos à aplicação dos *punitive damages*, aduzem que os jurados são incapazes de compreender certas questões legais complexas e utilizar corretamente uma indenização punitiva para penalizar os ofensores. Ademais, os integrantes do júri cível mensuram essas indenizações muito mais como uma resposta emocional, do que uma resposta fundamentada nos reais danos presentes no caso, ou seja, não há parâmetros realmente técnicos e objetivos (SUGARMAN, 2002).

O debate que deriva dessas indenizações é se elas são inconstitucionais ou se as suas reduções determinadas pelos tribunais é que os são. Diante desse cenário incerto, a Suprema Corte norte-americana já decidiu inúmeras vezes por reduzir os valores excessivos.

Em 2003, o Supremo Tribunal norte-americano julgou o caso *State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Campbell* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2003), nesse episódio, o montante de danos punitivos foi aplicado pelos jurados em US\$ 145 milhões e os danos compensatórios foram de US\$ 1 milhão. A Corte invalidou os danos punitivos por serem excessivos, trazendo à tona, como um dos principais argumentos, o critério de proporcionalidade, afirmando também que o devido processo legal coloca limites substantivos nos valores arbitrados à título de *punitive damages*, declarando que: “few awards exceeding a

single-digit ratio between punitive and compensatory damages, to a significant degree, will satisfy due process”⁴⁶ (BENJAMIN, 2006).

O tribunal chegou a essa conclusão aplicando critérios indicadas pela primeira vez no caso *BMW Inc. v. Gore* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1996), quais sejam: o grau de reprovabilidade da conduta do réu; a disparidade entre o dano real ou potencial suportado pelo ofendido e a sentença punitiva; e a diferença entre os danos punitivos concedidos pelo júri e as sanções civis permitidas ou infligidas em casos comparáveis⁴⁷.

A partir desse caso, surgiu o debate sobre a constitucionalidade de montantes excessivos, por danos punitivos. A interpretação do tribunal no caso da BMW negou o direito do Estado de impor uma multa punitiva por intermédio de júris civis no montante que julgar apropriado (REIS, 2019, p. 162).

Ademais, embora haja uma franca minoria de estados norte-americanos que geralmente exclui os *punitive damages*, como Washington, Nebraska, Louisiana, Massachusetts e Nova Hampshire, existe um bloco de 16 estados norte-americanos que os admite, mas com limitações. Por exemplo, o *quantum* não pode exceder três vezes a indenização compensatória em Ilínois,

⁴⁶ Tradução livre: “poucas recompensas por danos punitivos e compensatórios que excedam a proporção de um dígito, significativamente, irão satisfazer o devido processo”.

⁴⁷ Da literalidade do julgado: “The sanction imposed in this case cannot be justified on the ground that it was necessary to deter future misconduct without considering whether less drastic remedies could be expected to achieve that goal. The fact that a multimillion dollar penalty prompted a change in policy sheds no light on the question whether a lesser deterrent would have adequately protected the interests of Alabama consumers. In the absence of a history of noncompliance with known statutory requirements, there is no basis for assuming that a more modest sanction would not have been sufficient to motivate full compliance with the disclosure requirement imposed by the Alabama Supreme Court in this case. [...] That conduct is sufficiently reprehensible to give rise to tort liability, and even a modest award of exemplary damages, does not establish the high degree of culpability that warrants a substantial punitive damages award. Because this case exhibits none of the circumstances ordinarily associated with egregiously improper conduct, we are persuaded that BMW's conduct was not sufficiently reprehensible to warrant imposition of a \$2 million exemplary damages award. [...] The second and perhaps most commonly cited indicium of an unreasonable or excessive punitive damages award is its ratio to the actual harm inflicted on the plaintiff. [...] Comparing the punitive damages award and the civil or criminal penalties that could be imposed for comparable misconduct provides a third indicium of excessiveness.” Tradução livre: “A sanção imposta neste caso não pode ser justificada com o fundamento de que era necessária para dissuadir futuras más condutas sem considerar se soluções menos drásticas poderiam atingir esse objetivo. O fato de que uma multa multimilionária gerou uma mudança na política não lança nenhuma luz sobre a questão de se um impedimento menor teria protegido adequadamente os interesses dos consumidores do Alabama. Na ausência de um histórico de descumprimento de requisitos legais conhecidos, não há base para supor que uma sanção mais modesta não teria sido suficiente para motivar o cumprimento total da exigência de divulgação imposta pela Suprema Corte do Alabama neste caso. [...] Essa conduta é suficientemente repreensível para dar origem a responsabilidade civil, e mesmo uma sentença modesta de danos exemplares, não estabelece o alto grau de culpabilidade que justifica uma sentença de indenização punitiva substancial. Como este caso não apresenta nenhuma das circunstâncias normalmente associadas à conduta flagrantemente imprópria, estamos convencidos de que a conduta da BMW não foi suficientemente repreensível para justificar a imposição de uma indenização por danos exemplares de US \$ 2 milhões. [...] O segundo e talvez o mais comumente citado indício de uma indenização por danos indevidos ou punitiva excessiva é sua relação com o dano real infligido ao autor. [...] Comparar a indenização por danos punitivos e as penalidades civis ou criminais que poderiam ser impostas por má conduta comparável fornece um terceiro indício de excesso.”

Flórida e Delauare; no estado de Cansas, esses valores não podem ultrapassar o fluxo da receita bruta anual do demandante; por sua vez o estado de Minesota exige que a quantificação deve ter uma relação razoável com a indenização compensatória. Ainda, como saída à proibição do enriquecimento sem causa, treze estados atribuem parte das importâncias obtidas a instituições ou fundos estaduais, como o Texas (CODERCH; PALOU, 1997, p. 176).

Nessa ordem de ideais, a Suprema Corte tem considerado que esses montantes excessivos são contrários ao devido processo legal e à própria Constituição dos EUA, de modo que esses valores podem tornar-se, até certo ponto, confiscatórios da propriedade dos ofensores. Passando assim as coisas, nota-se que o próprio tribunal americano reconhece muitos dos danos punitivos como exorbitantes, impondo a necessidade de limitá-los.

3.2.2 De Encontro à Responsabilidade Civil Contemporânea: Críticas ao *punitive damages*

Em face desse famigerado excesso na quantificação de valores, os *punitive damages* são conhecidos em terras norte-americanas como *smart money* ou *tort lottery*⁴⁸. Ainda, chama-se a atenção para um pré-requisito muito importante que essa indenização punitiva tem nos Estados Unidos: o dolo ou a culpa grave do ofensor.

Para chegar nesse entendimento, Judith Martins-Costa e Mariana Pargendler (2005, p. 19) explicam que os *punitive damages* só podem ser conferidos diante da prova das circunstâncias subjetivas paralelas ao dolo, de modo que “a mera negligencia, na ausência das circunstancias agravantes, não é razão suficiente para a condenação de *punitive damages*. ”

Enquanto que aqui no Brasil, tal requisito sequer é mencionado, prova disso é que mesmo nas hipóteses de responsabilidade objetiva (que independem de culpa), a jurisprudência vem aplicando esse duplo caráter da indenização: punitivo e compensatório. Considerar que existe um caráter punitivo, sem que se estabeleça a razão pela qual a pessoa está sendo punida, é um contrassenso (MORAES, 2003, p. 260).

De outra parte, a princípio, acreditou-se que, nos sistemas europeus continentais, a *tort law* serviria como um propósito para a compensação de danos. No entanto, a análise do direito comparado demonstrou que em várias jurisdições europeias – incluindo França, Alemanha, Itália – os tribunais têm considerado o aspecto não punitivo ao decidir sobre os danos extrapatrimoniais. Nesse sentido é o posicionamento da União Europeia posta em uma cláusula geral da Recomendação 2013/396/UE, de 11 de junho de 2013, parágrafo 31:

⁴⁸ Terminologia também empregada no Direito português como “ganhar na loteria” (LOURENÇO, 2006, p. 185).

A indenização atribuída às pessoas singulares ou coletivas lesadas em situação de dano em massa não deve exceder a compensação que teria sido atribuída se o direito tivesse sido reclamado através de ações individuais. Devem ser proibidas, em especial, as indenizações punitivas, que conduzam a uma sobrecompensação do dano sofrido a favor da parte requerente (UNIÃO EUROPEIA, 2013).

Até mesmo nos Estados Unidos da América, onde referido instituto desfruta de famosa reputação, como se viu, muitos estados têm restringido os valores e atribuindo parte dessas importâncias a fundos estaduais, além disso a Suprema Corte optou por limitar as condenações milionárias, de acordo com a *Due Process Clause*, prevista na 14.^a Emenda Constitucional: “Nenhum Estado [...] poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1988).

É importante observar também que, conforme pesquisa encetada pelo *Bureau of Justice Statistics* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2005), agência federal do Departamento de Justiça do Estados Unidos, os *punitive damages* não são arbitrados com assiduidade. Estudo relativo aos julgados apresenta que em 2005, eles constituíram apenas doze por cento de aproximadamente vinte e seis mil demandas apresentadas aos Tribunais estaduais. Nos processos procedentes, essas Cortes aplicaram o instituto em apenas setecentas ações, em um rol de quase quinze mil, equivalente apenas a cinco por cento.

Portanto, fica claro que os *punitive damages* são muito pouco usados em sua terra natal e, quando aplicados, o mote se aproxima mais de punição, que prevenção.

Por sua vez, no Reino Unido o caso emblemático *Rookes v. Barnard*, que é considerado um julgamento de direito do trabalho e de responsabilidade civil e o principal caso da legislação inglesa sobre danos punitivos⁴⁹. Uma consequência desse julgamento, foram os pronunciamentos da *House of Lords* (Câmara dos Lordes) sobre quando os danos punitivos devem ser aplicados. Verificou-se assim as únicas três situações em que os danos podem ser

⁴⁹ “Although the award of damages in the law of tort serves a primarily compensatory purpose, the court may exceptionally seek to punish (or make an example of) the defendant by the award of exemplary or punitive damages. [...] The old authorities were analysed and categorised in the influential speech of Lord Devlin in *Rookes v. Barnard*, extracted next. This is the starting point for any discussion of the availability of exemplary damages in the modern law.” (LUNNEY, OLIPHANT, 2013, p. 848). Tradução livre: “Embora a indenização por perdas e danos na lei de delito civil sirva principalmente para fins compensatórios, o tribunal pode, excepcionalmente, buscar punir (ou dar o exemplo) ao réu concedendo indenizações exemplares ou punitivas. [...] As antigas autoridades foram analisadas e categorizadas no influente discurso de Lord Devlin em *Rookes v. Barnard*, extraído a seguir. Este é o ponto de partida para qualquer discussão sobre a disponibilidade de danos exemplares no direito moderno.”

punitivos, ou seja, com a finalidade de punir o infrator e não apenas com o objetivo de indenizar o ofendido: (I) ações opressivas, arbitrárias ou inconstitucionais por parte dos agentes do governo em face dos cidadãos; (II) quando a conduta do réu foi "calculada" para gerar lucro para si mesmo (uma espécie de enriquecimento sem causa) e (III) nos casos expressamente autorizados pela legislação:

The first category is oppressive, arbitrary or unconstitutional action by the servants of the government. [...] Cases in the second category are those in which the defendant's conduct has been calculated by him to make a profit for himself which may well exceed the compensation payable to the plaintiff. Exemplary damages can properly be awarded whenever it is necessary to teach a wrongdoer that tort does not pay. [...] To these two categories which are established as part of the common law there must of course be added any category in which exemplary damages are expressly authorised by statute (LUNNEY; OLIPHANT, 2013, p. 849)⁵⁰.

Nessas mesmas veredas segue o país australiano, que conserva uma postura mais limitativa. Por lá, os *punitive damages* são outorgados exclusivamente no caso de os *compensatory damages* serem impróprios para punir o ofensor ou quando incapaz em atingir a força dissuasória, não impedindo o requerido de reiterar sua conduta. Ainda, os *punitive damages* não são aplicados quando o ofensor já foi responsabilizado na seara penal (GOTANDA, 2004, p. 410)⁵¹.

Nesse quadro, uma das primeiras críticas em face desse instituto concerne ao desencontro entre as garantias processuais postas no processo civil e a punição sobreposta. Segundo Pablo Salvador Coderch e Maria Teresa Castiñeira Palou (1997, p. 166-167) o poder de punição estatal está composto de certas proteções que garantem os direitos dos indivíduos em detrimento de abusos, destacando-se certos princípios como o da legalidade, ampla de defesa, presunção de inocência, anterioridade da lei penal. Desse modo, a aplicação do instituto norte-americano, punitivamente, ao inserir-se no campo civil, no qual o âmbito de prova tem menos rigor que o

⁵⁰ Traduzido livremente: “A primeira categoria é a ação opressora, arbitrária ou inconstitucional dos servidores do governo. [...] Os casos da segunda categoria são aqueles em que a conduta do réu foi calculada por ele para obter um lucro para si mesmo que pode muito bem exceder a indenização a pagar ao autor. Danos exemplares podem ser devidamente concedidos sempre que for necessário ensinar ao infrator que o ato ilícito não compensa. [...] A estas duas categorias, que são estabelecidas como parte do direito comum, deve, obviamente, ser adicionada qualquer categoria em que os danos exemplares sejam expressamente autorizados por lei”.

⁵¹ Da literalidade da obra: “Punitive damages may be awarded only if compensatory damages are inadequate to punish the defendant, deter the defendant from repeating it, and mark the court’s disapproval of such conduct. Second, punitive damages may not be assessed against the defendant if he or she has already been substantially punished in a criminal proceeding” (GOTANDA, 2004, p. 410). Tradução livre: “Os danos punitivos podem ser concedidos apenas se os danos compensatórios forem inadequados para punir o réu, dissuadir o réu de repeti-lo e marcar a desaprovação do tribunal de tal conduta. Em segundo lugar, os danos punitivos não podem ser avaliados contra o réu se ele ou ela já tiver sido substancialmente punido em um processo penal.”

processo penal, somado as presunções típicas da responsabilidade civil objetiva, que são aceitas constantemente, perfaz uma conduta temerária e antissistema.

Outra crítica é referente aos seguros. Ramón Daniel Pizarro (1996, p. 393) aduz que, sendo o verbo punir o escopo do instituto *punitive damages*, e sua finalidade a de impedir que o ofensor retorne a praticar atividades danosas, mas, estando tais condutas cobertas por um seguro, tal fato, afastaria, por obviedade, essa função finalística da condenação; o que tornaria a aplicação da punição incongruente, uma vez que “na responsabilidade civil, nem sempre o responsável é o culpado e nem sempre o culpado será punido – porque ele pode ter feito um seguro” (MORAES, 2003, p. 141).

Portanto, os *punitive damages* contrastam com as hodiernas inclinações da responsabilidade civil: a objetivação e a coletivização dos danos. Admitir esse instituto punitivo, fundado no grau de culpa do ofensor, iria de encontro a esses rumos. Ao encontro dessa trajetória, Anderson Schreiber (2012, p. 209) caminha:

Os *punitive damages* são a essência da orientação contrária – fundam-se, absolutamente, no grau de culpabilidade do agente e radicam-se fundo na ideia de reprovação moral e castigo exemplar do ofensor. Opõem-se, desta forma, a toda a marcha que a responsabilidade civil vem desenvolvendo nos dois últimos séculos. Por isso mesmo, parecem carecer de lugar no cenário que se anuncia: o da solidarização da reparação dos danos.

Neste olhar crítico, George Priest (2005, p. 304) condena os que se socorrem dos *punitive damages* como modo de contenção das atividades de risco. Para o doutrinador, os valores arbitrados a títulos compensatórios já seriam suficientes na função preventiva de lesões, aduzindo que “los daños compensatorios no solo son una señal efectiva sino también la única señal que necesita las sociedades”.

Ainda, segundo o autor, as indenizações punitivas só almejariam o propósito dissuasivo e preventivo quando o dano fosse ocasionado por uma pessoa física, mas nunca jurídica. Isso porque em litígios entre sociedades empresárias e consumidores, as despesas das altas condenações seriam repassadas a esses últimos. Ao passo que os consumidores de baixo poder aquisitivo seriam os primeiros a experimentar as implicações de se adicionar a despesa dessas condenações punitivas ao preço dos produtos e serviços (PRIEST, 2005, p. 309). Nesse mesmo sentido, Carlos Fernando Rosenkrantz (1998, p. 294) esclarece:

El Análisis Económico del derecho (AED) es el desafío más radical a la idea que la responsabilidad por culpa debe ocupar el lugar del principio – general y supletorio – de la responsabilidad civil. El AED considera que el objetivo

de la responsabilidad civil no es responder apropiadamente a acciones reprochables, ni realizar la lógica immanente de la relación que se crea entre quien causa un daño y quien lo sufre, ni rescatar nuestra dignidad como agentes intencionales (la que se vería afectada si tuviéramos la obligación de compensar los daños que causamos sin intención de dañar, o al menos, sin intención de actuar con desaprensión respecto de los intereses y derechos de otro) sino, mucho más prosaicamente, minimizar el costo de los accidentes (o, más elaboradamente, minimizar la suma del costo de los accidentes y los costos de su evitación). Consiguientemente, para el AED la culpa solo debe tenerse en cuenta en un sistema de responsabilidad civil, si acaso, cuando ello fuera funcional al ideal que la informa. En otras palabras, para el AED la infracción de un estándar de cuidado puede constituirse en un prerrequisito de la obligación de compensar siempre que ello haga más probable que imponiendo dicho prerrequisito los costos sociales disminuyan y los beneficios sociales aumenten.

Logo, os *punitive damages* não se justificariam nem mesmo na Análise Econômica do Direito⁵², pois os custos sociais seriam ainda maiores. Ainda, o autor questiona que, nem mesmo no caso de pessoas físicas as indenizações punitivas teriam como consequência a prevenção, pois os objetivos da responsabilidade civil se satisfazem de acordo com uma indenização que não pode exceder o limite do dano realmente sofrido, “las razones por las que podríamos considerar oponernos a su adopción deben ser de otra índole, más precisamente, porque ellos son injustos del mismo modo en que las condenas penales desproporcionadas son injustas” (ROSENKRANTZ, 2005, p. 41). E a condenação injusta gera ao condenado um sentimento de ilegalidade, iniquidade, e não de dissuasão.

Apesar disso, malgrado os múltiplos e diferentes argumentos desfavoráveis, os *punitive damages* ainda gozam de celebrado lugar nos julgados norte-americanos e, por vezes, surgem na seara nacional para fundamentar a função punitiva nas indenizações dos danos extrapatrimoniais.

⁵² *Law & Economics* ou Análise Econômica do Direito é uma corrente considerada dentro da teoria do Direito que aplica métodos da Economia no raciocínio jurídico. Inclui o uso da metodologia e dos conceitos da ciência econômica para prever o efeito das normas jurídicas, a fim de determinar quais leis ou dispositivos legais são economicamente eficientes e prever quais medidas devem ser promulgadas ou adotadas. Ou seja, propõe a avaliação das reais consequências de uma norma existente e também a previsão dos possíveis efeitos de uma norma projetada, buscando desenhar melhores estruturas jurídicas, mais eficientes para chegar aos fins desejados, adotando os meios mais adequados para isso (COASE, 2008).

4 DANOS EXTRAPATRIMONIAIS: SINUOSOS CAMINHOS DA QUANTIFICAÇÃO

A nova realidade de harmonização do Código Civil às normas constitucionais guiou ao dever de funcionalização dos institutos privados, com a finalidade de enunciar os direitos fundamentais.

De modo que passa a existir, conforme Luiz Edson Fachin (2015, p. 51), uma irradiação direta e imediata das normas e direitos fundamentais aos vínculos privados, desviando a sociedade “de uma perspectiva fulcrada no patrimônio e na abstração para outra racionalidade que se baseia no valor da dignidade da pessoa.”

Por essa razão, a responsabilidade civil clássica, baseada tão somente na tutela do direito de propriedade e demais direitos subjetivos patrimoniais, oferece guarida aos ideais da dignidade da pessoa humana⁵³, da solidariedade social⁵⁴, e da justiça distributiva⁵⁵, influenciando intensamente toda a sistemática do dever de ressarcir (TEPEDINO; BARBOSA; MORAES, 2004, p. 194).

Ao considerar os alicerces constitucionais da responsabilidade civil, Paulo Luiz Netto Lôbo (2011, p. 23) esclarece que eles “são voltados essencialmente à afirmação de três valores, que marcam a transformação contemporânea da responsabilidade civil: a primazia do interesse da vítima, a máxima reparação do dano e a solidariedade social”.

Portanto, a evolução para uma hermenêutica civil-constitucional autorizou a consolidação do direito civil, atraindo-o para a realidade social e, com isso, colacionando maior eficácia coletiva⁵⁶.

Historicamente, a função da responsabilidade civil brasileira é a de ressarcir danos, seja pela reparação do dano sofrido (material) ou por meio da compensação do dano

⁵³ “A dignidade humana e os direitos humanos (ou fundamentais) são intimamente relacionados, como as duas faces de Jano. Uma, voltada para a filosofia, expressa os valores morais que singularizam todas as pessoas, tornando-as merecedoras de igual respeito e consideração; a outra é voltada para o Direito, contemplando os direitos fundamentais. Esses últimos representam a moral sob a forma de direito” (BARROSO, 2016, p. 75).

⁵⁴ Segundo Cláudia Lima Marques (2010, p. 176) “Solidariedade é vínculo recíproco em um grupo (*wechselseitige Verbundenheit*); é a consciência de pertencer ao mesmo fim, à mesma causa, ao mesmo interesse, ao mesmo grupo, apesar da independência de cada um de seus participantes (*Zusammengehörigkeitsgefühl*). Solidariedade possui também sentido moral, é relação de responsabilidade, é relação de apoio, é adesão a um objetivo, plano ou interesse compartilhado. No meio do caminho entre o interesse centrado em si (egoísmos) e o interesse centrado no outro (*altruismus*) está a solidariedade, com seu interesse voltado para o grupo. A grande narrativa do Direito Civil moderno era a fraternidade, hoje é a solidariedade e a realização dos direitos humanos em pleno Direito Privado.”

⁵⁵ Desse modo, “passando por sobre o sistema tradicional do individualismo, cuja força ainda gera uma ação de retaguarda para mantê-lo incólume, princípios de justiça distributiva tornaram-se dominantes, a ponto de serem considerados tendências mundiais da percepção da solidariedade social” (FACHIN, 2012, p. 15).

⁵⁶ “Os objetivos e finalidades do Estado, constitucionalmente consagrados, são a representação jurídica do sentido da solidariedade social ao ensejar a integração e o sentimento de pertença, de que provém a necessidade de superação da separação entre sociedade e Estado” (CARVALHO, 2013, p. 77).

(extrapatrimonial). O ordenamento jurídico busca a mitigação de danos, tendo como foco as consequências lesivas ao ofendido e a repercussão no seu patrimônio. O ressarcimento tem o intuito de neutralizar as sequelas do ilícito.

Entretanto, a responsabilidade civil é objeto vivo e dinâmico que invariavelmente se restaura. Como visto, ela vem sofrendo desenvolvimento pluridimensional, expandindo-se seus fundamentos e sua incidência.

Diante desse cenário, considera-se neste capítulo, os parâmetros aferidos pela jurisprudência brasileira e seus reflexos nos critérios de quantificação pecuniária das indenizações por danos extrapatrimoniais, para, ao final, averiguar se há possibilidade de a responsabilidade civil assumir uma função punitiva.

4.1 OS PARÂMETROS AFERIDOS PELA JURISPRUDÊNCIA NACIONAL NAS AÇÕES DE INDENIZAÇÕES POR DANOS EXTRAPATRIMONIAIS

As diversas indagações sobre a compensação por danos morais ocuparam o cenário de questões controversas no campo da jurisprudência de responsabilidade civil. Problemas referentes à admissão do direito à indenização por danos extrapatrimoniais, às tarifações legais e acumulação dessas espécies de danos são alguns exemplos de como esse tema foi trazido repetidamente às cortes nacionais.

Atualmente, contudo, após superar os problemas listados acima, surge uma nova celeuma posta, que merece a prudência dos operadores do direito, qual seja, a fundamentação das sentenças e a função compensatória dos danos extrapatrimoniais.

Por essa razão, tem se encontrado na jurisprudência uma certa insegurança, em face da existência de uma densa desarmonia entre os magistrados no que tange à fundamentação. Esse desacordo vem colaborando na frustração da doutrina em buscar parâmetros para o arbitramento dos danos extrapatrimoniais. Exsurge Antônio Junqueira de Azevedo (2004, p. 211) ao afirmar que essa dificuldade para uma convergência entre os juristas brasileiros foi sopesar se, no arbitramento da indenização por danos extrapatrimoniais, deveria ser considerado apenas os danos sofridos pela vítima “ou se devia também incluir um *plus*, os chamados *punitive damages*”.

O exame das bases jurídicas das decisões dos eventos que envolvem o assunto é importante, sobretudo, para especificar as funções atribuídas à compensação e entender como essas funções motivam o estabelecimento do *quantum* indenizatório.

O panorama jurisprudencial, em geral, expõe alguns problemas sérios e o mais significativo deles é a falta de unidade nas fundamentações, no que diz respeito às funções desempenhadas pela compensação por danos extrapatrimoniais.

Logo, dependendo do entendimento do corpo de juízes em relação às funções da indenização, há uma grande variação nos argumentos apresentados e, como regra, na avaliação da indenização a ser atribuída. Desse modo, algumas decisões referem-se apenas à função compensatória, enquanto outras referem-se à função punitiva como base para a fixação do valor de indenização.

Os julgamentos selecionados, de diversas cortes estaduais, refletem bem esse panorama, no qual a justificativa adotada para estabelecer o valor da indenização passa por ambos os extremos, em relação às funções que a indenização deve desempenhar.

Por exemplo, acórdãos dos tribunais⁵⁷ de justiça estaduais de São Paulo, Rio Grande do Sul e Paraná entenderam pelo caráter punitivo como justificativa a um presumido efeito preventivo que essa indenização despontaria no ofensor, respectivamente:

Necessidade de se coibir prática de reiteradas recusas a cumprimento de contratos de seguro saúde, a propósito de hipóteses reiteradamente analisadas e decididas. Indenização com caráter expressamente punitivo, no valor de um milhão de reais (TJ-SP, Apelação n. 0027158-41.2010.8.26.0564. Relator: Teixeira Leite. Data de julgamento: 18/07/2013, 4ª Câmara de Direito Privado. Data de publicação: DJ. 19/07/2013).

Valor da indenização que deverá observar critérios específicos, dentre estes, a proporcionalidade, para evitar excesso, ou insuficiência do valor arbitrado, bem como a satisfação da vítima e o *aspecto punitivo e dissuasório* (TJ-RS, Apelação n. 70057657363. Relatora: Catarina Rita Krieger Martins. Data de julgamento: 19/12/2013, 16º Câmara Cível. Data de publicação: DJ. 20/01/2014). Grifo nosso.

Em relação ao ofensor, ao seu turno, é preciso levar em conta a gravidade da conduta ofensiva, a capacidade econômica e a necessidade de maior ou menor valor para que a *indenização cumpra a função desestimulante - punitive damages* (TJ-PR, Apelação n. 1539914-5. Relator: Carlos Eduardo Andersen Espínola. Data de julgamento: 21/02/2017, 6ª Câmara Cível. Data da publicação: DJ. 09/03/2017). Grifo nosso.

Como visto, depreende-se desses julgados que o instituto sancionador norte-americano tem contribuído para o referido panorama: o duplice caráter punitivo-compensatório da indenização por danos extrapatrimoniais. Esta é uma face jurisprudencial.

⁵⁷ Justifica-se a opção por estes tribunais para que se abranja os diversos espectros ideológicos presentes em suas decisões, não podendo afastar, por obviedade, a corte paranaense, *locus* da pesquisa.

De outra parte, um segundo aspecto jurisprudencial é o que recusa a função punitiva, acolhendo apenas a compensação dos danos. Os aludidos tribunais (São Paulo, Rio Grande do Sul e Paraná) assumem também essa outra faceta, respectivamente:

Inaplicabilidade da teoria do desestímulo, ou punitive damages. Isso porque, ao contrário do que ocorre nos Estados Unidos da América, onde se adotou a teoria do desestímulo, ou punitive damages, no Brasil as indenizações por danos morais têm caráter essencialmente compensatório e reflexamente punitivo. Valor da indenização fixado na sentença que se afigura razoável para compensar a autora pelos transtornos e dissabores que sofreu (TJ-SP, Apelação n. 0019291-74.2012.8.26.0451. Relator: Morais Pucci. Data de julgamento: 15/12/2014, 35ª Câmara de Direito Privado. Data de publicação: DJ. 15/12/2014).

PUNITIVE DAMAGES. Inaplicabilidade. Ausência de previsão no ordenamento pátrio (TJ-RS, Apelação n. 70049132731. Relatora: Iris Helena Medeiros Nogueira. Data do julgamento: 18/07/2012, 9ª Câmara Cível. Data de publicação: DJ. 20/07/2012).

[...] essa importação das *punitive damages* norte-americanas - a punição exemplar, preço do desestímulo, danos punitivos - é matéria a ser apreciada com muita ponderação. E nosso atual Código Civil, no art. 944, *caput*, determina que a indenização se meça pela extensão do dano - sem mencionar, em nenhuma passagem, essa tal função punitiva. (TJ-PR, Apelação n. 0245566-9. Relator: Miguel Kfoury Neto. Data de Julgamento: 16/03/2004, 6ª Câmara Cível. Data de Publicação: DJ. 02/04/2004).

Os tribunais dos estados brasileiros erguem, conforme deixa claro as referidas ementas *retro*, uma jurisprudência muito variável, expondo, dentro da própria corte, decisões completamente antagônicas quanto às funções de compensação por danos extrapatrimoniais.

Ademais, note-se que mesmo em tribunais com vertentes diferentes como São Paulo, de decisões conservadoras⁵⁸ (SILVEIRA, 2010, p. 220), e Rio Grande do Sul, com acórdãos de espectro progressista⁵⁹ (LIMA, 2018, p. 56), o panorama foi o mesmo.

A principal reflexão desse cenário é que, dependendo da função considerada, os valores arbitrados alteram enormemente e, em muitos casos, alcançam níveis abusivos, só para punir ofensor.

Nessa situação, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) se permitiu aprofundar o mérito das ações de indenização por danos extrapatrimoniais, reexaminando os valores estabelecidos.

⁵⁸ Em linhas gerais, o conservadorismo perfaz um grupo de ideologias políticas e sociais que promove as instituições sociais e políticas tradicionais, o gradualismo na ação política e a oposição a movimentos políticos e sociais radicais. Como um movimento intelectual e político internacional identificável, o conservadorismo se originou em oposição à Revolução Francesa (MCMACKEN, 2020).

⁵⁹ Igualmente, de modo sucinto, o progressismo é uma doutrina política e social que defende ideias avançadas, especialmente aquelas que propagam o estado de bem-estar social (*welfare state*), o desenvolvimento cultural, a defesa dos direitos civis e uma certa distribuição da riqueza (CASARES, 2004).

Apesar do conteúdo da Súmula n. 7 do STJ, que estabelece: " a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial", os ministros se permitiram discutir a questão do arbitramento pecuniário, que impreterivelmente leva a uma reanálise dos elementos factuais (e de prova) do litígio – para conter os abusos apurados, sobretudo, na valorização da indenização.

Essa inquietação se revelou no julgamento do REsp. n. 53.321/RJ, segundo voto do Ministro Nilson Naves: “por maiores que sejam os problemas, e seja lá qual for o critério originalmente eleito, o certo é que, no meu sentir, o valor da indenização por dano moral não pode escapar ao controle do STJ”. E ainda, em outro julgado:

O que se pode afirmar é que a indenização deva ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento indevido, com manifestos abusos e exageros, recomendando-se que o arbitramento se opere com moderação (...) sendo certo que o arbitramento do valor se sujeita a controle desta Corte (STJ, REsp. n. 171.084/MA. 4ª Turma, Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU de 5/10/1998).

Portanto, o Supremo Tribunal de Justiça às vezes entra na análise factual do feito e acaba decisivamente revisando o campo probatório, tal é o seu cuidado com os excessos que são configurados em termos de compensação por danos extrapatrimoniais. Não existe outro modo de este Tribunal cumprir seu controle, sendo o padronizador da jurisprudência: é necessário ir para a análise das bases da decisão impugnada e reavaliar os parâmetros apreciados pelos julgadores das instâncias inferiores, especialmente quando houver evidente abuso fundamentado na função punitiva

Embora exista várias decisões nos graus inferiores citando a dupla função indenizatória (punitiva e compensativa), percebe-se uma manifestação expressamente contrária do STJ à adoção dessa linha argumentativa, afastando a indenização monetária excessiva e, até mesmo, a função punitiva. Nesses casos, os ministros costumam trazer argumentações referentes ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade:

O Superior Tribunal de Justiça (...) consolidou entendimento no sentido de que a revisão do valor da indenização por danos morais somente é possível quando exorbitante ou insignificante a importância arbitrada, em flagrante violação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade (STJ, REsp. 800.536/DF, Relatora: Ministra Denise Arruda, 1ª Turma. Julgado em 07/11/2006. Data da publicação: DJ. 27/11/2006).

A indenização por dano moral submete-se ao controle do STJ quando o valor arbitrado se mostrar manifestamente exorbitante, de um lado, ou visivelmente irrisório, de outro. No caso, a importância fixada (...) mostra-se excessiva, de

forma a desatender aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. É da jurisprudência desta Corte a orientação segundo a qual “o anormal constrangimento passível de indenização por dano moral não pode ensejar nem a punição excessiva à parte que indeniza, nem o enriquecimento à parte lesada” (STJ, REsp. 719354/RS, Relator Ministro Barros Monteiro, 4ª Turma. Julgado em 24/05/2005. Data da publicação: DJ. 29/05/2005).

Como foi apontado, nos julgamentos referentes à indenização por danos extrapatrimoniais proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça, não há garantia de uniformidade que possa nortear a adoção, seja da teoria binária, que admite a função punitiva e compensatória, ou seja da teoria que aceita, apenas, a função compensativa. O que se vê é que a referida Corte tem se inquietado com os exageros perpetrados pelos tribunais de justiça, referentes ao arbitramento das indenizações por danos não patrimoniais. Porém, reitera-se, mesmo no STJ, que o fundamento das decisões não permite considerar que o tema esteja definido na jurisprudência nacional.

Mesmo assim, a referida corte, em recente decisão (meados de 2014), relatado pelo Ministro Luis Felipe Salomão, em sede de recurso representativo de controvérsia, entendeu que a função punitiva deve-se restringir, tão somente, ao âmbito das esferas administrativas e penais, e não no campo civil, razão pela qual o valor da indenização da responsabilidade civil estaria adstrita à extensão do dano:

DIREITO CIVIL E AMBIENTAL. CARÁTER DA RESPONSABILIDADE POR DANOS MORAIS DECORRENTES DE ACIDENTE AMBIENTAL CAUSADO POR SUBSIDIÁRIA DA PETROBRAS. RECURSO REPETITIVO (ART. 543-C DO CPC E RES. 8/2008 DO STJ). É inadequado pretender conferir à reparação civil dos danos ambientais caráter punitivo imediato, pois a punição é função que incumbe ao direito penal e administrativo (...). A doutrina realça que, no caso da compensação de danos morais decorrentes de dano ambiental, a função preventiva essencial da responsabilidade civil é a eliminação de fatores capazes de produzir riscos intoleráveis, visto que a função punitiva cabe ao direito penal e administrativo, propugnando que os principais critérios para arbitramento da compensação devem ser a intensidade do risco criado e a gravidade do dano, devendo o juiz considerar o tempo durante o qual a degradação persistirá, avaliando se o dano é ou não reversível, sendo relevante analisar o grau de proteção jurídica atribuído ao bem ambiental lesado. Assim, não há falar em caráter de punição à luz do ordenamento jurídico brasileiro – que não consagra o instituto de direito comparado dos danos punitivos (*punitive damages*) –, haja vista que a responsabilidade civil por dano ambiental prescinde da culpa e que, revestir a compensação de caráter punitivo propiciaria o *bis in idem* (pois, como firmado, a punição imediata é tarefa específica do direito administrativo e penal). (...) Assim, é preciso ponderar diversos fatores para se alcançar um valor adequado ao caso concreto, para que, de um lado, não haja nem enriquecimento sem causa de quem recebe a indenização e, de outro lado, haja efetiva compensação pelos danos morais experimentados por aquele que fora

lesado (STJ, REsp. 1.354.536-SE, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 26/3/2014. Data da publicação: DJ. 05/05/2014).

É de notar que existem duas fotografias a serem analisados na seara jurisprudencial. A primeira evidencia que a função punitiva continua sendo amplamente manejada pelos magistrados de primeira e segunda instância. Assim, se, em determinadas circunstâncias, a função punitiva desponta como uma singela ferramenta retórico, sem interferir significativamente no *quantum* indenizatório; outras vezes, aparece como a principal base para o estabelecimento de indenizações injustamente altas, como se ambicionassem aproximar da realidade tupiniquim a aplicação do instituto ianque (*punitive damages*).

Já em um segundo cenário, isto é, na jurisprudência do STJ, a paisagem é desenhada de maneira diferente e o contorno da efetividade punitiva da indenização por danos extrapatrimoniais afigura não ter contrapartida com as decisões condenatórios de alto valor.

Passando assim as coisas, pode-se concluir que a falta de unidade no fundamento decisório reflete no grau de liberdade do julgador de valorar a indenização pelos danos sofridos. Quando o magistrado apenas aduz a função compensatória do dano, dirigindo-se pelos critérios estabelecidos por doutrina e jurisprudência, garante à pessoa lesada uma posição mais confortável, permitindo a separação, mais fácil, das consequências da conduta lesiva. No entanto, quando o julgador adota a função punitiva, avança o limite da compensação e imprime ao ofensor uma condenação valorativa muito além da almejada.

Essa possível defesa do julgador pela função punitiva não é um problema acessório, pois deve-se levar em consideração que é exatamente o comportamento adotado pelo magistrado que vai lhe proporcionar mais ou menos autonomia na fixação do *quantum* indenizatório. O pressuposto da função punitiva converte esse livre-arbítrio judicial em um instrumento perigoso, que elimina qualquer limite imposto pelo senso comum ou pela cautela. A assunção da função punitiva da indenização transforma o já consagrando princípio do livre convencimento motivado do juiz em uma ferramenta perigosa, que perpetra o desaparecimento de qualquer barreira imposta pela sensatez ou por uma ponderação mais prudente.

De modo que, se assim permanecer, do ângulo do jurisdicionado, a inquietação acima se tornaria uma demanda dada ao acaso. A distribuição dos autos do processo, ou um recurso apelatório, podem orientar significativamente a valoração da indenização. Por obviedade, essas variações não são consististe com o grau de segurança necessário para estabelecer uma relação de confiabilidade entre julgador e jurisdicionado.

Isso ocorre pois o “espaço” fornecido ao magistrado, ao fixar o *quantum* indenizatório, preenche-se tão só pelo exame dos aspectos particulares do caso concreto. Esse exame é necessário para definir um valor hábil a compensação dos danos. E, por obviedade, compensar o dano não exprime essencialmente punir o agressor.

Percebe-se, que não se pode aceitar como apropriada a atitude do julgador que se ocupa desse “espaço” para impor uma punição direta ao acusado. Essa posição vai além das faculdades conferidas na ação de indenização, trazendo insegurança ao jurisdicionado.

Embora não se encontre critérios objetivos na legislação na quantificação dos danos, isso não significa que existe um “espaço” para a arbitrariedade. Sobre esses limites, Cândido Rangel Dinamarco (2004, p. 135):

Nos últimos tempos, vem ganhando força a convicção do poder que o juiz tem de adaptar seus julgamentos às realidades sociais, políticas e econômicas que circundam os litígios postos em juízo – e cresce com isso a impressão de que a sentença criasse o direito do caso concreto ao inovar em relação aos julgados anteriores e aos próprios textos legais. Mera ilusão. Se isso fosse verdade, aberto estaria o caminho para o arbítrio, numa *verdadeira ditadura judiciária* em que cada juiz teria a liberdade de instituir normas segundo suas preferências pessoais. Tal seria de absoluta incompatibilidade com as premissas do *due processo of law* e do Estado de direito, em que legalidade racional e bem compreendida vale como penhor das liberdades e da segurança das pessoas. As preferências axiológicas, éticas, sociais, políticas ou econômicas do juiz, enquanto opções pessoais, não podem prevalecer assim e impor-se imperativamente mediante atos que não são dele, mas do Estado – do qual ele é agente impessoal.

Não é que o julgador esteja reduzido à repetição da legislação, como um robô, mas deve se pautar a partir do entendimento valorativo social, sensível e fiel ao todo axiológico. Só assim o juiz se assenta como um condutor legítimo de transmissão entre os valores sociais e os casos reais em que opera.

Nesse particular aspecto, Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda (1947, p. 9) não desconsiderava o papel do intérprete, para ele “interpretar a lei não é só criticá-la: é inserir-se nela, e fazê-la viver.” Não obstante, o papel do interprete é identificar, investigar e inserir-se no sistema para esmiúça-lo, entende-lo, captá-lo, apreendê-lo. Portanto, a definição valorativa indenizatória tem reflexos que surgem da função escolhida pelo magistrado: compensatória, punitiva ou ambas. O julgador que utiliza a indenização por danos extrapatrimoniais como meio para punir o ofensor, faz isso sem alguma permissão do sistema jurídico pátrio.

Essa situação, a princípio, comprova que não existe unidade razoável que deixa o jurisdicionado seguro, uma vez que as decisões se deslocam entre indenizações compensatórias

e punitivas, sem controle eficaz. Em segundo lugar, observa-se que não existe congruência em aceitar a função punitiva à título de impedir futuros danos, em uma ordem jurídica como brasileira, de modo que essa função apresenta mais como um problema do que solução.

4.2 COMPENSAÇÃO, SATISFAÇÃO E CONTENÇÃO DE DANOS

A ideia clássica da compensação monetária dos danos extrapatrimoniais é fundada na finalidade de buscar reconstruir o patrimônio lesado, mediante o pagamento de uma indenização correlativa aos danos experimentado pelo ofendido.

Enquanto a reparação por danos patrimoniais consegue repor ao *status quo ante*, reconstruindo integralmente o patrimônio material lesado, a indenização por dano não patrimonial não tem esse mesmo efeito, pois objetiva, tão somente, conferir ao ofendido uma satisfação que lhe é de direito, atenuando os efeitos do dano.

Ainda, esse caráter satisfativo procura sossegar o natural anseio de vingança intrínseco no ser humano, pois ausente o caráter indenizatório material com a intenção de restaurar o patrimônio violado do ofendido. Nessa linha de pensamento, Aparecida Amarante (2005, p. 249) expressa que:

[...] aclarando as ideias compendiadas, destacamos que, restringindo-nos à lesão da honra, quando esta se caracteriza unicamente como dano extrapatrimonial, o ressarcimento tem conotação meramente satisfatória, já que não existe equivalência pecuniária, da mesma forma que terá caráter satisfatório a reparação específica.

No mesmo caminho, Jaime Santos Briz (1993, p. 438) entende que reparar um dano “no es siempre rehacer lo que se ha destruido; casi siempre suele ser darle a la victima la posibilidad de procurarse satisfacciones equivalentes a lo que ha perdido. El verdadero carácter del resarcimiento de los daños y perjuicios es un papel ‘satisfatorio’”. Ademais, Ramón Daniel Pizarro (1996, p. 95) observa:

En otra orden, advertimos con Orgaz que, el dinero no desempeña en la reparación de los daños morales el mismo papel que en la indemnización de daño materiales. En efecto, en este supuesto la indemnización persigue establecer el equilibrio alterado através de una equivalencia patrimonial, que por lo general, puede resultar más o menos exacta. En cambio, cuando se trata de reparar el daño moral, el dinero cumple una función diferente, netamente satisfactoria. Insistimos en que no se trata de alcanzar una equivalencia exacta de índole patrimonial, sino de brindar una satisfacción o compensación

jurídica al damnificado; imperfecta, por cierto, pues no borra el perjuicio, ni lo hace desaparecer del mundo de los hechos reales, pero satisfacción al fin.

Desse percurso, no campo dos danos extrapatrimoniais, a tese que prepondera é a da satisfação ou compensação do ofendido. O significado que se atribui basicamente aos danos extrapatrimoniais deve ser vestido de substância satisfativa, ou seja, uma circunstância em que o ofendido possa experimentar, em sua intimidade, que sua pretensão indenizatória foi satisfatoriamente tutelada pelo ordenamento. Nesse sentido, Clayton Reis (2019, p. 162) observa:

Resta, portanto, inequívoco que a ideia de satisfação propicia o preenchimento de um “vazio” na intimidade da vítima, causado pela profunda ofensa perpetrada. A satisfação cumpre, dessa forma, um importante papel de apaziguamento da revolta pessoal e social de quem sofre ofensas dessa natureza. Por sua vez, é igualmente inconcusso que tais fatos repercutem no meio social. A sociedade observa que um dos seus integrantes foi ressarcido de forma precisa, situação que exerce o preponderante papel que revigora o princípio de não lesar a ninguém – *neminem laedere*. Afinal de contas, grande parte da sociedade pretende participar e usufruir de um ambiente social no qual todos respeitem os direitos do próximo, para que possam conviver em paz e realizar seus sonhos pessoais e familiares, direcionados na construção de uma sociedade livre e fraterna.

Assim sendo, como já visto, nessa sociedade pós-moderna, novas funções despontam para a responsabilidade civil e, sobretudo, para indenização dos danos extrapatrimoniais, carecedora de critérios objetivos.

Logo, a justificativa dos danos extrapatrimoniais se dá em duas fases: valoração e quantificação. Na primeira é constatada a existência do dano pela violação a situações jurídicas subjetivas, ou seja, o magistrado se dirige à constatação do fato lesivo. Em um segundo momento não se considera mais esse fato, mas o seu impacto sobre as peculiaridades do ofendido.

Nesta seara, busca-se a individualização do dano extrapatrimonial, pois “em sua singularidade, cada indivíduo é atingido de uma maneira peculiar por danos existenciais. Com a análise desse contexto, a sentença revelará a razoável relação que existe entre as particularidades da vítima e o valor da condenação” (ROSENVALD, 2019, p. 478-479).

Pode-se mesmo questionar se a indenização por dano imaterial cumpre o objetivo de *restitutio in integro*, dada a total inviabilidade de resgatar uma situação de equivalência a favor de quem sofreu dano a um interesse existencial que especificamente merece proteção. Se admite entender que, em caso de dano extrapatrimonial, a indenização cumpre função satisfatória para

a vítima e que não responda adequadamente à expectativa de reparação integral, como ocorre nos casos de dano puramente econômico, que responde a critérios unicamente objetivos.

No entanto, essa luta teórica não afeta a plena convicção sobre a natureza compensatória dos danos extrapatrimoniais e sua função de contenção de danos. Se a condenação ultrapassasse essa finalidade, a ponto de aspirar ambiciosamente à contenção de ganhos ilícitos, o dano imaterial ultrapassaria sua finalidade de ressarcimento, abarcando um fim punitivo em face da restituição de benefícios impróprios⁶⁰.

4.3 DAS VEREDAS DO DISSENSO AO MÉTODO BIFÁSICO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É evidente a dificuldade dos julgadores no momento do arbitramento do *quantum* indenizatório, quando se trata da fixação de valores pelos danos extrapatrimoniais.

O portal jurídico CONJUR, no dia 25 de setembro de 2009, sob o título “STJ busca parâmetros para uniformizar valores de danos morais”, trouxe a seguinte notícia: “para o presidente da Terceira Turma do STJ, Ministro Sidnei Beneti, essa é uma das questões mais difíceis do Direito brasileiro atual. Não é cálculo matemático. Impossível afastar um certo subjetivismo” (BRASIL, 2009).

A natural e notória dificuldade para fixar um juízo de probabilidade se encontra presente na contemporaneidade, de modo que os juízes sempre se depararam com níveis de entendimentos distintos quando se trata de arbitrar o adequado valor dos danos extrapatrimoniais.

Por outro lado, o ensaio de critérios para a quantificação dos danos não patrimoniais é bem antigo no Direito brasileiro. Necessário lembrar, que já se teve previsão da tarifação legal, posta no Código Civil de 1916. Fato curioso, pois, por diversas vezes, fala-se que esse diploma não previa sequer a indenização por esse tipo de dano. Portanto, aquele código não só continha, como previa valores muito elevados (CAHALI, 2005, p. 21-22).

Ademais existia a Lei de Imprensa, que dispunha como valor máximo à título indenizatório por ofensa de algum veículo de comunicação a um dano não patrimonial o montante de duzentos salários mínimos. Contudo, esse tipo de tarifamento nunca foi bem acolhido pela jurisprudência. Nesse sentido o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula n.º 281: “A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa”.

⁶⁰ O que será observado no item 5.1.5.

Consagrando a regra constitucional que protege amplamente os direitos subjetivos privados (CAHALI, 2005, p. 23).

Igualmente, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento da ADPF n. 130, acabou por reconhecer a incompatibilidade da referida Lei de Imprensa com o ordenamento constitucional, derogando-a. Nessa mesma linha, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acabou por rejeitar os tarifamentos postos no então código do século passado, pois incompatíveis com os princípios da razoabilidade, afastando, de vez, o tarifamento legal do nosso sistema e catapultando o arbitramento judicial como o principal critério utilizado para aferir o *quantum* indenizatório por danos extrapatrimoniais:

As hipóteses de tarifação legal, sejam as previstas pelo CC/1916 sejam as da Lei de Imprensa, que eram as mais expressivas no nosso ordenamento jurídico para a indenização por dano moral, foram rejeitadas pela jurisprudência deste Superior Tribunal, com fundamento no postulado da razoabilidade. Daí, entende que o melhor critério para a quantificação da indenização por prejuízos extrapatrimoniais em geral, no atual estágio de Direito brasileiro, é o arbitramento pelo juiz de forma equitativa, sempre observando o princípio da razoabilidade (STJ, REsp. 959.780/ES. Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma. Data do julgamento: 26/04/2011. Data da publicação: DJ. 06/05/2011).

Nesse aspecto, o problema passou a ser adoção de critérios objetivos para essa quantificação. A doutrina italiana, baseada na norma do artigo 1.226 do diploma ítalo-civilista⁶¹, enfatiza a presença da equidade como integradora, uma vez que a regra permite ao magistrado julgar equitativamente à resolução de danos, de modo que, em que pese a avaliação seja subjetiva, deve ser guiada por critérios objetivos (GREGORIO, 1999, p. 4).

Já a doutrina portuguesa tem entendimento parecido, sustentando que o artigo 496, 3⁶², do Código Civil português aduz que a indenização adequada aos danos extrapatrimoniais deve ser baseado nos parâmetros equitativos e, conforme Mário Júlio de Almeida Costa (2004, p. 554), levando-se em consideração “não só a extensão e a gravidade dos danos, mas também ao grau de culpa do agente, à situação econômica deste e do lesado, assim como todas as outras circunstâncias que contribuam para uma solução equitativa”.

⁶¹ Art. 1226. Se il danno non può essere provato nel suo preciso ammontare, è liquidato dal giudice con valutazione equitativa (ITÁLIA, 1942).

⁶² Art. 496, n. 3. O montante da indemnização será fixado equitativamente pelo tribunal, tendo em atenção, em qualquer caso, as circunstâncias referidas no artigo 494º; no caso de morte, podem ser atendidos não só os danos não patrimoniais sofridos pela vítima, como os sofridos pelas pessoas com direito a indemnização nos termos número anterior (PORTUGAL, 1966).

No Brasil, apesar de não existir uma regra geral para a arbitragem de indenizações por danos não patrimoniais, como no diploma português, existe uma norma específica, qual seja, o artigo 953, parágrafo único⁶³, do Código Civil brasileiro, conferindo poderes aos magistrados para fixar equitativamente o valor da indenização de acordo com as circunstâncias do caso. Na ausência de uma regra expressa, essa regra pode ser alargada, por analogia, a outras hipóteses de perda sem substância econômica, conforme a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, aduz em seu artigo quarto⁶⁴. Como se está a ver, para Carlos Alberto Menezes Direito e Sérgio Cavalieri Filho (2004, p. 348) “a equidade é o parâmetro que o novo Código Civil, no seu artigo 953, forneceu ao juiz para a fixação dessa indenização”.

Dispõe sobre o assunto Karl Engisch (1968, p. 389), para quem o aferimento da indenização pela equidade estabelece uma intervenção de “concreção individualizadora”, sugerindo que todas as situações características do caso concreto sejam analisadas para a definição dos efeitos jurídicas.

De outra parte, uma vez que censura-se o tarifamento legal, necessário ter cuidado com o tarifamento judicial. A autorização legal para o arbitramento equitativo não significa uma licença do legislador ao magistrado de um poder despótico, porque a indenização, além de ser posta com razoabilidade, não pode prescindir de uma fundamentação que indique os critérios empregados.

É essencial que se tente instituir um critério razoavelmente objetivo, pois, inteiramente objetivo não se faz plausível, já que sempre existirá um espaço para o arbitramento do magistrado. Mas a objetivação, ao menos, alcança estabelecer valores aproximados para casos semelhantes, nunca se esquecendo da fundamentação e da obrigação de valoração das particularidades e circunstâncias dos casos concretos. Contudo, doutrina e jurisprudência têm apresentado grandes problemas para pautar esses critérios razoavelmente objetivos.

Buscando solucionar essa celeuma de ausência de coerência diante de indenizações discrepantes entre dois casos que guardavam íntima semelhança, o Superior Tribunal de Justiça adotou, no ano de 2011, ao julgar o recurso especial n. 1.152.541, o método de quantificação chamado “bifásico”, em que, primeiramente, é posto um valor básico para a compensação, considerando um grupo de precedentes para, em seguida, avaliar o interesse jurídico lesado

⁶³ Art. 953. A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido. Parágrafo único. Se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso (BRASIL, 2002).

⁶⁴ Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito (BRASIL, 1942).

propriamente dito. Em 2016, ao aplicar referido método, o STJ uniformizou o tratamento da questão nas duas turmas especializadas em direito privado.

Assim sendo, cada vez mais, nos últimos anos, tem se observado um forte movimento da jurisprudência no sentido de delinear parâmetros mais seguros para mensuração dos danos extrapatrimoniais, a fim de que se estabeleça racionalmente a pertinência entre a extensão do dano e o montante fixado, evitando-se a arbitrariedade do julgador.

No momento atual do Direito brasileiro, mostra-se impensável um tabelamento da indenização por danos extrapatrimoniais. Entretanto, deve-se ter o cuidado, até mesmo, com o chamado tarifamento judicial, que começa “silenciosamente a ocorrer, embora não admitido expressamente por nenhum julgador, na fixação das indenizações por danos extrapatrimoniais de acordo com precedentes jurisprudenciais, considerando apenas o bem jurídico atingido, conforme será analisado a seguir” (STJ, REsp. n. 1.152.541, 2011).

A vantagem de estabelecer a indenização a partir de um “grupo de casos típicos”, que discutem o mesmo bem ou interesse jurídico lesado (liberdade, imagem, integridade física, honra, vida) é representada pela preservação da igualdade e equivalência nos julgamentos, porque casos semelhantes devem receber decisões congruentes.

Todavia, é necessário ter cuidado para que esse método de avaliação não se torne excessivo a ponto de levar ao engessamento da atividade jurisdicional e o arbitramento transformar-se numa singela operação de subsunção, e não de efetivação de direitos.

Ainda, deve ser rejeitada a possibilidade de criação de um parâmetro legal para a fixação da indenização dos danos extrapatrimoniais, em respeito à Constituição Federal (art. 5º, inciso V). Nesse sentido, Sanseverino argumenta em seu voto que o método bifásico é o mais adequado para a fixação da indenização por danos extrapatrimoniais, pois resulta da reunião da valorização das circunstâncias gerais e do interesse jurídico lesado específico:

Na primeira fase, arbitra-se o valor básico ou inicial da indenização, considerando-se o interesse jurídico lesado, em conformidade com os precedentes jurisprudenciais acerca da matéria (grupo de casos). Assegura-se, com isso, uma exigência da justiça comutativa que é uma razoável igualdade de tratamento para casos semelhantes, assim como que situações distintas sejam tratadas desigualmente na medida em que se diferenciam (STJ, REsp. n. 1.152.541, 2011).

Na segunda fase, sucessiva, é feita a fixação definitiva da indenização, ajustando o valor às peculiaridades do caso com base nas circunstâncias. Para o referido ministro, a ideia é alcançar um ponto de equilíbrio em que as vantagens dos dois critérios estarão presentes:

Na segunda fase, procede-se à fixação definitiva da indenização, ajustando-se o seu montante às peculiaridades do caso com base nas suas circunstâncias. Partindo-se, assim, da indenização básica, eleva-se ou reduz-se esse valor de acordo com as circunstâncias particulares do caso (gravidade do fato em si, culpabilidade do agente, culpa concorrente da vítima, condição econômica das partes) até se alcançar o montante definitivo. Procede-se, assim, a um arbitramento efetivamente equitativo, que respeita as peculiaridades do caso (STJ, REsp. n. 1.152.541, 2011).

Sem dúvidas, a valorização do bem ou interesse jurídico lesado, a partir de um grupo de precedentes, é fator de suma importância no arbitramento dos danos extrapatrimoniais, mas deve ser somado à análise das peculiaridades de cada caso concreto. Portanto, esse procedimento bifásico é o que mais bem consente às reivindicações de um arbitramento equitativo da indenização por danos extrapatrimoniais, prova disso é a divulgação pelo Superior Tribunal de Justiça da seguinte tese consolidada sobre responsabilidade civil por dano moral (STJ, Jurisprudências em Teses, edição 125, 2019):

A fixação do valor devido à título de indenização por danos morais deve considerar o método bifásico, que conjuga os critérios da valorização das circunstâncias do caso e do interesse jurídico lesado, e minimiza eventual arbitrariedade ao se adotar critérios unicamente subjetivos do julgador, além de afastar eventual tarifação do dano.

Isso atinge um ponto de equilíbrio em que as vantagens de ambos os critérios estão presentes. Por um lado, é atingida uma correspondência razoável entre o valor da indenização e o interesse legal lesado, por outro, é obtido um valor correspondente às peculiaridades do caso com um arbitramento equitativo e motivado judicialmente.

A primeira fase trata da mensuração do dano, identificando a categoria de interesse violada e classificando-a de acordo com seu conteúdo e relevo. A segunda fase, por outro lado, trata da própria quantificação. Nesse quadrante, não é mais importante considerar o evento danoso, mas sim seu impacto nas particularidades do ofendido, antes e depois do dano.

Almeja-se nessa fase a individualização do dano extrapatrimonial na esfera da vítima. Um cotejo da sua condição humana no momento prévio à lesão com a maior ou menor gravidade do impacto dela sobre a pessoa. De maneira singular, cada sujeito é afetado de modo ímpar por danos existenciais. Com a apreciação dessa conjuntura, a sentença desvendará a relação razoável que existe entre as peculiaridades do ofendido e o valor da condenação.

O equívoco do critério bifásico foi o de ter inserido a maior ou menor culpabilidade do ofensor e sua condição econômica como fatores de dimensionamento do montante compensatório dos danos extrapatrimoniais.

Defende-se que essas circunstâncias deveriam ser desprezadas pelo magistrado⁶⁵. Isso porque, a finalidade da condenação é o ressarcimento, por intermédio de uma satisfação econômica à vítima. Logo, é suficiente avaliar e verificar a existência e a extensão do dano, bem como seus reflexos sobre o ofendido, reequilibrando seu patrimônio rompido pela lesão. A gravidade objetiva do fato lesivo *per si* e de suas sequelas na subjetividade da vítima produzirão o *quantum* indenizatório, involuntariamente da constatação de reprovabilidade do comportamento do ofensor.

4.4 DAS CONSEQUÊNCIAS DA DUPLA FUNÇÃO (RESSARCITÓRIA E PUNITIVA) ÀS OBJEÇÕES A UMA TERCEIRA FASE NO MÉTODO BIFÁSICO

Em face das novas demandas sociais e da mutabilidade da responsabilidade civil ao longo da história da sociedade tem se intensificado as críticas em face da função simplesmente ressarcitória da responsabilidade civil.

Isso porque existem ilícitos que são cometidos por meio de comportamentos danosos à sociedade como um todo, de modo que aquele que intenta uma demanda indenizatória é apenas um entre muitos sujeitos ofendidos em hipóteses semelhantes. Além dessas condutas ofenderem direitos fundamentais de forma grave, são de difícil demonstração e mensuração. Desse modo, a função punitiva por intermédio da pena civil surge como um instrumento de desestímulo desses comportamentos ofensivos aos valores humanos. Por outro lado, estudar-se-á no capítulo seguinte, que as ferramentas processuais amenizam essas situações.

Além do mais, poder-se-ia até aceitar a função punitiva para esses casos graves, mas não sob o pretexto da prevenção. Isso porque muitas dessas condutas já estão tipificadas criminalmente: crimes de lesões corporais, contra a honra, crimes de dano, crimes contra o patrimônio, de apropriação indébita, fraudes, crimes contra a propriedade intelectual, contra o comércio, concorrência desleal, organização do trabalho, intimidade, saúde e paz pública, falsidade documental, finanças públicas, contra a administração pública em geral etc. (só pra citar os previstos no Código Penal).

⁶⁵ O que será objeto de análise no capítulo 5.

Ainda existem as infrações penais previstas nas legislações extravagantes, por exemplo: Lei n. 8.078/1990 (que protege o consumidor e traz os respectivos delitos), Lei n. 9.605/1998 (que apresenta as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente), Lei n. 9.605/1998 (tipifica os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo), esta última prevê penas privativas de liberdade de até cinco anos, além de multas que podem chegar a mais de um milhão em quinhentos reais (conforme art. 8º e seu parágrafo único). Logo, se uma pena privativa de liberdade e uma multa nesses patamares, por delito praticado, não apresentaria um condão dissuasório, parece ser inócuo aceitar que a função punitiva vai auxiliar no refreamento dessas condutas. Nesse sentido, observa Luís Roberto Barroso (2020, p. 185) que não se muda um país com penas:

A construção de um país fundado em justiça, liberdades individuais e igualdade exige: a) educação de qualidade desde a pré-escola, para permitir que as pessoas tenham igualdade de oportunidades e possam fazer escolhas esclarecidas na vida; b) distribuição adequada de riquezas, poder e bem-estar, para que as pessoas possam ser verdadeiramente livres e iguais, e se sentirem integrantes de uma comunidade política que as trata com respeito e consideração; e c) debate público democrático e de qualidade, no qual a livre circulação de ideias e de opiniões permita a busca das melhores soluções para as necessidades e angústias da coletividade.

Dentro dessa perspectiva, considera o autor que o sistema punitivo está longe de figurar “no topo da lista dos instrumentos mais importantes para realizar o ideário constitucional de igualdade, pluralismo e tolerância. (...) O sistema punitivo deixou de cumprir o seu papel principal, que é o de funcionar como prevenção geral” (BARROSO, 2020, p. 186).

Percebe-se que, diante do critério bifásico analisado, seria possível sugerir uma terceira fase para esse método, um terceiro momento no exercício deste arbitramento, quando o magistrado verificaria a necessidade de aplicação de um caráter punitivo-pedagógico do dano extrapatrimonial, por intermédio do acréscimo de valor à condenação?

A concepção de uma função binária para a indenização por danos não patrimoniais, compensatória e punitiva, resultou de um fluxo na doutrina que, de início, pretendia encontrar na punição uma justificativa para a expectativa de satisfação do dano imaterial por meio de uma indenização monetária, uma vez que a indenização era aceita como uma penalidade (RIPERT, 1937, p. 350). Contudo, com a evolução doutrinária, esses danos passaram a serem aceitos como objeto de ressarcimento, o que se admitiu o caráter de compensação indenizatório.

No entanto, no Brasil, a influência dos *punitive damages* colaborou muito para o cenário posto atualmente: a duplicidade de funções da reponsabilidade. Devido a uma introdução

jurídico-cultural dispensável do direito consuetudinário, a função punitiva passou a ser admitida na ordem brasileira, própria do *civil law*, de modo improvisado (MORAES, 2004, p. 46).

Sob o enfoque doutrinário surgem duas circunstâncias. Determinados juristas socorrem a introdução dos *punitive damages*, como fundamentação a função punitiva indenizatória, por exemplo Enoque Santos (2004, p. 195), que recomenda a importação do instituto norte-americano ao ordenamento brasileiro para os eventos ocasionados reiteradamente por condutas danosas de litigantes contumazes, o que aumentaria, para essas situações, o anseio de prevenção e proteção aos direitos imateriais.

Noutro giro, alguns introduzem os preceitos do *punitive damages* de modo mais ameno, por exemplo, para Carlos Alberto Bittar (1994, p. 233) tem-se cada vez mais ficado evidente a aplicação do referido instituto pela jurisprudência brasileira, pois o artigo 944 do Código Civil seria insuficiente, já que é praticamente impossível restaurar o bem lesado de caráter imaterial. Por isso, não bastaria medir a compensação pela extensão do dano. Daí surgindo a necessidade de desestímulo ao ofensor.

Logo, para os defensores da indenização punitiva, a compensação dos danos extrapatrimoniais deve possibilitar à vítima uma satisfação compensatório e, por outro lado, exercer uma função de desestímulo a novas práticas ofensivas, de modo a “inibir comportamentos antissociais do lesante, ou de qualquer outro membro da sociedade”, traduzindo-se em “montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo” (BITTAR, 1994, p. 247).

É precioso ressaltar que, no sistema consuetudinário, as indenizações punitivas são restritas aos casos em que a atividade do ofensor demanda – para aquele ordenamento – uma penalidade paradigma, não importando qual espécie de *tort* (ato ilícito) buscava-se ressarcir. Logo, naquele sistema não há esse critério punitivo nos danos imateriais nos mesmos moldes entendidos pela doutrina brasileira. Expõe Salomão Resedá (2009, p. 225) que os *punitive damages* são um aumento econômico na condenação fixada ao agente do ato ilícito, em face do seu peso e reiteração, valoração acima do que seria estipulada à satisfação da vítima, “no intuito de desestimulá-lo à prática de novos atos, além de mitigar a prática de comportamentos semelhantes por parte de potenciais ofensores, assegurando a paz social e consequente função social da responsabilidade civil”.

Por sua parte, Judith Martins-Costa e Mariana Pargendler (2005, p. 23) entendem que na tradição anglo-saxã, “uma vez consagrada a reparabilidade do dano moral, a função da indenização passou a ser entendida como meramente compensatória, perdendo, assim, sua primitiva vinculação com o instituto dos *punitive damages*.”

Para as autoras, a indenização punitiva passou a ser concedida apenas em excepcionais circunstâncias, em que o “estado subjetivo do causador do dano, aliado à alta censurabilidade de sua conduta, justificassem a fixação do *quantum* indenizatório em patamar superior ao necessário para a mera compensação, tendo em vista as finalidades punitiva e preventiva” da responsabilidade civil (MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005, p. 23).

Em igual caminho, Fabio Ulhoa Coelho (2010, p. 432) entende que propósito original do instituto norte-americano é de cominar ao ofensor um acréscimo na valoração indenizatória, com o significado de punir atividades merecidamente reprováveis, “é uma pena civil, que reverte em favor da vítima dos danos”. Para o autor não se pode confundir a indenização punitiva e a compensação pelos danos, pois aquela é posta ao responsável que agiu com dolosamente, “revelando indiferença quanto aos direitos dos outros”, enquanto, “a última, se houver danos pessoais graves”.

Assim sendo, na grande maioria das ações de responsabilidade civil no *common law*, as indenizações são concedidas para o fim de compensar a vítima na extensão do dano sofrido, sob a denominação *compensatory damages*. Todavia, admite-se, excepcionalmente, que a indenização seja baseada em outros princípios para além do compensatório. Aí que se entram os *punitive damages*, que despontam na intenção primária de punir o responsável por alguma conduta socialmente reprovável e, ao mesmo tempo, criar com isso um “exemplo” para desestimular o ofensor e outros potenciais ofensores de praticarem condutas similares

Em face disso, não se pode fundamentar a aplicação indistinta da função punitiva no Brasil justificada pela simples existência do instituto norte-americano. Judith Martins-Costa e Mariana Pargendler (2005, p. 22) demonstram esse contrassenso, de modo que o modelo posto no presente país, desde a Constituição Federal de 1988, é, tão somente, de compensação do dano extrapatrimonial, “não há como explicar a fortuna crítica da doutrina do *punitive damages* senão por certos traços culturais, que fazem da imitação do “estrangeiro” (antes, o francês; agora, o alemão e o norte-americano) um critério de virtude intelectual, quiçá mesmo cívica”.

Como visto, no Brasil, os *punitive damages* são justificados no mesmo contexto da compensação. Essa situação faz surgir uma circunstância anormal, na qual o montante destinado como punição ao ofensor aparece encravado no valor absoluto da indenização. Admitindo, assim, sem qualquer licença legal, uma punição de um *quantum* indenizatório maior que o justificado pela função compensatória, e pior, o ofensor sequer tem o conhecimento de qual é a régua medida para a punição e em qual grau estaria compensando o dano (SCHREIBER, 2003, p. 201).

Essa realidade vista nos julgadas pretere justamente o efeito de dissuasão dos *punitive damages* gerando várias contradições e incongruências no ordenamento. A função binária, compensativa e punitiva, expressa, *per si*, esse antagonismo, trazendo implicações práticas (PIZARRO, 1996, p. 92).

Ademais, para alcançar a função punitiva, doutrina e jurisprudência adotaram certos parâmetros: como o nível de culpa do responsável e a capacidade econômica do ofensor e do ofendido, no momento da fixação da indenização por danos extrapatrimoniais. Essa tendência, porém, mostra-se extemporânea, pois o atual cenário da responsabilidade civil se desvenda em admitir cada vez mais hipóteses de objetivação, desviando-se da apreciação da culpa, conforme já estudado anteriormente.

Da mesma forma, o Código Civil brasileiro não parece aceitar esse ideal punitivo, por exemplo, quando considera o grau de culpa apenas para autorizar a redução do valor da indenização. De fato, o artigo 944, parágrafo único, afirma que, se houver uma desproporção excessiva entre a gravidade da culpa e do dano, o julgador é autorizado, por equidade, a reduzir a indenização. No caso de reparo de danos imateriais, no entanto, o grau de culpa é avaliado como um motivo para o aumento do valor a ser indenizado, com o fim de punir o ofensor.

É de se observar que, se acena o modo dicotômico entre o Direito Penal e o Direito Civil, sustentando que invocar o caráter punitivo, “seja como título autônomo para elevação do *quantum* indenizatório, seja como critério para seu cálculo”, contraria a tradição da ordem pátria, que, no caminho de outros países do sistema romano-germânico, sempre conferiu à responsabilidade civil “caráter meramente compensatório, deixando ao direito penal a punição das condutas que a sociedade entendesse mais graves” (SCHREIBER, 2003, p. 14).

O caráter punitivo do dano extrapatrimonial infringe esta dualidade e vai em oposição às diretrizes estruturais do ordenamento brasileiro.

Além disso, em tempos de objetivação da responsabilidade, será muito difícil o ideal de punição atingir o verdadeiro causar do dano, uma vez que a sentença pode não recair sobre o obrigado, mas ao sujeito a quem a lei imputa a responsabilidade pelo dano, indicando assim outra incongruência em relação aos danos punitivos. O diploma civilista traz vários exemplos, como os incisos do artigo 932.⁶⁶

⁶⁶ Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições; III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele; IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos; V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia. Art. 933. As pessoas

Igualmente, tem-se a coletivização de responsabilidades, como discutida no início deste estudo, também vai contra a aceitação de punir por intermédio da indenização. Por exemplo, a securitização da responsabilidade civil afasta qualquer efeito da punição, uma vez que canaliza para todo um grupo de segurados os preços das indenizações pagas.

Dado a esses fatores, até mesmo no direito penal, as estatísticas empíricas apontam que, sozinha, uma lei penal não resolve o problema da criminalidade. A pena por si só não acrescenta mais policiais nas ruas, melhores estruturas na sociedade, melhorias na educação ou no ensino público, nada disso: “de 1940 (data do Código Penal) até março de 2015 o legislador brasileiro reformou nossas leis penais 156 vezes. Nenhuma reforma legal jamais diminuiu qualquer tipo de crime no país, a médio ou longo prazo” (GOMES, 2021).

Como se está a ver, segundo dados atualizados do Banco Nacional de Monitoramento de Prisões, do Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2021), atualmente, a população carcerária do Brasil tem 901.039 pessoas presas. A informação consolida o país como a terceira maior população aprisionada do mundo, ficando atrás apenas dos Estados Unidos e da China.

Diante dessas críticas gerais feita até agora, nota-se a impossibilidade da adoção de uma terceira fase ao critério bifásico de arbitramento do *quantum* indenizatório por danos extrapatrimoniais. Para consolidar ainda mais esse posicionamento, verificar-se-á que a adoção da função punitiva causaria graves incongruências ao sistema civil brasileiro indo de encontro ao ordenamento jurídico posto.

4.4.1 O Princípio da Legalidade

O principal julgamento sobre a função punitiva da responsabilidade civil no arbitramento do *quantum* indenizatório por danos extrapatrimoniais é a desobediência ao princípio da legalidade, perpetuado por Feuerbach no aforismo *nullum crimes, nulla poena sine lege praevia*, (não há crime ou pena sem lei anterior)⁶⁷.

O conhecimento basilar do princípio da legalidade é traduzido na ideia de que o Estado tem o poder de penalizar o indivíduo criminalmente e, em troca, cobra-se do ente estatal a imputação dos bens abrigados e quais sanções punitivas consideradas em cada situação. É uma restrição do poder de punição do Estado e uma garantia essencial dos cidadãos. Essa proposta

indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos (BRASIL, 2002).

⁶⁷ Nesse sentido, Maria Celina Bodin de Moraes (2004, p. 74), Anderson Schreiber (2003, p. 74), Humberto Theodoro Júnior (2010, p. 70), Judith Martins-Costa e Mariana Pargendler (2005, p. 24) corroboram esse posicionamento.

qualificada como necessária a uma convivência social equilibrada, é advertida por Claus Roxin (1997, p. 137) quando aduz que o Estado de Direito deve proteger o indivíduo não apenas pelo Direito, mas também do Direito:

El ordenamiento jurídico no sólo ha de disponer de métodos y medios adecuados para la prevención del delito, sino que también ha de imponer límites al empleo de la potestad punitiva, para que el ciudadano no quede desprotegido y a merced de una intervención arbitraria o excesiva del ‘Estado Leviatán’. Como instrumentos de protección que brinda el Estado hemos visto ya el principio de culpabilidad y el principio de proporcionalidad, principios que pretenden impedir que dentro del marco trazado por la ley se castigue sin responsabilidad individual o que se impongan sanciones demasiado duras (...) el principio de legalidad, que ahora vamos a exponer, sirve para evitar una punición arbitraria y no calculable sin ley o basada en una ley imprecisa o arbitraria.

Quando um valor de indenização é definido para punir o responsável pelo dano, ofensor que sequer tem o conhecimento dos contornos dessa punição, configura-se uma evidente incongruência com o princípio estudado. A jurisprudência mostra manifestamente que, ao adotar uma posição punitiva, o julgador utiliza de largos poderes para fixar a indenização, motivando grandes aberrações referentes à função compensatória da indenização por danos extrapatrimoniais. Essa discricionária judicial ofende diretamente a garantia concedida pelo princípio da legalidade.

Em sentido diverso, André Gustavo Corrêa de Andrade (2006, p. 306) argumenta que a indenização punitiva, tratada como uma pena pecuniária de natureza civil, não se encontra no campo de incidência do princípio da legalidade, razão pela qual não se submeteria as suas restrições.

Para elucidar essas divergências é necessária analisar o direito sistematicamente. Primeiramente, não se pode admitir a ideia de que submeter a pena ao princípio da legalidade, condicionar-se-ia à natureza da norma. Por outro lado, deve-se ter mais um cuidado, de modo que não se pode ter a ideia de que toda punição realizada por intermédio dos instrumentos privados é extrajurídica e imprópria. De modo que é natural haver um encontro entre os vários ramos do Direito, podendo-se conhecer uma face punitiva em diversos institutos próprios do Direito Privado.

Como lembra Pietro Perlingieri (1999, p. 55), a divisão de um assunto legal e do ordenamento em ramos não significa que a realidade do sistema seja divisível em vários departamentos, dos quais um seja completamente independente do outro.

Entre as proposições emblemáticas em que o fenômeno punitivo é observado na esfera civil, existem aquelas em que o legislador usa a palavra pena, expressando o alcance de punição do instituto. Por exemplo, o artigo 1.992 do Código Civil brasileiro aduz que “o herdeiro que sonegar bens da herança (...) perderá o dinheiro que sobre eles lhe caiba”. Nota-se que a finalidade do legislador foi a de punição ao herdeiro que almeja se locupletar às custas dos outros. A finalidade de punir aqui é evidente, tanto é que os artigos 1.993 e 1.994 inscrevem a palavra “pena”⁶⁸.

Diversas são as hipóteses no Direito Civil, como nos dispositivos 939 e 940⁶⁹ do referido diploma, de modo que o legislador utiliza a função punitiva para regular situações em que o credor demanda o devedor previamente ao vencimento da dívida ou quando já paga. Deixando evidente o caráter punitivo, o artigo 941⁷⁰ refere a essas sanções como “pena”.

Contenta-se com esses exemplos, a par de muitos outros, conclui-se que existe, por obviedade, no âmbito privado, uma função punitiva. Não há como negar um aspecto tão óbvio. No entanto, deve-se ter em mente que, em todos os casos descritos, nos quais o legislador admite a introdução do componente punitivo, existiu o cuidado na delimitação dessa atuação.

De seu turno, o direito penal também se manifesta por intermédio de regulamentos civis. Nessas situações, o legislador regula pontualmente as sanções aplicadas, de acordo com o referido princípio. Seguem daí, Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2015, p. 101) advertindo para o risco de se reduzir a existência do Direito Penal tão só as normas penais, de modo que não se pode se apegar apenas aos rótulos e formas postos pelo legislador, é necessário olhar a essência, caso contrário seria simples ludibriar as garantias, por exemplo poderia dar forma não penal a uma norma penal e, por conseguinte, “desprezar as garantias que deveriam reger uma lei incriminadora segundo a Constituição e a Declaração Universal dos Direitos do Homem”.

⁶⁸ Art. 1.993. Além da pena cominada no artigo antecedente, se o sonegador for o próprio inventariante, remover-se-á, em se provando a sonegação, ou negando ele a existência dos bens, quando indicados (BRASIL, 2002).

Art.1.994. A pena de sonegados só se pode requerer e impor em ação movida pelos herdeiros ou pelos credores da herança (BRASIL, 2002).

⁶⁹ Art. 939. O credor que demandar o devedor antes de vencida a dívida, fora dos casos em que a lei o permita, ficará obrigado a esperar o tempo que faltava para o vencimento, a descontar os juros correspondentes, embora estipulados, e a pagar as custas em dobro. Art. 940. Aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressaltar as quantias recebidas ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se houver prescrição (BRASIL, 2002).

⁷⁰ Art. 941. As penas previstas nos arts. 939 e 940 não se aplicarão quando o autor desistir da ação antes de contestada a lide, salvo ao réu o direito de haver indenização por algum prejuízo que prove ter sofrido (BRASIL, 2002).

Portanto, essa função punitiva, seja qual escopo legal esteja envolvida, há de ser regulamentada, em que pese a face punitiva do direito privado, como já visualizada, o que deve ser rechaçado é ausência de positivação autorizativa do legislador, por consequência, de garantias ao réu: “por mais civilizado que possa parecer substituir a ‘satisfação da vingança’ por uma pena pecuniária, o *modus operandi* do instituto não se compadece com a tutela que o ordenamento deve oferecer em juízos punitivos de qualquer espécie” (MORAES, 2004, p. 74).

Como se não suficientes os fatos alegados, ainda, o legislador civil tem demonstrado que não está disposto a admitir essa função punitiva, quando estabelece, por exemplo, a relação entre dano e culpa no artigo 944, parágrafo único, do Código Civil brasileiro⁷¹. Esse seria o melhor momento e lugar possível para adotar os danos punitivos, de modo consistente e legal. Mas ao contrário, o legislador optou pela regra de que a extensão do dano constitui a medida e o limite da indenização, admitindo, tão somente, a redução do valor da indenização, em face da desproporção entre a gravidade da culpa e do dano (ANDRADE, 2006, p. 236).

É importante observar também que foi arquivado há décadas passadas, o projeto de lei n. 6.960/2002 de autoria do deputado Ricardo Fiúza, que pretendia incluir a indenização punitiva no parágrafo segundo⁷² do artigo 944 do diploma civilista brasileiro. Esse projeto recebeu o seguinte parecer da Comissão de Constituição e Justiça, relatado pelo então deputado Vicente Arruda trazido no estudo de Diogo Machado de Melo (2006, p. 127):

A doutrina define o dano moral de várias formas. Todas as definições, entretanto, são coincidentes no que diz respeito a ser referente ao dano de bens não-patrimoniais ou não-econômicos do lesado. Em nenhum lugar a indenização por dano moral é relacionada à pena. É justamente esse caráter de pena que ora se pretende dar quando o PL diz: “adequado desestímulo ao lesante”. Além do mais, confere-se ao juiz um arbítrio perigoso porque não delimita a fronteira entre o dano efetivo e o adequado desestímulo ao cometimento de futuros atos ilícitos. Cria também um duplo critério de avaliação da indenização. O critério para cálculo do valor da indenização do dano, tanto para o material quanto para o moral, deve ser o da sua extensão. Pela rejeição.

Portanto, nota-se que não há provisão que permita a punição, mediante indenização, como regra, restritamente aos danos extrapatrimoniais. Ademais, as sanções penais, sejam as que limitam a liberdade, o dinheiro ou as que restritivas de direito, também estão sujeitas ao

⁷¹ Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização (BRASIL, 2002).

⁷² Art. 944. § 2º A reparação por danos morais deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante (BRASIL, 2002).

princípio da legalidade, sem distinção. De fato, o caráter monetário da pena de multa não eliminou o dever legislativo de estabelecer os alcances dentro dos quais ela deve ser fixada.

Por exemplo, o artigo 49 do Código Penal brasileiro estabelece os contornos em números mínimos e máximos de dias-multa. Igualmente, a prestação pecuniária, de natureza restritiva de direito, também tem seu limite estabelecido no artigo 45 do referido diploma penal⁷³.

A ideia de que os magistrados não se limitam à interpretação das normas positivadas e que podem criá-las eles próprios, por meio da ponderação entre princípios, pode resultar na violação da separação de poderes, aumentando a discricionariedade e permitindo o ativismo judicial, é o que observa Luigi Ferrajoli (2012, p. 53):

Eles não podem criar e nem ignorar normas, o que implicaria numa invasão no campo da legislação, mas somente censurar a sua invalidade por violação à Constituição, anulando-as no âmbito da jurisdição constitucional, ou, então, suscitando exceções de inconstitucionalidade no âmbito da jurisdição ordinária; em ambos os casos, intervendo, assim, não na esfera legítima, mas na esfera ilegítima de política.

Logo, se existe toda uma atenção do Poder Legislativo com a regulamentação das penas no Direito Penal, deve-se seguir o mesmo caminho quando houver uma norma privada que discipline a punição por intermédio da indenização por danos imateriais.

As normas (sejam regras ou princípios) são consecutivamente as mesmas (logo têm o mesmo peso) o que muda e deve ser sopesados são os fatos. A defesa em face do arbítrio estatal, sobretudo seu poder de punição, deve ser ampla e irrestrita, e a indenização punitiva não pode ser uma exceção.

4.4.2 O Princípio do *non bis in idem* e a Proporcionalidade da Pena em Face da Responsabilidade Objetiva

Mais um problema referente ao assentimento da indenização punitiva é a crível violação do princípio que veda a dupla sanção pela mesma conduta, qual seja: *ne bis in idem*. Corolário

⁷³ Art. 49. A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e calculada em dias-multa. Será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa. § 1º – O valor do dia-multa será fixado pelo juiz não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a 5 (cinco) vezes esse salário. § 2º – O valor da multa será atualizado, quando da execução, pelos índices de correção monetária (BRASIL, 1940).

Art. 45. § 1º. A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários (BRASIL, 1940).

do princípio da legalidade e da proporcionalidade, essa garantia impede que um mesmo fato seja punido por duas ou mais vezes.

Complementa Maria Celina Bodin de Moraes (2004, p. 74) que “grande parte dos danos extrapatrimoniais, aos quais se pode impor o caráter punitivo, configura-se também como crime”, arrematando, desta premissa, que aceitar a incidência dessa função de punitiva no direito privado, ao encontro das já conjecturadas no Direito Penal, significaria não uma “verdadeira fenda num sistema que sempre buscou oferecer todas as garantias contra o injustificável *bis in eadem*. O ofensor, neste caso, estaria sendo punido duplamente, tanto em sede civil como em sede penal”.

A esse respeito, deve-se ter em mente que o ato ilegal que causa um dano extrapatrimonial pode corresponder a uma ofensa criminal, o que desperta a possibilidade de uma punição criminal (com todas as garantias postas essenciais daquela seara pública) e outra civil, a critério e arbítrio do juiz.

Esta situação, definitivamente conflitante com o princípio *ne bis in idem*, mostra-se ainda mais grave quando se considera que as garantias procedimentos criminais não são observadas, quando do emprego da indenização punitiva. Nos processos criminais, juntamente com outras garantias, estão em vigor o princípio da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*, de modo que o denunciado do processo penal só vira condenado caso a autoria e a materialidade do delito sejam incontestavelmente comprovadas.

Ainda que as sanções do direito penal e civil tenham naturezas diversas, de modo que, enquanto neste ramo privado tenha-se a imposição de uma indenização punitiva estruturada na prestação pecuniária, naquele ramo público tem-se uma pena de prisão, estruturada na privação da liberdade, ressalta Paula Meira Lourenço (2006, p. 421) que “quando a punição civil pecuniária excede a indenização, a função punitiva da responsabilidade civil assume autonomia em relação à reparação e, eventualmente, pode interceptar a função punitiva da responsabilidade penal”. Segue dizendo que caso a conduta seja prevista e punida pelo Direito Penal, “a punição civil não poderá ser aplicada ao mesmo tempo que a punição penal, sob pena de violação do princípio do *non bis in idem*”.

É sabido que, no âmbito civil, aceita-se presunções não compatíveis com a ideia de punir, como a responsabilidade objetiva e a inversão do ônus da prova, de modo que, nesse tipo de responsabilidade, a culpa – qualificação subjetiva da atividade ilícita, componente indispensável para incidir e qualificar a indenização punitiva – “não é elemento do suporte fático de incidência da regra de atribuição de responsabilidade” (MARTINS-COSTA e PARGENDLER, 2005, p. 27).

Portanto, quando o autor de ação ajuíza uma demanda fundada na responsabilidade objetiva, não pertencerá a ele o ônus de afirmar, ou de provar, a existência da culpa, tendo como consequência, pelo princípio da congruência⁷⁴, há também desnecessidade do julgador de provar a existência desse elemento da responsabilidade, tornando impossível, desse modo, a condenação do réu a uma indenização punitiva. Isso porque o arbitramento indiscriminado da indenização punitiva faria com que certos jurisdicionados fossem penalizados por atos que sequer cometeram.

Outra garantia à força punitiva do Estado é o axioma o qual aduz que o ponto de partida para a quantificação da pena é a culpabilidade do ofensor. Para Mauricio Antonio Ribeiro (1999, p. 91) o princípio da proporcionalidade deve estar presente tanto no plano abstrato (legislador que comina as penas) quanto no plano concreto (julgador que aplica as penas).

Por consequência, perfaz insubsistente aplicar a função de punição, sobretudo em face da responsabilidade objetiva. O direito privado consente certos juízos que dirigem à responsabilização de alguns indivíduos por ações perpetrados por outros. Nessas situações, mais uma vez, aplicar a punição representaria um prenúncio aos jurisdicionados, pois estariam sujeitos a uma pena por condutas que nem mesmo cometeram.

Desse modo, essas peculiaridades tornam o juízo civil inadequado para punições. Por outro lado, não se está dizendo que o direito privado seja alheio a uma finalidade sancionatória, mas que, quando é permitido puni-lo, é porque o legislador predefiniu as situações, os limites e as maneiras pelas quais ele agirá.

4.4.3 O Princípio da Proibição do Enriquecimento Sem Causa

O papel da função punitiva na indenização dos danos extrapatrimoniais não é confrontado só no bojo dos princípios já discutidos. O princípio geral que proíbe o enriquecimento sem causa também é ignorado pelo caráter punitivo da indenização, uma vez que o ordenamento

⁷⁴ Nos dizeres de Watanabe (2005, p. 111), no que toca ao mérito da causa, o objeto da cognição do juiz será composto por todas as questões suscitadas pelas partes (as quais, em se tratando de questões de fato, são por meio da alegação de um fato pelo autor, e da rejeição deste fato pelo réu), bem como por aquelas das quais o julgador deveria conhecer *ex officio* (por se tratarem de matérias de ordem pública, por exemplo). Como o aspecto atinente à culpa do ofensor não se trata de matéria de ordem pública, se ele não fosse alegado pelo autor (e, em regra, tal aspecto jamais seria alegado pelo autor em uma demanda que versasse sobre responsabilidade objetiva, visto que é irrelevante para a aferição da responsabilidade), ele jamais formaria uma questão de mérito e, portanto, não comporia o objeto da cognição do magistrado.

não permite que ninguém se enriqueça injustamente em detrimento de outros, de acordo com o disposto no artigo 884⁷⁵ do Código Civil.

Adotando sinônimos, conceitua Rubens Limongi França (1987, p. 299) que o “enriquecimento sem causa, enriquecimento ilícito ou locupletamento ilícito é o acréscimo de bens que se verifica no patrimônio de um sujeito, em detrimento de outrem, sem que para isso tenha um fundamento jurídico”. Acrescenta Mário Júlio de Almeida Costa (2004, p. 432-433):

Reputa-se que o enriquecimento carece de causa, quando o direito não aprova ou consente, porque não existe uma relação ou um facto que, de acordo com os princípios do sistema jurídico, justifique a deslocação patrimonial, sempre que aproveita, em suma, a pessoa diversa daquela a quem, segundo a lei, deveria beneficiar.

O ofendido do ato ilícito tem o direito de ser ressarcido tendo como escopo a extensão do dano, de modo que não existe permissão legal para que o magistrado indenize acima dessa dimensão danosa, mesmo que seja um dano extrapatrimonial. Portanto, obter um valor mais alto do que o necessário para compensar esses danos contribui para o surgimento de outro problema: o enriquecimento sem causa do lesado.

Cumprido ressaltar que no Direito não se é dado a mirar respostas isoladas. Existe um sistema que deve ser consistentemente considerado, de forma que as supostas soluções para problemas jurídicos sejam instituídas de acordo com o conjunto de princípios que dirigem a ordem jurídica, senão seriam tão incongruentes, como a indenização punitiva.

Portanto, o valor indenizatório deve manter dentro dos limites compensatórios ao dano, caso contrário geraria um enriquecimento ilícito à vítima. Assim a compensação que excede o dano pode ser um ganho puro, um benefício para a vítima. Logo, para impedir uma iniquidade (ficando sem sancionar a infração a um direito), outra injustiça seria praticada – dando à pessoa lesada todos os lucros obtidos pelo ofensor, mesmo que isso significasse, em face da vítima, “uma vantagem totalmente gratuita e merecida” (COELHO, 1999, p. 32).

É bem verdade que, de encontro a essa posição, justifica-se na prevenção de potenciais condutas geradoras de novos danos, a punição indenizatória de altos valores pecuniários. Contudo, os fins não legalizam os meios. Como visto, em face do princípio da legalidade, as punições devem ser previstas no sistema legal, de modo que o enriquecimento sem causa do

⁷⁵ Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários (BRASIL, 2002).

ofendido que recebe uma indenização oriunda de punição não encontra guarida no ordenamento:

O critério de justiça não se harmoniza com o estabelecimento de uma pena pecuniária exacerbada, com enriquecimento do ofendido. Essa concepção rompe o necessário equilíbrio a ser mantido na aplicação do direito, que tem como objetivo a justiça. Transformar a reparação civil em pena, não parece ser a melhor solução para evitar a repetição da ofensa à moral do indivíduo. (OLIVEIRA, 2007, p. 99).

Quem sofre um dano tem o direito a ser ressarcido de maneira integral, importa dizer que cabe ao magistrado, no momento do arbitramento, balizado pelo ordenamento pressuposto, marcar o limite do direito do ofendido à reparação ou compensação. Assim, qualquer quantia maior que o dano real posta na indenização importará em enriquecimento injustificado para a vítima e um esbulho para o responsável (PIZARRO, 1996, p. 385).

No que lhe diz respeito, Orlando Gomes (1980, p. 301) parte da premissa que existe enriquecimento ilícito quando alguém, as custas de outro, alcança proveito patrimonial sem causa, isto é, “sem que tal vantagem se funde em dispositivo de lei ou em negócio jurídico anterior”.

É de verificar-se que, para Vítor Fernandes Gonçalves (2005, p. 249) o enriquecimento do demandante de uma ação indenizatória “não se amolda técnico-juridicamente à figura do enriquecimento sem causa, uma vez respeitado o princípio da legalidade”, portanto, quando prévia cominação legal, não existirá enriquecimento injusto.

Logo, aferir a existência desse instituto em face da utilização da indenização punitiva perpassa pela análise da legalidade imposta pela sanção. Autorizada legalmente, os valores arbitrados a título punitivo encontrarão uma justa causa e, portanto, não dará razão ao enriquecimento sem causa, ou injustificado.

Nessas veredas, André Gustavo Corrêa de Andrade (2006, p. 293), Renan Lotufo, Giovanni Ettore Nanni e Fernando Rodrigues Martins (2012, p. 695) apresentam uma saída, *a priori*. De modo que a indenização punitiva encontraria sua causa legítima na sentença judicial condenatória adequadamente motivada. Assim, o ocasional enriquecimento da vítima encontraria causa, de modo mediato, na decisão do magistrado e, imediatamente, na ofensa causada pelo agressor, cuja consequência é a incidência da indenização punitiva.

Contudo, considera-se que essa estratégia não deve ser aceita, pois em face do princípio da reserva legal, a indenização punitiva não teria potencial de extrair sua legalidade de uma determinação de um juiz. Ao magistrado, por obviedade, não cumpre inventar sanções

previamente inexistentes e, se assim agir, estaria atuando de modo arbitrário, infringindo garantias constitucionais, como a separação dos poderes.

Por sua vez, Eduardo Uilan (2003, p. 68) propõe que a vedação ao enriquecimento sem causa não se sobreporá aos valores oriundos da indenização punitiva “desde que esteja prevista e autorizada por lei. Havendo lei que lhe dê causa (justificativa) não há enriquecimento injusto”. Logo, a precedente prescrição legal é o componente cogente para desviar a incidência do entrave posto pelo enriquecimento sem causa.

De outro lado, sustenta-se também que, mesmo nesses casos, ocorreria enriquecimento sem causa por parte da vítima se ela for a destinatária dos valores derivados da incidência da indenização punitiva. Nessa situação, só se evitaria o enriquecimento sem causa se o montante que extrapolasse o que seria o *quantum* compensatório dos prejuízos suportados pelo ofendido fossem destinados a um fundo estatal, a uma entidade filantrópica ou a “uma pessoa jurídica, oficial ou não, desde que passível que fiscalização pelo órgão cedente do valor” (VAZ, 2009, p. 84).

Apesar disso, considera-se, entretanto, independente da alternativa seguida, não se franquia a anterior e expressa previsão legislativa da indenização punitiva. Não havendo lei anterior, a condenação do agente e consecutivo destino do numerário a qualquer pessoa ou ente, sempre ocasionará enriquecimento sem causa, quer da vítima (se for ela a beneficiada) quer dos fundos ou entidades, públicas ou privadas. Assim, não se pode aceitar a indenização punitiva, porque ela ultrapassa as fronteiras da compensação do dano, punindo o ofensor, sem causa justificadora: a permissão legal para tanto.

4.4.4 A Hodierna Falácia da “Indústria do Dano Moral”

Além de todas as questões legais já postas, a indenização punitiva provoca um problema de classe cultural. Devido à popularidade do instituto norte-americano (*punitive damages*) e a concepção equivocada de que eles seriam plausíveis na realidade brasileira, as demandas de responsabilidade civil por danos extrapatrimoniais são fatos postos no judiciário nacional.

As consequências desse fenômeno ficam mais evidentes nestas recorrentes situações: cobrança indevida e negativação do nome por empresas de telefonia; atrasos de voos, extravio de bagagem e overbooking nas companhias aéreas; negativa de cobertura pelos planos de saúde; má prestação de serviços e práticas abusivas das instituições bancárias; veiculação indevida da imagem de pessoas para fins comerciais etc.

Com a promulgação da Constituição de 1988, diversas outras ações foram ajuizadas sob o ensejo de ofensa aos direitos extrapatrimoniais, de modo que quaisquer aborrecimentos serviam de razões para se sustentar o ressarcimento de um "mal suportado" e auferir determinada proveito monetário.

Nesse sentido, a reação da jurisprudência foi a consolidação no sentido de que singelos aborrecimentos ou obstáculos da vida cotidiana não oferecem razão ao ressarcimento de danos extrapatrimoniais. A consequência foi a diminuição do número dessas demandas e o estancamento do fluxo de ações aventureiras. Integra-se, assim, “o amadurecimento de qualquer Estado Democrático de Direito a curva de aprendizado inerente ao manejo de novos direitos, garantias ou deveres, até que se chegue ao ponto ótimo de eficiência e maturidade aptos a levar ao aprimoramento social” (MARINANGELO, 2016, p. 150).

Corroborando esse cenário, indubitável é a informação posta pelo Superior Tribunal de Justiça na Revista Visão Jurídica (em matéria titulada, “A Indústria do Dano Moral”, 2008, p. 52): o número de ações com a referida temática cresceu sete vezes entre os anos de 2001 a 2005. Outrora, de 1990 a 2005 o número acresceu quinhentas vezes.

É de verificar-se que as indenizações punitivas colaboraram para essa trivialização dos danos extrapatrimoniais, seduzindo indivíduos a demandar por singelos fatos do cotidiano. Trazendo dificuldade aos julgadores em separar nesse mar de ações, os processos em que realmente os interesses intrínsecos da dignidade foram atingidos.

Na década passada (2000 a 2010), a doutrina falava em “indústria do dano moral”. Discursa Maria Celina Bodin de Moraes (2004, p. 76) que adotar a indenização punitiva “poderia acarretar um incentivo a malícia”. Indubitável também é o posicionamento de Sérgio Luiz Junkes (2005, p. 229) aduzindo que “os *punitive damages*, tal qual vem ocorrendo nos Estados Unidos, fomentam sobremaneira a indústria do dano moral ao ensejar a fixação de indenizações milionárias e aleatórias.”

Ainda hoje, a falácia argumentativa da "indústria do dano moral" é um fundamento muito empregado e defendido pelas sociedades empresárias em litígios que envolvem os consumidores, incide em dizer, sucintamente, que o excesso de ações suportadas pelo Judiciário provém do fato de que atualmente todos o demandam a fim de alcançar vultuosos valores monetários em uma eventual condenação por danos extrapatrimoniais (e a indenização punitiva teve sua contribuição nesse contexto). Contudo, hodiernamente, considera-se que esse argumento não merece progredir.

Isso porque, na presente década (2010 a 2020), a partir da implementação e do contínuo uso de critérios objetivos para a quantificação dos danos extrapatrimoniais, como o já analisado

método bifásico, posto em 2011, houve diminuição dos casos relacionados ao assunto “dano moral”, conforme relatórios do Conselho Nacional Justiça.

Nesse particular aspecto, Paulo de Tarso Vieira Sanseverino (2014), idealizador do referido método, “na questão da indenização por dano moral, chegou-se a um ponto de razoável equilíbrio, na jurisprudência, e já não encontramos mais aqueles valores exagerados, milionários.”

De mesmo modo, observa Clayton Reis (2019, p. 37) que a responsabilidade civil brasileira encontra grandes desafios, “pois ela é como o ponto arquimediano de equilíbrio em uma balança, em que se tem, de um lado a indústria do dano moral, as aventuras judiciais e a falta de comportamento ético dos sujeitos demandantes”, e, do outro lado, as grandes sociedades empresárias e instituições financeiras infringindo reiteradamente distintos direitos de forma desmesurada.

Diante dessa situação, tem-se o seguinte cenário no Poder Judiciário: conforme o Relatório Justiça em Números de 2015, editado no ano de 2014 pelo Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2015), o Poder Judiciário terminou o ano de 2014 com pouco mais de três milhões de processos (3.219.798) tendo como o assunto mais demandando a indenização por danos extrapatrimoniais, o que representava 9,93% do total de processos em trâmite no Poder Judiciário estadual daquele ano, deixando clara uma taxa de congestionamento.

O ano de 2014 foi o primeiro em que o CNJ passou a divulgar os assuntos mais demandados, de modo que, após o uso de critérios objetivos, como o bifásico a partir de 2012, pode-se agora, tendo como base o ano 2014, verificar se, de fato, vive-se a era da industrialização do dano moral.

Contudo, contradizendo essas expectativas, no final de 2018 existia pouco mais de dois milhões de processos judiciais (2.343.447) em trâmite sobre o referido assunto (BRASIL, 2019), montante que representava 5,64% do total de processos em curso na justiça estadual. Ocorrendo, portanto, uma redução de quase um milhão de processos em relação ao ano de 2015, levando-se em conta as porcentagens, a queda representou quase 50%, sugerindo, portanto, a diminuição desses assuntos, caminhando-se a um verossímil equilíbrio.

Logo, considera-se que essas informações descrevem um retrato que corrobora a ideia de que a indenização tão só compensatória, pautada por critérios claros na quantificação dos danos extrapatrimoniais é eficaz na prevenção de danos.

5 DANOS EXTRAPATRIMONIAIS: ATORES DA PREVENÇÃO

De acordo com a história, foi atribuído à responsabilidade civil variadas funções, mas que se relacionavam entre si, como a responsabilização do responsável, a indenização do ofendido, o reestabelecimento da ordem social e a prevenção de danos futuros. Por outro lado, como visto, alterações na sociedade e admissão da responsabilidade objetiva, que não se discute culpa, tornou sem sentido a punição do autor do dano, de modo que, nesse contexto, o mais importante seria preocupar-se da vítima.

A doutrina clássica reconhece nessa função preventiva um grande papel na seara da responsabilidade civil. Mesmo nos casos de danos ocasionados acidentalmente, sem culpa, o efeito preventivo existe, embora limitado:

Se uma atividade oferece riscos inevitáveis, de modo que mesmo o comportamento mais cuidadoso de quem a exerce não é capaz de impedir a ocorrência de danos, a imposição de responsabilidade não poderá mudar essa realidade. Por outro lado, mesmo nesses casos, é claro que o comportamento descuidado é capaz de aumentar os riscos oferecidos pela atividade. Sendo assim, a imposição de responsabilidade civil terá o efeito de prevenir a ocorrência de danos até o limite em que o exercício cuidadoso da atividade em questão pode evitá-lo (PÜSCHEL, 2005, p. 92).

De outra forma, a responsabilidade deve ser, tão somente, um dos instrumentos na política de prevenir danos. O cotidiano evidencia que existem outros meios, com a mesma eficácia, como o controle e a fiscalização das atividades de risco. Exemplifica André Tunc (1989, p. 141), o paciente acredita no médico, pois sabe que este não exerce sua atividade sem uma diplomação, e não porque ele será eventualmente responsável se causar danos a sua saúde⁷⁶.

No que concerne, Gezá Marton (1938, p. 344-348) fundamenta dois escopos da função preventiva, que, para ele é grande fundamento da responsabilidade civil⁷⁷. O primeiro acontece

⁷⁶ Da literalidade da obra: “Nous faisons confiance au médecin, au chirurgien et à l'architecte, non pas parce qu'ils sont responsables de leurs fautes, mais parce qu'ils ne peuvent pas pratiquer sans un diplôme qui doit être une preuve de leurs connaissances et de leurs aptitudes” (TUNC, 1989, p. 141). Tradução livre: “Confiamos no médico, no cirurgião e no arquiteto, não porque sejam os responsáveis por suas faltas, mas porque não podem exercer sem um diploma que deve ser a prova de seus conhecimentos e habilidades”.

⁷⁷ No sentido original: “La prevention comme premier principe de la responsabilité civile. (...) C'est cette these dont l'enonciation nette faisait jusqu'ici défaut à la doctrine à savoir que le principe sinon uniuem tout au moins souverainement prédominant de la responsabilité civile est l'effort de la société tendant à se défendre contre les dommages, effort appuyé sur l'expérience que la conscience de la responsabilité rend les hommes plus attentifs et les stimule à éviter, autant que possible, les préjudices. Voilà le principe sur lequel tout l'edifice de la responsabilité civile est basé, et auprès duquel, les autres principes qui existent en effet, n'ont qu'un rôle concomitant, modifiant, moderant, en un mot accessoire” (MARTON, 1938, p. 344-346). Tradução livre: “A prevenção como primeiro princípio da responsabilidade civil. É esta tese cujo enunciado claro tem faltado até agora na doutrina, a saber, que

anteriormente ao surgimento do dano, buscando evitar que se produza a lesão, resguardando não só a vítima do dano, mas a sociedade, pois quando surge o dano, os valores sociais são também diminuídos. Esse primeiro alvo preventivo é instrumentalizado por medidas estatais, como os órgãos e agências fiscalizatórios e de promoção de políticas públicas do Estado⁷⁸. O segundo alvo da prevenção, posterior ao surgimento do dano, buscaria atingir a reconstituição dessa lesão, procurando recolocar o ofendido no *status quo ante*⁷⁹.

Ainda, para o maior número de pessoas, a simples obrigação legal do causador da lesão já bastaria, *per si*, para deter vindouros agentes, ou seja, a repercussão social é também uma grande aliada na prevenção de danos futuros. De modo que a função preventiva seria o primeiro princípio, não só para o Direito Penal, mas também para o Direito Privado. Isso porque, apesar da diferença entre pena e reparação ou compensação, todas solidificam em prevenir novos danos. Mas as duas últimas, por serem menos nocivas, atingem mais fatos e situações do que pena criminal. Lembrando que a efetividade de uma sanção não está amarrada tão somente a sua gravidade, mas a sua certeza, Gezá Marton (1938, p. 353-355) defende o instituto privado:

L'expérience montre en effet que, pour la grande majorité des individus ayant occupé une place dans les divers degrés de l'aisance sociale, la simple conscience du fait que le droit oblige celui qui a causé un dommage à le

o princípio, se não exclusivamente e pelo menos soberanamente predominante da responsabilidade civil, é o esforço da sociedade tendente a se defender dos danos, um esforço baseado na experiência que a consciência de a responsabilidade torna os homens mais atentos e os estimula a evitar o máximo possível. É este o princípio em que se funda todo o edifício da responsabilidade civil e sobre o qual, os demais princípios vigentes têm apenas um papel concomitante, modificador, moderador, em palavra acessória”.

⁷⁸ Literalmente: “Nous entendons par prevention, l'effort humain tendant à écarter un certain mal prévu. Le mot implique donc, dans notre cas, toute l'activité du pouvoir public tendant à empêcher les dommages et par cela, la diminution des valeurs de la société, à commencer par l'activité administrative générale, par ex. propagation de l'éducation nationale, de l'hygiène publique, maintien de l'ordre social et moral mesures de sécurité publique, extension des connaissances juridiques, de plus près, certaines activités particulières visant directement à ce but, comme inspection des routes, des mines des fabriques etc., de plus près encore, établissement d'institutions destinées directement à assurer l'ordre et la sécurité des rapports juridiques” (MARTON, 1938, p. 346-347). Tradução livre: “Por prevenção, queremos dizer o esforço humano que tende a afastar um certo mal previsto. A palavra implica assim, no nosso caso, toda a atividade do poder público tendente a prevenir os danos e por isso, a diminuição dos valores da sociedade, começando pela atividade administrativa geral, por ex. propagação da educação nacional, higiene pública, manutenção da ordem social e moral, medidas de segurança pública, ampliação do conhecimento jurídico, mais de perto, certas atividades específicas voltadas diretamente para esse fim, como fiscalização de estradas, minas, fábricas, etc., ainda mais de perto, o estabelecimento de instituições destinadas diretamente a garantir a ordem e a segurança das relações jurídicas”.

⁷⁹ Do original: “La prevention tend à conserver un certain état de choses, la réparation, elle, à réintégrer l'état préalable, modifié illicitement. En partant de ce point de vue, on peut dire à juste titre que le législateur, lorsqu'il ordonne la réparation, fait la même chose que lorsqu'il travaille à empêcher que les dommages ne se produisent. La réparation, pour me servir d'un terme paradoxal, n'est qu'une prévention postérieure. Si je ne réussis pas à éliminer le dommage, se dit le législateur, je le ferai tout au moins réparer et par cela je ferai éliminer ses effets” (MARTON, 1938, p. 347-348). Tradução livre: “A prevenção tende a manter um certo estado de coisas, enquanto a reparação tende a reintegrar o estado anterior, modificado ilegalmente. Deste ponto de vista, pode-se dizer com razão que o legislador, ao ordenar a reparação, faz o mesmo que trabalha para evitar que ocorram danos. Reparação, para usar um termo paradoxal, é apenas prevenção posterior. Se eu não conseguir eliminar o dano, disse o legislador a si mesmo, pelo menos terei de consertá-lo e assim eliminarei seus efeitos.”.

réparer, suffit, en elle-même, à les retenir, autant que faire se peut, de commettre des actes dommageables. [...] Oui, la prévention est le premier principe non seulement de la répression pénale, mais aussi de la répression civile. Peine et réparation, bien que fortement différentes entre elles, quant à leur structure interne, sont des moyens égaux de la même politique législative; elles servent le même but social, la défense de l'ordre juridique, en luttant contre l'injustice. Et, à cet égard, la réparation est, dans la main du législateur, un instrument au moins aussi puissant que la peine. Elle est même plus générale, plus indirecte, plus quotidienne et, dans un certain sens, plus efficace encore que l'autre, notamment pour deux raisons: premièrement, parce que la personne lésée qui, en intentant son action en réparation, travaille pour sa propre cause, la plaidera avec beaucoup plus d'énergie que ne le ferait dans les affaires criminelles un procureur général travaillant à sa manière bureaucratique; deuxièmement parce que la sanction civile, justement à cause de son caractère moins grave, pénètre aussi là où la punition ne pourrait pénétrer. [...] La peine est semblable au poison employé comme remède: son dosage, et même son application exigent la plus grande circonspection; tandis que la réparation, remède bien moins périlleux, peut être appliquée avec plus de facilité, et pourtant, dans la majeure partie des cas, son effet sera pratiquement satisfaisant. Justement parce que le législateur, tout comme le juge seront enclins à appliquer ce moyen, à cause de sa moindre nocuité, même dans les hypothèses un peu douteuses, il atteindra son but avec beaucoup plus de probabilité que la peine.⁸⁰

Também sobre a importância da função preventiva na responsabilidade civil, debruçou-se Adriano de Cupis (1970, p. 7), analisando, igualmente, em dois campos, geral e específico. No primeiro, aduziu que a probabilidade, por si só, da reprimenda ao causador do dano já seria hábil à prevenção, de modo que a perspectiva de responsabilização geraria uma atividade psíquica intimidadora no agente, desempenhada pelo prévio conhecimento da sanção. No segundo, a função preventiva se desenvolveria em casos pontuais, exemplifica: a ação de nunciação de obra nova, o ato do juiz proibir a publicação de informação que ofenda a honra de certo indivíduo, a ação de órgãos da Administração Pública como as agências reguladoras estatais.

⁸⁰ Tradução livre: “A experiência mostra que, para a grande maioria dos indivíduos que ocuparam um lugar nos vários graus de bem-estar social, a simples consciência de que a lei obriga quem causou dano a repará-la basta, por si só, contê-los, na medida em que quanto possível, de cometer atos prejudiciais. [...] Sim, a prevenção é o primeiro princípio não só da repressão penal, mas também da repressão civil. A pena e a reparação, embora muito diferentes entre si quanto à sua estrutura interna, são meios iguais da mesma política legislativa; servem ao mesmo objetivo social, a defesa da ordem jurídica, pelo combate às injustiças. E, nesse sentido, a reparação é, nas mãos do legislador, um instrumento pelo menos tão poderoso quanto a punição. É ainda mais geral, mais indirecto, mais quotidiano e, em certo sentido, ainda mais eficaz do que o outro, nomeadamente por duas razões: a primeira, porque o lesado que, ao intentar a sua acção indemnizatória, trabalha para a sua própria causa, o defenderá com muito mais energia do que faria em casos criminais um procurador-geral trabalhando em seu modo burocrático; em segundo lugar, porque a sanção civil, precisamente por seu carácter menor, penetra também onde a pena não pôde penetrar. [...] A pena é semelhante ao veneno usado como remédio: sua dosagem, e mesmo sua aplicação, requerem a maior cautela; enquanto a reparação, um remédio muito menos perigoso, pode ser aplicada com maior facilidade e, ainda assim, na maioria dos casos, seu efeito será praticamente satisfatório. Justamente porque o legislador, assim como o juiz, estará inclinado a aplicar esse meio, por sua inocuidade, mesmo em hipóteses um tanto duvidosas, alcançará seu objetivo com muito mais probabilidade do que a pena”.

Como se vê, ganhou força no século passado o sentimento de que a ideia de responsabilidade civil abrange o “desenvolvimento ainda de uma função de *deterrence*, de prevenção da atividade perigosa e também de prevenção do dano”, como sustentam Guido Alpa e Mario Bessone (2001, p. 22).⁸¹

Essa função projeta-se também no presente, de fato, o ordenamento jurídico busca primeiro evitar a ocorrência do dano, e depois repará-lo. Não se aguarda, de início, que se violem as normas jurídicas, mas sim que elas tragam abrigo natural na sociedade. O que se almeja é que as pessoas atendam o preceito primário normativo, pois, em sentido amplo, o *neminem laedere* (a ninguém é permitido causar lesão ao direito de outro) impõe-se como um modelo cogente a todo organismo social. A indenização pecuniária do ofendido como efeito do descumprimento do comportamento em princípio desejado, é resultado que se espera não ocorrer. A inobediência frequente dos deveres jurídicos, ocasionaria, em última análise, intolerável a convivência social:

Por esse motivo, a sanção, em si, não pode significar garantia de plena restauração do Direito violado, mesmo porque no plano humano, essa recomposição absoluta é impossível. Transcorrido que seja qualquer lapso de tempo após o momento da prestação, não haverá meio capaz de refazer integralmente a situação anterior. Pagar amanhã não é, nunca, o mesmo que pagar hoje (VASCONCELOS, 1996. p. 158).

Atribuir à responsabilidade civil uma função preventiva ou dissuasiva de comportamentos danosos não pode ser considerada uma ideia nova, mas isso não implica que sua formulação tenha sido isenta da controvérsia causada por aqueles que não observavam na responsabilidade um outro fim que não o meramente ressarcidor:

Efectivamente, a nuestro modo de ver, si la reparadora fuese la única función perseguida por la responsabilidad aquiliana, se podría haber prescindido, en la construcción del sistema, de toda referencia a la culpa del agente, de modo que todo aquél que, a causa de la conducta (culposa o no) de un tercero hubiera sufrido un daño o perjuicio en alguno de sus legítimos intereses, debería ser resarcido, siempre y cuando entre la conducta del agente y el daño pudiera apreciarse un nexo de causalidad suficiente (ZARRA, 2004, p. 269).

Portanto, se o fim da responsabilidade fosse tão só ressarcir o dano, satisfaria este e o nexo causal. No entanto, a partir do momento em que o legislador opta por erguer a culpa como

⁸¹ No original: “Ma ‘responsabilità’ non è termine che si confonde con ‘risarcimento’; le regole di responsabilità civile possono svolgere anche una funzione di deterrence, di prevenzione delle attività pericolose, e quindi di prevenzione del danno”.

um pressuposto indispensável para o surgimento da obrigação de ressarcir, se coloca em evidência o propósito daquele de fomentar entre os particulares comportamentos diligentes cuja possibilidade de produzir prejuízos seja mínima. Desse modo, considerar a culpa para condenar o agente à indenização promove uma conduta zelosa dos vindouros agentes de danos:

El conocimiento de que los daños causados por comportamientos negligentes deberán ser indemnizados produce un efecto desmotivador en el sujeto en orden a la realización de esos comportamientos, y como consecuencia, un grado apreciable de prevención de las conductas descuidadas, que son las que más daños pueden generar (PEÑA LÓPEZ, 2002, p. 212).

Sendo a função preventiva intimamente ligada à responsabilidade por culpa, Maita María Naveira Zarra (2004, p. 271) indaga se a presença dessa função pode seguir sendo pregada no campo da responsabilidade objetiva: “desde el momento en que a las empresas causantes de perjuicios se les impone la obligación de repararlos independientemente de cuál haya sido el nivel de precauciones que hubieran adoptado, el objetivo de la prevención carecería de toda virtualidad”, uma vez que o responsável pode ser indiferente a reduzir ou não o risco de causar danos se, devido aos grandes cuidados tomados, também surgir a obrigação de repará-los.

No entanto, referida autora arrazoa que a responsabilidade objetiva é fundada na busca da redução do risco causados pelas sociedades empresárias, de modo que esse objetivo é alcançado “imputando el riesgo, esto es, el coste derivado de hacer frente a la reparación de los daños producidos en el ejercicio de la actividad, al pasivo social de la empresa como un coste de producción más, de tal modo que deba ser asumido o soportado por el empresario que, a resultas de la actividad desarrollada, obtiene beneficios o ganancias” (ZARRA, 2004, p. 271).

Dessa forma, fica nítido que a responsabilidade objetiva exerce uma função preventiva, dado que as empresas, para reduzir seus custos, tentam amortizar o risco de causar danos adotando medidas de precaução que resultarão em uma diminuição dos seus próprios prejuízos.

A função preventiva se dirige como uma nova faceta da responsabilidade civil contemporânea. Esta nova gama é conhecida como a demonstração da prevenção universal, o que versaria numa intimidação de efeito legal, em face de uma determinada conduta. Os virtuais agentes danosos colocam-se em alerta diante do receio da responsabilização. É a função preventiva surgindo em face de uma possível condenação à indenização (PIZARRO, 1991, p. 320).

Assim, parece possível afirmar que o atual sistema de responsabilidade civil, mesmo com suas limitações, atua não apenas “*ex post*, reparando os danos, mas também operando *ex ante*, evitando-o” (PEÑA LÓPEZ, 2002, p. 207).

Reportam-se Pablo Salvador Coderch e Maria Teresa Castiñeira Palou (1997, p. 111-112) se existe indenização satisfeita quando não há prevenção e sustentam, já rebatendo, que a responsabilidade civil não pode limitar-se em ser um singelo pacto de recursos compensadores de condutas dolosas; precisa, igualmente, disseminar sua potência preventiva agindo efetivamente na proteção dos direitos fundamentais. Os autores diferenciam também a função preventiva e punitiva. Anotam que, se toda punição acaba prevenindo condutas lesivas, nem toda prevenção tem, necessariamente, de punir. Separam, assim, prevenção e punição, defendendo uma indenização que seja bem arbitrada, objetiva, que compense a vítima, dissuadindo condutas lesivas, mas sem penalizar. Indicam que o magistrado, no caso concreto, deve pressupor o *quantum* indenizatório considerando as potenciais prevenções postas da responsabilidade civil, sem que essa se converta em punição:

La idea de que el Derecho civil de daños ha de renunciar a todo principio de preservación *ex ante* de bienes jurídicos, es decir, que ha de limitarse a esperar y ver cómo el riesgo se concreta y el daño se produce, resulta incluso intuitivamente contraria al buen sentido: desde el punto de vista de la justicia, porque no se entiende fácilmente cómo podemos prescindir sin más de la contribución que toda una rama del Derecho puede prestar a su realización; y desde el punto de vista de la economía, porque tampoco es fácil aceptar que el Derecho civil haya de limitarse a contemplar el accidente y sólo después de que éste tenga lugar, ha de ordenar la realización siempre costosa de una transferencia de recursos desde el patrimonio del causante hasta el de la víctima o sus allegados: la compensación por sí misma es doblemente insuficiente (CODERCH; PALOU, 1997, p. 176).

Logo, destaca-se, exatamente, a importância de se assegurar aos indivíduos o direito de não serem mais alvo de danos, paralelamente a função representada pelo ressarcimento dos danos já sucedidos. Constata-se, portanto, a potência da função preventiva de danos futuros da responsabilidade civil. É sabido que esta responsabilidade confere uma condenação ao agente responsável ao ressarcimento do dano. De seu turno, a indenização por danos extrapatrimoniais, que é a demonstração da responsabilidade civil na pacificação social, reflete, por si só, essa função preventiva.

Não se pode olvidar que, em circunstâncias do cotidiano, em face da probabilidade de gerar um dano extrapatrimonial a alguém, um indivíduo invariavelmente refletirá sobre as implicações de suas ações, pois poderá ser condenado em uma demanda indenizatória. Portanto, dispondo a indenização compensatória dessa potencialidade de prevenção, não existe motivo para que a responsabilidade civil adote uma função punitiva que, como visto, atentaria contra o ordenamento privado posto.

A prevenção de vindouros danos, sem utilizar punições (como as indenizações vultuosas), é a sugestão. É necessário que a alternativa entre não praticar uma conduta que gere um dano extrapatrimonial ou praticá-la e ter que indenizar a vítima futuramente, não figure tão atraente ao agente danoso. Todavia, se a indenização punitiva não é a mais perfeito resposta, uma adequada fixação do *quantum* indenizatório, com critérios objetivos claros, como visto no método bifásico, pode desenvolver esse ofício.

O proceder do julgador, quando da fixação desse *quantum* e a seleção dos critérios considerados relevantes ao caso concreto conjecturam seu entendimento em face dos papéis da indenização por danos extrapatrimoniais.

Se é injustificável catalogar os incontáveis interesses geradores de danos extrapatrimoniais, em contrapartida é importante ter um ponto de vista distante de cada um desses interesses que expõe duas manifestações desses danos. A primeira, do dano extrapatrimonial originado por ações corriqueiras do cotidiano e a segunda aquele dano costumeiramente e repetidamente gerado.

Em outros termos, existe o dano não patrimonial oriundo do convívio privado, entre indivíduos que, em geral, jamais foram partes em ações de responsabilidade civil sobre esse assunto; pessoas que serão condenados a uma indenização e carregarão essa pecha, que prestará como ensinamento para que suas vindouras condutas sejam acauteladas. Existe, por outro lado, aquele dano costumeiramente causado, resultante de comportamentos desatinados de agentes da sociedade iminentemente nocivos.

A atitude do julgador diante desses dois principais cenários é essencialmente a mesma, mas os mecanismos disponíveis a serviço da prevenção desses danos destoam-se. Sublinha-se, de início, como a atividade do magistrado é apta a colaborar para a concretização da prevenção de danos por intermédio do arbitramento do *quantum* indenizatório. Em seguida, indica-se as ferramentas processuais disponíveis para prevenir danos extrapatrimoniais oriundos daquelas condutas reiteradamente lesivas.

5.1 A ATUAÇÃO JUDICIAL E OS CAMINHOS DA QUANTIFICAÇÃO

Na fixação do *quantum*, o magistrado necessita recorrer ao seu ajuizado arbítrio, motivando suas decisões nos critérios que lhe proporcionaram alcançar à conclusão de que determinada valoração é satisfatória à compensação dos danos extrapatrimoniais:

Cabe, assim, ao prudente arbítrio dos juízes e à força criativa da doutrina e jurisprudência, a instituição de critérios e parâmetros que haverão de presidir às indenizações por dano moral, a fim de evitar que o ressarcimento, na espécie, não se torne puro arbítrio, já que tal se transformaria numa quebra total de princípios básicos do Estado Democrático de Direito, tais como, por exemplo, o princípio da legalidade e o princípio da isonomia (THEODORO JÚNIOR, 2010, p. 41).

Assim, apenas uma decisão motivada minuciosamente permitiria a verificação do grau de proteção ao ofendido, “se a fundamentação, feita pelo juízo do fato, não for cuidadosa e rigorosa, jamais se aproximará da avaliação discricionária que leve em conta as peculiaridades existências da pessoa” (MORAES, 2003, p. 173).

Contudo, o Código Civil de 2002 submergiu a oportunidade de fundar critérios legais para esse arbitramento, suprimindo o antigo artigo 1.553⁸² do diploma anterior, que era uma regra residual e determinava o arbitramento judicial na liquidação de obrigações resultantes de atos ilícitos.

Embora o antigo código não previa expressamente a compensação de danos extrapatrimoniais, referido dispositivo abriu passagem para o reconhecimento jurisprudência desse ressarcimento por arbitramento judicial. De seu turno, o Código Civil de 2002 não reportou o teor do dispositivo 1.553 e não exibiu qualquer regra específica para fixar indenizações aos danos imateriais. Por outro lado, a experiência comprova que o arbitramento deve seguir sendo a técnica empregada pelo julgador na definição do *quantum* indenizatório, pois é ele que tem o contado mais contíguo com os fatos postos no processo judicial, estando mais próximo da verdade real (SCHREIBER, 2003, p. 23).

É na ocasião do arbitramento que se desponta a principal ferramenta de prevenção de vindouros danos. É por intermédio da indenização ao ofendido que se consolida a potência preventiva da responsabilidade civil. Nessa conjuntura é fundamental que o julgador tenha critérios claros, objetivos, que motivem e expressem evidentemente o que foi fixado e o que levou a determinação do *quantum* indenizatório:

Este sistema, o do livre arbitramento como regra tem sido o que menos problemas traz e o que mais justiça e segurança jurídica oferece, atento que está para todas as peculiaridades do caso concreto. A fixação do *quantum* indenizatório atribuída ao juiz, o único a ter os meios necessários para analisar e sopesar a matéria de fato, permite que ele se utilize da equidade e aja com prudência e equilíbrio (MORAES, 2003, p. 270).

⁸² Art. 1.553. Nos casos não previstos neste capítulo, fixar-se-á por arbitramento a indenização (Código Civil de 1916).

Verifica-se, portanto, que a indenização por danos extrapatrimoniais, efeito direto da obrigação de compensação do dano, espelha o efeito preventivo da responsabilidade civil, de sorte que a singela probabilidade de condenação significa, para a maior parte dos indivíduos, uma trava frente ao estímulo motivador de um dano. O magistrado tem nas mãos uma grande ferramenta de prevenção de danos, mas é necessário a dosagem correta, para que o remédio não vire veneno.

O montante da indenização não deve ir longe do indispensável à compensação do dano extrapatrimonial, sob pena de punição do ofensor pelos caminhos da responsabilidade civil. Essa postura, como já visto, não se valida, nem mesmo sob o pretexto de prevenir, pois “a natureza sancionadora não pode justificar, a título de supostamente aplicar-se uma *punição exemplar*, que o acionante veja a indenização como um *prêmio de loteria* ou *poupança compulsória* obtida à custas do lesante” (STOLZE; PAMPLONA FILHO, 2005, p. 413).

Assim sendo, o juiz deve utilizar critérios avaliatórios essenciais à compensação desses danos extrapatrimoniais, conforme às especificidades dos casos concretos. A indenização posta desse modo ideal alcança o responsável, fazendo com que ele tenha cautela em suas vindouras ações potencialmente nocivas.

Dentro dessa visão, é preciso estabelecer, ao lado dessa subjetividade, critérios claros, objetivos. Caso contrário, a base da decisão de um magistrado seria outra senão a equidade natural, ou seja, seu próprio senso particular de justiça, sem a necessidade de acudir ou invocar padrões objetivos. Esta tese, de simplicidade às vezes abismal, tem que ser combatida por doutrina e jurisprudência. Nesse sentido, Ramón Daniel Pizarro (1996, p. 337) sustenta:

No aceptamos estas ideas que parecen inconvenientes para fundar un sistema de reparación equitativo, seguro y justo. Es cierto que el papel del juez a la hora de valorar la existencia y cuantía del daño moral es de fundamental importancia. La ley consagra en esta materia, como en otras, un llamado a la prudencia de los magistrados, en quienes ha depositado un voto de confianza, según la feliz expresión de Morello. Sin embargo, la cuestión no puede quedar librada a su pura subjetividad. La prudencia judicial debe desarrollarse dentro del marco referencial que le brinda la ley, sin perder de vista las realidades objetivas que el caso concreto presenta. El juez no puede, basado en cuestiones de orden puramente subjetivo, mandar a pagar un daño moral inexistente, o que no guarde relación causal con el hecho que lo generó; como tampoco le está permitido negar el derecho a ser indemnizado por daño moral cuando el mismo aparece claramente peticionado y probado en sede judicial, o fijar un parámetro indemnizatorio disociado de la entidad real del menoscabo.

Cumprе ressaltar Carlos Alberto Bittar (1994, p. 226), quando aduz que o magistrado deve expressar em seu arbitramento a lógica da sentença proferida, não sendo suficiente, tão

só, citar genericamente os critérios, mas sim explicar os seus porquês, referenciando cada raciocínio adotado diante do caso concreto, pois a demanda não pode ser orientada na subjetividade do juiz. A prudência no arbitramento tem de ser concebida diante do contexto objetivo que só os fatos, “o caso concreto pode ministrar”. Desprezar a verdadeira gravidade, dimensão e extensão do dano, deixando de fundamentar adequada e suficientemente o quantum valorado, “pode levar o julgador a fixar montante inferior ao que a vítima merecia”.

Portanto, essa posição do magistrado é fundamental para que se tenha uma sentença racional. Distinguindo-se arbítrio e arbitrariedade, sustenta Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p. 274) que “disto tudo resulta a estrutural importância da minuciosa fundamentação da decisão; não se trata de saber o que o juiz pensou ao prolatar a decisão, mas sim de examinar a *razoabilidade das razões* por ele apontadas para justificar o que que decidiu”. Essa racionalidade deve ser objeto de um controle externo, para que se analise as razões acolhidas pelo juiz, assegurando, desse modo, o direito a um processo imparcial.

Entende Anderson Schreiber (2012, p. 206-207) que, como essas indenizações dependem apenas do arbitramento judicial “teriam seus valores consideravelmente elevados em uma perspectiva que atentasse, efetivamente, às condições pessoais da vítima”. Segue dizendo que uma compensação “mais personificada asseguraria tutela mais efetiva à dignidade humana que a aplicação generalizada de indenizações punitivas a qualquer hipótese de dano moral”. Logo, prefere-se a justa compensação ao ofendido do que a atribuição superficial de valores exorbitantes, de teor punitivo, que não garante, necessariamente, um efetivo ressarcimento à vítima.

Nessa linha de pensamento, Maita María Naveira Zarra (2004, p. 172-173), ao especificar os critérios de compensação, apresenta duas medidas. A *uma*, um critério objetivo, em virtude do qual a medida de compensação seria especificada no valor material ou de mercado do bem danificado; a *duas*, um critério subjetivo, pelo qual a compensação se ajustaria pelo valor particular que o ativo representaria para o ofendido, ou seja, o valor de seu interesse específico. Em outras palavras, será necessário decidir se compensará o dano comum, entendido este como aquele que experimentaria qualquer pessoa como resultando de evento danoso; ou o próprio dano, concretamente, ou seja, aquele que uma pessoa específica suporta, em função de suas circunstâncias particulares.

Exemplos são encontrados diariamente no cotidiano: é evidente que o dano envolvido na amputação de uma perna não será o mesmo para um trabalhador de escritório e para um jogador de futebol profissional, nem será o mesmo para uma pessoa que tinha as duas pernas antes do acidente e para a outra que, naquele momento, já faltava um.

Nessa categorização, Maita María Naveira Zarra (2004, p. 173-174) recomenda a eleição do critério subjetivo ou método concreto de julgamento. Especialmente nos danos extrapatrimonial, em face da sua natureza, maior pretexto tem sua adoção:

En efecto, el principio de la apreciación in concreto del daño o perjuicio implica que los jueces, a la hora de determinar la medida del daño y, en consecuencia, la medida de la reparación (...) deben apreciar cada daño de forma soberana a través del método que consideren más oportuno, teniendo en cuenta, en todo caso, las circunstancias que contribuyen a caracterizar el daño causado. En concreto, deben tomarse en consideración las circunstancias personales del perjudicado que inciden sobre el daño, como son los aspectos social, profesional, familiar y psíquico de la persona dañada, su edad y aquellas otras circunstancias que asuman relevancia en la determinación del daño producido.

Considerando que o objetivo da compensação é compensar a pessoa lesada em uma situação o mais semelhante possível àquela em que se encontraria se o ato prejudicial não tivesse ocorrido, parece que é mais correto que a medida da compensação, em vez de ser especificada no valor objetivo dos bens danificadas, corresponda à utilidade concreta que esses bens forneceriam ao ofendido. Assim, será necessário aplicar um critério subjetivo ou concreto para avaliar o dano, levando em consideração o interesse específico da parte lesada; porque somente assim é possível obter o ressarcimento total ou completo dos danos sofridos pelo primeiro.

Sobre o ressarcimento integral do dano, Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p. 304), numa interpretação civil-constitucional dos danos extrapatrimoniais, entende que indeniza-se efetivamente o dano, no momento em que se conjectura, além do dano ocasionado pelo responsável, o dano suportado pela vítima, o que convoca, sobretudo, o exame das condições pessoais do ofendido, das implicações objetivas e subjetivas e de todo seu alcance, não interessando nessa análise se a atividade lesiva foi mais dura ou menos custosa. O objetivo para autora “é reparar o dano moral *sofrido* injustamente”, de modo que o magistrado não deve se prender “a qualquer conceito de dano *causado*”. Agindo assim, “utiliza-se a responsabilidade civil para atingir finalidades outras que não a única que lhe compete, isto é, a tutela civil em face de prejuízos injusta e efetivamente *sentidos*.” Desse ponto, tem-se o porquê do não reconhecimento da função punitiva à compensação dos danos extrapatrimoniais.

Portanto, procura-se a compensação do dano mais acabada, completa, perfeita, dentro das possibilidades e da razoabilidade, reequilibrando os interesses atingidos. Para isso, somente os elementos relacionados às condições pessoais do ofendido e à extensão do dano, equivalente este último tanto ao impacto social quanto à sua lesividade, devem ser levados em consideração

para, finalmente, fixar-se a indenização concretamente baseada na relação entre tais elementos. Nas suas conclusões, Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p. 332) exemplifica:

Assim, por exemplo, o juiz poderá dissociar cada uma dessas duas variáveis em outras tantas, mas deve examinar sempre a situação anterior da vítima; de fato, tem-se que analisar sempre a situação posterior (tendo o dano já ocorrido) em comparação com a situação anterior, para se verificar qual é a medida (extensão) do dano em relação à pessoa da vítima. Só assim será possível começar-se a resolver o problema do *quantum debeatur* e achar um nível de compensação que seja, no caso concreto, eficiente e adequado.

Dessa maneira, tem-se o juiz como o primeiro grande ator na prevenção de danos futuros, de modo que tem ele, em face de bens imateriais, o poderio de julgamento sobre a quantia propícia a compensar o ofendido. Para isso, é imprescindível que o faça detalhadamente, avaliando o caso concreto e considerando os verdadeiros impactos do dano no campo personalíssima do indivíduo.

A indenização integral dos danos extrapatrimoniais é, dessa forma, satisfatória à real compensação dos danos suportados e a prevenção de vindouros danos, sem a necessidade de se recorrer aos critérios punitivos. Esse cenário, faz florescer a função preventiva da responsabilidade civil.

O Superior Tribunal de Justiça, notoriamente atuante na moderação das ações de indenizações por danos extrapatrimoniais, por intermédio do voto vencedor do Ministro Relator Marco Buzzi no Recurso Especial n. 1.269.970/RJ, reconhece que existe certo “grau de subjetivismo que envolve o tema, pois não existem critérios predeterminados para sua fixação”.

Diante desse grande espaço para conformação judicial quando se decide a questão do valor dos danos extrapatrimoniais, a Corte Superior tem afirmado que os princípios da razoabilidade e proporcionalidade devem ser os vetores de julgamento:

[...] orientando-se a condenação pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, fazendo uso da experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso (STJ, AgInt no AREsp 1269970/RJ, Rel. Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, j. 09.10.2018, DJe 22.10.2018).

Nesse contexto, ao proceder a uma catalogação dos critérios mais empregados na fixação dos danos extrapatrimoniais pela doutrina e jurisprudência nacional⁸³, diante das circunstâncias

⁸³ Nessa esteira, Anderson Schreiber (2003, p. 24): “À falta de critérios definidos no Código de 1916 e no novo Código Civil, a doutrina e a jurisprudência brasileiras, na esteira de antigas leis especiais como o Código Brasileiro

do evento danoso, sobressaem-se quatro temas centrais: (I) o princípio da razoabilidade, (II) a dimensão do dano, (III) o grau de culpa do responsável e (IV) as condições socioeconômicas das partes; assuntos analisados, discriminadamente, nos tópicos seguintes.

Adianta-se que alguns desses critérios não devem ser levados em consideração pelos julgadores, pois “são aqueles próprios do juízo de punição ou de retribuição, isto é, as condições econômicas do ofensor e a gravidade da culpa. Tais elementos dizem respeito ao dano causado, e não ao dano sofrido” (MORAES, 2003, p. 333).

Portanto, seu acatamento esgotaria o efeito preventivo da indenização compensatória, provocando o acolhimento da função punitiva. Por outro lado, a análise desses parâmetros permite uma apreciação crítica do sistema em bases qualitativas que de outra forma não existiriam.

5.1.1 A Prudência do Juiz Ao Encontro do Princípio da Razoabilidade

Razoável, no entendimento de Sérgio Cavalieri Filho (2012, p. 20), é aquela coisa sensata, comedida, moderada, que garante acertada proporcionalidade, de modo que a razoabilidade é o discernimento que a acareação dos meios e dos fins, dos motivos e dos efeitos possibilitando aferir a lógica do *decisum*. Para o autor, o princípio da razoabilidade, positivado no artigo 402⁸⁴ do Código Civil de 2002 na seara da indenização por danos patrimoniais, aduz que razoável seria aquilo que o bom-senso diz que o credor da indenização capitalizaria se nenhum dano tivesse ocorrido (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 73).

Acontece que a liquidação do patrimonial se dá de uma maneira, ao passo que a do extrapatrimonial, de outro. Assim, enquanto a primeira se dá em perda e danos, a segunda se dá por arbitramento. São duas razões diferentes, uma direcionando o *quantum* dos danos materiais, a outra, a valoração dos danos extrapatrimoniais. Para Judith Martins-Costa (2009, p. 160), estes devem ser o fruto de um juízo que combine “dados objetivos ou objetiváveis, como indicações do sistema jurídico, o juízo de experiência, dados derivados do próprio contrato, o recurso aos precedentes, etc., com elementos subjetivos, concernentes à figura do lesado e do lesante.”

de Telecomunicações (Lei 4.117/62) e a Lei de Imprensa (Lei 5.250/67), vêm empregando, no arbitramento do dano moral, quatro critérios principais, quais sejam: (i) a gravidade do dano; (ii) o grau de culpa do ofensor; (iii) a capacidade econômica da vítima; e (iv) a capacidade econômica do ofensor.”

⁸⁴ Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar (BRASIL, 2002).

O princípio da razoabilidade como um critério de bom-senso e de proporcionalidade é empregado pelo Superior Tribunal de Justiça, quando as indenizações nos graus inferiores são manifestamente excessivas ou irrisórias:

A jurisprudência deste Tribunal é firme no sentido de que o quantum definido pela Corte de origem somente pode ser alterado, em sede de recurso especial, quando manifestamente excessivo ou irrisório (STJ, REsp. nº 936.792, Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa, quarta turma, julgado em 04.10.2007).

É conferir que a razoabilidade é empregue pela corte superior como critério na procura de uma moderação entre a extensão do dano e seus efeitos no ofendido. Reflete Rêgo Monteiro Filho (2000, p. 145) que o magistrado “deve, nesse mister, atuar com moderação; que o valor atribuído à vítima deve ser proporcional a seu sofrimento; que tal montante seja suficiente para cobrir-lhe a extensão do dano, mas que não seja fonte de lucro, de enriquecimento, etc.”

Em síntese, a valoração da indenização deve ser ajustada ao sofrimento da vítima cobrindo a extensão do dano sofrido e nada mais, de modo que, “na medida em que a indenização venha a ser aferida de conformidade com a extensão do dano, estar-se-á protegendo de forma integral o ser humano em todos os seus valores” (REIS, 2002, p. 87). Logo, a razoabilidade do arbitramento indenizatório nos danos extrapatrimoniais corresponde ao

[...] exame da gravidade do fato em si (dimensão do dano) e de suas consequências para o ofendido (intensidade do sofrimento), enfatiza-se a função satisfatória da indenização, embora a punitiva também possa ser vislumbrada, pois a preocupação central é com a extensão do dano em si, ou seja, com os seus efeitos danosos para o lesado. O juiz deve avaliar a maior ou menor gravidade do fato em si e a intensidade do sofrimento padecido pela vítima em decorrência do fato danoso (SANSEVERINO, 2007, p. 284).

Sem dúvida, o arbitramento judicial deve ser pautado pela razoabilidade, segundo a dimensão do dano e suas consequências para a vítima. É de se observar Clayton Reis (2002, p. 60): “ora a ideia de avaliação equitativa e razoável, nos conduz à conclusão de que a indenização deverá observar uma correlação com o dano. Afinal, equitativo estabelece uma ideia de correspondente ou semelhante”.

Portanto, somente uma fundamentação lógico-racional pautada na razoabilidade “permitirá que se construa um sistema de indenizações justo, do ponto de vista da cultura do nosso país e do nosso tempo” (MORAES, 2003, p. 334). Logo, o juiz deve motivar precisamente suas decisões, principalmente no que tange ao *quantum* indenizatório. Só uma decisão certa, precisa e adequadamente fundamentada irradiará na prevenção de danos futuros.

Agindo assim, a indenização se perfaz meio competente de motivar o nível verdadeiro preventivo almejado nas relações privadas. A ameaça de uma condenação e a sanção intrínseca da indenização são suficientes para evitar esses danos.

5.1.2 A Importância da Dimensão do Dano no Arbitramento Judicial

O critério da dimensão do dano pode ser percebido como a gravidade do evento em si, isto é, como o ofendido dimensiona o dano em seu âmago.

Observam Carlos Alberto Menezes Direito e Sérgio Cavalieri Filho (2004, p. 331-332) que a finalidade substancial da responsabilidade civil é restituir à vítima *ao status quo ante* da ocorrência do fato danoso, de modo que a indenização se regula pela dimensão do dano, não existindo nenhum motivo para que esse princípio não se consagre à indenização dos danos extrapatrimoniais.

É o vocabulário jurídico de Sérgio Cavalieri Filho (2012, p. 106-107) quando informa sobre o princípio da *restitutio in integrum*, que expressa a essência da indenização, cuja finalidade é precisamente ressarcir o dano de modo mais perfeito possível. Esse princípio foi posto no artigo 944 do Código Civil, tem companhia de uma exceção posta no parágrafo único que permite ao julgador reduzir, equitativamente, a indenização, caso haja desproporção entre a gravidade da culpa e o dano⁸⁵.

Para dimensionar a extensão do dano, os tribunais têm considerados certos paradigmas, como o bem ou interesse jurídico lesado (imagem, honra, saúde etc.), tipo de ocorrência (morte, lesão física, deformidade, constrangimento etc.), a duração do dano (temporário, permanente, ou curto, médio, longo prazo). Para João Otávio de Noronha o *quantum* arbitrado “deve ser fixado de maneira que a composição do dano seja proporcional à ofensa”⁸⁶. Conquanto sejam vários os fatores sopesados, é especialmente com base na gravidade da lesão que o juiz valora a compensação:

Um relevante estudo das razões de decidir adotadas no arbitramento do dano moral mostra que são vários os fatores considerados – culpa ou dolo, posição social do ofendido, risco criado, gravidade da ofensa, situação econômica do ofensor; mas parece ser levada em conta, principalmente como ponto de partida, a gravidade da ofensa ou potencialidade lesiva do fato, vez que impossível uma quantificação psicológica do abalo sofrido. O dano moral é,

⁸⁵ Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização (BRASIL, 2002).

⁸⁶ STJ, AgRg no REsp 1436158/SC, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Terceira Turma, j. 02.09.2014, DJe 09.09.2014

repise-se, consequência do fato danoso. A potencialidade lesiva deste confere à análise do dano moral um mínimo de objetividade, em contraste com o absoluto subjetivismo – donde imprestabilidade – da discussão sobre a extensão íntima da dor sofrida. E, nesse ponto, é forçoso admitir que esta – a gravidade da ofensa – é a mesma, ao contrário do abalo psicológico sofrido – que não é quantificável – seja ele suportado por filho já nascido ou nascituro à época do evento morte. Embora sejam muitos os fatores a considerar para a fixação da satisfação compensatória por danos morais, é principalmente com base na gravidade da lesão que o juiz decide se o dano deve ser reparado com dez, 20 ou 200 salários mínimos; a inscrição do nome do pretense devedor no SERASA vale, e.g., menos do que a morte de um ente querido, que vale mais do que um atraso em voo internacional. Por essa trilha já visivelmente insegura, cria a jurisprudência alguns parâmetros, maleáveis mas objetivos, como decorrência da fluidez do critério: presume-se, com alguma margem de tolerância, o tamanho do abalo – e da compensação – com base na gravidade do atentado (STJ, REsp. 931.556/RS, Rel. Ministra Nancy Andrigli, Terceira Turma, j. 17.06.2008, DJe 05.08.2008).

De outra parte, em que pesa seja do magistrado o trabalho da quantificação dos danos extrapatrimoniais, o advogado tem uma atuação importante, pois é ele que instrui a ação de modo a permitir a aferição pelo julgador da extensão do efeito lesivo na vida do ofendido.

Por exemplo, o evento “morte”, apesar de impactar qualquer ser humano sensível e empático, pode possuir diferentes efeitos em cada circunstância. O óbito de um filho gera um dano presumido (*in re ipsa*) no íntimo de seus genitores. Entretanto, existem situações de pais que praticamente não têm relação com suas proles, e outros cujo grau de proximidade acarreta danos crônicas em face da ausência física. Em face dessa realidade, elementos informativos como laudos psicológicos e testemunhas podem, na peculiaridade de cada caso concreto, induzir à majoração de uma indenização. Portanto, os procuradores das partes não devem se amparar na existência tão só do dano *in re ipsa*, mas buscar levar elementos de provas para a correta avaliação do magistrado.

Logo, é incontestável que essa dor pode variar de intensidade em face dos laços de afetividade que unem o ofendido e as partes de sua sociedade familiar. Ao magistrado, no julgamento desses fatos, caberá a dimensão do dano, nos limites que intervieram de modo marcante na intimidade, no âmago, do indivíduo. À vítima resta, tão somente, o *precio del consuelo*, nos dizeres de Ramón Daniel Pizarro (1996, p. 345), mas ao julgador, incube a tarefa de fixar um *quantum* que compense o ofendido apropriadamente das dores vivenciadas.

As cortes brasileiras não podem ser desatentas a efetiva repercussão do dano sobre o ofendido, “não como classe econômica ou como gênero, mas como pessoa humana” (SCHREIBER, 2003, p. 35), cujas particulares características não de ser consideradas quando da valoração da indenização: “especial será o dano ao ouvido de um esportista ainda que não

profissional que ama nadar ou para quem se diletta a ouvir música; assim como será especial o dano na perna de quem mora em um dos últimos andares de um edifício sem elevador” (PERLINGIERI, 1999, p. 174).

É importante observar, que a análise do sofrimento do ofendido ampara-se nas avaliações consequências danosas, isto é, de que modo o dano ecoou na personalidade da vítima. Sua importância não pode ser desdenhada, porque ao considerar-se o grau de sofrimento experimentado do ofendido está-se, verdadeiramente, dando destaque ao papel satisfativo ou de compensação da indenização por danos extrapatrimoniais. Logo, a ponderação da dor do ofendido satisfaz-se no mesmo patamar da dimensão do dano, de modo que o julgador deve estar atento a individualidade de cada sujeito, o que enseja condenações diferentes e adequadas a cada caso concreto:

Cumprir frisar que cada um de nós é um ser único, com sua carga genética específica, e com sua personalidade individuada. Portanto, os danos que são causados à intimidade de cada ser são diversos entre si. Cabe, portanto, ao lesado moralmente demonstrar a extensão do seu dano, que pode ser muito maior, ou muito menor do que a que ocorre com o seu vizinho, ou mesmo do seu irmão, posto que seres que sofrem de forma diversa da sua. Nem todos os pais, ou mães, provocam a mesma dor aos filhos, tanto quanto conforme aos filhos, igualmente não provoquem a mesma dor aos pais. Há pais e pais, como há filhos e filhos, e no caso de lesão à intimidade, à moral, a indenização deve reparar a cada um, não obedecer um padrão único, porque graças a Deus somos diferentes (LOTUFO, 2002, p. 316).

Como visto nos capítulos anteriores, tutelar os aspectos existências da vítima já traria substancial aumento ao valor das indenizações, sem a necessidade de se recorrer aos *punitive damages*, de modo que, por intermédio de indenizações íntegras atingir-se-ia o mesmo feito, “como resultado de uma ampla e correta utilização da função compensatória, cujo escopo deve ser sempre a integral proteção da vítima, em todos e cada um dos aspectos que compõem a sua personalidade” (SCHREIBER, 2003, p. 35).

Afinal, “não é compatível com a teoria da responsabilidade civil – que cuida apenas e tão-somente da indenização da vítima, e não da punição do ofensor – admitir que a teoria sancionatória seja a mais adequada” (REIS, 2002, p. 64).

Igualmente, “as condições pessoas da vítima, desde que revelem aspectos de seu patrimônio moral, deverão ser cuidadosamente sopesadas para que a reparação possa alcançar a singularidade de quem as sofreu, sob a égide do princípio da isonomia substancial” (MORAES, 2003, p. 173).

Ainda, nesse arbitramento dimensional do dano o magistrado deve fundamentar cada ponto que o dano atingiu na espera da vítima, ou seja, o *quantum* indenizatório, a dimensão dessa extensão, deve ser fundamentada precisamente, sob pena de nulidade do *decisum* (art. 93, inciso IX⁸⁷, da Constituição Federal). Em face disso, forçoso será que o julgador fundamente os valores arbitrados, devendo evidenciar o iter lógico por ele atravessado até chegar ao valor da indenização:

O papel do magistrado é solucionar o caso concreto, com base nas suas particulares circunstâncias, oferecendo à vítima reparação integral da sua própria perda. A medida da indenização é o dano (art. 944) e todo dano é dano sofrido pela vítima em concreto. [...] Mais uma vez, a fundamentação da decisão judicial desempenha papel essencial (SCHREIBER, 2011, p. 100-101).

No que tange à necessidade do julgador explicar o raciocínio que o induziu no arbitramento do *quantum* indenizatório, cabe mencionar a apelação cível julgada pela terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, de relatoria do então juiz convocado Nagib Slaibi Filho, que justificou a condenação, fundamentado cada uma das parcelas que irão compor o *quantum debeatur*:

Partindo-se da verba de cem salários mínimos – que é o paradigma para a reparação do dano moral decorrente da injusta anotação do nome do consumidor nos cadastros de inadimplentes –, é a mesma majorada em face dos seguintes elementos colhidos nos autos: mais cem salários mínimos pela relevância de ser o entrevistado pessoa de reconhecido destaque social como Carlos Heitor Cony; outros cem salários mínimos porque a pessoa atingida é pessoa de notoriedade pública, no caso, Carmen Mayrink Veiga; outros cem salários mínimos pela utilização de expressões como “perua”, “feia” e “monstruosa”, de maior densidade de dano quando dirigida a pessoa do sexo feminino e da faixa etária da ofendida; e outros cem salários mínimos pela importância que tem a revista Playboy, editada pela recorrida, no contexto atual da comunicação social do País (TJRJ, Apelação Cível n. 9.800.114.922. Relator: Nagib Slaibi Filho. Órgão Julgador: 3ª Câmara Cível. Julgamento: 09/03/1999).

Concorde-se ou não com este julgado, mas ali, naquela decisão, existe matéria para se discutir, há racionalidade no arbitramento. Caso contrário, se o julgador não tivesse apresentado o caminho lógico até a quantificação final, não se poderia discutir nada, pois não haveria

⁸⁷ Art. 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988: "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação."

justificação ou fundamentação, ou seja, sequer uma matéria para apelação, onde se poderia sustar que o magistrado deu menos por causa disso ou daquilo. Assim, fica evidente a importância do juiz não só de individualizar as indenizações, mas explicar o seu porquê. Ainda sobre o referido julgado, observa Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p. 318):

Na condenação, como é fácil notar, não há qualquer referência à ideia de punição, nem sequer se atenta para as condições econômicas, seja da vítima, seja dos ofensores. Levou-se em consideração, para os fins da condenação, tão somente a gravidade do dano e as condições pessoais da vítima. Há, de fato, esmerado exame das condições pessoais da vítima. A se reparar bem, as condições pessoais dos ofensores só são levadas em conta com a finalidade de sublinhar a gravidade do dano, dano este que foi cuidadosamente delimitado, porque é a sua extensão, unicamente, o que se compensa com a reparação. Pode-se concordar ou discordar da escolha dos elementos, do quantum atribuído a cada um deles, do valor total da indenização, e do que mais for. Tudo está dito, explicitado, motivado. Portanto, a concordância e discordância se darão em bases racionais, conhecidas por todos, a partir das quais será possível começar a edificar os princípios da reparação do dano moral, com a criteriologia apropriada para o tempo presente.

Em linhas gerais, a quantificação da indenização por danos extrapatrimoniais centralizada na apreciação do critério da dimensão do dano é a que mais se relaciona com a função indenizatória, compensando e satisfazendo o ofendido.

Por esse ângulo, observa André Gustavo Corrêa Andrade (2006, p. 135) que a responsabilidade civil seria “axiologicamente neutra, pois não permite nenhuma graduação no que se refere ao desvalor da conduta ofensiva. A simples reparação do dano não considera a maior gravidade da conduta”.

Porém, conforme analisado no tópico 2.1, diante da funcionalização dos direitos, nem mesmo se fala em responsabilidade civil neutra, pois verifica-se na própria função ressarcitória por meio da via compensatória “periféricamente um efeito inibitório, desestimulando o ofensor à reiteração da conduta perante outros potenciais membros da coletividade” (ROSENVALD, 2017a).

Não existe um princípio único de responsabilidade, mas vários, “es común a todos la idea de una justa compensación del daño o de un justo reparto de determinados riesgos de daños. En esa medida todos ellos son principios del Derecho justo” (LARENZ, 1991, p. 125).

Quando o juiz fixa um dano extrapatrimonial nesses termos, já está sancionado o ofensor justamente, e não existe razão para crer que essa sanção não seja suficiente para que o responsável aja no caminho de desviar-se da prática lesiva.

5.1.3 O Grau de Culpa do Ofensor De Encontro à Responsabilidade Civil Objetiva

A responsabilidade civil subjetiva apresenta uma cláusula geral resultante dos artigos 927 e 186, ambos do Código Civil, de modo que configurada uma atividade culposa tem sem o pressuposto para a responsabilização do agente.

Sustenta Sérgio Cavalieri Filho (2012, p. 22) que a conduta culposa perfaz a hipótese essencial da obrigação indenizatória, onde o ofendido só conseguirá o ressarcimento de um dano sofrido se demonstrar que o agente atuou com culpa.⁸⁸

Desse modo, existe a culpa (*lato sensu*) quando um indivíduo, podendo atuar em consonância com a ordem legal, não o faz, seja porque tinha essa intenção (conduta dolosa), ou porque agiu com negligência, imprudência ou imperícia, ou seja, conduta culposa em sentido estrito (NORONHA, 2003, p. 368).

Analisando a codificação de 1916, Flori Antônio Tasca (1999, p. 218), visita que aquele código não imputava grande importância à gradação da culpa para a quantificação de danos, pois seu artigo 159 não apresentava nenhuma menção à amplitude do dolo ou ao grau de culpa na aferição do valor a ser indenizado, “salvo no que tange à indenização contratual em razão do caráter oneroso ou benéfico do acordo (art. 1057, análogo ao art. 392 do vigente Código Civil)”.

Por outro lado, o Código Civil de 2002 transportou para a responsabilidade civil uma regra singular, possibilitando a admissão do juízo gradual de culpabilidade do responsável, diminuindo ou majorando equitativamente o *quantum* indenizatório, quando descompassados dano e prejuízo. É o já mencionado parágrafo único do artigo 944. Ainda, tem-se no artigo 945, expressamente a admissão da culpa concorrente, que “pode ser fator de redução ou mesmo de exclusão da responsabilidade civil” (DUARTE, 2006, p. 77).

Imperioso destacar, a constatação de Carlos Alberto Menezes Direito e Sérgio Cavalieri Filho (2004, p. 367), de que a concorrência de culpas não estava expressamente positiva no código de 1916, mas já era consagrada doutrinariamente e jurisprudencialmente.

É de se observar, para Ronnie Duarte (2006, p. 70), que o juízo da culpa na responsabilidade civil brasileira incidiu hipóteses legais que reforçariam uma punição, o que “ressalta um incremento da função sancionatória da responsabilidade civil”. Na mesma linha, Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p. 296) “como critério de reparação, sugere, desde logo, que se está diante de um juízo mais de punição de o que de compensação”.

⁸⁸ Observa-se que a noção de culpa tratada aqui é aquela assumida amplamente, *lato sensu*, “abrangente de toda espécie de comportamento contrário ao Direito, seja intencional, como no caso do dolo, ou não, como na culpa” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 29)

A conexão entre a avaliação da culpa do responsável e do ofendido imprimem um evidente caráter de punição na indenização por danos extrapatrimoniais, encontrando, como já visto, amparo jurisprudencial:

Estampa-se a função punitiva da indenização do dano moral, pois a situação passa a ser analisada na perspectiva do ofensor, valorando-se o elemento subjetivo que norteou sua conduta para elevação (dolo intenso) ou atenuação (culpa leve) do seu valor, evidenciando-se claramente a sua natureza penal, em face da maior ou menor reprovação de sua conduta ilícita (STJ, REsp. 1152541/RS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, j. 13.09.2011, DJe 21.09.2011).

Contudo, isso não deve ser levado em consideração pelo magistrado, pois se a indenização deve ser compensatória, é, justamente, no ofendido, que o ressarcimento deve ter a atenção. O juiz necessita ter seu campo cognitivo voltando para o dano sofrido pela vítima, não sendo oportuno que eleve o *quantum* de indenização baseado no grau de culpa do ofensor. Atesta Anderson Schreiber (2003, p. 12) que, invariavelmente do grau de culpa do responsável, o dano suportado pelo ofendido permanecerá sendo o mesmo.

Na mesma esteira, Ramón Daniel Pizarro (1996, p. 288) esclarece que a indenização se regula ininterruptamente pelo dano em si considerado, sofrido pela vítima, seja pela criação do risco (dano objetivo) ou pela imputação do dolo ou da culpa (dano subjetivo).

Para mais, reconhecer o grau da culpabilidade do responsável como ferramenta hábil à valoração indenizatória é ir de encontro ao atual estágio da responsabilidade civil contemporânea, analisada no primeiro capítulo, tendência descrita por Anderson Schreiber (2012, p. 242) “como um momento de erosão dos filtros tradicionais da reparação, isto é, de relativa perda de importância da prova da culpa.”

Esse raciocínio vai ao encontro do atual diploma civilista. Se fosse do desejo do legislador adicionar importância à culpa do agente, como um instrumento orientador da valoração indenizatória, não elaboraria um parágrafo como o posto no artigo 944 do Código Civil. o legislador foi imperioso quando autoriza, apenas, a redução do *quantum*, nas situações em que a culpa se mostrar em dissonância com a gravidade do dano. Ele poderia ter valorado de outro modo, mas optou por não dar a permissão de aumentar os valores indenizatório ao julgador:

Tendo empregado o legislador de 2002 o verbo “reduzir”, e não o verbo “ponderar”, o juiz não poderá majorar, além da medida do dano, a indenização, em caso de responsabilidade contratual, indicando, mais uma vez, a recusa do legislador brasileiro em penalizar o devedor, mesmo se este agiu com dolo. Há quem sustente que tais dispositivos somente se aplicariam

em caso de responsabilidade contratual. No entanto, nada autoriza, no Código promulgado, tal interpretação. O artigo 1.060 do Código Civil de 1916 encontra-se praticamente transcrito no artigo 403 do novo Código (MORAES, 2003, p. 297).

Desse modo, se a verdadeira compensação do dano extrapatrimonial já carrega, *per si*, a função preventiva da responsabilidade civil, não existe motivo para se admitir o critério da culpa do ofensor ou, até mesmo da vítima, na valoração da indenização. Primeiro, por ausência de previsão legal, uma vez que os dispositivos postos no diploma civilista introduzem o parâmetro culpa como instrumento, tão somente, para a redução da indenização. Segundo que, ao analisar a conduta dos responsáveis, o juiz estaria adotando uma posição punitiva ao invés de amoldar-se apenas pela extensão do dano provocado.

5.1.4 A Irrelevância das Condições Socioeconômicas das Partes

As condições econômicas das partes são usualmente utilizadas pelos julgadores para validar o acréscimo ou a redução do arbitramento do *quantum* indenizatório. Existe uma tendência em os tribunais do Brasil atribuírem valores maiores quando o responsável tem maior poderio econômico:

Ao mesmo tempo em que se busca desestimular o autor do dano para a prática de novos fatos semelhantes, pune-se o responsável com maior ou menor rigor, conforme sua condição financeira. [...] Assim, se o agente ofensor é uma grande empresa que pratica reiteradamente o mesmo tipo de evento danoso, eleva-se o valor da indenização para que sejam tomadas providências no sentido de evitar a reiteração do fato. Em sentido oposto, se o ofensor é uma pequena empresa, a indenização deve ser reduzida para evitar a sua quebra. [...] Constituem também circunstâncias relevantes, podendo o juiz valorar a sua posição social, política e econômica. A valoração da situação econômica do ofendido constitui matéria controvertida, pois parte da doutrina e da jurisprudência entende que se deve evitar que uma indenização elevada conduza a um enriquecimento injustificado, aparecendo como um prêmio ao ofendido. O juiz, ao valorar a posição social e política do ofendido, deve ter a mesma cautela para que não ocorra também uma discriminação, em função das condições pessoais da vítima, ensejando que pessoas atingidas pelo mesmo evento danoso recebam indenizações díspares por esse fundamento (STJ, REsp. 1152541/RS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, j. 13.09.2011, DJe 21.09.2011).

No entanto, o julgador não deve adotar esse critério, pois ele não está relacionado ao dano extrapatrimonial propriamente dito, de modo que, seu uso, elimina o norte de prevenção da indenização compensatória, chegando a conferir à compensação um intento punitivo.

De um lado, os tribunais têm analisado a condição econômica do ofendido sob o princípio da proibição do enriquecimento sem causa para justificar a diminuição do *quantum* indenizatório no primeiro grau. Essa situação faz com que pessoas mais abastadas economicamente tenham indenizações maiores que sujeitos desfavorecidas monetariamente, mesmo que em face de danos iguais ou assemelhados. Evidente que não se defende a aplicação da mesma indenização à danos similares, ou até mesmo idênticos. Apadrinha-se a ideia de que, a justificação da valoração deva-se dar na extensão, dimensão e efeitos do dano na pessoa ofendida.

Sobre isso, é de se observar os dizeres de Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p. 301-302), para ela se o ofendido vive em maldita situação econômica, isto não pode significar que ele permanecerá fadado a exibir eternamente essas condições, de modo que a decisão do magistrando é “razão jurídica mais do que suficiente para impedir que se fale, tecnicamente, de enriquecimento injustificado. O enriquecimento, se estiver servindo para abrandar os efeitos nefastos de lesão à dignidade humana, é mais do que justificado: é devido”.

Logo, essa posição é manifestamente contrária à ideia de compensação do dano extrapatrimonial, pois se a indenização restringe-se ao dano sofrido, não existe enriquecimento sem causa, já que sua consequência decorre do próprio dano e sua lógica compensação, de modo que o arbitramento desses danos, *a priori*, versa unicamente na valoração do dano correspondendo ao valor indenizatório, “não há que se trazer à discussão o princípio do enriquecimento sem causa, a não ser que, por algum motivo, a indenização fique além (ou aquém) do valor do prejuízo” (SCHREIBER, 2003, p. 25).

Como se investigou, a prevenção de danos aparece na singela indenização compensatória, sob a condição de ela se pautar realmente na consequência social do dano sofrido pela vítima. Quando o juiz diminui esse *quantum*, baseada na condição econômica do ofendido, incentiva condutas lesivas aos menos abonados financeiramente, fomentando novos danos, ao invés de preveni-los.

Como se não bastasse, em 2015 a VII Jornada de Direito Civil divulgou o enunciado n. 588⁸⁹ no sentido de que “o patrimônio do ofendido não pode funcionar como parâmetro preponderante para o arbitramento de compensação por dano extrapatrimonial.”

⁸⁹ VII Jornada de Direito Civil, [28-29 de setembro de 2015, Brasília]. – Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2015, p. 25. Cf. a justificativa do enunciado 588: “O modelo de responsabilidade civil por dano extrapatrimonial previsto no Código Civil atribuiu ao juiz alguma discricionariedade na fixação da indenização. Para tanto, deverá ele se valer de critérios previstos no Código, como a extensão do dano (art. 944). No exercício deste arbitramento, pode o magistrado valer-se da condição econômica do ofendido, mas de maneira moderada. Não deve ser esse o critério preponderante, sob pena de se infringir o princípio da reparação integral do prejuízo”.

Ainda, a utilização desse critério vai de encontro a Constituição brasileira, ferindo o princípio da igualdade, previsto como cláusula pétrea no artigo 5º, *caput*, que aduz: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. Logo, como justificar aos ofendidos menos abastados um valor indenizatório inferior ao que receberiam os mais endinheirados, em um cenário de similaridade do dano sofrido? Nesse sentido, “partindo-se do pressuposto de que o dano moral deriva de lesão à dignidade da pessoa humana, diferenciar as vítimas por posses, equivaleria a reconhecer maior dignidade aos mais afortunados e menos aos menos favorecidos” (BERNARDO, 2005, p. 183).

Ademais, a aplicação desse critério não se justificaria nem mesmo em um panorama punitivo, que diz respeito ao ofensor e não ao ofendido, “não se pode olvidar das características da indenização no caso de dano moral: ela é satisfativo-punitiva. O elemento satisfativo deve ser buscado no evento causador do dano, não na condição econômica da vítima” (NUNES, 2005, p. 315).

Acrescenta Clayton Reis (2003, p. 117) sobre esse critério que “a posição financeira da vítima não é importante no processo de identificação da lesão perpetrada à personalidade do agravado. Acaso diminui a dor e a aflição quando mais humilde é o prejudicado?”.

Por outro lado, no que tange à avaliação econômica do agente causador do dano, para os que defendem esse critério, aduzem que é na ocasião de aplicação da indenização punitiva que a análise da capacidade econômica do agente ofensor torna-se imperativa, observa Luiz Antônio Rizzato Nunes (2005, p. 314) ser:

Evidente que quanto mais poder econômico tiver o ofensor, menos ele sentirá o efeito da indenização que terá de pagar. E, claro, se for o contrário, isto é, se o ofensor não tiver poder econômico algum, o *quantum* indenizatório será até mesmo inexecutável (o que não significa que não se deve fixá-lo). De modo que é importante lançar um olhar sobre a capacidade econômica do responsável pelo dano. Quanto mais poderoso ele for, mas se justifica a elevação da quantia a ser fixada. Sendo que o inverso é verdadeiro.

Contudo, essa análise também não carece de lugar na motivação das decisões dos julgadores, quando da condenação à indenização. Isto porque esse critério leva em conta também um intuito punitivo, de modo que o dano sofrido pelo ofendido sempre será mesmo, independente do responsável ser rico ou pobre, de ter sido ocasionado por uma conduta culposa ou dolosa.

Entende Anderson Schreiber (2003, p. 26) que adotando essa posição o juiz “desvia o seu olhar do dano sofrido pela vítima e, em contradição com a tendência da responsabilidade civil contemporânea, passa a valorar a conduta do ofensor”.

Pelos motivos já expostos, a função punitiva não deve ser aceita e, se o exame da condição econômica do responsável colabora para que essa desventurada tendência se consolide, não existem motivos para considerar esse critério quando da valoração indenizatória.

Para tanto, a condição socioeconômica das partes envolvidas não é critério para valoração, pois seja qual for a natureza socioeconômica do ofendido a conjuntura fática causadora do dano extrapatrimonial é a mesma para qualquer indivíduo, de modo que a diferença se dá, apenas na dimensão ou extensão que o dano atingirá o âmago de cada ser humano, o que deverá ser ponderado e analisado pelo julgador, caso a caso.

5.1.5 A Restituição do Lucro Ilícito e a Concorrência de Ações: Responsabilidade Civil e *actio in rem verso*

Se teoricamente, por um lado, só existe lugar para a análise do fato e da condição pessoal do ofendido como critérios compensatórios dos danos extrapatrimoniais, por outro, verifica-se corriqueiramente muitos juízes proferindo condenações que expandem esses danos imateriais, assumindo funções relacionadas a remédios punitivos estranhos ao fato danoso dirigido à vítima.

Existem circunstâncias em que se constata que o agente, de propósito, obtém acréscimo de patrimônio quando a valoração da indenização é inferior ao dano causado, de modo que, para esses casos, parte da doutrina sustenta que esse aumento patrimonial deve ser apurado e introduzido na indenização a ser confiada ao ofendido. Sustenta Maita María Naveira Zarra (2004, p. 165) que, nessas circunstancias, o princípio da reparação integral não seria apropriado, pois se incentivaria atividades danosas causadoras de lucro ao responsável:

Efectivamente, el principio que nos ocupa parece resultar inadecuado en aquellos casos en los que el dañador obtiene con su conducta ilícita un beneficio superior a los daños que ocasiona al titular del derecho o interés violado. Porque, si en tales hipótesis la responsabilidad del culpable se limitase simplemente a reparar los perjuicios causados, la producción del daño le resultaría rentable, ya que, tras desembolsar la cuantía necesaria para su reparación, todavía dispondría de un saldo positivo de ganancia, con lo que se estaría incentivando la realización de comportamientos dañosos. Por eso, en los supuestos de este tipo puede resultar más oportuno, a la hora de determinar la cuantía de la indemnización debida en concepto de reparación, tomar como referencia el montante al que asciende el beneficio obtenido por el dañador,

en lugar del montante representado por el daño causado al perjudicado, pues solamente privando al responsable de la posibilidad de obtener un lucro o beneficio, se le impulsará a cesar en su conducta danosa.

Almeja-se com essa postura impedir que o responsável se favoreça com o agravo que deu ensejo, extraindo de seu patrimônio o lucro contraído e concedendo esse montante ao ofendido, de modo a conter recorrência dessas ações.

Nota-se, portanto, que muitos juízes acabam aumentando os valores arbitrados à títulos de danos extrapatrimoniais, a fim de que, baseado na intenção do agente lesivo, seja ele punido ou que então abdique o todo ou pelo menos uma parte dos ganhos ilegitimamente adquiridos:

A discricionariedade de uma condenação agravada por danos extrapatrimoniais é um atalho bem mais confortável do que as dificuldades de justificação do enriquecimento sem causa e da gestão de negócios, pela própria limitação desses modelos jurídicos para performar a remoção de ganhos indevidos, ou, no caso de sanção punitiva, pela própria noção intuitiva de que danos existenciais derivados de comportamentos profundamente reprováveis sejam merecedores de uma quantificação mais elevada no cotejo com condutas meramente negligentes (ROSENVALD, 2019, p. 480).

Discorreu-se durante a pesquisa sobre o perigo da arbitrariedade desse tipo de decisão judicial, que inflam esses danos extrapatrimoniais, desvirtuando-o, o que culmina em prejuízo para às partes, à sociedade e ao próprio sistema jurídico.

Com relação às partes do processo, a falta de fundamentação dessas sentenças não só torna difícil a ciência exata de como foi quantificado o dano extrapatrimonial, como também qual é a parte da condenação atinente a violação dos interesses existenciais concretamente merecedores de tutela e o que extrapola isso, já com outros fins. A ausência de clareza dificulta o exercício da plenitude de defesa recursal, pelo sucumbente, e, também, ao órgão revisor, será negligenciada essa expectativa.

Por outro giro, a sociedade também é penalizada pois, como visto, é sempre perigoso o arbítrio dos julgadores, violador do princípio da separação de poderes, escancarando a discricionariedade e autorizando o ativismo judicial.

Como se não bastasse, o maior prejuízo é a segurança jurídica para o ordenamento. “A transmutação das razões compensatórias que iluminam a reparação em finalidades não compensatória depõe contra um direito fundamental, qual seja: o direito à motivação das decisões judiciais”⁹⁰ (ROSENVALD, 2019, p. 484).

⁹⁰ Nesse sentido, é o artigo 93, inciso IX, Constituição Federal (todos os julgamentos dos órgãos do Poder

Para Guilherme Marinoni, Sérgio Arenhart e Daniel Mitidiero (2015, p. 444) o legislador desejou evitar “decisões prontas” e fórmulas vagas de conteúdo, por exemplo: “fixo o dano moral e x de acordo com a gravidade do dano, à gravidade da culpa do ofensor, a sua condição econômica favorável e os ganhos obtidos com a prática ilícita”. Logo, o direito positivado atual conduz o juiz a, genuinamente, defrontar-se com o conteúdo dos autos e individualizar a sentença:

Se determinada decisão apresenta fundamentação que serve para justificar qualquer decisão, é porque essa decisão não particulariza o caso concreto. A existência de respostas padronizadas que servem indistintamente para qualquer caso justamente pela ausência de referências às particularidades do caso demonstra a inexistência de consideração judicial pela demanda proposta pela parte. Com fundamentação padrão, desligada de qualquer aspecto da causa, a parte não é ouvida, porque o seu caso não é considerado (MARINONI; AREHART; MITIDIERO, 2015, p. 445).

Por isso considera-se o método bifásico de fixação de danos extrapatrimoniais implantado pelo STJ um critério promissor, porque delimita as etapas de individualização e concreção dos danos extrapatrimoniais.

Passando assim as coisas, embora se verifique injusta a obtenção desse lucro pelo ofensor, a saída doutrinária proposta se faz incompatível com o sistema ressarcitório defendido. De modo que a entrega desse hipotético dividendo ao ofendido excede a dimensão do dano, incidindo sobre o agente como um formato punitivo.

Tanto é que, em recente dissertação doutrinária acerca da temática, Nelson Rosenvald (2019, p. 532-533), autorizaria a possibilidade deste instituto na responsabilidade civil, mas só mediante *lege ferenda*:

A vertente instrumentalista da responsabilidade civil se enriquece se virarmos o foco do dano para o ilícito e associarmos aos remédios. (...) poderemos enfrentar os fenômenos da ilicitude lucrativa por três vias: a) restituição do demandante a situação anterior ao dano injusto pelo remédio compensatório; b) restituição de ambas as partes à situação anterior ao ilícito por meio de remédio da fixação de um preço razoável pela intervenção inconstitida no bem do demandante; c) restituição do demandado à situação anterior ao ganho ilícito por meio da remoção dos lucros decorrentes da violação de interesses protegidos do demandante. Essas orientações foram concretizadas com a

Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação). Ainda, o Código de Processo Civil normatiza a vedação às fundamentações em seu inciso III do art. 489, §1º (Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão).

formulação da seguinte proposta legislativa: “Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. §1º Em alternativa à reparação de danos patrimoniais, a indenização compreenderá uma soma razoável correspondente à violação de um direito e, quando necessário, a remoção dos lucros ou vantagens auferidas pelo lesante em conexão com a prática do ilícito”.

Com base nessas premissas e sem considerações de equidade, vê-se que magistrados se servem do dano extrapatrimonial para suprir supostas deficiências legais. Por outro lado, verifica-se, mais uma vez, que o sistema jurídico brasileiro apresenta saídas.

O artigo 884 do Código Civil, que aduz: “aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários”, em especial, apresenta o conteúdo da vedação ao enriquecimento sem causa, Nelson Rosenvald (2019, p. 325) indica o referido dispositivo como uma cláusula geral: “o código civil de 2002 alberga um quadro em que cada obrigação de restituir se encontra em um setor diverso, figurando o enriquecimento sem causa como modelo paradigmático de uma cláusula geral”. Assim sendo, no direito tupiniquim, o enriquecimento sem causa apresenta-se como fonte de obrigação de restituir aquilo que foi indevidamente objeto de locupletamento.

A par das tradicionais fontes de obrigação, não pode-se esquecer da boa-fé objetiva, posto no artigo 422 do Código Civil⁹¹, procedente das necessidades éticas do sistema jurídico, mediante a criação de deveres anexos de conduta (como a confiança, proteção, informação e cooperação) e uma percepção estendida da obrigação como processo⁹².

Logo, quando se permite que o lucro ilícito permaneça no patrimônio do agente ofensor, faz com que ele se beneficiasse da própria torpeza, “o que é vedado pelo princípio geral de direito há muito consagrado na ordem jurídica brasileira, sendo que impedir o enriquecimento injusto constitui uma das finalidades gerais do direito das obrigações” (SAVI, 2012, p. 290).

⁹¹ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé (BRASIL, 2002).

⁹² Para Nelson Rosenvald (2005, p. 204) a obrigação deve ser vista como uma relação complexa, formada por um conjunto de direitos, obrigações e situações jurídicas, compreendendo uma série de deveres de prestação, direitos formativos e outras situações jurídicas. “A obrigação é tida como um processo – uma série de atos relacionados entre si –, que desde o início se encaminha a uma finalidade: a satisfação do interesse na prestação. Hodiernamente, não mais prevalece o status formal das partes, mas a finalidade à qual se dirige a relação dinâmica. Para além da perspectiva tradicional de subordinação do devedor ao credor existe o bem comum da relação obrigacional, voltado para o adimplemento, da forma mais satisfativa ao credor e menos onerosa ao devedor. O bem comum na relação obrigacional traduz a solidariedade mediante a cooperação dos indivíduos para a satisfação dos interesses patrimoniais recíprocos, sem comprometimento dos direitos da personalidade e da dignidade do credor e devedor”. Quando o referido autor faz alusão à obrigação como um processo, está fazendo citação aos estudos de Clóvis do Couto e Silva (1976), que, inspirado na doutrina germânica, observou que a obrigação deve ser posta como um processo de cooperação ininterrupta e eficaz entre as partes.

Neste olhar crítico, defende-se a possibilidade da concorrência de uma ação de responsabilidade civil com uma de enriquecimento ilícito, superando-se a ideia de subsidiariedade da *actio in rem verso*:

La acción de enriquecimiento injusto no tiene carácter subsidiario, en tanto en cuanto no se ha ofrecido ningún argumento lo suficiente sólido que avale tal interpretación. En consecuencia, en defecto de cualquier norma que establezca lo contrario, en el caso de concurrencia de acciones y libremente por el ejercicio de la que considere oportuno, si bien el ejercicio de una impide el posterior ejercicio de la que originariamente se presentaba como alternativa y que fue repudiada mediante el ejercicio de la otra. Esto último encuentra su razón de ser en el bien la de enriquecimiento – de acuerdo con la opción del perjudicado – la no ejercitada reparado – o satisfecho el empobrecimiento (LAGO; LÓPEZ, 1997, p. 143).

Qualquer discussão sobre o alcance dessa subsidiariedade exige a superação de que as tutelas dos direitos podem se dirigir contra o ilícito ou contra o dano, onde o fato danoso seria consequência eventual do ilícito. Logo, a tutela restitutória do ilícito não se dirige contra a probabilidade de dano e contra o dano – pois este é requisito da tutela indenizatória. Ela se rege em face de um benefício ilícito: “se a atividade propiciou lucros, a medida de restituição será a expropriação dos ganhos conexos à conduta antijurídico” (ROSENVALD, 2019, p. 332-333).

Como se está a ver, no plano da eficácia de comportamentos antijurídicos, o dano é tão somente uma das admissíveis consequências de um fato ilícito (art. 186 do Código Civil⁹³), acionando a pretensão de indenização e permitindo que o ofendido refaça seu patrimônio ao estágio pré-danoso. Em sua acepção ampla, conforme sistematizado por Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda (1972a), o fato ilícito possui uma série de eficácia possíveis: invalidante, caducificante, inibitória e punitiva. Em comum, nenhuma delas se conduz ao dano, mas a outros resultados almejados pelo ordenamento jurídico.

Tratando-se de um sistema móvel, centralizado em uma cláusula geral, o tema fica mais claro quando analisado à luz de um recente caso concreto julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, em que o enriquecimento sem causa funciona como fonte de obrigações, permitindo o exercício da ação de locupletamento ilícito.

Em breve síntese, o acórdão se expôs em apurar o lucro obtido por uma farmácia de manipulação em face do uso não autorizado da atriz Giovana Antonelli, alavancando vendas de um combinado “detox” que teria resultados de emagrecimento.

⁹³ 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 (BRASIL, 2002).

Em juízo monocrático, a sentença condenou a sociedade empresária à retratação pública e indenização por danos morais. Em segundo grau, o tribunal do Rio de Janeiro incluiu na condenação o montante correspondente ao lucro alcançado, arbitrado em 5% sobre as vendas do composto. Em grau extraordinário, a defesa da atriz alegou que o tribunal fluminense, ao arbitrar esse percentual sobre as vendas, acabou por restringir a abrangência da norma positivada no artigo 884 do Código Civil, pois não apurou o efetivo enriquecimento patrimonial obtido pelo agente ofensor.

Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça entendeu ser possível formular um pedido de ressarcimento dos danos em face da aplicação de regras inerentes da responsabilidade civil, adstrito a extensão do dano na esfera do ofendido, cumulado com a demanda de restituição do indevidamente obtido, sem justa causa, às custas do demandante:

Além do dever de reparação dos danos morais e materiais causados pela utilização não autorizada da imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais, nos termos da Súmula nº 403/STJ, tem o titular do bem jurídico violado o direito de exigir do violador a restituição do lucro que este obteve às custas daquele. De acordo com a maioria da doutrina, o dever de restituição do denominado lucro da intervenção encontra fundamento no instituto do enriquecimento sem causa, atualmente positivado no art. 884 do Código Civil. O dever de restituição daquilo que é auferido mediante indevida interferência nos direitos ou bens jurídicos de outra pessoa tem a função de preservar a livre disposição de direitos, nos quais estão inseridos os direitos da personalidade, e de inibir a prática de atos contrários ao ordenamento jurídico. A subsidiariedade da ação de enriquecimento sem causa não impede que se promova a cumulação de ações, cada qual disciplinada por um instituto específico do Direito Civil, sendo perfeitamente plausível a formulação de pedido de reparação dos danos mediante a aplicação das regras próprias da responsabilidade civil, limitado ao efetivo prejuízo suportado pela vítima, cumulado com o pleito de restituição do indevidamente auferido, sem justa causa, às custas do demandante. Para a configuração do enriquecimento sem causa por intervenção, não se faz imprescindível a existência de deslocamento patrimonial, com o empobrecimento do titular do direito violado, bastando a demonstração de que houve enriquecimento do interventor. Necessidade, na hipótese, de remessa do feito à fase de liquidação de sentença para fins de quantificação do lucro da intervenção, observados os seguintes critérios: a) apuração do *quantum debeatur* com base no denominado lucro patrimonial; b) delimitação do cálculo ao período no qual se verificou a indevida intervenção no direito de imagem da autora; c) aferição do grau de contribuição de cada uma das partes e d) distribuição do lucro obtido com a intervenção proporcionalmente à contribuição de cada partícipe da relação jurídica (STJ, REsp. 1.698.701/RJ. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma. Data do julgamento: 02/10/2018. Data da publicação: DJ. 08/10/2018).

Assenta Villas Bôas Cueva, relator do referido julgado, que o ineditismo da pretensão traz consigo a dificuldade de enquadramento do tema em algum dos institutos do direito privado.

Como já se sustentou nessa pesquisa, a completa indenização do dano deve corresponder à soma dos prejuízos efetivamente sofridos pelo ofendido do evento danoso – função compensatória. Para Paulo de Tarso Sanseverino (2007, p. 58) deve-se “estabelecer uma relação de efetiva equivalência entre a indenização e os prejuízos efetivos derivados dos danos com avaliação em concreto pelo juiz (função concretizadora do prejuízo real).”

É de se observar também que para Sérgio Cavalieri Filho (2012, p. 27-28) a extensão do princípio da reparação integral foi sintetizada pela doutrina francesa: “*tout le dommage, mais rien que le dommage* – ‘todo o dano, mas não mais que o dano’, complementando com a afirmação de que ‘a soma devida a título de danos deve corresponder rigorosamente à perda causada pelo fato danoso.’”

Fica claro que incluir o lucro da intervenção na indenização devida àquele que tem o seu direito transgredido, *a priori*, parece entrar em conflito com o princípio da reparação integral e com o disposto no artigo 944 do Código Civil – segundo o qual a indenização se mede pela extensão do dano –, não se despontando a responsabilidade civil o instituto mais apropriado para lhe dar abrigo. Uma vez que, em certas hipóteses, a vantagem patrimonial alcançada por intermédio da imprópria intervenção em direitos ou bens jurídicos de *outrem*, objeto do pedido de restituição, extrapolará a própria lesão sofrida pelo titular do direito:

A questão que se coloca neste momento é a de se saber qual instituto jurídico seria suficiente para dar fundamento à pretensão do titular do bem de exigir o lucro da intervenção. Ocorre que a responsabilidade civil, entendida como geradora da obrigação de reparar um dano, nem sempre revela-se suficiente para justificar a restituição de um lucro, ainda que ilícitamente obtido, quando este é superior ao dano provocado (KROETZ, 2005, p. 160).

Nesse passo, a forma utilizada para contornar o obstáculo foi fundamentar o dever da restituição do lucro no enriquecimento sem causa. Nesse sentido, Sérgio Savi (2012, p. 92-95) demarca os arredores da responsabilidade civil para, então, alocar o dever de restituição do lucro da intervenção no enriquecimento sem causa:

Quando o ofensor intervém na esfera jurídica alheia, normalmente usando, consumindo ou dispondo de bens ou direitos de *outrem*, as regras tradicionais da responsabilidade civil podem não ser suficientes enquanto sanção pela violação de um interesse merecedor de tutela. O ato do interventor pode não

causar danos ao titular dos bens ou direitos. Quando causar danos, os lucros obtidos pelo interventor podem ser superiores aos danos causados à vítima. Na primeira hipótese, não há que se falar em responsabilidade civil, pois para que se conceda a indenização é indispensável que a vítima tenha efetivamente experimentado um prejuízo. Na célebre frase de Henri Lalou: *'Pas de prejudice, pas de responsabilité civile'*. Já quando os lucros obtidos forem superiores aos danos causados, mesmo após indenizar a vítima, o ofensor estará em uma situação melhor do que estava antes da prática do ato não tutelado pelo ordenamento jurídico. Afinal, como a indenização é medida pela extensão do dano (CC, art. 944), nas hipóteses de lucros superiores aos danos causados, o saldo positivo entre lucros obtidos e prejuízo indenizado permanecerá em definitivo no patrimônio do interventor. Tal situação poderia servir de estímulo para a violação a institutos fundamentais para a vida em sociedade, como a propriedade, o contrato e os direitos da personalidade. Diante da ineficácia das tradicionais regras da responsabilidade civil para lidar com o problema do lucro da intervenção, buscou-se no ordenamento jurídico brasileiro uma solução alternativa. Em razão de suas características e funções, concluiu-se que o lucro da intervenção deve ser dogmaticamente enquadrado no enriquecimento sem causa. (...) Ao contrário da responsabilidade civil, o enriquecimento sem causa tem por função específica remover o enriquecimento. A reação do ordenamento jurídico é contra o aumento injustificado do patrimônio do enriquecido e não contra os possíveis prejuízos sofridos pelo titular do direito (o 'empobrecido'). (...) Assim, quando o interventor lucrar com a ingerência não autorizada nos bens ou direitos alheios, o titular do direito terá uma pretensão de enriquecimento sem causa, fundada na cláusula geral do art. 884 do Código Civil, para obrigar o interventor a entregar-lhe a vantagem patrimonial assim obtida. A restituição daqueles benefícios pelo interventor deverá ocorrer sempre que, de acordo com a repartição dos bens efetuada pela ordem jurídica, os mesmos sejam considerados como pertencentes ao titular do direito.

De igual modo, o português Diogo Leite de Campos (2003, p. 92) chega à mesma conclusão para um problema similar no país luso-europeu: “através do mecanismo da responsabilidade civil, a lei não pretende atribuir outros efeitos ao enriquecimento, pois ela não pensou nele, mas tão só em reparar um dano”. Logo, o autor segue dizendo que a referência tão somente do dano não pode impedir a restituição do enriquecimento, se este lhe for mais elevado; concluindo, “trata-se de uma verdadeira lacuna a preencher pelo enriquecimento sem causa”.

Assinala-se também que a mencionada decisão do STJ se sustentou também no enunciado n. 620 da VIII Jornada de Direito Civil, que interpretando o artigo 884 do Código Civil, assinalou: “a obrigação de restituir o lucro da intervenção, entendido como a vantagem patrimonial auferida a partir da exploração não autorizada de bem ou direito alheio, fundamenta-se na vedação do enriquecimento sem causa”.

Diante de tais circunstâncias, diferenciando os institutos, observa-se que “responsabilidade e obrigação não são palavras sinônimas. (...) Apesar da íntima relação entre o descumprimento da obrigação e o surgimento da responsabilidade, ambas não estão

necessariamente ligadas, não dependendo uma da outra para existir” (AMARAL, 2015, p. 45-46).

Em vista disso, com base no dispositivo 884 do diploma privado e no princípio orientador da vedação ao enriquecimento sem causa, a obrigação de restituir o lucro da intervenção, ou seja, o que é obtido em face da imerecida intervenção nos direitos ou bens jurídicos de *outrem*, desponta não só como modo de preservação do livre acondicionamento de direitos, onde estão encravados os direitos da personalidade, mas também de impedir a prática de atos que vão de encontro ao ordenamento jurídico, como por exemplo, nas hipóteses em que a indenização dos danos causados, ainda que integral, não se mostra adequada a tal finalidade.

Se de um lado esse acréscimo indenizatório individualmente considerado, à título de dano extrapatrimonial, não é o mais perfeito remédio, de outro, é preciso considerar quais as ferramentas legítimas que o ordenamento jurídico oferece à coletividade, quando o agente reiteradamente, almejando o lucro, atinge inúmeros indivíduos, acarretando, respectivamente, numerosos danos extrapatrimoniais.

5.2 A POTENCIALIDADE PREVENTIVA DAS FERRAMENTAS PROCESSUAIS

O cotidiano social demonstra que, se de uma parte, a efetividade da prevenção indenizatória por danos extrapatrimoniais é capaz de conter os estímulos danosos de um indivíduo ou de uma sociedade empresária que eventualmente cause danos, ou que não se permita lucrar com a frequência desses fatos, de outra parte, existe outro paradigma de ofensor de danos extrapatrimoniais, que geralmente prefere pagar as indenizações decorrentes desses danos em vez de desobrigar-se de suas condutas lesivas.

Esse outro tipo de ofensor é representado por responsáveis que, devido às relações sociais desenvolvidas, atingem um enorme número de indivíduos, por seus comportamentos prejudiciais. Nesse aspecto, destacam-se as relações de consumo; isso porque a potencialidade danosa dos agentes é impulsionada pela imensa gama de consumidores atingidos, de modo que nem todos demandam contra essas sociedades empresárias no Judiciário.

Dado a esses fatores, máximas como “de minimis non curat praetor” (o juiz não deve preocupar-se com as questões insignificantes) demonstram o desprezo do Direito por indenizações anódinas. Os danos de pequena monta são considerados fatos da vida que tem-se que aceitar, o que o STJ denomina como “mero dissabor ou aborrecimento do cotidiano”. Contudo, isso não pode ser considerado uma regra, mas apenas uma conclusão após um devido balanceamento dos interesses envolvidos. Nelson Rosenvald (2019, p. 504-505) exemplifica:

Por exemplo, uma exposição ao “fumo passivo” em um restaurante pode ser considerada uma bagatela para qual a lei deve dar de ombros? Além disso, existe um contexto e uma comparação, o que é trivial para uma pessoa pode ser substancial para outra. Acresça-se que afirmar trivialidade de pequenas perdas poderia mesmo justificar que devedores pudessem excluir responsabilidade por pequenos débitos. Em outros casos, não interessará muito o montante do dano, porém o outro lado: o quanto se torna rentável para o demandado um conjunto de perdas de toda a sociedade ou de um específico grupo da sociedade (como consumidores ou acionistas).

Percebe-se que as ações coletivas aperfeiçoaram o acesso à justiça de litigantes cujas perdas dificilmente seriam recuperadas individualmente pelos ofendidos. A propensão para que partes múltiplas se unam em um só procedimento se justifica pela eficiência e economia judicial. Logo, as ações coletivas vêm se tornando um importante instrumento para o combate aos danos de pequena monta, que normalmente são desprezados, pela apatia lógica dos ofendidos em casos de danos insignificantes e dispersos.

Na sua Estratégia de Política do Consumidor para 2007-2013, a Comissão da União Europeia sublinhou a importância de mecanismos eficazes para obter ressarcimento de danos, considerando medidas sobre mecanismos de tutela coletiva para consumidores. Nesse sentido, a empresa Civic Consulting foi contratada para avaliar a eficiência dos mecanismos de tutela coletiva existentes nos países daquele bloco econômico. A pesquisa indicou que somente 29% de consumidores acionariam o judiciário para reclamar valores inferiores a 500 euros (UNIÃO EUROPEIA, 2008).

Nesta seara, essas circunstâncias não encorajam cada qual a iniciar um procedimento com dispêndio de tempo e energia, mas resultado modestos. Muitos ofendidos sequer possuem noção da ocorrência dos prejuízos. Por outro lado, o dano à coletividade pode ser expressivo, quando um significativo número de pessoas é atingido e o lucro dos agentes lesivos é de grande extensão, os exemplos são inúmeros:

Um periódico chega atrasado aos leitores toda segunda-feira; a conta de telefone foi arredondada em centavos para milhares de consumidores; fornecedores de energia inadvertidamente mantem o débito automático mesmo depois de clientes terminarem o contrato; uma companhia de seguros sobrecarrega os seus clientes em R\$10,00 ao ano, violando disposições estatutárias; uma empresa engana consumidores através de publicidade enganosa; um cartel horizontal inflaciona preços aos consumidores. Todos esses casos se referem a danos insignificantes sofridos por várias pessoas (ROSENVALD, 2019, p. 506-507).

Por uma simples equação lógica aritmética, pode-se defender a ideia de que, se a maioria dos ofendidos demandasse judicialmente à entidade ofensora, recebendo da justiça compensações pelo dano sofrido, essa variedade de sentenças seria suficiente para prevenir vindouros danos, porque provocariam uma alteração comportamental em face das diversas obrigações pecuniárias indenizatórias oriundas dessa hipótese. Por outro lado, compreende-se a inexistência desse fato, pois tão somente uma parte dos ofendidos reivindicam os seus direitos, conseqüentemente, determinadas empresas escolhem apenas pagar as obrigações indenizatórias em vez de revisar seu comportamento prejudicial.

Diante desse cenário, Anderson Schreiber (2012, p. 202) afirma que há “situações de ‘microlesões’ existenciais provocadas por conduta maliciosa e repetitiva, onde a soma global das indenizações compensatórias ‘não justifica’, em termos econômicos, a adoção de um procedimento mais probo por parte do ofensor”. O escritor exemplifica o famigerado caso de instituições financeiras que enviam aos cadastros de proteção ao crédito o nome de devedores sem verificar e confirmar se realmente ainda há um débito, ocasionando a inscrição indevida do nome.

Por conseguinte, nota-se nesses casos que o fornecedor de um serviço ou produto vicioso parece melhor enfrentar os problemas na justiça, visto que as minorias das pessoas buscam o judiciário para resolver tais conflitos, seja por falta de Defensoria Pública em seus estados, Núcleos Universitários de Assistência Jurídica ou mesmo por puro desconhecimento de seus direitos. Sobre essa “apatia racional” dos ofendidos em casos de danos de pequena e dispersos, observa Nelson Rosenvald (2020, p. 135):

Em tais casos, não demandar parece ser a atitude racional. Muitas vítimas sequer possuem noção dos prejuízos (ilustrativamente, nos casos em são tarifados por um mínimo excesso em relações de consumo). Nada obstante, o dano à sociedade como um todo ou a um específico grupo pode ser excessivo, pois um significativo número de pessoas é atingido e o lucro dos ofensores é de grande magnitude. Acessar a extensão desses danos e identificar as vítimas é uma tarefa problemática, sobremaneira diante do paradigma clássico do acesso individual à justiça. Daí a emergência das ações coletivas

No arquétipo dessas relações consumeristas transbordam-se os casos de abuso, dos danos extrapatrimoniais até os materiais. De modo que, não se busca neste estudo arrimar-se a esses casos particulares, de encontro a isso, propõe-se saídas a essa indenização punitiva, por intermédio de ferramentas processuais já positivas no ordenamento que, se efetivamente manipuladas, dispensam a aplicabilidade de institutos punitivos alienígenas como os *punitive damages*:

O cometimento de atos ilícitos pode representar, pelo menos sob a ótica limitada e imediatista, um proveito para o autor da conduta contrária ao ordenamento. Isso pode ocorrer especialmente quando o malfeito provoca prejuízos em maior escala e apenas um percentual não significativo busca o ressarcimento dos danos causados. Não por outra razão, se desenvolveu a denominada teoria da *punitive damages*, ou seja, a cominação de condenações com o intuito de provocar uma punição, suscetível, por sua vez, de incitar e coagir o responsável pelo dano a não mais prosseguir no cometimento dos atos ilícitos praticados. Entretanto, se apenas um número reduzido de pessoas afetadas procura a satisfação dos seus direitos e isso pode ocorrer, como visto nos itens anteriores, tendo em vista uma série de fatores, como a falta de informação, de tempo e de recursos do lesado, a relação custo-benefício sob o prisma individual, as dificuldades de acesso à justiça etc., as condenações impostas, ainda que acrescidas de multas punitivas, poderão ser insuficientes para a coibição da prática do ato ilícito. Junte-se a isso que, quanto menor a quantidade de pessoas que buscar o ressarcimento, maior teria que ser a condenação a título de *punitive damages*, o que, em regra, enseja questionamentos, por parte dos tribunais, em termos de desproporcionalidade entre o prejuízo sofrido e a compensação advinda, ensejando o que se chama normalmente de “enriquecimento sem causa” (ARENHART; OSNA, 2020).

Desse modo, as ações coletivas exercem a função de facilitar aos indivíduos, senão em sua totalidade, mas ao menos em uma quantia considerável, a consecução de seus direitos, propiciando nessas situações, que o ofensor não se aproprie indevidamente de lucros clandestinos, ampliados pelas dificuldades de acesso à justiça.

Desestimulando na continuidade da prática de atos em desconformidade com a lei, perfazendo-se um instrumento poderoso na prevenção de danos. As ações coletivas propiciam eficiência e justiça, assegurando que os malfeitores de fato e em potencial não ignorem suas obrigações para com o público.

A Suprema Corte do Canadá (2001) de forma precisa, aponta à importância desse instrumento: “without class actions, those who cause widespread but individually minimal harm might not take into account the full costs of their conduct, because for any one plaintiff the expense of bringing suit would far exceed the likely recovery”⁹⁴.

Passando assim as coisas, a repartição de despesas – em uma ação coletiva – reduz os custos com o ajuizamento de medidas processuais e, conseqüentemente, poderá deter potenciais demandados que assumiriam, de outro modo, que os danos de bagatela produzidos não resultariam em litígios.

⁹⁴ Julgado *Western Canadian Shopping Centres Inc. v. Dutton*, 2001 SCC 46, [2001] 2 S.C.R., traduzido livremente: “sem elas, aqueles que causam danos generalizados, mas mínimos individualmente, poderão não ter que arcar integralmente com os custos provenientes de suas condutas, porque para cada demandante a despesa com o ajuizamento de uma ação individual poderá exceder em muito a recompensa”.

5.2.1 Os Instrumentos Coletivos Processuais em Face dos Danos Reiterados e de Grande Impacto Social

Nessa conjuntura posta no tópico anterior, aponta-se os instrumentos coletivos processuais: ações civis coletivas ou ações civis públicas. Hugo Mazzili (2008, p. 74) indica essas duas designações referindo-se às ações propostas, respectivamente, pelo Ministério Público e pelas associações civis. Esse também é o entendimento de Sérgio Arenhart e Gustavo Osna (2020):

Entende-se que não há embasamento para tratar “Ação Civil Pública” e “Ação Coletiva” como ferramentas processuais diversas. Pelo contrário, o melhor encaminhamento é perceber que o atual ordenamento positivo faculta que quaisquer técnicas processuais disponíveis sejam utilizadas tanto na proteção coletiva de direitos individuais quanto na tutela jurisdicional de interesses metaindividuais – representando leitura harmonizadora voltada à preservação do processo coletivo brasileiro.

O estabelecimento da ação civil pública no ordenamento pátrio ocorreu, em um primeiro momento, pela Lei n. 7.347/1985. Ali, iniciou-se importante passo no sentido da concretização do processo coletivo, prevendo-se boa parte dos marcos procedimentais que deveriam transpassar seu uso – lançando seus legitimados e estabelecendo tópicos eficazes ao seu manuseio.

Além do mais, o legislador do diploma original cuidou de apresentar que a ação civil pública se prestaria à proteção de um amplo espectro de interesses pertinentes à coletividade (a saber, direitos relacionados ao meio ambiente; ao consumidor ou a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico) – sem prejuízo da ação popular e de maneira complementar a esse instrumento.

Mais do que se aliar à Lei da Ação Civil Pública, é importante notar que o Código de Defesa do Consumidor passou a compor em conjunto com aquele texto um verdadeiro microssistema normativo. Os diplomas não apenas convivem paralelamente, mas fazem referências mútuas e recíprocas, de modo que, mesmo dispersos, constituem espécie de ordenamento sincrético (MAZZEI, 2006).

Nesse sentido, o art. 90 do Código de Defesa do Consumidor claramente preceitua que se aplicam às ações processuais ali previstas “as normas do Código de Processo Civil e da Lei n. 7.347/1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições”, ao passo que a Lei de Ação Civil Pública, em seu art. 21, dispõe que “aplicam-se

à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor”.

Forma-se, então, modalidade de regime que viabiliza por definitivo a defesa judicial de direitos metaindividuais. De modo que o diploma consumerista fez ainda constar em seu art. 81 que a ação civil pública poderia ser proposta para defesa de três categorias diversas de interesses: direitos difusos, direitos coletivos e direitos individuais homogêneos. Eis aqui, deste modo, a origem normativa dos “direitos individuais homogêneos⁹⁵” (ARENHART; OSNA, 2020).

Em linhas gerais, a ação civil pública se tornou, por excelência, uma ferramenta processual que se presta a duas funções diversas, ambas inseridas no âmbito do direito processual coletivo. A primeira delas corresponde à permissão de que, mediante o seu uso, ocorra a materialização da tutela de direitos coletivos. A segunda, advinda da previsão específica dos “direitos individuais homogêneos”, consubstancia-se na possibilidade de que o mecanismo se imponha como técnica de tutela coletiva de interesses individuais (ZAVASCKI, 2006).

Passado essa primeira análise, é de se esclarecer que o objeto deste estudo é pesquisar a potência de prevenção manifestada nessas ações coletivas. Não se entrará na discussão se é admissível a defesa dos danos extrapatrimoniais, em especial o moral, em face de violação a interesses transindividuais, temática que demandaria, por si só, diverso estudo, profundo e complexo.

Por outro lado, o dano extrapatrimonial oriundo da violação aos interesses indivíduos homogêneos é de clara visualização, encontrando, nas relações consumeristas, sua principal matriz. Nessas circunstâncias de reiteração de danos pelos mesmos agentes a uma grande gama de indivíduos, o ordenamento jurídico já dispõe de instrumentos para a tutelas desses interesses, promovendo o acesso à justiça desses ofendidos:

Em tempos ainda recentes, os danos suscetíveis de reparação eram quase que somente os patrimoniais e individuais. A necessidade sentida pela sociedade de não deixar dano nenhum sem reparação é que mudou as coisas. Em primeiro lugar, gerou um avassalador movimento em prol da reparação dos danos extrapatrimoniais (ou morais, em sentido amplo), que, por contraposição aos danos que acarretam prejuízo econômico, atingem valores

⁹⁵ São interesses definidos no artigo 81, III, do Código de Defesa do Consumidor como “os decorrentes de origem comum”. Ainda, Kazuo Watanabe (2004, p. 629) explica que “origem comum não significa, necessariamente, uma unidade factual e temporal. As vítimas de uma publicidade enganosa veiculada por vários órgãos de imprensa e em repetidos dias ou de um produto nocivo à saúde adquirido por vários consumidores em um largo espaço de tempo e em várias regiões têm, como causa de seus danos, fatos com homogeneidade tal que os tornam a ‘origem comum’ de todos eles.”

somente de ordem corporal (danos puramente corporais) ou espiritual e moral (danos anímicos, ou morais em sentido estrito). Em segundo lugar, conduziu ao reconhecimento da necessidade de tutelar também os danos transindividuais (também chamados de supraindividuais ou metaindividuais), que são os que resultam da violação dos chamados interesses difusos e coletivos, definidos pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), art. 81, parágrafo único, I e II. Trata-se de danos que dizem respeito a bens do interesse da generalidade das pessoas que integram uma comunidade, destacando-se, dentre eles, os prejuízos causados ao meio ambiente, ao consumidor e a bens ou direitos da coletividade (NORONHA, 2003, p. 542).

Hodiernamente, nota-se nas ações coletivas uma ferramenta para prevenção de futuros danos, pois não só fazem superar a dificuldade de acesso individual ao judiciário, como também “asseguram a plena compreensão da demanda e uma decisão coerente (porque unitária) para todas as vítimas, poupando esforços e custos desnecessários às partes e ao poder público” (SCHREIBER, 2012, p. 85).

Conservando a natureza bifronte do processo coletivo, destaca-se que não existem maiores controvérsias em relação à legitimidade do Ministério Público para a propositura de ação civil pública voltada à proteção de interesses transindividuais.

Esse papel desempenhado pelo *Parquet* é previsto expressamente em sua Lei Orgânica n. 8.625/1993, cujo artigo 25, alínea “a”, legitima o órgão “para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos”.

Essa legitimidade também é posta no disposto 129 da Constituição Federal, o qual afirma ser função institucional do ente “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

Em qualquer das pontas, a questão se torna pouco tempestuosa, aceitando-se de forma cristalina a possibilidade de tutela de direitos transindividuais, via ação civil pública, pelo ente. Também na seara jurisprudencial o posicionamento é firme, por exemplo, a Súmula 643, do STF⁹⁶, a dizer que “o ministério Público tem legitimidade para promover ação civil pública cujo fundamento seja a ilegalidade de reajuste de mensalidades escolares”.

⁹⁶ São também nessa mesma toada as Súmulas 329: “o Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público”, e 601, do STJ: “o Ministério Público tem legitimidade ativa para atuar na defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos dos consumidores ainda que decorrentes da prestação de serviço público”.

Sem embargo, a legitimidade *ad causam* do Ministério Público para o manejo da ação civil pública voltada à proteção de direitos individuais representa um dos pontos polêmicos do processo coletivo, mas é de se lembrar, mais uma vez, que analisar pormenorizadamente este instituto não é o enquadramento deste trabalho. Contudo, não restam dúvidas que essa ação coletiva manuseada pelo *Parquet* é uma poderosa ferramenta a favor da compensação dos danos extrapatrimoniais, de modo que o entendimento do STJ é no sentido de que a natureza dos interesses individuais a serem coletivamente protegidos, ou a imputação a eles de qualquer atributo específico, não pode ser um elemento limitador da legitimidade ativa do Ministério Público:

A Lei 7.347/1985, que dispõe sobre a legitimidade do Ministério Público para a propositura de ação civil pública, é aplicável a quaisquer interesses de natureza transindividual, tais como definidos no art. 81 do CDC, ainda que eles não digam respeito às relações de consumo. Essa conclusão é extraída da interpretação conjunta do art. 21 da Lei 7.347/1985 e dos arts. 81 e 90 do Código de Defesa do Consumidor, os quais evidenciam a reciprocidade e complementaridade dos referidos diplomas legislativos, mas principalmente do disposto no art. 129, III da Carta Constitucional, que estabelece como uma das funções institucionais do Ministério Público, ‘promover o inquérito civil e a ação civil pública, para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos’. Mesmo no que se refere aos interesses de natureza individual homogênea, após grande discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da legitimação processual extraordinária do *Parquet*, devido à ausência de menção expressa a tal categoria no texto constitucional e nos dispositivos da lei da ação civil pública, firmou-se entendimento no sentido de que basta a demonstração da relevância social da questão para que ela seja reconhecida. Nesse sentido, o STF pacificou a questão ao estabelecer que no gênero ‘interesses coletivos’, ao qual o art. 129, III, CF faz referência, se incluem os ‘interesses individuais homogêneos’ cuja tutela, dessa forma, pode ser pleiteada pelo Ministério Público (RE 163.231/SP, Pleno, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 29.06.2001). E esta Corte, na mesma linha, já se manifestou no sentido de que ‘os interesses individuais homogêneos são considerados relevantes por si mesmos, sendo desnecessária a comprovação desta relevância’ (REsp. 635.807/CE, 3ª Turma, minha relatoria, DJ 20.06.2005).[...] Conforme já mencionado, os interesses individuais homogêneos são considerados relevantes por si mesmos, e não se pode relegar a tutela de todos os direitos a instrumentos processuais individuais, sob pena de excluir do Estado e da Democracia aqueles cidadãos que mais merecem sua proteção, ou seja, uma multidão de desinformados, necessitados, carentes ou que possuem direitos cuja tutela torna-se economicamente inviável sob a ótica do processo individual (STJ, REsp. 1148179/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 26.02.2013, DJe 05.03.2013).

Não obstante, constata-se a defesa da legitimidade ampla ao Ministério Público para manejo da ação civil pública, tanto aos interesses coletivos e difusos, como aos transindividuais,

representando passo determinante na evolução do processo coletivo nos Tribunais tupiniquins, indo ao encontro da prevenção de danos futuros.

Ademais, as transposições processuais proporcionadas pelas ações coletivas, além de oferecerem maior acessibilidade ao Judiciário, permitem a evitabilidade das decisões conflitantes, fixando-se a responsabilidade do ofensor em face das dimensões dos danos sofridos pelos ofendidos, por exemplo, nas relações consumeristas.

Nesse cenário, o diploma consumerista proporciona uma configuração individualizada de liquidação dessas decisões. Oportunizando a cada ofendido (ou seu sucessor) habilitar no processo judicial e liquidar particularmente o dano sofrido, desde que exista condenação antecedente. A apuração do *quantum* indenizatório se dá de modo pessoal, individualizado e divisível (GRINOVER, 2007, p. 907).

Desse modo, esse instrumento permite aos inúmeros ofendidos, que não demandaram individualmente, uma via mais célere na responsabilização do ofensor, liquidando e executando seus créditos, em face de uma já posta decisão condenatória.

Como se pode observar, a ação civil pública se mostra uma grande ferramenta em benefício da prevenção de danos, na medida em que promove a obtenção das devidas indenizações a cada uma das vítimas atingidas pelo dano. Essa oportunidade aos ofendidos, posta por este instrumento processual, permite que mais indivíduos lesados sejam indenizados e, conseqüentemente, que os ofensores que operam por condutas lesivas, de forma reiterada, sejam condenados em justa medida, impulsionando para que esses responsáveis revejam suas atividades e ações, o que culminaria na prevenção de vindouros danos.

Dado a esses fatores, fica evidente que o sistema processual brasileiro já dispõe de ferramentas propícias para acautelarem esses eventos reiterados em que o efeito de prevenção indenizatória toa desaparecer-se. Portanto, considera-se que não existiria razão para doutrina e jurisprudência adotarem as indenizações punitivas, como um intento preventivo.

5.2.2 O *fluid recovery* e a Execução das Sentenças Coletivas

Verificou-se que a ação civil pública pode funcionar como uma ferramenta útil para a prevenção de danos extrapatrimoniais, desde que os ofendidos estejam qualificados para processar e apurar suas respectivas compensações. Por outro lado, se essas vítimas não buscarem em juízo a liquidação dessas sentenças, retirar-se-á o efeito das decisões condenatórias, pois, sozinhas, elas não conteriam o condão de prevenir novos danos, de modo que uma condenação sem execução, tornaria a sentença mera folha de papel.

Para evitar esse cenário, o diploma consumerista trouxe um modo de liquidar e executar as decisões condenatórias em ações coletivas, posta no artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor, a qual a doutrina brasileira (com possível inspiração na *class action* estadunidense) denominou de *fluid recovery* (ARENHART; OSNA, 2020).

Essa norma sopesa a probabilidade de a decisão condenatória não ser liquidada pelos ofendidos, ou no caso de a habilitação dos interessados ser em quantidade incongruente com a magnitude do dano. Nessas situações, o diploma do consumidor permite aos legitimados (como o Ministério Público, por exemplo) executarem e liquidarem o *quantum* devido:

As ações coletivas que têm por objeto a reparação dos danos causados a pessoas indeterminadas podem carrear consigo algumas dificuldades. É o que tem demonstrado a experiência norte-americana, quando a sentença condena o réu a ressarcir o dano causado a centenas ou milhares de membros da *class action*, surgindo então problemas de identificação das referidas pessoas; de distribuição entre elas da arrecadação; do uso do eventual resíduo não reclamado pelos membros da coletividade. A jurisprudência norte-americana criou então o remédio da *fluid recovery* (uma reparação fluida), a ser eventualmente utilizado para fins diversos dos ressarcitórios, mas conexos com os interesses da coletividade: por exemplo, para fins gerais de tutela dos consumidores ou do ambiente.[...] No sistema criado pelo Código, o bem jurídico objeto de tutela ainda é indivisível e a condenação é genérica, limitando-se a fixar a responsabilidade do réu e a reparar os danos causados. Estes serão apurados e quantificados em liquidação de sentença, movida por cada uma das vítimas para a posterior execução e recebimento da importância correspondente à sua reparação (GRINOVER, 2007, p. 822-823).

O mencionado dispositivo, ao regular a execução individual de condenações genéricas proferidas em ações civis públicas para defesa de direitos individuais homogêneos, determina que “decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 82⁹⁷ promover a liquidação e execução da indenização devida”. E, completando o teor do preceito, seu parágrafo único assevera que “o produto da indenização devida reverterá para o fundo criado” pela Lei n. 7.347/1985, que disciplina a ação civil pública.

Como se vê, não existindo execuções individuais em número satisfatório após determinada lacuna temporal, poderão os legitimados à ação civil pública adotar tal providência; assim sucedendo, a verba será revertida para um fundo universal, voltado à tutela

⁹⁷ Art. 82 (...) I - o Ministério Público, II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código; IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

de direitos coletivos e difusos; esse fundo aplicará as verbas prioritariamente na reparação e compensação dos danos que ocasionaram a indenização.

Em face desse ressarcimento decorrente, derivada e fluida, a doutrina designou esse modo de liquidar e executar de reparação fluida (ou *fluid recovery*). O *quantum* indenizatório liquidado e executado pelos legitimados das ações coletivas serão usados na preservação coletiva dos bens jurídicos. A execução dos valores em favor de um fundo possuiria como reais finalidades obstar que o ofensor coletivo se locuplete por meio do ilícito e desencorajar sua repetição. Nesse sentido, sustentando essa proteção coletiva de direitos, reconhece o Superior Tribunal de Justiça que:

[...] a legitimidade do Ministério Público para instaurar a execução exsurgirá – se for o caso – após o escoamento do prazo de um ano do trânsito em julgado se não houver a habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, nos termos do art. 100 do CDC. É que a hipótese versada nesse dispositivo encerra situação em que, por alguma razão, os consumidores lesados desinteressam-se quanto ao cumprimento individual da sentença, retornando a legitimação dos entes públicos indicados no art. 82 do CDC para requerer ao Juízo a apuração dos danos globalmente causados e a reversão dos valores apurados para o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (art. 13 da LACP), com vistas a que a sentença não se torne inócua, liberando o fornecedor que atuou ilícitamente de arcar com a reparação dos danos causados (REsp. 869.583/DF, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 05.06.2012, DJe 05.09.2012).

Outrossim, destaca-se o pensamento de Richard Posner (1977, p. 449-450), que parte da dicotomia, sociedade e economia, imputando às ações coletivas o benefício de impor que o réu coletivo internalize os custos de sua conduta ilegal.⁹⁸

Nesse sentido, ocasionalmente, o recurso da recuperação fluída será uma resposta do sistema jurídico a episódios de danos produzidos em quantidades ínfimas, mas que atingem um considerável grupo de ofendidos. Nelson Rosenvald (2019, p. 508) provoca:

Em um cenário de apatia racional, qual consumidor ajuizaria tal demanda, quando nitidamente os danos patrimoniais são irrisórios e o dano moral inexistente? E o “conjunto da obra”, como fica? De fato, a trilogia “pequenos

⁹⁸ Por sua vez, observando esse assunto, Luciano Timm (2008, p. 54) assinala: “por que o Direito deveria dialogar e se aproximar da Economia? Brevemente, em primeiro lugar, porque a Economia é a ciência que descreve de maneira suficientemente adequada o comportamento dos seres humanos em interação no mercado, que é tão importante para a vida real em sociedade. Em segundo lugar, porque a Economia é uma ciência comportamental que atingiu respeitável e considerável padrão científico, sendo hoje umas das grandes estrelas dentre as ciências sociais aplicadas pelo grau de comprovação matemático e econométrico dos seus modelos. Em terceiro lugar, a Ciência Econômica preocupa-se com a eficiência do manejo dos recursos sociais escassos para atender ilimitadas necessidades humanas – que é um problema-chave quando se falam de direitos sociais ou mais genericamente fundamentais.”

danos”, “inúmeros ofendidos” e “grandes lucros” não encontra resposta satisfatória no processo civil clássico.

É evidente que a introdução desse instituto no sistema brasileiro visa a redução das oportunidades de que o ofensor saia ileso diante de determinada prática danosa. Nestas hipóteses de afetação a interesses individuais homogêneos, mesmo com triunfo das ações coletivas, muitas condenações não eram liquidadas por seus favorecidos individuais, produzindo saldos inertes e, simultaneamente, benéficos ao ofensor. Nesse cenário, quando existe saldo não reclamado, o que se faz por intermédio do procedimento de distribuição alternativa da reparação fluida é oferecer a mais perfeita destinação possível aos recursos.

Por outro lado, sustenta-se que a obtenção desses resultados deve passar pelo uso de técnicas que assegurem a proteção dos interesses representados em juízo, e não somente por uma “recuperação fluída” descompromissada com a tutela dos direitos individuais processualmente aglutinados. E isso é permitido pela maleabilidade das decisões estruturais. Com efeito, “as vantagens desse instituto e das ações coletivas devem ser alcançadas sem prejuízo da reparação individual, a qual, pela própria estrutura da responsabilização jurídica, não pode ser perdida de vista” (ARENHART; OSNA, 2020).

Ademais, no que tange ao emprego de fundos para alcançar os resultados das ações coletivas, impõe-se que esses capitais sejam destinados a recuperar o prejuízo que efetivamente foi causado ou a prevenir que novas violações (àqueles mesmos direitos) possam acontecer. Do contrário, não se tem apenas uma solução imprópria; tem-se uma solução que vai de encontro à responsabilidade civil contemporânea, na medida em que o bem jurídico (que deveria ser objetivo de proteção) permanecerá violado, e o dinheiro que deveria ser aplicado para sua recomposição será destinado a qualquer outra finalidade.

Como se está a ver, em face do microsistema de tutela dos direitos transindividuais, conclui Elton Venturi (2000, p. 146) que o modelo brasileiro da *fluid recovery* almeja muito mais que tão só recompor o dano oriundo da conduta irresponsável do agente lesivo, mas que também “sirva como forma de prevenção geral e especial à reiteração de comportamentos lesivos aos direitos supraindividuais, acarretados, no mais das vezes, em benefício de pessoas ou grupos interessados apenas em aumentar sua margem de lucro”.

Portanto, se o que se almeja é a prevenção, nessas circunstâncias em que o ofensor procura obter lucro, por intermédio de sua conduta danosa, o montante referido ao próprio proveito alcançado seja, decerto, o mais indicado, de modo que o agente danoso ressarce à sociedade o

que dela ilegalmente arrancou, ao mesmo tempo em que se sente impulsionado a assumir comportamentos mais cautelosos.

5.3 A CAUTELA NA UTILIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL COMO INSTRUMENTO REGULATÓRIA DE COMPORTAMENTOS: DA ATUAÇÃO DO ESTADO-ADMINISTRAÇÃO E NÃO DO ESTADO-JUIZ

Se a responsabilidade civil pode servir para resguardar a liberdade, prevenir sua transgressão ou, até mesmo, impor um ressarcimento em caso de um dano, é certo que essa liberdade pode e deve ser entendida como uma própria limitação à expansão da responsabilidade civil.

Assumindo o seu espaço no Direito Privado, a responsabilidade civil deve oferecer em sua dimensão funcional um lugar de preservação para a liberdade dos indivíduos, não permitindo que se converta, tão somente, em uma ferramenta de controle social. Nesse sentido, observa Carlos Pianovski Ruzyk (2020):

Os juízos sobre merecimento de tutela que determinam quais são os danos indenizáveis devem sempre levar em consideração que a coerção exercida pelo direito por meio das funções próprias da responsabilidade civil somente se justifica nos limites da função mais ampla, de conservação, exercício e incremento de liberdades. Isso implica uma necessária cautela no emprego dos instrumentos da responsabilidade civil em matéria do que não raro se denomina de "novos danos", como escudo a evitar uma ampliação da coerção - e conseqüente redução do espaço de liberdade negativa - que implique um afastamento da responsabilidade civil de seu *locus* essencial. O mesmo se diga sobre a necessária cautela na utilização da responsabilidade civil como instrumento regulatório de comportamentos não lesivos, ainda que ilícitos, que, sem embargo, deveriam ser objetos de atuação do Estado-Administração, e não do Estado-Juiz, provocado pelo particular. Estimular o particular à judicialização de demandas que possam lhe trazer benefícios patrimoniais, mesmo sem a caracterização de efetivo dano a expressões da personalidade merecedoras de tutela, significa substituir uma função de preservação e promoção da liberdade individual por uma função de controle do agir, que pode ser de difícil compatibilização com a *ratio* própria ao Direito Privado.

Com o advento da Constituição de 1998, o Estado brasileiro deixou de ser singelo espectador dos anseios manifestados contratualmente pelos seus cidadãos, por exemplo, quando do exercício de atividades consumeristas. De modo que emergiram-se normas de ordem pública que delimitavam minimamente os pactos de consumo negociados, evitando que os fornecedores de produtos ou serviços sobrepusessem suas vontades abusivamente (KHOURI, 2013, p. 8).

Entende Konrad Hesse (1999, p. 73) que esse dirigismo contratual dedica-se à proteção dos mais vulneráveis, promovendo a justiça social e o princípio da isonomia⁹⁹.

Nesse conjunto, acrescenta-se que essa imposição constitucional no sentido de uma ação estatal mais ativa na promoção dos direitos dos consumidores induziu o Estado a organizar, por intermédio do artigo 105¹⁰⁰ do diploma consumerista o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, composto por diferentes órgãos¹⁰¹. Ainda, foram constituídas outras instituições que não fazem parte deste Sistema, mas que também têm essa finalidade, como as agências reguladoras¹⁰².

Logo, como já visto nos tópicos anteriores, um dos principais argumentos em defesa da indenização punitiva se perfaz quando o agente atua abusivamente, de forma sistêmica e contínua, repetida justamente, porque se somadas todas as indenizações que o responsável teria a pagar, essa quantia não superaria o custo de uma mudança de postura, situação que motivaria ao ofensor continuar agindo de modo lesivo, Anderson Schreiber (2003, p. 35) exemplifica:

Pode-se argumentar que o caráter punitivo continuaria necessário naquelas hipóteses em que danos não tão graves são causados por uma conduta sistemática e maliciosa do ofensor, que a repete justamente porque a soma de todas as possíveis indenizações não supera o custo de uma mudança de postura. Assim, por exemplo, nos casos de determinadas instituições financeiras que enviam aos serviços de proteção ao crédito (SPC, SERASA, etc.) nomes de todos os devedores indiscriminadamente, optando de forma voluntária por não proceder a um exame individual da situação de cada um destes devedores, muitos deles pontuais em suas obrigações. O custo operacional de uma análise assim detalhada supera o montante global das baixas indenizações usualmente concedidas às vítimas de tais erros.

Contudo, mesmo nessas situações, onde existe a má-fé do responsável e a recorrência ordenada, metódica e sistêmica da atividade lesiva, considera-se ser desnecessária a

⁹⁹ Sobre esse princípio, observa Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 41-42) que “não é qualquer diferença, conquanto real e logicamente explicável, que possui suficiência para discriminações legais. Não basta, pois, poder-se estabelecer racionalmente um nexó entre a diferença e um conseqüente tratamento diferenciado. Requer-se, demais disso, que o vínculo demonstrável seja constitucionalmente pertinente. É dizer: as vantagens calçadas em alguma peculiaridade distintiva hão de ser conferidas prestigiando situações conotadas positivamente ou, quando menos, compatíveis com os interesses acolhidos no sistema constitucional.”

¹⁰⁰ Art. 105. Integram o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC), os órgãos federais, estaduais, do Distrito Federal e municipais e as entidades privadas de defesa do consumidor (BRASIL, 1990).

¹⁰¹ Dentre os quais: Órgão de Proteção do Consumidor (PROCON), Ministério Público, Defensoria Pública, Delegacias de Defesa do Consumidor, Juizados Especiais Cíveis, Organizações Cíveis de Defesa do Consumidor etc.

¹⁰² Observa Marçal Justen Filho (2002, p. 344) que as agências reguladoras consistem em autarquias especiais, destinadas à intervenção do Estado no domínio econômico, competentes para exercer a regulação de determinado setor específico, com atribuições regulatórias e sancionatórias, destinadas a arbitrar litígios entre particulares, estando sujeitas a um regime jurídico que garanta a sua autonomia frente ao Poder Executivo.

observância da indenização punitiva na responsabilidade civil, pois encontra-se no próprio sistema nacional atores que já detêm autorização legal para implementação de sanções.

No contexto da responsabilidade civil, Nelson Rosendal (2020, p. 135) entende que “a chance de deter o infrator é muito pequena”, isso porque ele “especula que não será responsabilizado pelo seu ato demeritório”. Nesse sentido, a “inexistência da prática empresarial de promover uma análise de custo-benefício sobre decisões que potencialmente violem direito de consumidores, demonstra como sanções econômicas não são levadas a sério”.

Portanto, é preciso uma postura do Estado-administração, para que as empresas passem a “levar a sério” essas sanções, de modo que esses agentes já esperam que os seus lucros sejam maiores que as sanções legais. Assim, diferentemente do Estado-juiz, para o Estado-administração a função punitiva apresenta grande importância, ao encontro desse entendimento, Floriano de Azevedo Marques Neto (2000, p. 354) entende que:

O exercício da função punitiva possui grande importância. Isso não só por constituir a punição um requisito de eficácia da atividade reguladora, mas também porque é primordialmente pelo poder de sanção que o órgão regulador se afirma frente aos atores privados regulados (concessionários, permissionários, autorizatários etc.) e perante os administrados (consumidores). Sem a ameaça potencial de sanção, resta fragilizada a autoridade regulatória. Sem perceber a capacidade coercitiva do regulador, sente-se o administrado desamparado.

Logo, a responsabilidade civil não deve ser o único instrumento na política preventiva de danos. Observa André Tunc (1989, p. 141), por exemplo, que a prevenção em atividades de risco pela responsabilidade civil é inefetiva:

Dans l'étude de l'épidémiologie et de la prévention des accidents de la circulation, par exemple, lorsque la responsabilité civile est mentionnée, elle l'est surtout pour son inefficacité. Parmi les autres moyens qui peuvent contribuer à la prévention des accidents, l'un mérite une mention spéciale: c'est tout simplement la réglementation accompagnée de mesures effectives de contrôle. Le taux des accidents de la circulation, par exemple, serait beaucoup plus élevé si nous n'avions pas une réglementation détaillée du trafic, des permis de conduire, une réglementation et des inspections des véhicules, une police. Nous faisons confiance au médecin, au chirurgien et à l'architecte, non pas parce qu'ils sont responsables de leurs fautes, mais parce qu'ils ne peuvent pas pratiquer sans un diplôme qui doit être une preuve de leurs connaissances et de leurs aptitudes. Nous avons confiance dans la nourriture que nous achetons, non pas à cause de la responsabilité civile, mais par suite des nombreuses

réglementations et des contrôles qui devraient nous assurer qu'elle est saine. L'énumération pourrait être continuée sans fin¹⁰³.

Nessa mesma perspectiva, Gezá Marton (1938, p. 346-347) entende que a prevenção de danos é almejada por meio de providências características da coordenação estatal, intermediadas por órgãos reguladores e fiscalizatórios:

Nous entendons par prevention, l'effort humain tendant a écarter un certain mal prévu. Le mot implique donc, dans notre cas, toute l'activité du pouvoir public tendant à empêcher les dommages et par cela, la diminution des valeurs de la société, à commencer par l'activité administrative générale, par ex. propagation de l'éducation nationale, de l'hygiène publique, maintien de l'ordre social et moral mesures de sécurité publique, extension des connaissances juridiques, de plus près, certaines activités particulières visant directement à ce but, comme inspection des routes, des mines des fabriques etc., de plus près encore, établissement d'institutions destinées directement à assurer l'ordre et la sécurité des rapports juridiques. [...] Toutes ces mesures préventives sont naturellement possibles seulement avant que la lésion ait eu lieu. Il en est ainsi, en tout cas, du point de vue de l'ensemble de la société, à qui il importe que le dommage ne se produise pas du tout, puisqu'un dommage, une fois fait, diminue inéluctablement les valeurs de la société¹⁰⁴.

Diversos institutos jurídicos são postos à disposição do Estado para intervir no poder econômico por meio de regulação¹⁰⁵, como atos normativos e sanções administrativas. A sanção administrativa perfaz uma ferramenta regulatória eficaz, baseado no exercício do poder sancionatório, com o objetivo de atender às finalidades inerentes ao setor regulado por meio da repressão às práticas ilícitas. É um ato administrativo unilateral e imperativo, pois seu conteúdo

¹⁰³ Tradução livre: “No estudo da epidemiologia e prevenção de acidentes de trânsito, por exemplo, quando se fala em responsabilidade civil, ela é mencionada sobretudo por sua inefetividade. Entre os outros meios que podem contribuir para a prevenção de acidentes, um merece destaque: trata-se simplesmente da regulamentação acompanhada de medidas eficazes de controle. A taxa de acidentes de trânsito, por exemplo, seria muito maior se não tivéssemos regulamentos de trânsito detalhados, carteiras de habilitação, regulamentos e inspeções de veículos, polícia. Confiamos no médico, no cirurgião e no arquiteto, não porque sejam os responsáveis por suas faltas, mas porque não podem exercer sem um diploma que deve ser a prova de seus conhecimentos e habilidades. Temos confiança nos alimentos que compramos, não por causa da responsabilidade, mas por causa dos muitos regulamentos e controles que devem garantir sua segurança. A enumeração pode ser continuada indefinidamente”.

¹⁰⁴ Tradução livre: “Por prevenção, queremos dizer o esforço humano que tende a repelir um certo mal previsto. A palavra implica assim, no nosso caso, toda a atividade do poder público tendente a prevenir os danos e por isso, a diminuição dos valores da sociedade, a começar pela atividade administrativa geral, ex. propagação da educação nacional, higiene pública, manutenção da ordem social e moral, medidas de segurança pública, ampliação do conhecimento jurídico, mais de perto, certas atividades específicas voltadas diretamente para esse fim, como fiscalização de estradas, minas, fábricas, etc., ainda mais estreitamente, o estabelecimento de instituições destinadas diretamente a garantir a ordem e a segurança das relações jurídicas. [...] Todas essas medidas preventivas, é claro, só são possíveis antes que a lesão ocorra. É assim, em qualquer caso, do ponto de vista de toda a sociedade, para o qual é importante que o dano não aconteça de todo, uma vez que o dano, uma vez feito, inevitavelmente diminui os valores da sociedade”.

¹⁰⁵ Conceitua Vital Moreira (1997, p. 36) a formulação ampla de regulação que consiste em "todas as medidas de condicionamento da actividade económica, revistam ou não de forma normativa".

não depende do assentimento do sancionado, com o qual acaba tendo uma relação verticalizada de autoridade (SUNDFELD, 2000, p. 18).

O plano teleológico apresenta distintas finalidades de sanções administrativas, entre as quais: “a repressão do infrator, a recomposição da legalidade, a prevenção de infrações, o revestimento de eficácia às políticas regulatórias pela afirmação do regulador perante os regulados e a persuasão nos acordos consensuais” (PALMA, 2010).

Em face desse efeito preventivo, Manuel Rebollo Puig (2003, p. 268) observa a finalidade do instituto: “se puede decir que las sanciones administrativas son útiles como sistema de respaldo o tutela del ordenamiento pues sirven para prevenir infracciones futuras y así, aunque sea de manera indirecta, proteger los intereses públicos confiados a la Administración.”

Desse modo, além de impactar diretamente o ofensor, a sanção aplicada pelo Estado-administração passaria a ser exemplo para os administrados, pela sua eficácia simbólica, pois a sociedade reconheceria a força da autoridade na gestão do poder sancionador. Por consequência, essas sanções incentivariam outros agentes a não tomarem decisões opostas à ordem jurídica, o que potencializaria o efeito preventivo da medida. Logo, quanto maior a eficácia e a velocidade na imposição de sanções pelo Estado, mais futuras violações serão evitadas.

Celeridade não encontrada na indenização punitiva da responsabilidade civil, isso porque o ato do órgão público regulador, assim competente para o exercício do Poder de Polícia¹⁰⁶, tem atributos próprios, como a auto-executoriedade¹⁰⁷, que não exige o controle prévio do Judiciário.

Ademais, o aumento dos acordos (como os termos de ajustamento de conduta) no âmbito do Direito Regulatório tem conferido nova funcionalidade às sanções administrativas: capacidade de persuasão (OSÓRIO, 2003, p. 319). Nesse sentido, na realização desses acordos, a ameaça da sanção perfaz um mecanismo de persuasão, um instrumento de barganha nas negociações. Esses relevos da sanção administrativa sugerem uma regulamentação incisiva, traduzindo verdadeiramente a autoridade do Estado-administração.

¹⁰⁶ No contexto, Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1989, p. 340) assevera que “o Poder de Polícia atua de quatro modos: pela ordem de polícia, pelo consentimento de polícia, pela fiscalização de polícia e pela sanção de polícia”.

¹⁰⁷ Nessa perspectiva Álvaro Lazzarini (2012, p. 90) pontua que “a auto-executoriedade do ato de polícia administrativa importa em ele produzir todos os seus efeitos de imediato, isto é, ser colocado em execução desde logo, independente de prévia autorização do Poder Judiciário, que só será chamado a intervir a posteriori, se o administrado entender que foi prejudicado. Lembro, novamente, que o Poder de Polícia objetiva conter os excessos, a atividade anti-social, razão de não ser possível condicionar os atos de polícia à prévia aprovação de qualquer outro órgão, que não o competente, ou Poder estranho à Administração Pública”.

Hodiernamente, converge-se a aceitar no Direito Administrativo brasileiro um *jus puniendi* estatal, alicerce da prerrogativa do poder sancionador, e que seria uma ponte entre Direito Penal e Direito Administrativo, transpondo para este, princípios e institutos daquele sistema, como o princípio da legalidade.

Essa previsão legal para aplicação de penalidades, corolário do princípio da legalidade, não deve ser compreendida como mera burocracia formal estatal. Longe disso, é da essência de Estado Democrático de Direito, efetivado pela soberania popular e seu oriundo processo legislativo:

A configuração das infrações administrativas, para ser válida, há de ser feita de maneira suficientemente clara, para não deixar dúvida alguma sobre a identidade do comportamento reprovável, a fim de que, de um lado, o administrador possa estar perfeitamente ciente da conduta que terá de evitar ou que terá de praticar para livrar-se da incursão em penalizações e, de outro, para que dita incursão, quando ocorrente, seja objetivamente reconhecível (MELLO, 2006. p. 839).

No exemplo da negatização errônea do nome de algum indivíduo no cadastro de proteção ao crédito, o Banco Central (BACEN), pessoa jurídica de direito público e autarquia federal, possui, como órgão regulador do sistema financeiro brasileira, autonomia para restringir tais condutas.

Agindo assim, o Estado-administração, por intermédio dos seus entes indiretos, atua ao encontro dos interesses públicos definidos na legislação. Por consequência, a operação sancionatória do Estado, restritiva de direito, por si só, deve ser desempenhada mediante o leal respeito aos princípios da legalidade e da tipicidade, evitando arbitrariedades. Corrobora Sílvio Luís Ferreira da Rocha (2006, p. 29) que: “a administração pública só pode ser exercida na conformidade com a lei; é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de comandos complementares à lei”. Logo sua atuação só poderá ser a de agregar à lei certo nível de concreção, sem instaurar “originariamente” quaisquer limites a direito de terceiros.

Conforme considerado, infrações e sanções administrativas só podem ser estabelecidas por lei, de acordo com o processo legislativo. Esta norma deve instituir os elementos que identificam a infração e as respectivas penalidades, para que ela não seja um cheque em branco, outorgando ao agente público uma amplitude de poderes e autorizando a arbitrariedade.

Dessa maneira, permite-se aos administrados o prévio conhecimento das ações e omissões proibidas no ordenamento jurídico, quais as respectivas sanções aplicadas e as possibilidades de defesa em caso de descumprimento. Entende Marcos Porta (2003, p. 92) que devem ser

“assegurados o contraditório e a ampla defesa e os recursos a ela inerentes, elementos esses concretizadores do devido processo legal (art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal)”.

Essa característica da sanção é oriunda de seu caráter punitivo e restritivo de direitos impondo uma consequência não desejada ao agente responsável, com a finalidade de desincentivar condutas especialmente selecionadas pela sociedade.

Como bem esclarece Anderson Schreiber (2012, p. 207), se o *quantum* indenizatório aplicado em juízo pelo magistrado, com base, tão somente, no critério da dimensão e extensão do dano, que é parâmetro puramente ressarcitório, se mostrar insuficiente para desequilibrar a equação matemática e desestimular a prática de condutas maliciosas, “seria possível aplicar a tais condutas punições administrativas, paralelamente à indenização civil”. Por exemplo, no caso das instituições financeiras que, invariavelmente e negligentemente, negavam o nome de pseudodevedores, a previsão de multas e demais sanções pelo BACEN possuiria eficácia para refrear o exercício de tais ações, “em virtude da celeridade da sanção e dos efeitos políticos que a punição por uma conduta desta espécie poderia gerar no relacionamento entre a instituição financeira e o Banco Central”.

Celeridade e efeitos políticos, características não encontradas na função punitiva da responsabilidade civil. A primeira, em face do atributo da auto-executoriedade. A segunda, pelo fato da sanção ser aplicada pelo próprio Poder Executivo e por mais que tenha um viés legal, ela apresenta implicações políticas que não estão presentes em uma condenação judicial, em face da relação que essas sociedades empresárias têm com diversos setores do Estado-Administração.

Por todos esses aspectos, considera-se que essa reunião de atores pode auxiliar na prevenção de danos futuros. Por outro lado, observa Karl Raimund Popper (2018, p. 15) que o desenvolvimento da ciência é “uma eterna busca sem fim”, de modo que ainda que se investigue a verdade, na realidade nunca se pode estar seguro de que certos conhecimentos ou teorias sejam inteiramente verdadeiros. O saber é efêmero, e ao proporcionar verossimilhança e utilidade, legitima-se para reconhecer, em determinada época, uma teoria mais adequada disponível, e isso não permite a segurança de se ter encontrado a verdade, pois o progresso da ciência é interminável.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quando se trata de proceder à avaliação dos danos extrapatrimoniais, a resposta para a solução dessa questão não é imediatamente obtida, em face dos diversos elementos que compõem essa complexa reflexão que o tema movimenta.

O estudo versa sobre o elo encontrado nas funções do ressarcimento por danos extrapatrimoniais e a prevenção de tais danos, investigando se há (in)evitabilidade da admissão da função punitiva, como hipotético caminho hábil a prevenir novos danos.

No Brasil, com o advento da Carta Magna de 1988, promulgou-se previsão expressa ao ressarcimento desses danos, nos termos do artigo 5º, incisos V e X. A consequência resultante dessa concretização dos danos imateriais culminou em uma reação em cadeia, proliferando o instituto nos mais variados segmentos da sociedade brasileira, por intermédio da publicação de leis infraconstitucionais, em especial o Código Civil de 2002.

Analisando a transformação histórica dos modelos de responsabilidade civil é possível constatar na metodologia funcionalista um espaço adequado ao pleno desenvolvimento de uma função preventiva, que antecipa a ocorrência de vindouros danos. Logo, estabelecer funções aos institutos jurídicos vai ao encontro da missão legal que determina a verificação dos efeitos concretos dos fatos e das normas na realidade social.

Ainda, o reexame crítico estrutural e funcional da responsabilidade civil, provocado pela ampliação do dano ressarcível, não traz questões a respeito apenas do melhor modo de ressarcir o dano, mas também o problema sobre se indenizar é de fato a melhor solução.

Tem-se que o dano será injusto quando lesar interesses juridicamente tutelados, previstos ou não na norma; de modo que o dano injusto estará presente nas lesões a direitos subjetivos, que deverão qualificar as situações jurídicas acolhidas pelo direito de ressarcimento. Em face da extensão do conceito de dano injusto, amplia-se o rol de lesões atingidas, aumentando a importância da definição de critérios para que seu arbitramento esteja comprometido com a efetiva tutela da pessoa humana.

Como consequência desse alargamento, deterioram-se os filtros clássicos ao ressarcimento do dano, como a culpa e o nexa causal (em face de sua flexibilidade), de modo que o dano passa a ser o elemento primordial da responsabilidade civil contemporânea e o único local para a aferição da ressarcibilidade.

Aflora-se a pessoalidade do dano, tendendo-se para uma responsabilidade civil cada vez mais objetiva e coletiva, distanciando da culpa do ofensor e aproximando-se do dano sofrido

pela vítima. Diante disso, observa-se que a função punitiva percorre um caminho de encontro a hodierna responsabilidade civil posta, constituindo uma involução.

Da análise do direito comparado, verifica-se hipóteses de (se ou como) outros países recepcionam a função punitiva da responsabilidade civil. Nos estados europeus (Alemanha, Itália e França), o prestígio dos direitos humanos trazido pelas suas Constituições foi o principal instrumento que tornou possível a ampla importância da compensação dos danos extrapatrimoniais aos direitos de personalidade. Contudo, permanece em discussão se o ressarcimento poderia, em determinados casos, ir além de um caráter meramente compensatório, introduzindo uma faceta punitiva à indenização.

Destaca-se na Argentina a expressão *derecho de daños* que tomou lugar da responsabilidade civil. Responsabilidade que tem se voltado menos a vinculação de um responsável pelo dano (pela culpa ou pela sua conduta), e tem se preocupado mais em garantir o integral ressarcimento dos prejuízos sofridos pelo ofendido, que passa a ser o centro das atenções, circunstância que confiou intensidade a temas subjacentes da responsabilidade civil, tais como a incidência da teoria objetiva e a quantificação dos danos.

Com a promulgação do novo código civil argentino, o legislador se pronunciou de forma clara sobre as funções do *derecho de daños* e estabeleceu que são, exclusivamente, de prevenção e ressarcimento, de modo que a punição foi expressamente excluída como função possível desse sistema. A decisão legislativa confirmou que os *punitives damages* são algo totalmente estranho e alheio aos *derecho de daños*.

Por sua vez, nota-se que até mesmo nas cortes dos países da *common law* os *punitive damages* não gozam de unanimidade. O instituto tem sofrido entraves no Reino Unido e na Austrália, bem como em determinados estados norte-americanos, em face dos excessos praticados nas decisões condenatórias. Conforme pesquisa do Departamento de Justiça dos EUA os *punitive damages* não são arbitrados com assiduidade e, quando aplicados, o sentido é mais de punição, que prevenção. Esses embaraços alternam de imposições legais que limitam os valores indenizáveis a alocação destes a algum fundo estatal, impedindo o enriquecimento sem causa do ofendido.

Ademais, os *punitive damages* não se justificariam nem mesmo na Análise Econômica do Direito, pois os custos sociais seriam ainda maiores. De modo que nos litígios entre sociedades empresárias e consumidores, as despesas das altas condenações seriam repassadas a esses últimos. O que iria de encontro ao escopo da Análise Econômica do Direito, para qual a indenização punitiva só faria sentido se os custos sociais diminuíssem e os benefícios sociais aumentassem.

Mas isso não ocorre, porque esses custos são repassados para a própria sociedade. Outra consequência disso são os seguros. Sendo a punição o escopo do instituto *punitive damages*, e sua finalidade a de impedir que o ofensor retorne a praticar atividade danosas, mas, estando tais condutas cobertas por um seguro, tal fato, afastaria, por obviedade, essa função finalística da condenação; o que tornaria a implementação da punição incongruente, de modo que sabe-se que na responsabilidade civil, nem sempre o responsável é o obrigado e nem sempre aquele será punido, pois pode estar seguro. Tudo isso perfaz ao referido instituto ir contrariamente as inclinações da responsabilidade civil contemporânea: a objetivação e a coletivização dos danos.

De seu turno, a apreciação da jurisprudência nacional comprova a diversidade de motivações dos julgadores sobre a temática, existindo menções a função punitiva e aplicação dos *punitive damages*; contudo, nos casos analisados, o arbitramento é valorado solitariamente e sem a dosimetria adequada do que está sendo punido.

Em um Estado Democrático de Direito é preciso ter cuidado com a importação de métodos de culturas jurídicas distintos como o *punitive damages*. De modo que seu uso inadequado pode, até mesmo, enfraquecer o equilíbrio entre os poderes. Não se trata aqui de dizer que o sistema anglo-saxão é mais benéfico ou não. São paradigmas diferentes, postos em contextos históricos e países distintos. O grande problema é a importação de métodos de culturas jurídicas diferentes sem a devida filtragem.

Ademais, existem julgamentos que afastam a função punitiva, motivando o *decisum* tão somente na função ressarcitória. Ainda, embora haja dissonância no STJ, observa-se uma intenção à diminuição das indenizações arbitradas sob o intento punitivo.

Conquanto haja lugar para a punição na seara jurisprudencial, ela se mostra dissonante: ora aparece para validar indenizações altíssimas, outrora recusa-se essa função punitiva, acolhendo-se apenas a função ressarcitória.

É evidente que a definição valorativa indenizatória tem reflexos que surgem da função adotada pelo julgador: ressarcitória, punitiva ou ambas. O magistrado que utiliza a indenização por danos extrapatrimoniais como meio para punir o ofensor, decide sem permissão do sistema jurídico pátrio.

O processo de valoração que o presente sistema jurídico apresenta transfere ao arbítrio do magistrado o caminho decisivo para fixar o *quantum* indenizatório dos danos extrapatrimoniais. Ao julgador cabe analisar certos critérios: as jurisprudências das instâncias superiores, proceder avaliações em face do caso concreto, sempre levando a razoabilidade e a prudência no *decisum*.

Ao encontro de uma coerência no arbitramento das indenizações dos danos extrapatrimoniais, o Superior Tribunal de Justiça passou a adotar o método de quantificação bifásico, que conjuga os critérios valorativos do caso concreto e do interesse jurídico ofendido, de modo que, além de mitigar ocasionais arbitrariedades, impedindo a adoção de critérios unicamente subjetivos pelo julgador, afasta a tarificação do dano.

O equívoco do critério bifásico foi o de ter inserido a maior ou menor culpabilidade do ofensor e sua condição econômica como fatores de dimensionamento do montante compensatório dos danos extrapatrimoniais.

E nessas veredas da quantificação dos danos extrapatrimoniais, ainda, considera-se a impossibilidade de incorporar-se ao referido método uma terceira fase, quando o magistrado averiguaria a necessidade de implementação de um caráter punitivo-pedagógico, por intermédio do acréscimo de valor à condenação.

Observa-se que não existe congruência em adotar a função punitiva a título de impedir futuros danos, em uma ordem jurídica como a brasileira, de modo que, essa função tende a ser mais um problema do que uma solução.

Isso porque a concepção de punir e compensar arbitrando-se uma valoração unitária é contraditória por si só, de modo que, ou a quantificação é arbitrada para compensar o dano (analisando-se a sua extensão) ou a valoração é arbitrada no sentido de punição do ofensor (avaliando a conduta do responsável).

De mais a mais, até mesmo no direito penal a pena não tem resolvido o problema da criminalidade, passando longe da prevenção. A pena por si só não acrescenta mais policiais nas ruas, melhores estruturas na sociedade, melhorias na educação ou no ensino público. Nos últimos anos, não faltaram leis penais para tipificação de condutas e aumentos de pena, mas tudo isso parece inócuo, pois a população carcerária do Brasil não para de aumentar, perfazendo já o terceiro lugar no planeta.

Nesse sentido, o dissenso doutrinário na admissibilidade da pena privada pelo sistema legal pátrio é posto na dicotomia do direito civil e penal. No sistema anglo-saxão, o ofendido assume a opção pela seara cível ou penal para o ressarcimento dos danos extrapatrimoniais, admitindo-se incluir, na sentença cível, uma punição ao ofensor. Na escola jurídica romano-germânica, o exercício do poder punitivo se dá exclusivamente pelo Estado, na esfera criminal, exigindo-se antecedente tipificação da conduta punitiva, para que seja admitida a punição.

Logo, o princípio da legalidade, conselheiro do direito penal, inibiria o emprego de penas civis sem previsão em lei. De modo que não caberia ao magistrado civil transformar o julgamento da ação de responsabilidade civil em um meio de aplicação de pena ao ofensor, se

nenhuma lei expressamente o autorizou a tanto. Além do descontrole na atividade do julgador, gerado pela ausência de lei, ao ofensor não é sabido sequer os limites desse *quantum*.

Outra dificuldade contida na adoção da função punitiva é a violação principiológica da vedação do *non bis in idem*, de modo que tem-se a possibilidade de punir a mesma conduta na seara penal e no campo civil.

Observa-se, também, outro ponto incongruente, o enriquecimento sem causa. Infere-se que ao ofendido cabe apenas o valor essencial à compensação do dano, em face de sua extensão. Arbitrar qualquer valor que exceda essa situação produz um ganho patrimonial sem causa. Isso porque o ressarcimento dos danos imateriais funda-se na compensação e não em um equivalente financeiro, como no dano material.

Ainda, considera-se que não deve ser aceita a solução de que a indenização punitiva encontraria sua causa legítima na sentença condenatória adequadamente motivada, pois em face do princípio da reserva legal, essa indenização não teria potencial de extrair sua legalidade de uma decisão judicial. Ao magistrado não cumpre conceber sanções previamente inexistentes e, se assim agir, atuaria de modo arbitrário, infringindo garantias constitucionais, como a separação dos poderes.

Além disso, o princípio da proporcionalidade da pena traz outro revés. A autoridade deste axioma fica completamente prejudicada em um cenário de responsabilidade objetiva, onde não se averigua a culpa do ofensor.

Por outro lado, na última década, a partir da implementação e do contínuo uso de critérios claros para a quantificação dos danos extrapatrimoniais, como o método bifásico, em 2011, conteve-se os casos relacionados ao assunto “dano moral”, conforme relatórios “Justiça em Números” do Conselho Nacional Justiça. Essas informações corroboram a ideia de que a indenização tão só compensatória é um caminho eficaz na prevenção de danos.

A indenização por danos extrapatrimoniais é a demonstração da responsabilidade civil na pacificação social, refletindo a função preventiva. Não se pode olvidar que, em circunstâncias do cotidiano, em face da probabilidade de gerar um dano extrapatrimonial a alguém, um indivíduo invariavelmente refletirá sobre as implicações de suas ações, pois poderá ser condenado em uma demanda indenizatória. Portanto, dispondo a indenização compensatória dessa potencialidade de prevenção, considera-se não existir motivo para que a responsabilidade civil adote uma função punitiva que, como visto, atentaria contra o sistema privado posto.

A prevenção de vindouros danos, sem utilizar punições (como as indenizações vultuosas), é a sugestão. É necessário que a alternativa entre não praticar uma conduta que gere um dano extrapatrimonial ou praticá-la e ter que indenizar a vítima futuramente, não figure tão atraente

ao agente danoso. Todavia, se a indenização punitiva não é a mais perfeita resposta, uma adequada fixação do *quantum* indenizatório, com critérios objetivos claros, como visto no método bifásico, pode desenvolver esse ofício.

A partir daí surge o primeiro ator nessa empreitada: o *juiz*. A atitude do julgador, quando da fixação desse *quantum*, e a seleção dos critérios considerados relevantes ao caso concreto conjecturam seu entendimento em face dos papéis da indenização por danos extrapatrimoniais.

Se é injustificável catalogar os incontáveis interesses geradores de danos extrapatrimoniais, em contrapartida é importante ter um ponto de vista distante de cada um desses interesses que expõe duas manifestações desses danos. A primeira, do dano extrapatrimonial originado por ações corriqueiras do cotidiano e a segunda aquele dano costumeiramente e repetidamente gerado.

Em outros termos, existe o dano não patrimonial oriundo do convívio privado, entre indivíduos que, em geral, jamais foram partes em ações de responsabilidade civil sobre esse assunto. Pessoas que serão condenados a uma indenização e carregarão essa pecha, que prestará como ensinamento para que suas vindouras condutas sejam acauteladas. Existe, por outro lado, aquele dano costumeiramente causado, resultante de comportamentos desatinados de agentes da sociedade iminentemente nocivos.

A atitude do julgador diante desses dois principais cenários é essencialmente a mesma, mas os mecanismos disponíveis a serviço da prevenção desses danos destoam-se. A motivação do *decisum* é primordial, essa dosimetria há de ser exaustiva, para que fique claro cada parâmetro influenciador (analisado no caso concreto) do discernimento racional do magistrado.

A doutrina e a jurisprudência brasileiras vêm empregando, no arbitramento do dano extrapatrimonial, quatro critérios principais, quais sejam: o princípio da razoabilidade, a dimensão do dano, o grau de culpa do responsável e as condições socioeconômicas das partes. Com relação aos dois últimos, entende-se que não devem ser levados em consideração pelos julgadores, pois dizem respeito ao dano causado, e não ao dano sofrido. De modo que seu acatamento esgotaria o efeito preventivo da indenização compensatória, provocando o acolhimento da função punitiva.

De tal modo, o arbitramento judicial deve ser pautado pela razoabilidade, segundo a dimensão do dano e suas consequências para a vítima. Essa ideia de avaliação equitativa e razoável, conduz à conclusão de que a indenização deverá observar uma correlação com o dano.

Essa indenização por danos extrapatrimoniais fixada com base nos atributos particulares do dano é hábil de causar o caráter preventivo almejado nas relações privadas. A ameaça de uma condenação e a sanção inerente da indenização são suficientes para evitar vindouros danos.

Vista por esse ângulo, *a priori*, a responsabilidade civil seria axiologicamente neutra, pois a simples reparação do dano não considera a maior gravidade da conduta. Porém, diante da funcionalização dos direitos, não se pode falar em neutralidade, pois verifica-se na função ressarcitória por meio da via compensatória perifericamente um efeito inibitório, que desestimula o ofensor à reiteração da conduta perante outros potenciais membros da sociedade. Ainda, quando o agente é condenado ao pagamento do *quantum* arbitrado, ele está sendo sancionado justamente pelo Direito, o que por consequência produz um potencial de que ele atue no caminho de desviar-se da prática de novos danos, gerando um efeito preventivo.

Se teoricamente, por um lado, só existe lugar para a análise do fato e da condição pessoal do ofendido como critérios para a quantificação da compensação dos danos extrapatrimoniais, por outro, existem circunstâncias em que se constata que o agente, propositadamente, obtém acréscimo de patrimônio quando a valoração da indenização é inferior ao dano causado, de modo que, para esses casos, parte da doutrina sustenta que esse aumento patrimonial deve ser apurado e acrescido no *quantum* indenizatório.

Diante disso, muitos magistrados acabam exacerbando os valores arbitrados a título de danos extrapatrimoniais, a fim de que, baseado na intenção do agente lesivo, seja ele punido ou que então restitua a totalidade ou pelo menos uma parte dos ganhos ilegitimamente adquiridos.

Contudo, embora se verifique injusta a obtenção desse lucro pelo ofensor, a saída doutrinária proposta se faz incompatível com o sistema ressarcitório considerado. De modo que a entrega desse hipotético dividendo ao ofendido excede a dimensão do dano, incidindo sobre o agente como um formato punitivo. Logo, tende-se como saída, a possibilidade da concorrência de uma ação de responsabilidade civil com uma de enriquecimento ilícito, superando-se a ideia de subsidiariedade da *actio in rem verso*.

Ademais, é preciso considerar quais as ferramentas legítimas que o ordenamento jurídico oferece à coletividade, quando o agente reiteradamente, almejando o lucro, atinge inúmeros indivíduos, acarretando, respectivamente, numerosos danos extrapatrimoniais.

Nessas circunstâncias, é preciso que o maior número de sujeitos lesados acione o Judiciário, que, por intermédio de uma justa e adequada condenação, bem como de uma consequente indenização, alcance o fim de imputar ao ofensor uma conduta mais cautelosa, prevenindo-se novos danos.

Acontece que, nessas circunstâncias, a realidade mostra que nem todos os ofendidos buscam na Justiça uma reparação pelo dano sofrido, fato que favorece o ofensor. Nesse ponto, de encontro a aceitação da indenização punitiva para esses casos, considera-se algumas ferramentas processuais aptas na prevenção de danos.

Poder-se-ia até aceitar a função punitiva para esses casos graves, mas não sob o pretexto da prevenção. Justifica-se isso, diante do seguinte cenário: crimes de lesões corporais, contra a honra, crimes de dano, crimes contra o patrimônio, de apropriação indébita, fraudes, crimes contra a propriedade intelectual, contra o comércio, concorrência desleal, organização do trabalho, intimidade, saúde e paz pública, falsidade documental, finanças públicas, contra a Administração Pública em geral, são delitos previstos no Código Penal e que também geram responsabilidade civil.

Ainda existem as infrações penais previstas nas legislações extravagantes: Lei n. 8.078/1990 (que protege o consumidor e traz os respectivos delitos), Lei n. 9.605/1998 (que apresenta as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente), Lei n. 9.605/1998 (tipifica os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo), esta última prevê penas privativas de liberdade de até cinco anos, além de multas que podem chegar a mais de um milhão em quinhentos reais.

Logo, se a responsabilização penal, com penas privativas de liberdade e multas nesses patamares, por delito praticado, tende a não apresentar um condão dissuasório, parece ser inócuo aceitar que a função punitiva no direito privado vai auxiliar no refreamento dessas condutas.

De outra parte, encontra-se na seara *processual* ferramentas aptas a contribuir para a prevenção de danos: as ações coletivas e o *fluid recovery*, que podem cooperar nesse escopo, pois possibilitam o acesso à justiça, de modo mais simples aos ofendidos dos danos extrapatrimoniais, permitindo exigir do ofensor uma indenização *erga omnes*, por meio de um legitimado extraordinário.

Por fim, verifica-se um terceiro ator nessa caminhada, o *Estado-Administração*, por intermédio de seus órgãos regulatórios e das aplicações de sanções administrativas aos ofensores contumazes, com antecedente previsão legal definidora de limites e parâmetros, o que poderia, também, quadrar em prevenir, não pela punição em si, mas em virtude da celeridade inerente à sanção administrativa, de seus efeitos políticos e, sobretudo, pela regulação dessas atividades.

Por todos esses aspectos, considera-se que essa reunião de atores pode, efetivamente, auxiliar na prevenção de danos futuros. O arbitramento pelo magistrado de uma indenização compensatória, adjunto de ferramentas processuais postas no presente sistema, somado ao auxílio da Administração Pública e seu poder regulatório-sancionador, tendem a prevenir os danos de modo satisfatório, além de serem legitimados pelo ordenamento jurídico posto.

REFERÊNCIAS

- ABREU, Rogério Roberto Gonçalves de. Teoria do dano ilícito. *In*: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (org.). **Novo Código Civil Questões Controvertidas: responsabilidade civil**. v. 5. São Paulo: Editora Método, 2006.
- ALEMANHA. [Código Civil]. **Bürgerliches Gesetzbuch – BGB**. 1896. Disponível em: <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>. Acesso em: 20 nov. 2020.
- ALEMANHA. [Código de Processo Civil]. **Zivilprozessordnung – ZPO**. 1950. Disponível em: <http://www.gesetze-im-internet.de/zpo/>. Acesso em: 20 nov. 2020.
- ALEMANHA. [Tribunal de Justiça Federal]. **Bundesgerichtshof – BGH**. 1955. Disponível em: <https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/german/case.php?id=838>. Acesso em: 20 nov. 2020.
- ALEMANHA. [Tribunal de Justiça Federal]. **Bundesgerichtshof – BGH**. 1991. Disponível em: <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BJNR001950896.html>. Acesso em: 20 nov. 2020.
- ALEMANHA. [Tribunal de Justiça Federal]. **Bundesgerichtshof – BGH**. 1992. Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bz118312.html>. Acesso em: 20 nov. 2020.
- ALEMANHA. [Tribunal de Justiça Federal]. **Bundesgerichtshof – BGH**. 1996. Disponível em: <https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/german/case.php?id=730>. Acesso em: 20 nov. 2020.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALPA, Guido; BESSONE, Mário. **La responsabilità civile**. Milano: Giuffrè, 2001.
- ALSINA, Jorge Horacio Bustamante. Los llamados ‘daños punitivos’ son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil. *In*: **Revista de responsabilidad civil y seguros**: publicación mensual de doctrina, jurisprudencia y legislación. Buenos Aires: La Ley, 2014. p. 267-277.
- ALSINA, Jorge Horacio Bustamante. **Teoría general de la responsabilidad civil**. 9. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.
- ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 3. ed. Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1965.
- AMARAL, Ana Claudia Correa Zuin Mattos do. **Responsabilidade civil pela perda da chance**: natureza jurídica e quantificação do dano. Curitiba: Juruá, 2015.
- AMARAL, Ana Claudia Correa Zuin Mattos do. PONA, Evérton William. Ampliando horizontes: expansão da categoria dos danos ressarcíveis como garantia da sustentabilidade jurídico-social nas relações privadas. *In*: KEMPFER, Marlene; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa (org.). **Estudos em Direito Negocial e Sustentabilidade**. 1 ed. Curitiba: CRV, 2012.

AMARANTE, Aparecida. **Responsabilidade civil por dano à honra**. 6. ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2005.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. A evolução do conceito de dano moral. *In*: COUTO, Antonio; SLAIBI FILHO, Nagib; ALVES, Geraldo Magela (org.). **A responsabilidade civil e o fato social no século XXI**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano moral e indenização punitiva**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Curso de processo civil coletivo**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. *E-book*.

ARGENTINA. **Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación**. 2012. Disponível em: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>. Acesso em: 21 de maio de 2020.

ARGENTINA. **Ley n. 26.994, de 07 de outubro de 2014**. Código Civil y Comercial de La Nación. Disponível em: http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf. Acesso em: 21 de maio de 2020.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 19. Rio de Janeiro: Padma, jul./set. 2004, p. 211-218.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

BAPTISTA, Sílvio Neves. **Teoria Geral do dano de acordo com o novo código civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2003.

BARREIRO, A. Fernández; PARICIO, Javier. **Historia del derecho romano y su recepción europea**. Madrid: Marcial Pons, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Sem data vênica: um olhar sobre o Brasil e o mundo**. 1ª ed. Rio de Janeiro: História Real, 2020.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BENJAMIN, Spencer. **Due Process and Punitive Damages: The Error of Federal Excessiveness Jurisprudence**, 2006. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=886713. Acesso em: 28 mar. 2020.

BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. **Dano Moral: critérios de fixação de valor**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BIANCA, Cesare Massimo. Danno ingiusto: a proposito del risarcimento da lesione di interessi. **Rivista di Diritto Civile**, Padova: CEDAM, v. 46, n. 5, parte I, p. 689-693, 2000.

BIANCA, Cesare Massimo. **Diritto civile: La responsabilità**. v. 5. Milano: Giuffrè Editore, 1994.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação Civil por Danos Morais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. São Paulo: Edipro, 2011.

BORGHETTI, Jean-Sébastien. Punitive Damages in French. *In*: KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa (org.). **Punitive Damages: Common law and Civil law perspectives**. Viena: SpringerWienNewYork, 2009, p. 55-73.

BOUTONNET, Mathilde. **Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile**. Paris: L.G.D.J., 2005.

BRASIL. A indústria do dano moral. **Revista Visão Jurídica**, São Paulo: Editora Escala, n.º 23, p. 51-58, 2008.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado n.º 274**. "Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, inc. III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação." IV Jornada de Direito Civil, Brasília, 2006. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/219>. Acesso em: 20 de maio de 2020.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado n.º 588**. "O modelo de responsabilidade civil por dano extrapatrimonial previsto no Código Civil atribuiu ao juiz alguma discricionariedade na fixação da indenização. Para tanto, deverá ele se valer de critérios previstos no Código, como a extensão do dano (art. 944). No exercício deste arbitramento, pode o magistrado valer-se da condição econômica do ofendido, mas de maneira moderada. Não deve ser esse o critério preponderante, sob pena de se infringir o princípio da reparação integral do prejuízo." VII Jornada de Direito Civil, Brasília, 2015. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/827>. Acesso em: 21 de maio de 2020.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado n.º 620**. "A obrigação de restituir o lucro da intervenção, entendido como a vantagem patrimonial auferida a partir da exploração não

autorizada de bem ou direito alheio, fundamenta-se na vedação do enriquecimento sem causa." VIII Jornada de Direito Civil, Brasília, 2018. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/1169>. Acesso em: 25 de nov de 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Painel Banco Nacional de Monitoramento de Prisões**. Resolução nº 251/2018. Atualização on-line [2021]. Disponível em: <https://portalbnmp.cnj.jus.br/#/estatisticas>. Acesso em: 15 mar. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Relatório Justiça em Números 2015**: ano-base 2014. Brasília: CNJ, 2015. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2015/09/204bfbab488298e4042e3efb27cb7fbd.pdf> Acesso em: 08 abr. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Relatório Justiça em Números 2017**: ano-base 2016. Brasília: CNJ, 2017. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/08/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf> Acesso em: 17 set. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Relatório Justiça em Números 2019**: ano-base 2018. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf Acesso em: 17 set. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 1 ago. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 1 ago. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em: 1 ago. 2020.

BRASIL. Efeitos padronizados: STJ define valor de indenizações por danos morais. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 15 de setembro de 2009. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-set-15/stj-estipula-parametros-indenizacoes-danos-morais>. Acesso em: 17 set. 2019.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 10 nov. 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm. Acesso em: 10 mai. 2020.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 19 mar. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Institui o Código de Processo Civil.**

Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 19 nov. 2020.

BRASIL. **Novo código civil: exposição de motivos e texto sancionado.** 2. ed. Brasília:

Senado Federal - Subsecretaria de Edições Técnicas, 2005. Disponível em:

<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/70319>. Acesso em: 21 mar. 2020.

BRASIL. **Projeto de Lei do Senado 150**, de 1999. Disponível em:

<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/1459>, Acesso em: 04 abr. 2020.

BRASIL. **STJ**, 3ª Turma, REsp 1.152.541/RS. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Julgado em: 13 set. 2011. Publicado em: DJe, 21 set. 2011.

BRASIL. **STJ**, 3ª Turma, AgRg no REsp 1.436.158/SC. Rel. Min. João Otávio de Noronha. Julgado em: 02 set. 2014. Publicado em: DJe, 09 set. 2014.

BRASIL. **STJ**, Jurisprudências em Teses, edição 125, 17 de maio de 2019. Disponível em:

http://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%C3%AAncia%20em%20Teses%20125%20-%20Responsabilidade%20Civil%20-%20Dano%20Moral.pdf. Acesso em: 09 abr. 2020.

BRASIL. **STJ**, 1ª Turma, REsp 800.536/DF. Rel. Min. Denise Arruda. Julgado em: 07 nov. 2006. Publicado em: DJe, 27 nov. 2006.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**, 3ª Turma, REsp 53.321/RJ. Rel. Min. Nilson Naves. Publicado em: DJU, 24 nov. 1997.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**, 3ª Turma, REsp 959.780/ES. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Julgado em: 26/04/2011. Publicado em: DJe, 06 mai. 2011.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**, 3ª Turma, REsp 1.152.541/RS. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Julgado em: 13 set. 2011. Publicado em: DJe, 21 set. 2011.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**, 3ª Turma, REsp 1.698.701/RJ. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em: 02/10/2018. Publicado em: DJe, 08 out. 2018.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**, 4ª Turma, REsp 171.084/MA. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Publicado em: DJU, 5 out. 1998.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**, 4ª Turma, REsp 719.354/RS. Rel. Min. Barros Monteiro. Julgado em: 24 mai. 2005. Publicado em: DJe, 29 mai. 2005.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**, 4ª Turma, REsp 1.354.536/SE. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Julgado em: 26 mar. 2014. Publicado em: DJe 05 mai. 2014.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Paraná**, 6ª Câmara Cível, Apelação Cível 245.566-9. Rel. Des. Miguel Kfoury Neto. Julgado em: 16 mar. 2004. Publicado em: DJe, 02 fev. 2004.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Paraná**, 6ª Câmara Cível, Apelação Cível 1.539.914-5. Rel. Des. Carlos Eduardo Andersen Espínola. Julgado em: 21 fev. 2017. Publicado em: DJe, 09 mar. 2017.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro**, 3ª Câmara Cível, Apelação Cível 9.800.114.922. Rel. Des. Nagib Slaibi Filho. Julgado em: 09 mar. 1999.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**, 9ª Câmara Cível, Apelação Cível 70.049.132.731. Rel. Des. Iris Helena Medeiros Nogueira. Julgado em: 18 jul. 2012, 9ª Câmara Cível. Publicado em: DJe, 20 jul. 2012.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**, 16ª Câmara Cível, Apelação Cível 70.057.657.363. Rel. Des. Catarina Rita Krieger Martins. Julgado em: 19 dez. 2013, 16ª Câmara Cível. Publicado em: DJe, 20 jan. 2014.

BRASIL. **Tribunal de Justiça de São Paulo**, 4ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível 271.584.120.108.260.564. Rel. Des. Teixeira Leite. Julgado em: 18 jul. 2013. Publicado em: DJe, 19 jul. 2013.

BRASIL. **Tribunal de Justiça de São Paulo**, 35ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível 192.917.420.128.260.451. Rel. Des. Moraes Pucci. Julgado em: 15 dez. 2014. Publicado em: DJe, 15 dez. 2014.

BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BRIZ, Jaime Santos. **La responsabilidad civil**. 7. ed. Madrid: Editorial Montecorvo, 1993.

BÜYÜKSAGIS, Erdem; EBERT, Ina; FAIRGRIEVE, Duncan; MEURKENS, Renée Charlotte; QUARTA, Francesco. **Punitive damages in Europe and Plea for the recognition of legal pluralism**. Philadelphia: Kluwer Law International, 2016.

CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 3. ed. São Paulo: RT, 2005.

CAMPOS, Diogo Leite de. **A subsidiariedade da obrigação de restituir o enriquecimento**. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. A erosão das bases do Estado Social de Direito e o impacto na efetivação dos direitos sociais. **Revista do Direito Público**, Londrina, v. 8, n. 2, p. 63-90, mai/ago. 2013.

CASARES, Julio. **Diccionario ideológico de la lengua española**. Madrid: Gustavo Gili, 2004.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CENCI, José Eduardo Callegari. Considerações sobre dano moral e a sua reparação. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n. 683, p. 45-48, set. 1992.

COASE, Ronald. **O problema do custo social**. Trad. Francisco Kummel e Renato Caovilla. *The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies*: v. 3. n. 1. Article 9. 2008. Disponível em: <http://services.bepress.com/lacjls/vol3/iss1/art9>. Acesso em: 18 mai. 2021.

CODERCH, Pablo Salvador; PALOU, María Teresa Castiñeira. **Prevenir y castigar**. Madrid: Pons, 1997.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: obrigações e responsabilidade civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COELHO, Francisco Manuel Pereira. **O Enriquecimento e o Dano**. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil**. v. 2. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

COSTA, Mário Júlio Almeida. **Direito das obrigações**. Coimbra: Livraria Almedina, 2004.

COUTO E SILVA, Clóvis do. **A obrigação como processo**. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito Romano Moderno**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

DAL PIZZOL, Ricardo. **Responsabilidade civil: funções punitiva e preventiva**. Indaiatuba: Editora Foco, 2020.

DE CUPIS, Adriano. **Il Danno: teoria generale della responsabilità civile**. v. 2. Milano: Giuffrè, 1970.

DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Trad. Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Livraria Moraes, 1961.

DEMOGUE, René. **De la réparation civile des délits**. Paris: Elibron Classics, 1897 (réimpression, 2006).

DIAS, José Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 12. edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. 1. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. v. 7. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sergio. **Comentários ao novo Código Civil**: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DUARTE, Ronnie. Responsabilidade civil e o novo código: contributo para uma reavaliação conceitual. **Revista dos Tribunais**. São Paulo. ano 95, v. 850, p. 57-88, ago. 2006.

EAGLETON, Terry. **As ilusões do pós-modernismo**. Trad. Elisabeth Barbosa. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996

ENGISCH, Karl. **La idea de concrecion en el derecho y en la ciência jurídica actuales**. Trad. Juan José Gil Cremades. Pamplona: Ediciones Universidade de Navarra, 1968.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **BMW of North America, Inc. v. Gore** (94-896), 517 U.S. 559. 1996. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supct/html/94-896.ZO.html> Acesso em: 28 mar. 2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. [Constituição dos Estados Unidos da América]. **National Constitution Center**, 1988. Disponível em: <https://constitutioncenter.org/media/files/Port-Constitution%208-19.pdf>. Acesso em: 07 abr. 2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Punitive Damages Awards in States Courts**, 2005, March 2011, U.S. Department of Justice, Office of Justice Programs, Bureau of Justice Statistics, By Thomas H. Cohen, J.D., Ph.D., BJS Statistician and Kyle Harbacek, BJS Intern. Disponível em: <http://www.bjs.gov/index.cfm?ty=pbdetail&iid=2376>. Acesso em: 21 mar. 2021.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **State Farm Mut. Automobile Ins. Co.v. Campbell** (01-1289) 538 U.S. 408. 2003. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/supct/html/01-1289.ZO.html>. Acesso em: 28 mar. 2020.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil**: sentidos, transformações e fim. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. *In*. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRARA, Francesco. **Trattato di diritto civile italiano**. Roma: Athenaeum, 1921.

FERREIRA, Keila Pacheco. **Responsabilidade civil preventiva**: função, pressupostos e aplicabilidade. Tese (doutorado). Universidade do Estado de São Paulo – USP. São Paulo: 2014.

FERREIRA, Manuel Alceu Affonso. Liberdade de expressão e biografias. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 32, n. 117, p. 144-149, out. 2012.

FONTES, João Roberto Egydio Piza. Dano moral. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**: nova série. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 1, n. 2, p. 18-37, jul./dez. 1998.

FRADA, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da. **Contrato e deveres de proteção**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

FRANÇA. **Avant-projet de Réforme du Droit des Obligations**. 2005. Disponível em: http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf. Acesso em: 20 nov. 2020

FRANÇA. **Code civil**. 2018. Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>. Acesso em: 20 nov. 2020.

FRANÇA. **Cour de Cassation**. Rapport du groupe de travail de la Cour de cassation Sur l'Avant-Projet de Réforme du Droit des Obligations et de la Prescription. 2007. Disponível: https://www.courdecassation.fr/br_institution_br_br_1/autres_publications_discours_2039/discours_2202/groupe_travail_10699.html. Acesso em: 20 nov. 2020.

FRANÇA, Rubens Limongi. Enriquecimento sem Causa. **Enciclopédia Saraiva de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1987.

GALDÓS JORGE, Mario. Daños a las personas en la provincia de Buenos Aires. **Revista de Derecho de Daños**: Determinación del daño I. Buenos Aires: Culzoni Editores, 2004, p. 51-111.

GALLO, Paolo. **Pene private e responsabilità civile**. Milano: Giuffrè, 1996.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Responsabilidade civil pelo risco da atividade**. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOMES, José Jairo. **Responsabilidade civil e eticidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

GOMES, Luiz Flávio. **Nova York fechou 10 dias seguidos sem assassinatos**. Disponível em: <http://institutoavantebrasil.com.br/nova-york-ontem-fechou-10-dias-seguidos-sem-assassinatos/>. Acesso em: 20 mar. 2021.

GOMES, Orlando. **Direitos de personalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

GOMES, Orlando. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GOMES, Orlando. Tendências modernas na teoria da responsabilidade civil. **Estudos em homenagem ao Professor Silvio Rodrigues**. São Paulo: Saraiva, 1980.

GONÇALVES, Vitor Fernandes. **A Punição na Responsabilidade Civil**: A indenização do dano moral e da lesão a interesses difusos. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

GONZALO, Marco Lopez de. Punitive damages e ordine pubblico. **Rivista Di Diritto Internazionale Privato e Processuale**. Padova, v.44, n.1, p. 77-90, jan. 2008.

GOTANDA, John. Punitive damages: a comparative analysis. **Columbia Journal of Transnational Law**, Nova Iorque, v. 42, n. 2, 2004, p. 391-444.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GREGORIO, Valentina di. **La valutazione equitativa del danno**. Padova: Cedam, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et. al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre o direito**. Trad. Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

HESSE, Konrad. **Derecho constitucional e derecho privado**. Madri: Civitas, 1999.

ITÁLIA. **Codice Civile Italiano**. 1942. Disponível em: <http://www.altalex.com>. Acesso em: 22 abr. 2020.

ITÁLIA. **Codice dela Proprietà Industriale**. 2005. Disponível em: <https://www.brocardi.it/codice-della-proprieta-industriale/>. Acesso em: 25 abr. 2020.

ITÁLIA. **Codice Penale Italiano**. 1930. Disponível em: <http://www.altalex.com>. Acesso em: 22 abr. 2020.

ITÁLIA. **Corte di Cassazione**, 19 Gennaio 2007, n. 1183/2007. Disponível em: http://dirittolavoro.altervista.org/cass_1183_07_no_punitive_damages.html. Acesso em: 21 nov. 2020.

ITÁLIA. **Corte di Cassazione**, 8 Febbraio 2012, n. 1781/2012. Disponível em: <https://www.dirittoscolastico.it/corte-di-cassazione-sentenza-n-1769-del-08-febbraio-2012/>. Acesso em: 21 mai. 2020.

ITÁLIA. **Costituzione della Repubblica Italiana**. 1948. Disponível em: https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/no_vita/XVII/COST_PORTOGHESE.pdf. Acesso em: 21 mai. 2020.

JANSEN, Nils; RADEMACHER, Lukas. Punitive Damages in Germany. *In*: KOZIOL, Helmut; WILCOX, Vanessa (org.). **Punitive Damages: Common law and Civil law perspectives**. Viena: SpringerWienNewYork, 2009, p. 75-86.

JUNKES, Sérgio Luiz. A culpa e a punição não podem servir de critério para a fixação da indenização por dano moral. **Jurisprudência Catarinense**, ano 31, n. 107, 2005, p. 219-234.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O Direito das Agências Reguladoras Independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1983.

KERN, Bernd-Rüdiger. A função de satisfação na indenização do dano pessoal: um elemento pessoal na satisfação do dano? **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 33, p. 9-32, jan./mar. 2000.

KHOURI, Paulo Roque. **Direito do Consumidor**: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

KROETZ, Maria Cândida do Amaral. **Enriquecimento sem causa no direito civil brasileiro contemporâneo e recomposição patrimonial**. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005.

LAGO, José Manuel Busto; LÓPEZ, Fernando Peña. Enriquecimiento injusto y responsabilidad civil extracontractual. **Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña**, Corunha, 1997, p. 141-166.

LARENZ, Karl. **Derecho de Obligaciones**. v. 1. Trad. Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1964.

LARENZ, Karl. **Derecho justo**: fundamentos de etica juridica. Traducción y presentación Luis Díez-Picazo. Madrid: Editorial Civitas, 1991.

LAZZARINI, Álvaro. Tutela administrativa e relações de consumo. *In*: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). **Doutrinas essenciais de direito do consumidor**. v. 6. São Paulo: Ed. RT, 2012.

LEITE, José Rubens Morato; MELO, Melissa Ely. As funções preventivas e precaucionais da responsabilidade civil por danos ambientais. **Revista Sequência**, n. 55, p. 195-218, dez. 2007.

LIMA, Larissa Pinho de Alencar. **Judicialização da educação: Um estudo sobre o padrão decisório do TJRO, TJRS e STF**. Tese (Doutorado) Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Programa de pós-graduação em Ciência Política, Faculdade Católica de Rondônia, Porto Alegre: 2018.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil**; Obrigações. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. **Princípios políticos do direito penal**. 2. ed. São Paulo: RT, 1999.

LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

LORENZETTI, Ricardo. **Fundamentos de Derecho Privado**: Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. Buenos Aires: La Ley, 2016.

LOTUFO, Renan. **Curso Avançado de Direito Civil**, Parte Geral, v. 1. Coord. Everaldo Cambler. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues. **Temas relevantes do direito civil contemporâneo – reflexões sobre os 10 anos do Código Civil**. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

LOURENÇO, Paula Meira. **A Função Punitiva da Responsabilidade Civil**. Coimbra: Editora Coimbra, 2006.

LUNNEY, Mark; OLIPHANT, Ken. **Tort Law: text and materials**. 5. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013.

MAGNUS, Ulrich. **Damages for non-pecuniary loss in German contract and tort law**. Oxford: The Chinese Journal of Comparative Law, 2015.

MAGNUS, Ulrich. **The reform of German tort law**. Working Paper n. 127. Barcelona: Universidad de Hamburgo, 2003.

MARINANGELO, Rafael. **Indenização punitiva e o dano extrapatrimonial na disciplina contratual**. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. A Transformação do Civil Law e a Oportunidade de um Sistema Precedentalista para o Brasil. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, ano 57, n. 380, p. 45-50, jun. 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. AREHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. *E-book*.

MARKESINIS, Basil; UNBERATH, Hannes. **The German law of torts: a comparative treatise**. 4. ed. Oxford: Hart Publishing, 2002.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MARQUES, Cláudia Lima. Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de “ações afirmativas” em contratos de plano de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Aspectos jurídicos do exercício do poder de sanção por órgão regulador do setor de energia elétrica. **Revista de Direito Administrativo**, v. 221, p. 354-375. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil: Do inadimplemento das obrigações**. v. 5. t. 2. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MARTINS-COSTA, Judith. **O novo código civil brasileiro: em busca da “ética da situação”**. Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 789, jul. 2001.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (punitive damages e o direito brasileiro). **Revista do Centro de Estudos Judiciário**, n. 28, jan.-mar. 2005. p. 15-32.

MARTON, Gezá. **Les fondements de la responsabilité civile**. Paris: Sirey, 1938.

MATTEI, Ugo. **Comparative law and economics**. Michigan: University of Michigan, 2004.

MAZZEI, Rodrigo. A ação popular e o microsistema da tutela coletiva. *In*: GOMES JUNIOR, Luiz Flávio (org.). **Ação popular**: aspectos controvertidos e relevantes (40 anos da Lei n. 4717/65). São Paulo: RCS, 2006.

MCKEN, Ryan. **What Is Conservatism?** Mises Institute, 2020. Disponível em: <https://mises.org/wire/what-conservatism>. Acesso em: 20 mai. 2021.

MEIRA, Sílvio Augusto de Bastos. **Instituições de direito romano**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1971.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: plano da eficácia – 1ª parte. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MELO, Diogo Leonardo Machado de. Ainda Sobre a Função Punitiva da Reparação dos Danos Morais (e a destinação de parte da indenização para entidades de fins sociais - art. 884, parágrafo único, do Código Civil). **Revista de Direito Privado**, n. 26, abr./jun. 2006, RT, São Paulo. p. 105-ss.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edson do Rêgo. **Elementos da responsabilidade civil por dano moral**. Rio de Janeiro: Renovar. 2000.

MONTENEGRO, Antonio Lindbergh C. **Do ressarcimento de danos pessoais e materiais**. Rio de Janeiro: Âmbito Cultural, 1984.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. **Revista Direito, Estado e Sociedade** (PUC-Rio), v. 9, n. 29, Rio de Janeiro, jul./dez. 2006.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e direito civil: tendências. **Revista do Departamento de Direito da PUC-Rio**, n. 15, Rio de Janeiro, 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Punitive damages* em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro: Padma, ano 5, n. 18, p. 45-78, abr./jun. 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo.** 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

MOREIRA, Vital. **Auto-regulação profissional e Administração Pública.** Coimbra: Almedina, 1997.

MOSSET ITURRASPE, Jorge; PIEDECASAS, Miguel A. **Responsabilidad por daños.** Tomo XI. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2009.

NALIN, Paulo Roberto Ribeiro. **Responsabilidade civil: descumprimento do contrato e dano extrapatrimonial.** Curitiba: Juruá, 1996.

NONET, Philippe; SELZNICK Philip. **Direito e sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo.** Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

NORONHA, Fernando. Desenvolvimentos contemporâneos da responsabilidade civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 88, v. 761, p. 31-44, mar. 1999.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações.** v 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

OLIVEIRA, Marcius Geraldo Porto de. **Dano moral: Proteção da consciência e da personalidade.** São Paulo: Mundo Jurídico, 2007.

OSÓRIO, Fábio Medina. O conceito de sanção administrativa no direito brasileiro. *In*: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). **Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

OWEN, David. Punitive damages in products liability litigation. **Michigan Law Review.** Ann Arbor, v. 74, n. 7, p. 1.257-1.371, jun. 1976.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Processo regulatório sancionador e consensualidade: análise do acordo substitutivo no âmbito da Anatel.** Revista de Direito de Informática e Telecomunicações - RDIT, Belo Horizonte, ano 5, n. 8, jan./jun. 2010. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=69188>. Acesso em: 20 mai. 2021.

PEÑA LÓPEZ, Fernando. **La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual.** Granada: Editora Comares, 2002.

PERLINGIERI, Pietro. Le funzioni della responsabilità civile. **Rassegna di Diritto Civile**, Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, v. 11, n. 1, p. 115-123, apr. 2011.

PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PETRELLI, Patrizia. **Il danno non patrimoniale**. Milani: Casa Editrice Dott, 1997.

PICASSO, Sebastián. Las funciones del derecho de daños en el Código Civil y Comercial de la Nación. *In: Revista de responsabilidad civil y seguros*: publicación mensual de doctrina, jurisprudencia y legislación. Buenos Aires: La Ley, 2015. p. 5-23.

PIZARRO, Ramón Daniel. **Daño moral**: prevención, reparación, punición. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1996.

PIZARRO, Ramón Daniel. **Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación**: daños por noticias inexactas o agraviantes. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1991.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Comentários à Constituição de 1946**. v. 1. Rio de Janeiro: Henrique Cahen, 1947. v. 1.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de direito privado**. t. 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Bosch, 1972a.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de direito privado**. t. 4. 3. ed. Rio de Janeiro: Bosch, 1972b.

POPPER, Karl Raimund. **Conjeturas e Refutações**. Trad. Benedita Bettencourt. Lisboa: Biblioteca de Filosofia Contemporânea, 2018.

PORTA, Marcos. **Processo administrativo e o devido processo legal**. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

PORTUGAL. **Código Civil Português**. 1966. Disponível em: <https://www.codigocivil.pt/>. Acesso em: 10 nov. 2020.

POSNER, Richard Allen. **Economic analysis of law**. 2. ed. Boston: Little, Brown and Company, 1977.

PRIEST, George. La reforma del régimen de daños punitivos: el caso de Alabama. **La Responsabilidad Extracontractual**. Barcelona: Gedisa, 2005, p. 301-311.

PUGLIATTI, Salvatore. **La Proprietà nel Nuovo Diritto**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1964.

PUIG, Manuel Rebollo. **El Derecho Administrativo Sancionador**. *In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.)*. Uma Avaliação das Tendências do Direito Administrativo. Obra em homenagem a Eduardo García de Enterría. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PÜSCHEL, Flavia Portella. Funções e princípios justificadores da responsabilidade civil e o art. 927, § único do Código Civil. **Revista Direito GV**. São Paulo, 2005, v.1 n.1, p. 91-107.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

REALE, Miguel. O dano moral no direito brasileiro. **Temas de direito positivo**. São Paulo: Ed. RT, 1992.

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

REIS, Clayton. **Dano moral**. 6. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2019.

REIS, Clayton. O verdadeiro sentido da indenização dos danos morais. *In*: LEITE, Eduardo de Oliveira (org.). **Grandes Temas da atualidade: Dano Moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

REIS, Clayton. **Os Novos Rumos da Indenização do Dano Moral**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

REPRESAS, Felix Alberto Trigo; MESA, Marcelo Lopes. **Tratado de la responsabilidad civil**. t. 1. Buenos Aires: La Ley, 2004.

RESEDÁ, Salomão. **A função social do Dano Moral**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**. Trad. Osório de Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1937.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. **Terceiro setor**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje**. Trad. Danilo Doneda e Luciana Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ROSENKRANTZ, Carlos Fernando. El riesgo y la responsabilidad extracontractual: Algunas consideraciones filosóficas, jurídicas y económicas acerca de una difícil relación. **Revista Jurídica de la Universidad de Palermo**, v. 3, p. 45-80, 1998.

ROSENKRANTZ, Carlos Fernando. Introducción. La justicia correctiva y la responsabilidad extracontractual: donde la Filosofía del Derecho y la Economía se encuentran. *In*: ROSENKRANTZ, Carlos Fernando. (comp.) **La responsabilidad extracontractual**. Barcelona: Gedisa, 2005, p. 9-53.

ROSENVOLD, Nelson. **A responsabilidade civil pelo ilícito lucrativo**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

ROSENVOLD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2017a. *E-book*.

ROSENVOLD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé**. São Paulo: Saraiva, 2005.

ROSENVALD, Nelson. **O Direito Civil em Movimento**: desafios contemporâneos. Salvador: Juspodivm, 2017b.

ROSENVALD, Nelson. Responsabilidade civil: compensar, punir e restituir. **Responsabilidade Civil**: Aspectos Gerais e Temas Contemporâneos. 1. ed. Campo Grande: Contemplar, 2020. p. 131-140.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Responsabilidade civil, liberdade e Direito Privado**. 2020. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/332206/responsabilidade-civil-liberdade-e-direito-privado>. Acesso em: 30 out. 2020.

SALVI, Cesare. **La responsabilità civile**. Milano: Giuffrè, 1998.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **O princípio da reparação integral no código civil brasileiro de 2002 e sua concretização no dano-morte**. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. Quantificação da Indenização por Danos Morais. **Congresso sobre o perfil contemporâneo da Responsabilidade Civil**, Escola Nacional da Magistratura do Trabalho, Brasília, 2014. Disponível em: http://www.enamat.jus.br/wp-content/uploads/2014/12/Degravacao_CFC_Responsabilidade_Civil.pdf. Acesso em: 29 abr. 2020.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. Contribuições à fixação da indenização do dano moral trabalhista: a tese da aplicação dos exemplary ou punitive damages. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, v. 30, n. abr./jun. 2004, p. 187-198.

SARAMAGO, José. **Ensaio sobre a cegueira**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa**: o lucro da intervenção. São Paulo: Atlas, 2012.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Sistema del Derecho Romano Actual**. Trad. Jacinto Mesía e Manuel Poley. 2. ed. Madrid: Centro Editorial de Gongora, 1933.

SCHREIBER, Anderson. A perda da chance na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo (org.). **O Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 81-102.

SCHREIBER, Anderson. Arbitramento do dano moral no Código Civil. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 12, ano 3, out./dez. 2003, p. 16-38.

SCHREIBER, Anderson. **Manual de Direito Civil**: contemporâneo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SHARKEY, Catherine M. Punitive damages as societal damages. **Yale Law Journal**. New Haven, v. 113, n. 2, p. 347-453, 2003.

SILVA, Américo Luís Martins da. **O dano moral e a sua reparação civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, Wilson Melo da. **O dano moral e sua reparação**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SILVEIRA, Adriana Aparecida Dragone. **O direito à educação de crianças e adolescentes: análise da atuação do Tribunal de Justiça de São Paulo (1991-2008)**. Tese (Doutorado em Educação) – Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo, São Paulo: 2010.

SOBRINO, Augusto Roberto. Alimentos: algunas propuestas para su cumplimiento. La aplicación del daño moral, daños punitivos, astreintes y la teoría de las cargas probatorias. **Revista del Colegio de Magistrados y Funcionarios del Departamento Judicial de San Isidro**. San Isidro, v. 5, 1999, p. 10-25.

STOLL, Hans. Penal Purposes in the Law of Tort. **American Journal of Comparative Law**. Oxford, n. 18, 1970. p. 3-21.

SUGARMAN, Stephen. **Tort Reform Through Damages Law Reform: An American Perspective**. 2002. Disponível em: <http://www.austlii.edu.au/au/journals/UNSWLawJl/2002/51.html> Acesso em: 28 mar. 2020.

SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às agências reguladoras. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. São Paulo: RT, 2002.

TASCA, Flori Antônio. **Responsabilidade civil: dano extrapatrimonial por abalo de crédito**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 1999.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado**. v. 1. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. Direito sobre biografias no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: FGV, v. 262, p. 299-316, jan./abr. 2013.

TEPEDINO, Gustavo. O novo Código Civil: duro golpe na recente experiência constitucional brasileira. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 7, Rio de Janeiro, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano Moral**. 7. ed. ver. ampl. Belo Horizonte: Editora Del Rey. 2010.

TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? *In*: TIMM, Luciano Benetti; SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TOURNEAU, Philippe le. **Droit de la responsabilité et des contrats**. 8. éd. Paris: Dalloz, 2010.

TUNC, André. **La responsabilité civile**. 2. éd. Paris: Economica, 1989.

UILAN, Eduardo. **Responsabilidade civil punitiva**. Tese de doutorado em Direito. Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2003.

UNIÃO EUROPEIA. European Commission. Evaluation of the effectiveness and efficiency of collective redress mechanisms in the European Union. **Civic Consulting and Oxford Economics**, Berlim, 26 de agosto de 2008. Disponível em: http://www.civic-consulting.de/reports/collective%20redress_study.pdf. Acesso em: 25 nov. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. Recomendação 2013/396/UE. **Jornal Oficial da União Europeia**. Bruxelas, 26 de julho de 2013, ano 56º. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013H0396&from=EN>. Acesso em: 07 abr. 2020.

USTÁRROZ, Daniel. Responsabilidade civil: questões atuais. *In*: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo (org.). **Responsabilidade civil: novas tendências**. Indaiatuba: Foco Jurídico, 2017. p. 27-33.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da Norma Jurídica**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

VAZ, Caroline. **Funções da Responsabilidade Civil – Da Reparação à Punição e Dissuasão – Os punitive damages no Direito Comparado e Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

VENTURI, Elton. **Execução da Tutela Coletiva**. São Paulo: Malheiros, 2000.

VIEIRA, Andréia Costa. **Civil Law e Common Law: os dois grandes sistemas legais comparados**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2007.

VINEY, Geneviève. **Introduction à la responsabilité**. 3. éd. Paris: LGDJ, 2007.

VISINTINI, Giovanna. **Cos'è la responsabilità civile: fondamenti della disciplina dei fatti illeciti e dell'inadempimento contrattuale**. Napoli, Roma: Edizioni Scientifiche Italiane, 2009.

VON BAR, Christian; DROBNIG, Ulrich. **The interaction of contract law and tort and property law in Europe: a comparative study**. Munique: European Law Publishers, 2004.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de direito - Civil law e common law. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 57, n. 384, p. 53-62, out. 2009.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Interpretação da Lei e de Precedentes: *civil law e common law*. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 99, v. 893, p.33-45, mar. 2010.

WATANABE, Kazuo. **Da Cognição no Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: DPJ, 2005.

WATANABE, Kazuo, *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

WÜNSCH, Sabine. Non-Pecuniary Damages in the Age of Personality Rights: A Search for a Fair and Reasonable Framework Comparing the German and Italian Legal System. **Scuola Superiore Sant'Anna**, Pisa, Sep. 2009. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2368191>. Acesso em: 02 dez. 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ZARRA, Maita María Naveira. **El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual**. Madrid: ER, 2004.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. São Paulo: Ed. RT, 2006. *E-book*.