

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Fernanda Cristina Campolina e Silva

**A LÓGICA DA EXEMPLARIDADE E A DESNECESSIDADE DE APLICAÇÃO DOS
PUNITIVE DAMAGES NO BRASIL**

Belo Horizonte
2017

Fernanda Cristina Campolina e Silva

**A LÓGICA DA EXEMPLARIDADE E A DESNECESSIDADE DE APLICAÇÃO DOS
PUNITIVE DAMAGES NO BRASIL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Leonardo Macedo Poli

Área de concentração: Direito Privado

Belo Horizonte

2017

FICHA CATALOGRÁFICA
Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

S586l Silva, Fernanda Cristina Campolina e
A lógica da exemplaridade e a desnecessidade de aplicação dos *punitive damages* no Brasil / Fernanda Cristina Campolina e Silva. Belo Horizonte, 2017.
90 f.: il.

Orientador: Leonardo Macedo Poli
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Responsabilidade (Direito). 2. Dano moral. 3. Direitos da personalidade. 4. Análise econômica. 5. Punição. I. Poli, Leonardo Macedo. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 347.51

Fernanda Cristina Campolina e Silva

**A LÓGICA DA EXEMPLARIDADE E A DESNECESSIDADE DE APLICAÇÃO DOS
PUNITIVE DAMAGES NO BRASIL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de mestre em Direito.

Área de concentração: Direito Privado

Prof. Dr. Leonardo Macedo Poli (Orientador)

Prof. Dr. Adriano Stanley Rocha Souza

Prof. Dr. Sérgio Augusto Pereira Lorentino

Belo Horizonte, 31 de maio de 2017.

AGRADECIMENTOS

A frente de todos meus passos e principalmente dessa jornada, agradeço a Deus por me dar força e perseverança.

Ao meu querido orientador, Prof. Leonardo Poli, que além de ser um grande exemplo profissional, esteve sempre pronto a me auxiliar durante toda essa caminhada e, principalmente, por sempre ter me incentivado a continuar com os estudos.

Aos amigos Marcelo e Felipe, pelo auxílio. Aos colegas de curso, pelos bons momentos e aos colegas de trabalho pela paciência.

Ao Tadeu, pela compreensão nos momentos de ausência.

À minha amada família, por terem fornecido todo o alicerce que proporcionou essa realização, em especial a minha mãe, fonte de inspiração, força e exemplo diário.

RESUMO

O presente trabalho originou-se da preocupação da relativização dos pressupostos da responsabilidade civil, dos critérios adotados para a quantificação das indenizações por danos morais, bem como da aplicação desmedida e desregularizada, no ordenamento jurídico brasileiro, do instituto de origem norte-americano, denominado *punitive damages*. A aplicação desse instituto encontrou grande escopo na Análise Econômica do Direito e das organizações, entretanto, há uma resistência por parte de muitos civilistas que consideram inadequada essa importação. Serão utilizados os métodos dedutivo e empírico, partindo das teorias, leis e da exploração de livros, revistas e sites com a finalidade de verificar similitudes e explicar divergências entre diversos institutos jurídicos, junto à observação de fatos e fenômenos jurídicos. Tem como objetivo identificar os aspectos levantados pela Análise econômica do Direito que consideram tal importação vantajosa, bem como os impedimentos questionados por alguns civilistas para utilização do instituto no Brasil. Uma das principais conclusões é investir numa mudança de mentalidade e conscientização da sociedade da necessidade de respeitar os direitos de personalidade.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Danos morais. *Punitive damages*. Análise econômica do direito.

ABSTRACT

The present work originated from the concern of relativizing the assumptions of civil responsibility, the criteria adopted for a quantification of indemnifications for compensatory damages, as well as of the excessive and deregulated application of any Brazilian legal order, of the United Estate of America institute of origin, called punitive damages. The application of this institute found great scope in the Economic Analysis of Law and of the organizations, however, there is a resistance on the part of many civilistas who consider this import inadequate. The deductive and empirical method will be used, starting from theories, laws and the exploitation of books, magazines and websites in order to verify similarities and to explain divergences among several legal institutes, together with the observation of facts and legal phenomena. Its objective is to identify the aspects raised by the Economic Analysis of the Law that consider such import advantageous, as well as the impediments questioned by some civilistas to use of the institute in Brazil. One of the main conclusions and to invest in a change of mentality and awareness of society of the need to respect the rights of personality.

Keywords: Civil responsibility. Moral damages. *Punitive damages*. Economic analysis of the law.

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 – Dano moral coletivo no STJ

Gráfico 2 - Visualização da amplitude ótima de prevenção

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CCB	Código Civil Brasileiro
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
TJRS	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	17
2 HISTORICIDADE – O DANO MORAL NO BRASIL	19
2.1 Antes da Constituição de 1988	19
2.2 Após a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988	24
3 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	27
3.1 Ato ilícito	27
3.2 O dano	29
3.3 Nexo de causalidade	31
3.4 Culpabilidade	34
3.5 A relativização dos pressupostos	36
4 DEFINIÇÃO E APLICAÇÃO DO DANO MORAL	39
4.1 As funções da indenização por dano moral	41
4.1.1 <i>Função compensatória</i>	42
4.1.2 <i>Função punitiva</i>	42
4.1.3 <i>Função pedagógica</i>	44
4.2 Critérios de fixação dos valores da indenização	45
4.2.1 <i>A reparação integral do dano</i>	45
4.2.2 <i>A reparação proporcional dos danos</i>	46
4.2.3 <i>A reparação equitativa</i>	47
4.2.4 <i>A reparação punitiva</i>	47
4.3 A possibilidade de tarifação	48
5 PUNITIVE DAMAGES: CONCEITO E FINALIDADE	53
5.1 Aspectos favoráveis aplicação no Brasil	56
5.3 Aspectos contrários a aplicação dos punitive damages no Brasil	57
5.3 Os punitive damages e danos sociais	61
6 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	67
6.1 A análise econômica do direito na responsabilidade civil	73
6.3 Análise econômica e os danos punitivos	79
7 CONCLUSÃO	81
REFERÊNCIAS	85

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa é apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

O presente trabalho tem, como objetivo, estudar a aplicação do instituto norte-americano dos *punitive damages* no Brasil, bem como sua relação com a Análise Econômica do Direito.

Nesse diapasão, tratar-se-á dos *punitive damages*. Apesar de não ser um instituto brasileiro, nem mesmo inserido no contexto do sistema jurídico Romano-germânico, o instituto está sendo muito discutido no âmbito do Direito civil e já está sendo, inclusive, aplicado na jurisprudência pátria. Para melhor compreensão, tal temática exige uma abordagem da legislação, da práxis forense, da doutrina e de jurisprudências.

O presente estudo está inserido no contexto do Estado Democrático de Direito à luz da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - CRFB (BRASIL, 1988) e suas implicações no instituto da responsabilidade civil, com o respaldo do fenômeno da Constitucionalização do Direito civil.

Com a alteração de centro orbital do ordenamento jurídico da questão patrimonial para as questões existenciais do ser humano junto à promulgação da CRFB/1988, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana passou a ter destaque e novas espécies de danos surgiram. Junto a essas, surgiram, também, novos critérios e funções dos valores indenizatórios, uma vez que os critérios tradicionais já não se mostravam suficientes e dentre eles a função punitiva.

A evolução tecnológica e a globalização corroboraram para o diálogo entre os diversos ordenamentos jurídicos e viabilizaram, ainda mais, a troca de experiências histórico-culturais, o que facilitou o Direito comparado. Nesse sentido, a Análise econômica do Direito, método desenvolvido e em ascensão nos Estados Unidos da America desde a década de 60, ganha espaço no ordenamento jurídico brasileiro.

A presente pesquisa, de caráter transdisciplinar, almeja explorar ambos os temas através de um estudo empírico-dedutivo para averiguar a aplicação dos *punitive damages* no Brasil, levando em consideração os aspectos favoráveis e desfavoráveis perante à diversidade entre os ordenamentos jurídicos, bem como a aplicação da Análise Econômica do Direito na responsabilidade civil e as

implicações do instituto dos *punitive damages* em termos de eficiência para o respectivo ramo do Direito brasileiro.

A principal metodologia será a pesquisa bibliográfica, a pesquisa legislativa regente sobre a matéria, doutrina, jurisprudência, bem como a práxis forense e a abordagem de temas afins.

O presente trabalho foi dividido em cinco capítulos. No primeiro capítulo, foi feito um panorama histórico do dano moral no Brasil, sendo este dividido em duas partes, a anterior e a posterior à CRFB/1988, uma vez que o texto legal foi um marco no contexto histórico com relação ao dano moral no Brasil.

O segundo capítulo dedica-se a descrever os pressupostos tradicionais da Responsabilidade civil, bem como a sua aplicação e relativização perante às novas espécies de danos.

O terceiro capítulo refere-se apenas ao dano moral e suas questões, como sua definição e aplicação, as funções as quais visam cumprir, os atuais critérios utilizados para a fixação dos valores das indenizações a título de dano moral e a possibilidade suscitada doutrinariamente e legislativamente de tarifação dos mesmos.

O quarto capítulo destaca o instituto dos *punitive damages*, a forma de aplicação no direito norte-americano e os aspectos levantados pela doutrina para favorecerem sua aplicação também no Brasil, bem com os impedimentos encontrados em razão das diferenças entre os ordenamentos jurídicos e também sua relação com a ação civil pública.

Por ultimo, será evidenciado o método da análise econômica do direito com um breve contexto histórico e sua forma de aplicação. Adentrando mais ao tema em questão, será feita uma abordagem da Análise Econômica do Direito na responsabilidade civil e sua relação com os *punitive damages*.

2 HISTORICIDADE – O DANO MORAL NO BRASIL

Ao fazer um panorama histórico sobre o dano moral, percebe-se que o instituto gerou polêmica em diversos ordenamentos jurídicos. A trajetória dos danos morais é longa e complexa, sendo necessário fazer um recorte histórico para que o presente trabalho não se resuma apenas na historicidade do dano moral.

O instituto do dano moral só foi inserido na legislação brasileira pela CRFB/1988, de forma que o texto foi um divisor importante na história do instituto no Brasil.

A CRFB/1988 (BRASIL, 1988) foi um marco em diversos aspectos do ordenamento jurídico, tendo, seu texto, evidenciado que o centro do nosso ordenamento já não era mais as coisas/os bens, e sim a pessoa e sua dignidade, o que, inegavelmente, refletiu no tratamento do dano moral.

Entretanto, antes de sua promulgação, nosso ordenamento já dava sinais de necessidade da regulamentação de um instituto que amparasse os danos imateriais. Neste sentido, alguns mecanismos foram criados com o intuito de suprir essa carência, e indícios dos danos morais foram surgindo, tanto no Código Civil como em leis esparsas. Pode-se afirmar, destarte, que o contexto histórico do dano moral no Brasil pode ser dividido em duas etapas: a anterior e a posterior à CRFB/1988.

2.1 Antes da Constituição de 1988

O já revogado Código Civil - CCB de 1916 (BRASIL, 1916), vigente por 86 anos (1916-2002), possuía vários artigos que indicavam o surgimento do dano moral e inseria a noção de proteção a bens imateriais da natureza humana, como nos seus artigos 76 e 159, que previam o interesse moral para propor ou contestar uma ação e a violação de um direito como dano indenizável, respectivamente, como se segue:

Art. 76. Para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico, ou moral.

Parágrafo único. O interesse moral só autoriza a ação quando toque diretamente ao autor, ou à sua família.

[...]

Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. (BRASIL, 1916).

Apesar de os referidos artigos não trazerem uma previsão expressa de dano moral, abarcam a ideia de um dano além do patrimonial. Afinal, se o propósito fosse preservar apenas os direitos patrimoniais, bastava ao art. 76 prever o interesse econômico e em nada adentrar ao interesse moral para propor ou contestar uma ação.

Com relação ao art. 159, inserido no capítulo de ato ilícito, ou seja, gerador de responsabilidade civil e, conseqüentemente, indenizável, se a finalidade fosse apenas tutelar direitos patrimoniais, bastaria a previsão das ações que causam prejuízo a outrem. Entretanto, o CCB/1916 prevê, também, a violação de um direito. “Pretendesse o legislador vincular a noção de dano apenas às hipóteses onde houvesse prejuízo no sentido de diminuição patrimonial, não teria incluído a expressão violar direito” (CASILLO, 1987, p.31).

Nesse sentido, outro importante artigo é o 1.547 do CCB/1916, que previa uma indenização compensatória em caso de injúria ou calúnia:

Art. 1547. A indenização por injúria ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido.
Parágrafo único. Se este não puder provar prejuízo material, pagar-lhe-á o ofensor o dobro da multa no grau máximo da pena criminal respectiva.
(BRASIL, 1916)

A injúria e a calúnia são crimes de ofensa à honra, bens de natureza imaterial, até então previstos apenas no Código Penal Brasileiro - CCP. O artigo previa uma indenização pecuniária a um crime de ofensa à honra, ou seja, o ordenamento jurídico já dava indícios de tutela à honra. Destaca-se a previsão legal da indenização de cunho reparador, critério ainda utilizado no que se refere à responsabilidade civil do nosso atual código. O entendimento doutrinário da época se dividiu sobre a natureza do dano no respectivo artigo, tendo, alguns autores, defendido se tratar de dano material, como Agostinho Alvim e, outros entenderam tratar-se de dano material e moral, como Pontes de Miranda e Casillo, que entende “que nem sempre a ofensa moral acarreta uma repercussão patrimonial, causando prejuízo material ao ofendido. Nem por isso deixou de ocorrer a lesão ao direito, o dano no seu mais amplo e moderno entendimento.” (CASILLO, 1987, p.169).

Outro aspecto a ser ressaltado é que o parágrafo único prevê uma multa majorada (dobro do valor da multa no grau máximo) para o ofendido que conseguir demonstrar o prejuízo material advindo da injúria ou calúnia, aspecto que pode ser

interpretado como uma sanção punitiva. Segundo Casillo (1987), o CCP/1939 previa uma multa de Cr\$2.000,00 a Cr\$6.000,00.

Outro artigo que se destacou foi o 1.548¹ que previa um dote para os ofensores que agravassem a honra de uma mulher e não reparassem o mal, contraindo o matrimônio. Em outras palavras, a mulher que tivesse sua honra ofendida e o ofensor não se casasse, deveria dele receber um dote, ou seja, a vítima de um dano à honra era compensada com um valor em pecúnia, assim como previsto no artigo 1.547 do CCB/1916.

Por fim, como último exemplo de situações que demonstram indícios de danos morais no CCB/1916, o artigo 1.550 previa a reparação em perdas e danos na hipótese de ofensa à liberdade: “A indenização por ofensa à liberdade pessoal consistirá no pagamento das perdas e danos que sobrevierem ao ofendido, e no de uma soma calculada nos termos do parágrafo único do art. 1.547.”(BRASIL, 1916).

O respectivo artigo traz, mais uma vez, uma proteção a um dano imaterial, no caso à liberdade pessoal, desde que comprovado o prejuízo material, aplicando-se, ao ofensor, uma multa no grau máximo da pena criminal, conforme 1.547. A essência do respectivo artigo foi mantida no artigo 954² do CCB/2002, sendo alterada a questão da multa, que passa a ser uma indenização fixada equitativamente pelo juiz.

Como já mencionado, legislações esparsas, inclusive anteriores ao próprio CCB/1916, também previam a recomposição pecuniária por um dano imaterial sofrido.

A primeira delas a ser destacada foi o Decreto-Lei nº 2.681, de 7 de dezembro de 1912 (BRASIL, 1912), que regulou a responsabilidade civil das estradas de ferro no Brasil, norma considerada um marco histórico no reconhecimento dos danos morais no Brasil. Seu artigo 21 previa que:

¹ Art. 1.548. A mulher agravada em sua honra tem direito a exigir do ofensor, se este não puder ou não quiser reparar o mal pelo casamento, um dote correspondente à condição e estado da ofendida:
I. Se, virgem e menor, for deflorada.
II. Se, mulher honesta, for violentada, ou aterrada por ameaças.
III. Se for seduzida com promessas de casamento.
IV. Se for raptada. (BRASIL, 1916)

² Art. 954. A indenização por ofensa à liberdade pessoal consistirá no pagamento das perdas e danos que sobrevierem ao ofendido, e se este não puder provar prejuízo, tem aplicação o disposto no parágrafo único do artigo antecedente. (BRASIL, 2002)

No caso de lesão corpórea ou deformante, à vista da natureza da mesma e de outras circunstâncias, especialmente a invalidez para o trabalho habitual, além das despesas com tratamento, e lucros cessantes, deverá o juiz ser arbitrada uma indenização conveniente. (BRASIL, 1912).

O citado artigo possui dois aspectos para o tema em análise: o primeiro deles é a expressa previsão de uma indenização de cunho imaterial, uma vez que prevê que o juiz deve arbitrar uma indenização para vítima, além das despesas com o tratamento e os possíveis lucros cessantes (Dano material), esse, apesar de não descrever só pode ser para suprir os danos imateriais.

Outro aspecto do respectivo artigo é a expressão “indenização conveniente”, utilizada pelo legislador, que destaca o caráter extremamente subjetivo das indenizações por danos imateriais.

Ainda tratando do respectivo Decreto-Lei, o seu artigo 22 dispõe: “No caso de morte, a estrada de ferro responderá por todas as despesas e indenizará, a arbítrio do juiz, a todos aqueles aos quais a morte do viajante privar de alimento, auxílio e educação.” (BRASIL, 1912).

Novamente o Decreto-Lei prevê uma indenização a ser arbitrada pelo juiz, mas, além disso, este artigo insere a ideia de responsabilidade objetiva no âmbito dos danos morais, pois responsabiliza a estrada de ferro em caso de morte, independente da aferição de culpa.

Outra legislação anterior a CRFB/1988 e pioneira na matéria foi a lei 5.250 de 1967, conhecida como Lei de Imprensa, que regulava a liberdade de manifestação do pensamento e da informação. É importante salientar que se tratava de uma Lei de censura, instituída em plena Ditadura Militar e revogada pelo Supremo Tribunal Federal em 2009, mas que previa, expressamente, a reparação por danos morais em seu artigo 49:

Art. 49. Aquêlê que no exercício da liberdade de manifestação de pensamento e de informação, com dolo ou culpa, viola direito, ou causa prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar:

I - **os danos morais e materiais**, nos casos previstos no art. 16, números II e IV, no art. 18 e de calúnia, difamação ou injúrias;

II - os danos materiais, nos demais casos. (BRASIL, 1967)

Além dessas, muitas outras legislações esparsas anteriores à CRFB/1988 também retrataram, de alguma maneira, os danos morais, como, por exemplo, o Código Brasileiro de Telecomunicações, lei nº 4.117 de 1962 (BRASIL, 1962); a Lei

de Falências, lei nº 7.661 de 1945 (BRASIL, 1945); o Código Eleitoral, lei nº 4.737 de 1965 (BRASIL, 1965); a lei de Direitos Autorais, lei nº 5988 de 1973 (BRASIL, 1973).

Além dos indícios legislativos, a doutrina pátria também se mostrou tendente à aceitação dos danos morais, apesar de ter algumas correntes resistentes.

A jurisprudência foi também um pouco mais resistente aos danos morais, mas de forma gradual também os contemplou. Houve três estágios de posicionamento: primeiramente a negativa era total; posteriormente passou-se a aceitar a indenização condicionada a eventos pré-determinados e, por fim, o assunto passou a ter grande aceitação, mas não irrestrita. (MELO, 2011).

As concepções doutrinárias podem ser divididas em três grandes correntes: a negativista, a eclética e a positivista, sendo esta última majoritária.

Os autores da corrente negativista, dentre eles Tito Fulgêncio, João Arruda e Wilson Melo da Silva defendiam que os danos morais não são passíveis de indenização, utilizando, dentre outros argumentos, a) o fato de não terem um efeito penoso durável; b) existir a incerteza de um direito violado; c) indeterminação do número de pessoas lesadas; d) impossibilidade de uma rigorosa avaliação em dinheiro e a imoralidade de compensar a dor com dinheiro. (MELO, 2011).

A Teoria eclética é intermediária e é considerada a corrente negativista com exceções. Desse modo, afirmavam haver apenas três situações em que era aceitável a incidência dos danos morais: quando estes forem causa eficiente de dano material; quando se originasse de delito criminal e nas situações em que a lei especificasse, ou seja, com expressa determinação legal. Os adeptos da respectiva corrente eram Luis Frederico Carpenter, Jaime Landim, dentre outros. (MELO, 2011).

Por outro lado, a teoria positivista, corrente majoritária, defendia a ideia de que não deveria haver limitações aos danos morais, podendo ser aceito em múltiplas situações. A respectiva corrente retrata o que, de fato, ocorre atualmente, tendo grandes doutrinadores como defensores. Nesse rol há Teixeira de Freitas, Clóvis Beviláqua (autor do Código Civil de 1916), Pontes de Miranda, dentre outros (MELO, 2011).

2.2 Após a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

A discussão sobre a possibilidade da tutela jurídica aos danos imateriais perdurou até a promulgação da CRFB/1988, cujo advento tornou ultrapassada a discussão. Caio Mário da Silva Pereira tratou essa questão em destaque no seu livro de Responsabilidade civil quatro anos após a promulgação da CRFB/1988:

A Constituição de 1988 veio pôr uma pá de cal na resistência à reparação do dano moral. [...] Destarte, o argumento baseado na ausência de um princípio geral desaparece. E, assim, a reparação do dano moral integra-se definitivamente em nosso direito. É de se acrescentar que a enumeração é meramente exemplificativa, sendo lícito à jurisprudência e à Lei ordinária editar outros casos. Com efeito, aludindo a determinados direitos, a Constituição estabeleceu o mínimo. Não se trata, obviamente de 'numeros clausus', ou enumeração taxativa. Esses, mencionados nas alíneas constitucionais, não são os únicos direitos cuja violação sujeita o agente a reparar. Não podem ser reduzidos, por via legislativa porque inscritos na Constituição. Podem, contudo, ser ampliados pela legislatura ordinária, como podem ainda receber extensão por via de interpretação, que neste teor recebe, na técnica do Direito Norte-Americano, a designação de 'construction'. (PEREIRA, 1992, p. 59).

A CRFB/1988, além de tratar os danos morais de forma expressa no art. 5º, incisos V e X³, alçou a dignidade da pessoa humana ao *status* de princípio fundamental. O homem passou a ocupar uma posição de destaque no ordenamento jurídico. Como já mencionado, a coisa/bens/patrimônio deixou de ser o centro orbital do ordenamento jurídico, cedendo lugar ao ser humano e suas questões. Ademais, o Princípio da dignidade da pessoa humana passou a ser expresso no artigo 1º, inciso III, da CRFB/1988⁴, como princípio fundamental. Humberto Theodoro Júnior retratou o período anterior a essa mudança utilizando o termo “materialismo exagerado”:

Mais de uma vez, a Carta Magna (LGL\1988\3) assegura o princípio da reparabilidade do dano moral, seja na defesa dos direitos da personalidade,

³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

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

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (BRASIL, 1988).

⁴Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;” (BRASIL, 1988).

seja na preservação dos direitos morais do autor da obra intelectual (art. 5.º, V e X). Com isso, a indenizabilidade do dano moral, que ainda gerava alguma polêmica na jurisprudência, ganha foros de constitucionalidade. Elimina-se o materialismo exagerado de só se considerar objeto do Direito das Obrigações o dano patrimonial. Assegura-se uma sanção para melhor tutelar setores importantes do direito privado, onde a natureza patrimonial não se manifesta, como os direitos da personalidade, os direitos do autor etc. (THEODORO JÚNIOR, 1990, p. 8).

Outros doutrinadores, como Anderson Schreiber (2014), também retrataram essa mudança orbital do ordenamento jurídico, que influenciou diretamente na atual situação do dano moral no Brasil:

No Brasil, como em diversos outros países, a dignidade humana assumiu posição de destaque no ordenamento jurídico. Considerada como “princípio fundamental de que todos os demais princípios derivam e que norteia todas as regras jurídicas”,¹⁷ a dignidade humana tem sido o valor guia de um processo de releitura dos variados setores do direito, que vão abandonando o liberalismo e o materialismo de outrora em favor da recuperação de uma abordagem mais humanista e mais solidária das relações jurídicas. (SCHREIBER, 2014, p.7).

Além do princípio da dignidade da pessoa, a CRFB/1988 trouxe outras novidades/avanços no âmbito da responsabilidade civil. A previsão de indenização por parte do Estado em caso de erro judiciário ou quando o condenado permanecer preso além do tempo fixado na sentença (art. 5º, LXXV, CRFB/1988) é um delas. Outro avanço ocorreu no âmbito trabalhista, com a previsão do artigo 7º, inciso XXVIII, que assegura ao trabalhador o recebimento de seguro contra acidente de trabalho, além da indenização quando o acidente de trabalho incorrer com dolo ou culpa, sem prejudicar o recebimento de seguro, quando houver.

O Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei 8.078 de 1990, foi um grande marco neste sentido, uma vez que sua criação surgiu de uma previsão constitucional (art.5º, XXXII), tratando-se de uma norma de ordem pública e de interesse social e trouxe outras conquistas. Primeiramente, vale destacar a previsão da efetiva reparação dos danos materiais e morais eventualmente sofridos pelo consumidor. Essa proteção passa, também, a ser dever do Estado e pode ser processada por meio de sanções administrativas, bem como pelas ações de natureza penal, ou seja, o CDC dá ao assunto uma abrangência muito maior do que o Código Civil. Outro aspecto importante do CDC é o fato de o fornecedor de produtos ou serviços passar a ter responsabilidade objetiva perante o consumidor, de maneira que basta que o

consumidor prove o nexo de causalidade entre o produto ou o serviço com o dano sofrido para nascer a obrigação de indenizar por parte do fornecedor.

Além dos avanços mencionados, a responsabilidade civil e, principalmente, os danos morais continuam trazendo novas discussões. O caráter subjetivo dos danos morais traz algumas dificuldades ao instituto, tais como a abrangência, forma de aplicação, modo de aplicação, valor da indenização, dentre outros.

Portanto, apesar da CRFB/1988 ter superado a questão da aplicabilidade do dano moral no Brasil, muitas novas polêmicas ainda surgem sobre o assunto, sendo algumas delas retratadas no presente trabalho.

3 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil é um instituto jurídico essencial para o estudo dos danos morais, pois não se pode indenizar ou compensar alguém se não estiverem presentes os pressupostos da responsabilidade civil.

A responsabilidade civil pode ser objetiva ou subjetiva, sendo que a responsabilidade subjetiva requer quatro pressupostos: a antijuridicidade, a culpabilidade, o dano e o nexo causal. Já a responsabilidade objetiva possui apenas três requisitos: o risco da conduta, o dano e o nexo causal.

Como regra, o CCB/2002 adota a responsabilidade civil subjetiva, prevista no artigo 186, entretanto, a responsabilidade objetiva é aceita em casos especificados em lei ou em caso atividades de risco.

3.1 Ato ilícito

O conceito de ato ilícito é complexo e essencial para o estudo da responsabilidade civil. Tem origem na Alemanha com os pandectistas do século XIX que, ao criarem a parte Geral do Código Civil, inclusive a de responsabilidade civil, ultrapassaram o critério romano até então adotado, de delito e quase delito e adotaram o ato ilícito como seu fato gerador da responsabilidade civil. (CAVALIERI FILHO, 2015). O conceito é complexo porque muitas definições do instituto, principalmente as clássicas, relacionam o ato ilícito com o elemento da culpa, o que gera uma confusão no que tange à responsabilidade civil objetiva.

Ato ilícito é, assim, a ação ou omissão culposa com o qual se infringe, direta e imediatamente, um preceito jurídico do Direito Privado, causando-se dano a outrem. O conceito de ato ilícito implica a conjunção dos seguintes elementos: a) a ação, ou omissão, de alguém; b) a culpa do agente; c) violação de norma jurídica de Direito Privado; d) dano a outrem. (GOMES; THEODORO JÚNIOR, 1996, p. 488).

Nesse diapasão, se o ilícito não tiver culpa, não poderá gerar responsabilidade civil; logo, não poderia existir a responsabilidade civil objetiva. Entretanto, a responsabilidade civil objetiva já está consagrada no ordenamento jurídico e cada vez mais se expande.

Entretanto, autores contemporâneos como Sérgio Cavalieri Filho (2015) não corroboram do mesmo entendimento, uma vez que o ato ilícito indenizável é tratado como exceção no CCB/2002, sendo adotado apenas nos casos expressos em lei. Tanto na responsabilidade subjetiva, quanto na objetiva há um descumprimento de uma obrigação originária. (CAVALIERI FILHO, 2015). Esse mesmo autor sugere um duplo efeito do ato ilícito:

No aspecto objetivo leva-se em conta para a configuração da ilicitude apenas a conduta ou o fato a si mesmo, sua materialidade ou exterioridade, e verifica-se a desconformidade dela com a que o direito queira. A conduta jurídica contrária norma jurídica por si só, merece a qualificação de ilícita ainda que não tenha origem numa vontade consciente e livre. Por esse enfoque objetivo o ato ilícito indica a antijuridicidade da conduta, a desconformidade entre esta e a ordem jurídica, ou seja, a objetiva violação de um dever jurídico.

[...]

No seu aspecto subjetivo, a qualificação de uma conduta como ilícita implica fazer um juízo de valora seu respeito – o que só é possível se tal conduta resultar de ato humano consciente e livre. Por esse enfoque subjetivista, a ilicitude só atinge sua plenitude quando a conduta contrária ao valor que a norma visa atingir (ilicitude objetiva) decorre da vontade do agente; ou em outras palavras, quando o comportamento objetivamente ilícito for também culposo.”. (CAVALIEIRI, 2015, p. 24).

Nesse sentido, o ato ilícito assume um sentido objetivo de violação de um direito e subjetivo no sentido de valoração da vontade humana.

Anderson Schreiber (2015) utiliza outra classificação para distinguir o ato ilícito, referindo-se à antijuridicidade como componente objetivo que corresponde à violação de um dever e à ilicitude ao elemento subjetivo ligado à conduta do agente. (SCHREIBER, 2015).

Outro aspecto da ilicitude é o duplo sentido do ato ilícito em *stricto sensu* e em *lato sensu*. Em sentido estrito, o ato ilícito corresponde aos pressupostos da responsabilidade civil; já em sentido amplo, refere-se às condutas contrárias ao direito. Em termos de responsabilidade civil objetiva, aplica-se apenas o ato ilícito.

A conduta antijurídica, no sentido objetivo, é aquela que contraria o direito e pode se dar de forma comissiva ou omissiva. Uma ação comissiva é a prática de um ato ilícito, ou seja, o agente realiza uma ação não permitida. A ação omissiva, por sua vez, é a não observância de um dever de agir ou da prática de certo ato que deveria realizar-se e não ocorreu. Nas palavras de Maria Helena Diniz:

[...] a ação, elemento constitutivo da responsabilidade, vem a ser o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou da coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado. (DINIZ, 2002, p.37).

Existem atos que, apesar de contrariar o direito, excepcionalmente, perdem a antijuridicidade, como é o caso do estado de necessidade, a legítima defesa, a anuência da vítima e o exercício regular de um direito. Essas são as excludentes da antijuridicidade.

3.2 O dano

O primeiro elemento para haver uma ação de responsabilidade civil é que a vítima tenha sofrido um dano. Esse é o requisito primordial. As pessoas estão expostas ao risco a todo tempo, sem nem colaborar para isso. O simples fato de sair de casa já expõe o indivíduo ao risco de um atropelamento, uma bala perdida, um acidente, um ataque animal, dentre outros milhares.

Nesse sentido, mesmo que presente os demais elementos da responsabilidade civil, sem o dano, não há responsabilização. Por exemplo, se uma pessoa tiver uma conduta indevida, ilícita e a mesma não ocasionar nenhum dano, o indivíduo em nada poderá ser responsabilizado, pois a mera exposição ao risco não acarreta responsabilidade civil. É necessário haver uma lesão ou uma diminuição do patrimônio da vítima. “O dano tem uma interpretação econômica simples: uma diminuição da função de utilidade ou lucro da vítima” (COOTER; ULEN, 2015, p. 323). Segundo o civilista Nehemias Domingos de Melo:

O dano é a agressão ou violação de qualquer direito, material ou imaterial que, provocado com dolo ou culpa pelo agente (responsabilidade subjetiva) ou em razão da atividade desenvolvida (responsabilidade objetiva), cause a outrem, independentemente de sua vontade, uma diminuição de valor moral ou até mesmo de calor afetivo. (MELO, 2011. p. 55).

Os danos podem ser classificados em danos emergentes e lucros cessantes, sendo que os danos emergentes dividem-se em dano material ou patrimonial, dano moral e dano estético.

Os danos materiais são aqueles perceptíveis aos sentidos, apurados logo após a conduta indevida do agente, pois eles compõem uma lesão ao patrimônio

físico e significam uma diminuição patrimonial. O dano moral, instituto de grande importância para o presente tema, será mais bem retratado em capítulo próprio: “Dano Moral: definição e aplicação”, uma vez que sua definição não é tão simples e o instituto possui um conceito aberto. O dano estético é qualquer anomalia física que a vítima passe a ostentar no seu aspecto físico, decorrente de agressão à sua integridade pessoal. O ordenamento jurídico busca proteger a incolumidade física do indivíduo, prevendo a responsabilidade civil pelo dano estético, não a beleza.

Por fim, os lucros cessantes, previstos no artigo 402⁵ do CCB/2002, são os bens que a vítima deixou de auferir em detrimento do evento lesivo, e correspondem ao ganho que a vítima deixou de ter em razão do dano sofrido. Um exemplo corriqueiro é o acidente de trânsito envolvendo, como vítima, o condutor de um veículo de táxi. Nesse caso, o veículo, além de ser um meio de deslocamento é também fonte de subsistência, uma vez que se trata de seu instrumento de trabalho. No caso de um acidente de trânsito, no qual o veículo fica danificado, é necessário encaminhá-lo a uma oficina, e o tempo em que esse veículo fica parado, sem funcionamento, em razão dos reparos, corresponde ao tempo em que a vítima (taxista) deixou de trabalhar e, conseqüentemente, de auferir lucro, ao que é o chamado lucro cessante. Uma discussão recente sobre o tema envolve a aplicação do instituto aos demais meios de transporte privados utilizados, atualmente, por meio de aplicativo, apesar de não possuírem uma regulamentação estatal, é um meio de trabalho e uma atualização da mobilidade urbana, sendo que o reparo do veículo impede o motorista de garantir a subsistência e deixar de auferir lucro, requisito do instituto.

Além dos danos acima citados, existem, também, os denominados danos reflexos ou danos por ricochete que ocorrem quando a vítima não sofreu o dano diretamente, mas a ocorrência do dano também lhe trouxe prejuízo. É o caso, por exemplo, de ofensa a uma pessoa já falecida que juridicamente não teve seu direito de personalidade atingido (uma vez que eles se extinguem com a morte), entretanto, a respectiva ofensa refletiu em outra pessoa.

⁵ 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).

Ressalta-se que a ocorrência de um não exclui a do outro, já que o mesmo evento danoso pode provocar danos de diversas naturezas; logo, é possível a acumulação de danos em uma mesma ação.

O dano, como pressuposto elementar para caracterização da responsabilidade civil, possui exceção – os chamados danos *in re ipsa*, ou dano presumido – nos quais não é necessário demonstrar a ocorrência do dano, uma vez que se pressupõe a existência do mesmo decorrente dos próprios fatos.

O instituto não possui previsão legislativa. Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça – STJ, em termos jurisprudenciais, definiu alguns casos em que é admitida a presunção do dano na respectiva Corte, quais sejam: a inserção indevida de nome nos cadastros de inadimplentes (exceto quanto a vítima já possuir cadastro anterior); atraso de voo, chamado *overbooking*; a inclusão equivocada de nomes de médicos em guias de planos de saúde, ou seja, quando o médico não presta atendimento por um respectivo plano, mas, mesmo assim, seu nome aparece nos guias informativos. As situações citadas são apenas exemplos, uma vez que não possui uma previsão taxativa de situações de dano *in re ipsa*.

3.3 Nexo de causalidade

O nexu causal, na responsabilidade subjetiva, é a relação de causa e efeito entre o dano e a conduta culposa. É necessário que o ato ilícito ou a atividade de risco e o dano estejam relacionados. Se o dano sofrido pela vítima não ter uma relação com a conduta do agente, este não tem razão para ser responsabilizado.

Inicialmente, o nexu causal parece simples, mas a questão torna-se complexa nas hipóteses de causalidade múltipla, ou seja, quando há uma série de circunstâncias que podem ter ocasionado o evento danoso. Em razão dessa dificuldade, algumas teorias foram desenvolvidas na tentativa de apurar, da melhor forma, o nexu causal.

A teoria da causalidade adequada constitui uma dessas teorias que, determina a causa do dano como sendo aquela que seja mais determinante para o evento danoso. Ao reunir todas as possíveis causas para a ocorrência do evento danoso, segundo a Teoria da Causalidade Adequada, o nexu causal seria aquele que, necessariamente acarretou o dano, que sem essa causa o evento danoso não

teria ocorrido. Dessa forma, o magistrado adota um critério eliminatório de causas, ponderando, entre todas as possíveis condições a que for mais adequada.

Sem previsão expressa é a teoria adotada pelo CCB/2002, ao destacar, no seu artigo 403⁶, que as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e lucros cessantes por efeito da causa direta e imediata. Para Sérgio Cavalieri Filho, “Causa adequada será aquela que, de acordo com o curso normal das coisas e a experiência comum da vida, se revelar a mais idônea para gerar o evento.” (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 69). O civilista Caio Mário da Silva Pereira leciona sobre a teoria da causalidade adequada, afirmando que:

Em linhas gerais, e sucintas, a teoria pode ser resumida: o problema da relação de causalidade é uma questão científica de probabilidade. Dentre os antecedentes do dano, há que destacar aquele que está em condições de necessariamente tê-lo produzido. Praticamente em toda ação de indenização, o juiz tem que eliminar fatos menos relevantes, que possam figurar entre os antecedentes do dano. São aqueles que seriam indiferente à sua efetivação. O critério eliminatório consiste em estabelecer que, mesmo na sua ausência o prejuízo ocorreria. Após este processo de expurgo, resta algum que, no curso normal das coisas, provoca um dano dessa natureza. (PEREIRA, 1995, p.79).

Ao contrário do critério de exclusão adotado pela Teoria da causalidade adequada, a teoria da equivalência das condições considera, como causa do dano, todas as condições que podem ter concorrido para a ocorrência do mesmo. “Causa é a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido, sem distinção da maior ou menor relevância que cada uma teve. Por isso, essa teoria é também chamada da *conditio sine qua non* ou da relevância das condições.” (CAVALIERI FILHO, 2015, p. 68). No ordenamento jurídico brasileiro, essa teoria é aplicada no Direito Penal, conforme art. 13 do Código Penal (BRASIL, 1940).

A concausa, por sua vez, não é uma teoria para explicar a aferição do nexos causal, mas uma causa preexistente, superveniente ou concomitante que, juntando-se à causa principal, contribui para o agravamento do resultado danoso. Entretanto, o evento de forma isolada não tem força para ilidir o nexos causal do ato praticado pelo agente principal. (MELO, 2011, p.83).

Atualmente, por experiência estrangeira, verifica-se o surgimento de novas teorias no intuito de flexibilizar o nexos de causalidade ao relativizar a certeza

⁶ Art. 403, CC: Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual. (BRASIL, 2002).

absoluta e substituir pela probabilidade ou verossimilhança. Conforme os ensinamentos de Facchini Neto, os danos acontecem e fazem parte do mundo. Porém, o ordenamento jurídico é que pode determinar se cabe à vítima ou ao agente causador suportá-lo, com a procedência ou improcedência das ações. A improcedência pela ausência de uma certeza absoluta pode gerar uma injustiça que pode ser evitada com a ampliação do nexo causal. (FACCHINI NETO, 2016). Nesse sentido, destacam-se algumas doutrinas estrangeiras que utilizam essa relativização, como da *res ipsa loquitur*; *preponderance of the evidence* ou *probable than not*; admissão de teorias probabilísticas.

A doutrina da *res ipsa loquitur* tem sua nomenclatura em latim que pode ser traduzida para “a coisa fala por si” e é utilizada no direito americano visando inverter o ônus da prova, nos casos em que os fatos já falam por si só, como é o caso de danos ou até morte em cirurgias eletivas, na qual o paciente está em perfeitas condições de saúde e o procedimento não oferece risco de sequelas. A doutrina da *res ipsa loquitur* não proporciona uma condenação automática, mas a possibilidade de inversão do ônus da prova. (FACCHINI NETO, 2016).

Outra teoria também de origem dos países anglo-saxões é a *preponderance of the evidence* ou como é denominada na Inglaterra *more probable than not* ou *more likely than not*. É utilizada nos casos em que não se tem certeza da real disputa. Então, se faz um balanceamento de probabilidades e verifica-se se há mais de 50% de chance de veracidade para, assim, julgar procedente ou improcedente. Além das doutrinas já destacadas, as teorias probabilísticas, aquelas que admitem a convicção conforme a probabilidade estatística e não sobre a certeza, estão presentes também em países como Itália, Espanha, Alemanha. (FACCHINI NETO, 2016).

Em termos de doutrina nacional, também há um interesse nesse sentido e merece destaque a teoria da presunção do nexo de causalidade proposta por Caitlin Sampaio Mulholland (2010). Baseado no cálculo da probabilidade estatística, a autora propõe a responsabilidade por presunção de causalidade em situações, como dispõe Facchini Neto:

- a) dificuldade considerável ou impossibilidade da vítima (autor da ação de indenização) de comprovar, em juízo, a ligação entre o dano que sofreu e a atividade referida como provável causa do dano; b) casos de responsabilidade coletiva (causalidade alternativa), em que a conduta ou atividade a qual deve ser relacionada à causalidade é desconhecida; e c)

hipóteses em que existe o desenvolvimento de atividades perigosas, isto é, atividades que geram danos qualitativamente graves. (FACCHINI NETO, 2016, p. 24).

O nexo causal é um elemento indispensável, tanto na responsabilidade civil subjetiva, quanto na responsabilidade civil objetiva; entretanto, pode haver a exclusão da causalidade e, conseqüentemente, a isenção de responsabilidade nas hipóteses de caso fortuito, força maior, culpa exclusiva da vítima ou de terceiro.

Destarte, na responsabilidade civil objetiva, o nexo causal é o liame entre a atividade de risco e dano, uma vez que não há aferição de culpa.

3.4 Culpabilidade

A responsabilidade subjetiva para gerar uma indenização, além da ilicitude do ato, pressupõe mais três elementos: o dano, o nexo causal e a culpa. Resumidamente, a culpa pode ser conceituada como a violação de um dever de cuidado. Para Cavalieri Filho, a culpa pode ser conceituada como “conduta voluntária contrária ao dever de cuidado imposto pelo direito, com a produção de um evento danoso involuntário, porém, previsto ou previsível.” (CAVALIERI FILHO, 2015, p.53).

Ressalta-se que a culpa é interpretada pelo direito civil em amplo sentido, não havendo distinção entre dolo e culpa. A culpabilidade está relacionada à vontade, não à intenção, e isso que a distingue do dolo: enquanto o primeiro visa à conduta, o outro quer o resultado. Todavia, a culpabilidade pode ser classificada em graus: grave, leve e levíssima. Essa classificação não influencia na obrigação de indenização, uma vez que o CCB/2002 mensura a indenização pela extensão do dano⁷ e não pelo grau de culpabilidade. Entretanto, o grau de culpabilidade destaca-se quando o CCB/2002 mitiga o princípio da indenização por reparação integral do dano e prevê a reparação proporcional do dano, baseado na relação da culpa do ofensor e na extensão do dano, sendo chamada de culpa concorrente (quando a vítima concorre para a ocorrência do dano), o que é bem diferente de coautoria (eventos que possuem mais de um agente causador do dano).

Além disso, a culpa ainda pode ser apurada *in commitendo*, uma ação positiva ou *in omittendo*, ação negativa; *in vigilando*, um erro no dever de vigiar; *in*

⁷ Art. Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. (BRASIL, 2002).

custodiendo, um erro no dever de guarda; *in eligiendo*, um erro gerado a partir de uma má escolha no cumprimento de um dever. (POLI, 2011).

Destarte, independente da responsabilidade objetiva, a culpa é um elemento passível de relativização. O instituto da culpa presumida corrobora para tal abertura de forma que, excepcionalmente e apenas nos casos de expressa previsão legal, presume-se que o réu da ação tenha, de fato, agido de forma culposa, cabendo a ele o dever de provar a sua ausência de culpa e não do autor constituí-la. Ressalta-se que a culpa continua sendo um pressuposto; porém, em termos processuais, há uma inversão do ônus probatório. A culpa presumida foi escape utilizado para favorecer a vítima, nos casos de dificuldade probatória por parte do autor, em razão da resistência em aceitar a responsabilidade objetiva, de certa forma, uma ponte entre culpa e o risco (CAVALIERI FILHO, 2015).

Além da presunção da culpa, o pressuposto pode ser auferido de forma facilitada, como é o caso da proteção concedida pela Lei nº 8.078/1990, Código de Defesa do Consumidor (CDC)⁸ que, apesar de diferentes, são confundidos com a responsabilidade objetiva. Cada um dos três cumpre uma função. Via de regra, é dever do autor instruir o processo com as provas dos fatos que constitui seu direito. Nos casos onde há culpa presumida, o autor da ação deve provar todos os requisitos, exceto a culpa que já se presume, cabendo ao Réu provar a sua ausência de culpa. Nesse sentido, inverte-se o ônus da prova apenas no que se refere à culpa.

Na inversão do ônus da prova concedida pela CDC, há a inversão da prova para toda a matéria constitutiva alegada pelo consumidor, uma vez que trata-se de uma concessão protetiva que coloca o consumidor em uma situação de hipossuficiência.

Já na responsabilidade objetiva, a culpa deixa de ser um requisito caracterizador da responsabilidade civil, cabendo ao autor apenas constituir prova do dano e do nexo de causalidade.

É importante ressaltar que a culpa presumida é espécie de responsabilidade civil subjetiva, não se confundindo com a responsabilidade objetiva. Na

⁸ Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências [...]. (BRASIL, 1990).

culpa presumida, o agente responde se não conseguir provar que não teve culpa. Na objetiva, ele responde mesmo que não tenha tido culpa. A inversão do ônus da prova da culpa não a exclui como pressuposto da responsabilidade civil, ao contrário do que ocorre na responsabilidade civil objetiva que prescinde do elemento subjetivo. Responsabilidade subjetiva, culpa presumida, responsabilidade objetiva são diferentes graus evolutivos do instituto da responsabilidade civil na busca pela reparação da vítima. (POLI, 2011, p. 245).

Atualmente, no ordenamento jurídico brasileiro, não existe um parâmetro para aferição de culpa, que fica a cargo da discricionariedade do juiz.

Na responsabilidade subjetiva só não haverá obrigação de indenizar nos casos de: culpa exclusiva da vítima, culpa de terceiro, caso fortuito e força maior, anuência da vítima, exercício regular de um direito, legítima defesa e estado de necessidade. A responsabilidade objetiva, por sua vez, só não gera o dever de indenizar nos casos de culpa exclusiva da vítima, e, excepcionalmente, em caso fortuito e/ou força maior.

3.5 A relativização dos pressupostos

Os pressupostos da responsabilidade civil, assim como outros diversos institutos do direito civil, em alguns casos, apresentam indícios de insuficiência para acompanhar o crescimento da sociedade. Afinal, é uma estrutura antiga, como anteriormente já citada, baseada no pandectismo alemão do século XIX, elaborado ainda com resquícios da lógica patrimonial, que tem que lidar com questões existenciais e conflitos da sociedade contemporânea a todo tempo. Alguns fatores que contribuíram para essa insuficiência foram a evolução tecnológica, que proporcionou o surgimento de novos meios lesivos e, em paralelo, o definitivo amparo dos interesses existenciais e coletivos.

Diante dessa realidade, os parâmetros utilizados para limitar a aplicabilidade das indenizações passaram a ser relativizados devido ao receio da não reparação dos novos danos em razão da insuficiência de critérios.

No que se refere ao dano, além do crescente número de novos danos indenizáveis, passou-se a admitir a presunção do dano. O elemento da culpa, por sua vez, vem sendo auferido de forma facilitada, sendo que a gama de situações que aplicam-se à responsabilidade objetiva é cada vez maior. Por último, o nexo causal, que seria o elemento primordial nos casos de relativização de culpa, também

vem sendo presumido, como já abordado.

A relativização desses critérios que exerciam um filtro sobre os danos indenizáveis dos não indenizáveis ampliou o gargalo da responsabilidade civil, o que acarretou a disparidade de pedidos de reparação de danos que hoje vem sendo suportada pelos Tribunais brasileiros, principalmente no que tange ao Dano moral que tem se transformado em uma indústria com um aumento relevante da litigiosidade e da vitimização na convivência social. (SCHREIBER, 2015).

A erosão dos filtros da reparação, como denomina Schreiber (2015) acarretou na ineficiência do instituto da responsabilidade civil e em razão disso, doutrina e jurisprudência procuram medidas aptas a tornar o instituto eficaz novamente.

4 DEFINIÇÃO E APLICAÇÃO DO DANO MORAL

A primeira dificuldade encontrada no estudo sobre os danos morais é a sua conceituação, uma vez que não há uma definição fechada sobre o que eles são. A literatura traz uma diversidade de definições, mas não há único conceito formal consolidado.

Em um primeiro momento o dano moral foi conceituado como as lesões sofridas pela pessoa humana em seu patrimônio ideal, considerando patrimônio ideal tudo aquilo que não possui valoração econômica. (SILVA, 1999, p. 561)

A dicotomia entre dano patrimonial e dano moral foi sendo cada vez mais evidenciada e o conceito de dano moral evoluiu, passando a abranger todos os direitos personalíssimos. Para Sérgio Cavalieri Filho:

hoje o dano moral não mais se restringe à dor, tristeza e sofrimento, estendendo a sua tutela a todos os bens personalíssimos – os complexos de ordem ética -, razão pela qual revela-se mais apropriado chama-lo de dano imaterial ou não patrimonial, como ocorre no direito português”. O Autor conclui afirmando que “em razão dessa natureza imaterial, o dano imaterial é insusceptível de avaliação pecuniária, podendo apesar de ser compensado com a obrigação pecuniária imposta ao causador do dano, sendo esta mais uma satisfação do que uma indenização. (CAVALIERI FILHO, 2002, p.85-86).

Abarcando um sentido diverso, em opinião majoritária, os danos morais passaram a abranger uma gama maior de situações por serem compreendidos como efeito não patrimonial das lesões. Neste sentido, Maria Helena Diniz define:

O dano moral vem a ser a lesão de interesses não patrimoniais de pessoas físicas ou jurídicas, provocada pelo fato lesivo, relacionados aos direitos da personalidade (como a vida, a integridade corporal, a liberdade, a honra, o decoro, a intimidade, os sentimentos afetivos, a própria imagem) ou aos atributos da pessoa (como o nome, a capacidade, o estado de família) (DINIZ, 2002, p.81-82).

Para Nehemias Domingos de Melo o dano:

é a agressão ou à violação de qualquer direito, material ou imaterial que, provocado com dolo ou culpa pelo agente ou em razão da atividade desenvolvida cause a outrem, independente de sua vontade, uma diminuição de valor de um bem juridicamente protegido, seja de valor pecuniário, seja de valor moral ou até mesmo de valor afetivo. (MELO, 2011, p.55).

A ausência de um conceito fechado, comumente encontrado no ordenamento jurídico, gera dificuldade do que é dano moral. Pode-se afirmar, todavia, que essa modalidade de dano possui conceito aberto, flexível, que permite uma gama de situações, sem um enquadramento ou limite engessado.

Atualmente, doutrina e jurisprudência consideram dano moral aquele que independente de prejuízo material, atinge os direitos personalíssimos como à honra, liberdade, reputação, dentre outros. Sendo também considerado dano moral aqueles que causam angústia, dor, sofrimento, independente de repercutir no patrimônio. (MORAES, 2003, p. 157).

A vida humana e suas relações exigem que as pessoas passem e suportem dissabores, decepções, tristezas, etc. Entretanto, em muitos casos não é uma tarefa simples separar os meros dissabores de uma lesão à dignidade humana. Os dissabores fazem e sempre farão parte da vida humana, todos devem aprender a superá-los ou pelo menos suportá-los; essa é uma das árduas tarefas da vida, na qual o direito não deve interferir. O que dano moral, por sua vez, propõe a tutelar algo bem além dos meros dissabores. Atualmente, a jurisprudência exerce essa árdua função de distinguir os dissabores do dia a dia da lesão à personalidade da vítima, inclusive para não alimentar uma possível indústria dos danos morais.

No julgado do Ministro relator Sidinei Benteti no REsp 1.399.931 (BRASIL, 2014a), o magistrado indeferiu pedido de danos morais sob a alegação de que “mero inadimplemento contratual, não dando causa a indenização por danos morais. Apenas excepcionalmente, quando comprovada verdadeira ofensa a direito de personalidade, será possível pleitear indenização a esse título”. No caso, o autor havia comprado um *tablet* para presentear o filho na ocasião do Natal e a mercadoria não foi entregue a tempo, ou seja, houve descumprimento contratual.

No mesmo sentido, a 4ª Turma do STJ, tendo como Relator no Ministro Luis Felipe Salomão, decidiu no REsp 1.269.246 (BRASIL, 2014b) que atrasos em voos domésticos inferior a oitos horas, sem consequência grave, não gera dano moral. Para ele é imprescindível que “o ato seja capaz de irradiar-se para a esfera da dignidade da pessoa, ofendendo-a de maneira relevante”. Salomão diz que a doutrina e a jurisprudência têm afirmado de maneira que o mero inadimplemento contratual não se revela bastante para gerar dano moral.

Em suma, o dano moral é um conceito aberto, restando ao judiciário, conforme os requisitos da responsabilidade civil, apurar no caso concreto, o dano moral e distingui-lo dos meros dissabores. Após da constatação do dano moral é necessário que os magistrados fixem o valor das indenizações, tarefa um pouco árdua, pelo fato do ordenamento jurídico não conter valores pré-definidos. Destarte, as indenizações possuem funções a qual devem cumprir e critérios para fixação, aspectos que servem de parâmetro para a fixação do *quantum* indenizatório.

4.1 As funções da indenização por dano moral

A finalidade do instituto dos danos morais é compensar a vítima pela lesão sofrida, de maneira que retorne ao *status quo ante*, podendo ser essa reparação *in natura* (entrega de outro bem igual aquele lesado) ou pecuniária, como último recurso, caso seja inviável essa reparação. Assim leciona Nehamias Domingos de Melo:

No que se refere aos danos morais, na maioria dos casos, retornar ao *status quo ante* é inviável, uma vez que o bem tutelado, como acima descrito é de natureza imaterial, impossibilitando a reparação *in natura*. Mas, muito além de sua natureza imaterial, os bens tutelados são subjetivos e personalíssimos sendo impossíveis de restituição pecuniária também. Dessa forma então, nada poderia ser feito àqueles que tinham seus direitos de personalidade violados. (MELO, 2011, p.98)

Em um primeiro momento, as indenizações por danos morais foram instituídas no intuito de compensar a vítima pelo dano sofrido; diante da impossibilidade de restituição, o ofendido deveria ser compensado com um valor pecuniário no intuito atenuar seu sofrimento.

Posteriormente, além do caráter compensatório, a doutrina e a jurisprudência agregaram as funções punitiva e pedagógica às indenizações por danos morais.

Dessa forma, atualmente o ordenamento jurídico contempla três funções para as indenizações por danos morais, quais sejam: compensar a vítima, punir o ofensor e ensinar a sociedade. A importância da determinação da(s) função/funções que a indenização por danos morais possui ser um facilitador para a fixação do *quantum* indenizatório, sendo este um grande problema do instituto em questão.

4.1.1 Função compensatória

A função compensatória do dano moral, como o próprio nome já diz, tem a finalidade de compensar a vítima pelos infortúnios a que tenha sido submetida, ofertando-lhe uma soma em dinheiro que lhe possa trazer satisfações. Ao considerar esta finalidade da indenização, muitos juristas utilizam como parâmetro a condição econômica do ofendido para fixar o valor da indenização.

Ressalta-se que a quantia que a vítima receberá jamais irá reparar o bem lesado. O patrimônio imaterial da vítima não será reparado, o dano ali causado, permanecerá, ao contrário do que ocorre com o dano material.

A ideia trazida por esta função é a de que não é possível voltar ao *status a quo*, mas sim compensar a vítima de outra forma, sendo a mais utilizada à determinação de um valor em pecúnia, que pode proporcionar um conforto ou comodidade maior.

Nas palavras de Carlos Dias Motta:

na verdade não há que se falar em equivalência entre o dinheiro proveniente da indenização e o dano sofrido, pois esta não se pode avaliar o sentimento humano. Não se afigura possível, então, a reparação propriamente dita do dano, com retorno ao *status quo ante* e com a *restitutio in integrum*. Na impossibilidade de reparação equivalente, compensa-se dano moral com determinada quantia pecuniária, que funciona como lenitivo e forma alternativa para que o sofrimento possa ser atenuado com as comodidades e os prazeres que o dinheiro pode proporcionar. (MOTTA, 1999, p. 205)

Em resumo, baseada na função compensatória a responsabilidade civil busca transferir o prejuízo da vítima para o ofensor.

4.1.2 Função punitiva

A função punitiva das indenizações por danos morais é uma novidade trazida por parte da doutrina e da jurisprudência que, baseado no modelo do sistema *commom law*, entendem que o valor dessas indenizações devem considerar o binômio punitivo- compensatório para fixação do *quantum*. Apesar de não ser adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, a função punitiva possui doutrinadores renomados favoráveis, cada qual com sua argumentação e forma de aplicação, como Caio Mário da Silva Pereira, Sérgio Cavalieri Filho, Maria Helena Diniz.

A função punitiva tem sua origem nos *punitive damages*, um instituto do sistema do *Common Law*, como já mencionado acima, e que tem como objetivo punir a conduta ofensiva da agente. O referido instituto possui algumas especificidades que diferem da função punitiva, mas estas serão minuciosamente tratadas no Capítulo adiante: *Punitive Damages: Conceito e Finalidade*.

A ideia por trás desse entendimento é a de que a indenização por danos morais possui apenas com o caráter compensatório, estar-se-ia esquecendo da conduta antijurídica do ofensor, o que pode provocar um incentivo à reincidência desta prática. Dessa forma, as indenizações devem ultrapassar o limite de compensar a vítima e devem abarcar o caráter punitivo, de modo que o mesmo sinta financeiramente as conseqüências de atingir o direito personalíssimo de outrem.

Deste entendimento compartilha Maria Helena Diniz que afirma, que:

a reparação pecuniária do dano moral é um misto de pena e de satisfação compensatória, tendo função:

- a) Penal ou punitiva, constituindo uma sanção imposta ao ofensor, visando a diminuição de seu patrimônio, pela indenização paga ao ofendido, visto que bem jurídico da pessoa – integridade física, moral e intelectual – não poderá ser violado impunemente subtraindo-se o seu ofensor às conseqüências de seu ato por não serem reparáveis, e
- b) Satisfatória ou compensatória, pois, como o dano moral constitui um menoscabo de interesses jurídicos extrapatrimoniais, provocando sentimentos que não tem preço, a reparação pecuniária visa proporcionar ao prejudicado uma satisfação que atenua a ofensa causada. (DINIZ, 2002. p. 101)

Além da doutrina, os magistrados também vêm utilizando a função punitiva em suas decisões. O ministro Antônio Carlos Ferreira do Superior Tribunal de Justiça destaca em recente acórdão no Recurso Especial nº 416.491/RJ: “O valor da indenização por danos morais deve ser fixado em valor razoável, de modo a preservar a dupla finalidade da condenação, qual seja, a de punir o ato ilícito cometido e a de reparar o sofrimento experimentado pela vítima...” (BRASIL, 2016).

O Ministro Sidnei Beneti, também do Superior Tribunal de Justiça, igualmente contempla o binômio punitivo compensatório ao minorar um valor indenizatório sob argumentação de que o *quantum* já seria suficiente para cumprir a função no Recurso Especial nº 791.025/RJ: “quantia que cumpre, com razoabilidade, a dupla finalidade das condenações, isto é, a de punir pelo ato ilícito cometido e, de outro lado, a de reparar pelo sofrimento moral experimentado” (BRASIL, 2009).

O Ministro Luiz Fux, da Suprema Corte, também destacou a função punitiva do dano moral no Recurso Especial nº 598. 281/MG: “A especificidade do dano moral reclama que sua quantificação realize-se pela análise de aspectos extrínsecos conjugados, dos quais se destacam, por um lado, a necessidade do reconforto da vítima, já que impossível o retorno ao estado de coisas anterior, e, por outro, a conveniência de se punir o responsável pela infringência da norma e causação do dano, a fim de evitar-lhe a reiteração” (BRASIL, 2014).

A função punitiva vem sendo utilizada deliberadamente sendo uma tendência de parte da doutrina e da jurisprudência.

4.1.3 Função pedagógica

Além das funções compensatórias e punitivas, as indenizações por danos morais possuem o caráter preventivo, educativo, pedagógico.

O instituto da responsabilidade civil, ao impor uma obrigação de reparar/compensar os danos de natureza imaterial, desenvolve um papel educativo ou instrutório, uma vez que, implicitamente, ensina e demonstra a sociedade que aquela conduta não é permitida, sendo o autor do ato obrigado a reparar/compensar a vítima.

O caráter pedagógico foi retratado por Carlos Alberto Bittar “a indenização por danos morais deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo advindo.” (BITTAR, 1994, p.220).

Dessa forma, o montante indenizatório desenvolve uma dupla finalidade: compensatório para a vítima, que receberá uma quantia em dinheiro para compensação/satisfação, e de exemplaridade de modo que a sociedade tome ciência de tais decisões e veja que respectiva conduta, não é apenas antijurídica, mas que há uma efetiva punição, como forma de evitar sua repetição e buscar mais respeito aos direitos personalíssimos da pessoa humana.

O critério preventivo das indenizações também é característica do instituto norte americano dos *punitive damages* que, junto à função punitiva objetiva-se a prevenir o dano pela exemplaridade.

É importante ressaltar que apesar de o caráter pedagógico compor o respectivo instituto, ele independe do mesmo, uma vez que as sentenças judiciais já

possuem a finalidade dissuasória, demonstram para a sociedade que determinada conduta não é aceitável e cumprir com o caráter pedagógico. Para SOUZA; BORGES; CALDAS “não precisamos jamais de nos utilizarmos dos *punitive damages* para impor um caráter pedagógico às nossas sentenças judiciais. Este caráter é insito a toda sentença.” (SOUZA; BORGES; CALDAS, 2013, p.61)

A função pedagógica também encontrou escopo na Análise econômica do direito que, em uma perspectiva materialista demonstra a efetividade da prevenção em face dos riscos do acidente.

4.2 Critérios de fixação dos valores da indenização

Superada a questão da finalidade do dano moral, ou seja, sendo constatada a lesão ao bem imaterial da vítima, é necessário arbitrar o *quantum* indenizatório. Aqui reside outra grande polêmica, pois há uma diversidade de critérios adotados para a fixação do valor compensatório, mas nenhuma diretriz objetiva prevista em lei.

Em regra, as indenizações por danos morais seguem os mesmos critérios da reparação civil por danos materiais que em sua maioria estão previstos no Código Civil, quais sejam: a reparação integral do dano, a reparação proporcional dos danos e a reparação equitativa dos danos.

Entretanto, doutrina e jurisprudência trouxeram um novo critério: o critério punitivo dos danos morais. Apesar de não haver previsão texto legal, o respectivo critério punitivo está sendo aplicado pelos Tribunais como forma de majorar o valor indenizatório.

4.2.1 A reparação integral do dano

Pelo princípio da reparação integral dos danos, como o próprio nome já traz, a indenização deve reparar todos os danos causados à vítima, de forma que se alcance, o mais próximo possível, o valor dos bens e direitos lesados.

O Capítulo II, do Título IX do CCB/2002, mais especificadamente os artigos 944 a 954, dedicam-se a normatizar as indenizações advindas da obrigação de indenizar oriundas da responsabilidade civil.

O critério da reparação integral encontra-se logo no artigo primordial do título, o artigo 944 que prevê que: “A indenização mede-se pela extensão do dano.” (BRASIL, 2002).

Portanto, a regra primordial é a de que a situação pessoal e patrimonial do lesado deve retornar ao estado anterior, de forma a torná-lo como era se o evento danoso não existisse.

Essa premissa é facilmente aplicada nos danos de natureza material, pois o valor da indenização se aproximará do valor correspondente ao bem lesado, uma vez que os bens patrimoniais possuem valores de mercado, o que os torna mensuráveis financeiramente. Todavia, os danos morais não possuem um valor de mercado e não são mensuráveis, ou seja, não é possível medir sua extensão.

Como já abordado, as indenizações a título de dano moral visam compensação da vítima, não a reparação do dano, nesse sentido, o critério da reparação integral dos danos, é ineficaz para os danos morais.

Ressalta-se que a ideia da reparação integral do dano já estava presente no CCB/16, no artigo 159⁹, tendo o CCB/2002 feito a repetição da regra e demonstrado um despreparo do “novo Código” para lidar com as questões existenciais colocadas em destaque pela CRFB/88.

4.2.2 A reparação proporcional dos danos

Além do princípio da reparação integral dos danos, o CCB/2002 adotou também a reparação proporcional dos danos, que nada mais é que a mitigação do princípio da reparação integral, baseado na culpa que a vítima possa ter diante do incidente.

A ideia trazida pelo princípio da reparação proporcional é a de que se a vítima contribuiu para a ocorrência do dano, não deve o ofensor suportar sozinho o ônus, sendo ele mitigado entre ofensor e vítima.

Dessa forma, no momento de fixação da indenização, faz um paralelo entre a proporção de culpa da vítima e do agente causador para a ocorrência do dano. Portanto, não só o ato do agente causador é levado consideração, é necessário fazer também a apuração da culpa da vítima para a concretização do dano e, em

⁹ Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano. (BRASIL, 2002)

razão disso, o instituto é também chamado de culpa concorrente. A presença desta responsabilidade pode ser destacada no CCB/2002, no artigo 945¹⁰.

4.2.3 A reparação equitativa

Em sentido contrário, a reparação equitativa dos danos mensura a indenização conforme com a culpa do ofensor. Assim como na reparação proporcional, a reparação equitativa também trabalha com a culpa, mas neste caso, a culpa do ofensor com relação ao dano.

Acerca da gradação da culpa, preleciona o honrado professor da Casa Cesar Fiúza:

Tendo em vista a intensidade da culpa, pode ser ela apreciada em três graus, grave, leve e levíssima.

Haverá culpa grave, quando o grau exigido de atenção ou de habilidade for mínimo.

Será leve a culpa, sendo médio o grau demandado de atenção ou de habilidade.

Por outro lado, a culpa será levíssima, se o grau necessário de atenção ou de habilidade for muito elevado.

Quanto à imprudência, a culpa será grave se o risco assumido for alto.

Será leve, se médio o risco assumido. E será levíssima, se for mínimo o risco assumido.

Para o Direito Civil, como regra, não importa o grau de culpa, a não ser em casos muito específicos, como na culpa concorrente e na responsabilidade contratual. Neste, a culpa levíssima não pode suscitar indenização. (FIUZA, 2009, p. 726).

A reparação equitativa está prevista no parágrafo único do artigo 944, que, como já abordado, prevê a reparação integral. Portanto, o CCB/2002 adota como regra a reparação integral dos danos, entretanto, ao apurar o grau de culpa do ofensor para a ocorrência do dano, necessário se faz haver uma proporção, caso contrário, prevê o CCB/2002 a redução equitativa do valor indenizatório.¹¹.

¹⁰Art. 945: Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano. (BRASIL, 2002)

¹¹ Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. (BRASIL, 2002)

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização.

4.2.4 A reparação punitiva

A reparação punitiva dos danos, diferentemente dos demais critérios de fixação das indenizações, acima descritos, não está prevista no Código Civil. Este instituto é fruto da doutrina e da jurisprudência brasileira, como já mencionado anteriormente.

O critério punitivo de reparação é o montante em pecúnia concedido àquele que sofreu a lesão, em valor expressivamente superior à compensação do dano, buscando a punição do agente ofensor e a prevenção contra a prática de novos ilícitos. Conforme a reparação punitiva dos danos, no momento em que o magistrado fixar o *quantum* indenizatório, ele deve preocupar-se em punir, pecuniariamente, o agente causador do dano.

O respectivo critério não possui regulamentação no ordenamento jurídico. É importante ressaltar que, em muitos casos esse critério está sendo aplicado como forma de majorar a indenização, uma vez que o valor da indenização baseado apenas na compensação da vítima muitas das vezes é baixo, não servindo como um fator desestimulante ao ofensor. Algumas situações já são emblemáticas nos Tribunais e refletem exatamente essa situação, como, por exemplo, os casos de ações de indenização por danos morais por inserção indevida no cadastro de restrição ao crédito, ou mesmo as inúmeras ações que envolvem o extravio de bagagem na responsabilidade das companhias aéreas.

Essas são apenas duas das situações mais comuns que envolvem danos morais e por serem tão frequentes já não surpreendem o ofensor, que nada mais faz para evitar este tipo de abuso, ou a vítima, que muitas das vezes não toma os devidos cuidados para evitar o dano. São situações como essas que pretendem ser evitadas com o critério punitivo, isto é, uma condenação maior evitaria a reiteração das condutas ilegais.

4.3 A possibilidade de tarifação

Apesar dos critérios acima descritos, não há limitações legais com relação ao valor das indenizações por danos morais. A falta de critérios objetivos traz a ideia de tarifação do dano moral. É importante destacar que alguns autores, como Humberto Theodoro Júnior e Rui Stoco, são favoráveis à tarifação do dano moral,

e existem projetos de lei neste sentido. O excesso de subjetivismo das indenizações por danos morais leva a ruína do princípio da isonomia, constitucionalmente tutelado. (THEODORO JÚNIOR, 2001,)

Em termos legislativos, o Projeto de Lei de nº150/1999¹² do Senador Antonio Carlos Valadares é um exemplo. O projeto de lei dispunha sobre o dano moral e sua reparação, dentre outras prerrogativas, tarifava o dano conforme a sua natureza, sendo ela leve, média ou grave. Os danos de natureza leve teriam a indenização até o valor de R\$20.000,00; os de natureza média de R\$20.000,00 a R\$90.000,00 e os de natureza grave de R\$90.000,00 até R\$180.000,00. O referido projeto ainda previa que o juiz ainda deveria considerar a situação política, social e econômica das pessoas envolvidas, bem como do grau de culpa, sofrimento e humilhação. O respectivo projeto sofreu algumas alterações com relação aos valores, mas acabou arquivado em 28/02/2007.

Outro Projeto que também tentou alterar essa questão foi o PL 1.914/2003¹³ de Aatoria do Deputado Marcus Vicente, arquivado recentemente no Senado (15/07/2015), que alteraria o artigo 953 do Código Civil para estabelecer outros critérios de fixação do montante indenizatório, tais como a situação econômica do ofensor, a gravidade da ofensa e a posição social ou política do ofendido.

Um projeto mais recente que também trata desta matéria é Projeto de Lei 334/2008¹⁴ do Senador Valter Pereira, que, em seu artigo 6º, impõe parâmetros para

¹² Art. 7º Ao apreciar o pedido, o juiz considerará o teor do bem jurídico tutelado, os reflexos pessoais e sociais da ação ou omissão, a possibilidade de superação física ou psicológica, assim como a extensão e duração dos efeitos da ofensa.

§ 1º Se julgar procedente o pedido, o juiz fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes níveis:

I – ofensa de natureza leve: até R\$ 20.000,00 (vinte mil reais);

II – ofensa de natureza média: de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) a R\$ 90.000,00 (noventa mil reais);

III – ofensa de natureza grave: de R\$ 90.000,00 (noventa mil reais) a R\$ 180.000,00 (cento e oitenta mil reais).

§ 2º Na fixação do valor da indenização, o juiz levará em conta, ainda, a situação social, política e econômica das pessoas envolvidas, as condições em que ocorreu a ofensa e o prejuízo moral, a intensidade do sofrimento ou humilhação, o grau de dolo ou culpa, a existência de retratação espontânea, o esforço efetivo para minimizar a ofensa ou lesão e o perdão, tácito ou expresso.

¹³ “Art. 953.

1º Se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, eqüitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso e de acordo com o disposto no parágrafo seguinte.

§ 2º Na fixação da indenização por danos morais, o juiz, a fim de evitar o enriquecimento indevido do demandante, levará em consideração a situação econômica do ofensor, a intensidade do ânimo de ofender, a gravidade e repercussão da ofensa, a posição social ou política do ofendido, bem como o sofrimento por ele experimentado (NR)

¹⁴ Art. 6º O valor da indenização por dano moral será fixado de acordo com os seguintes parâmetros,

fixação da indenização de acordo com o bem lesado, sendo: morte, lesão corporal, ofensa a liberdade, descumprimento de contrato e ofensa à honra, sendo esta subdividida em abalo por crédito e outras espécies. Os valores vão de R\$4.150,00 até R\$249.000,00 e o referido projeto também foi arquivado em 24/05/2011.

A tentativa de tarifar faz com que todos os danos morais sejam iguais, sendo que a natureza do dano moral é algo intrínseco, único. Nesta seara, um dano nunca é igual ao outro e, mesmo que o dano pareça o mesmo, ele não atingirá a vítima da mesma forma. Tarifar é generalizar um bem de natureza distinta.

nos casos de:

I – morte: de R\$ 41.500,00 (quarenta e um mil reais) a R\$ 249.000,00 (duzentos e quarenta e nove mil); II – lesão corporal: de R\$ 4.150,00 (quatro mil, cento e cinquenta reais) a R\$ 124.500,00 (cento e vinte e quatro mil e quinhentos reais);

III – ofensa à liberdade: de R\$ 8.300,00 (oito mil e trezentos reais) a R\$ 124.500,00 (cento e vinte e quatro mil e quinhentos reais);

IV – ofensa à honra: a) por abalo de crédito: de R\$ 8.300,00 (oito mil e trezentos reais) a R\$ 83.000,00 (oitenta e três mil reais); b) de outras espécies: de R\$ 8.300,00 (oito mil e trezentos reais) a R\$ 124.500,00 (cento e vinte e quatro mil e quinhentos reais);

V – descumprimento de contrato: de R\$ 4.150,00 (quatro mil, cento e cinquenta reais) a R\$ 83.000,00 (oitenta e três mil reais).

§ 1º Na fixação da indenização, o juiz considerará sempre as circunstâncias descritas no art. 3º e especialmente:

I – na hipótese do inciso I do caput deste artigo, a proximidade do ofendido com a vítima, bem como a expectativa de vida desta;

II – no caso do inciso II do caput deste artigo:

a) o grau de incapacidade resultante para a vítima, que determinará, sendo total ou permanente, o acréscimo de cinquenta por cento no valor fixado;

b) a existência de dano estético, passível de correção, total ou parcial, mediante tratamento, cujo custo deverá ser assumido pelo ofensor ou pago ao ofendido, se este assim o preferir, a título de reparação natural, sem prejuízo da indenização de dano moral de natureza diversa, decorrente do mesmo fato;

c) a existência de dano estético, não passível de correção, que deverá ser indenizado mediante acréscimo de vinte por cento no valor fixado para a reparação pecuniária do dano moral de natureza diversa, decorrente do mesmo fato, ou, na sua falta, mediante o pagamento de um valor entre R\$ 4.150,00 (quatro mil, cento e cinquenta reais) e R\$ 62.250,00 (sessenta e dois mil e duzentos e cinquenta reais), de acordo com a gravidade do dano.

III – na hipótese do inciso III do caput deste artigo, o tempo em que o ofendido ficou injustamente privado da liberdade;

IV – no caso do inciso IV do caput deste artigo, a utilização da imprensa para a realização da ofensa, hipótese em que o valor da reparação pecuniária será fixado em razão de número de emissões, da amplitude da circulação e da abrangência do veículo, e acrescido de dez por cento.

§ 2º No caso de ofensa à honra por abalo de crédito, a reparação pecuniária, quando for o caso, deverá considerar:

I – as providências que o ofensor tiver adotado para evitar a persistência do fato;

II – a existência de fatos similares e contemporâneos;

III – a repercussão objetiva, de acordo com a existência de outros fatos diretamente relacionados com a natureza do dano.

§ 3º Sempre que a ofensa resultante de descumprimento de contrato importar risco grave à vida ou à saúde, a reparação será fixada no limite máximo a que se refere o inciso V do caput deste artigo.

§ 4º A reparação do dano, quando condenada a Fazenda Pública, será feita segundo os parâmetros estabelecidos neste artigo, observada a redução final de vinte por cento sobre o respectivo valor.

§ 5º Na hipótese de culpa concorrente, o valor da reparação será reduzido pela metade.

Além disso, a tarifação traz ao conhecimento prévio do ofensor o valor a ser pago por aquela consequência ilícita, o que acarretaria em uma pesagem prévia entre as vantagens e desvantagens de cometê-la. A título de exemplo, em termos comerciais, um empresário poderia calcular o valor de ferir a imagem de uma empresa concorrente à sua e assim concluir o que seria mais vantajoso aos seus negócios. Portanto, é uma alternativa delicada e perigosa, mas vislumbrada por alguns doutrinadores e legisladores.

5 PUNITIVE DAMAGES: CONCEITO E FINALIDADE

Os *punitive damages* - também denominados de *vindictive damages*, *punitory damages*, *exemplary damages*, *smart Money* ou danos punitivos como são chamados aqui no Brasil - é um instituto jurídico de origem estrangeira que, de maneira resumida, visa punir o ofensor de um ato ilícito.

O clássico dicionário jurídico inglês de Henry Black dispõe sobre *punitive damages*

Danos em grande escala, concedido a demandante bem acima que a compensação pela perda de propriedade, onde o erro foi agravado por circunstâncias de violência, opressão, malícia, fraude ou indecente e perversa conduta do réu, e são destinados a consolar o demandante por angústia mental, laceração de seus sentimentos, vergonha, degradação ou outros agravantes do erro original ou ainda punir o Réu pelo mau comportamento ou fazer dele um exemplo, razão pela qual também são chamados de “punitory damages” ou “vindictive damages” ¹⁵(BLACK, 1990, p.390, tradução nossa)

O referido instituto é adotado em diversos países, mas principalmente os anglo-saxões, que adotam o *Common Law* como sistema jurídico e possuem como característica marcante o precedente judicial como principal fonte de direito. Dentre os países que adotam o instituto destacam-se a Inglaterra e os Estados Unidos.

Os primeiros vestígios de multa punitiva no direito inglês são verificados no século XII, mais especificamente no Estatuto de Gloucester de 1278, legislação que previa a indenização triplicada nos casos que envolviam a recuperação de uma propriedade imobiliária danificada por seu inquilino ou arrendatário. (SOUZA; BORGES; CALDAS, 2013).

O ato ilícito nos Estados Unidos pode, simultaneamente, gerar uma demanda de responsabilidade civil e ser um crime punível pelo Estado. Entretanto, o instituto é aplicado nas demandas que envolvem danos extracontratuais, sendo conservada a autonomia da vontade das partes, uma vez que independente do motivo não há aplicação dos *punitive damages* em responsabilidade contratual. Destarte, para

¹⁵ Exemplary damages are damages on an increased scale, awarded to the plaintiff over and above what will barely compensate him for his property loss, where the wrong done to him was aggravated by circumstances of violence, oppression, malice, fraud, or wanton and wicked conduct on the part of the defendant, and are intended to solace the plaintiff for mental anguish, laceration of his feelings, shame, degradation, or other aggravations of the original wrong, or else to punish the defendant for his evil behavior or to make an example of him, for which reason they are also called “punitive” or “punitory” damages or “vindictive damages.

aplicação do instituto é necessário à constatação do fator subjetivo - dolo - na ação do autor, não sendo suficiente a conduta meramente culposa (negligência, imprudência, imperícia), entretanto, excepcionalmente, alguns estados aceitam a comprovação da grave negligência. Em regra, o órgão responsável pela fixação do instituto é o júri, instituto utilizado em demandas americanas de responsabilidade civil (MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005, p.19)

Já na Inglaterra, o instituto é aplicado em três hipóteses: em caso de expressa previsão legal; para sancionar conduta vexatória, opressiva, arbitrária ou inconstitucional de funcionário público que vulnera direito fundamental de cidadão; e quando o autor do ilícito atua com a perspectiva de que a utilidade da conduta danosa será superior à indenização a ser paga, ou seja, é mais benéfico praticar a conduta danosa, do que arcar com a indenização. (ROSENVALD, 2014)

Os *punitive damages* possuem duas finalidades: punir o autor do dano e prevenir a sua reincidência através do exemplo de punição. Conforme define Nelson Rosenvald:

Os *punitive damages* são concedidos para punir a malícia ou uma conduta arbitrária. A finalidade do remédio é deter o ofensor, evitando a reiteração de condutas similares no futuro, bem como desestimular outros a se engajar desta maneira. Os *punitive damages* possuem grande importância em litígios de responsabilidade civil. (ROSENVALD, 2014, p.143)

A dupla finalidade dos *punitive damages* em nada se confunde com os *compensatory damages* que são

tal como compensação a parte lesada pela lesão sofrida, e nada mais; tal como simplesmente fazer o bem ou substituir a perda causada pelo erro ou lesão. Danos atribuídos a uma pessoa como compensação, indenização ou restituição por danos sofridos por ele. A justificativa por trás dos danos compensatórios é restaurar a pessoa lesada ao cargo que ele ou ela estava antes da lesão. (BLACK, 1990, p.390, tradução nossa)¹⁶

Os *compensatory damages* é um instituto que compensa à vítima de um dano existencial, um dano à pessoa, instituto que assemelham-se aos danos morais do ordenamento jurídico brasileiro. Os *compensatory damages* são aplicados em demandas extracontratuais e também nas contratuais, uma vez que visam

¹⁶ such as will compensate the injured party for the injury sustained, and nothing more; such as will simply make good or replace the loss caused by the wrong or injury. Damages awarded to a person as compensation, indemnity, or restitution for harm sustained by him. The rationale behind compensatory damages is to restore the injured party to the position he or she was in prior the injury.

compensar a vítima pelo dano sofrido. Outra importante distinção é que na maioria dos Estados americanos os *punitive damages* sofrem tributação por representarem um acréscimo patrimonial, o que não ocorre com os *compensatory damages*. Para ROSENVALD; PARDOLESI, são três as características principais que distinguem um instituto do outro:

(1) finalidade – os danos compensatórios se inspiram na necessidade de ripristinar a perda súbita sofrida pela vítima (*loss-oriented*), enquanto os *punitive damages* enfatizam a finalidade inibitória (*wrong oriented*); (2) individualização do sujeito a que se aplica o remédio – enquanto os danos compensatórios focalizam a figura da vítima (*victim-oriented*), os danos punitivos concentram sua atenção na figura do autor do tort e sobre sua conduta ilícita (*society-oriented*); (3) a diferença de perspectivas – os *compensatory damages* são retrospectivos, pois focam os danos já suportados pela vítima, com exceção dos futuros prejuízos do ato ilícito, que poderão ser compensados no futuro, enquanto nos danos punitivos essa perspectiva possui amplitude maior, pois eles tendem a inibir o ofensor da prática daquela conduta ilícita. (ROSENVALD, 2014, p.171)

As diferenças entre os institutos são consideráveis, tendo destaque a preocupação jurídica cada um: os *compensatory* voltado para vítima e os *punitives* para o ofensor.

Todavia, é necessário ressaltar a experiência do ordenamento jurídico americano, um dos principais países adeptos do instituto e que, recentemente, fixou parâmetros para a fixação dos *punitive damages*, a fim de solucionar um efeito do instituto que é conhecido como “indústria dos danos morais”. Além disso, passou-se a questionar lesão a princípios constitucionais, principalmente as Emendas VIII e XIV, e empresas causadoras de danos passaram a alegar excesso de sanção. Os critérios adotados foram:

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-se 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 segurança dos outros (the tortious conduct evinced na 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;

II – a disparidade entre o dano efetivo ou potencial sofrido pelo autor e os *punitive damages*.

III – a diferença entre os *punitive damages* concedidos pelo júri e as multas civis autorizadas ou impostas em casos semelhantes. (MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005, p.19)

Em suma, o *punitive damages* é um instituto estrangeiro, presente em ações de responsabilidade civil, mas que precisa de uma análise mais apurada para a aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que o *common law* e o *civil Law* possuem aspectos distintos.

5.1 Aspectos favoráveis aplicação no Brasil

O denominado dano punitivo não possui previsão legal no atual ordenamento jurídico brasileiro, entretanto, existem doutrinadores, anteriormente já citados, como Maria Helena Diniz, Caio Mário da Silva Pereira, Sérgio Cavalieri Filho, que defendem sua aplicação. Um dos principais argumentos utilizados é que o instituto seria mais um instrumento para promover a proteção dos direitos da personalidade e do princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, os defensores da aplicação desse instituto alegam que são preponderantemente ineficazes os instrumentos utilizados para a defesa de princípios constitucionais como a vida privada, a intimidade, a honra, a imagem, dentre outros. Dessa forma, faz-se necessária uma sanção mais efetiva, não bastando apenas leis penais.

Neste diapasão, as autoras Judith Martins Costa e Mariana Souza Pargendler afirmam que:

por desempenhar, funcionalmente, o duplo papel de punir o culpado (o autor do dano) e de servir como dissuasão da prática de certo comportamento social (“exemplaridade”) a figura tem recebido atenção da doutrina e da jurisprudência de países cuja tradição é – em tema de responsabilidade civil – bastante diversa, modelada na ideia da reparação do dano ou na restituição ao *statu quo* ante ou na compensação monetária do prejuízo sofrido (no juízo cível), cabendo o papel de punir ao juiz penal, exclusivamente nas hipóteses previamente tipificadas em lei. A atração exercida pelos *punitive damages* está, justamente na ultrapassagem dessa cisão, introduzindo na responsabilidade civil (e, portanto em matéria sujeita ao juízo cível) a ideia de “pena privada”. (COSTA; PARGENDLER, 2005, p.16)

Em termos legislativos, um forte argumento dos defensores dos danos punitivos é a previsão de multas punitivas e astreintes em algumas partes do ordenamento jurídico brasileiro. Tanto no CCB/2002, quanto em leis especiais existem dispositivos que prevêm a majoração da indenização ou mesmo a fixação de um *quantum* no intuito de punir o autor da conduta, o que corresponde a uma sanções punitivas. No que tange ao CCB/2002 é caso, por exemplo, das hipóteses

de sonegação de bens da herança, da cobrança judicial de dívida ainda não vencida ou já paga, situações previstas nos artigos 1.993, 939 e 940, respectivamente.

Com relação a leis esparsas, a lei de propriedade intelectual, lei 9.279/96, também prevê uma sanção punitiva, no momento em que determina que nos atos de violação de direitos de propriedade industrial e dos atos de concorrência desleal, os lucros cessantes são determinados da forma mais benéfica ao lesado.

Vale ressaltar que a aplicação desse instituto no nosso ordenamento pode contribuir para amenizar a atual discrepância existente entre a conduta lesiva e o *quantum* indenizatório de caráter compensatório-exemplificativo.

As decisões judiciais de baixo valor, que não dão a devida importância ao fato o bem jurídico tutelado, não cumprem a função compensatória, nem mesmo desestimulam o autor da lesão a não reiterar a conduta. Portanto, os *punitives damages* são considerados como uma alternativa a este problema.

No âmbito jurisprudencial, alguns casos isolados já possuem a aplicação de indenizações punitivas como, por exemplo, o Caso João Angêlo Garbelin contra Amil Assistência Médica S.A. no Tribunal de Justiça de São Paulo¹⁷.

Apesar de não estar na seara do Direito civil, é importante destacar que os *punitive damages* estão sendo utilizados, independentes de regulamentação legal na Justiça do Trabalho.

5.3 Aspectos contrários a aplicação dos *punitive damages* no Brasil

O fato de buscar um instituto jurídico de outro ordenamento requer grande cautela, uma vez que, cada instituto é criado para cumprir um objetivo dentro de uma referida lógica, extraí-lo dela gera incongruências. Como já mencionado anteriormente, o *punitive damage* não é um instituto originário dos sistemas jurídicos

¹⁷ **Ementa:** PLANO DE SAÚDE. Pedido de cobertura para internação. Sentença que julgou procedente pedido feito pelo segurado, determinado que, por se tratar de situação de emergência, fosse dada a devida cobertura, ainda que dentro do prazo de carência, mantida. DANO MORAL. Caracterização em razão da peculiaridade de se cuidar de paciente acometido por infarto, com a recusa de atendimento e, conseqüentemente, procura de outro hospital em situação nitidamente aflitiva. DANO SOCIAL. Caracterização. 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 que não se confunde com a destinada ao segurado, revertida ao Hospital das Clínicas de São Paulo. LITIGÂNCIA DE MÁ FÉ. Configuração pelo caráter protelatório do recurso. Aplicação de multa. Recurso da seguradora desprovido e do segurado provido em parte. SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. Processo: AP 0027158-41.2010.8.26.0564. Relator: Teixeira Leite. São Paulo: 19 jul. 2013.

romano-germânicos, isto é, as consideráveis diferenças em relação ao *Common Law* dificultam a aplicação do instituto no Brasil.

A principal fonte de direito no sistema *Common Law* é o precedente judicial, enquanto no *Civil Law*, caso do Brasil, a principal fonte de direito é a legislação, logo não há punição sem prévia determinação legal (art. 5º, XXXIX). Esse é um dos aspectos negativos a aplicação do instituto no Brasil, uma vez que, atualmente, o ordenamento jurídico brasileiro ainda não prevê a incidência dos *punitive damages*. Além disso, a indenização punitiva é fixada ao arbítrio do juiz, sem previsão legal. Nesse sentido, é imposta ao ofensor uma pena conforme a subjetividade do juiz, sem parâmetro aplicação e sem previsão legal, ou seja, há uma ofensa ao princípio da legalidade.

O que o caráter punitivo da indenização por dano moral faz, e é aí que reside o problema, é agravar a dificuldade de mensuração inerente a este tipo de lesão, ao introduzir na equação elementos estranhos ao próprio conceito de dano (como o grau de culpa e o patrimônio do ofensor), e, conseqüentemente elevar absurdamente o grau de incerteza do ofensor quanto à ordem de grandeza da indenização que eventualmente poderá ser condenado a pagar. (YOSHIKAWA, 2008, p.7)

O sistema do *Common Law* admite a transação penal privada, promovendo à vítima a possibilidade de abster-se de ingressar com uma ação penal, em razão da majoração da indenização civil. O montante indenizatório, dessa forma, além de reparar/compensar a vítima pelos danos sofridos, exerce a finalidade de uma condenação penal. Há a cumulação de sanção civil e penal em uma mesma ação.

No Brasil, entretanto, essa alternativa não é viável. Aqui existe uma dicotomia muito bem traçada entre a esfera civil e a esfera penal, em que o papel de punir é exclusivamente do Estado e não se confunde com o direito privado. Conforme os autores da obra *Dano moral e Punitive damages*:

não cabe ao processo civil, como já dissemos acima, buscar a punição. A este cabe apenas buscar a reparação do dano. Afinal jamais podemos misturar o fim a que se destina o processo civil com o fim a que se destina o processo penal: a) o primeiro é privado. Busca a reparação individual do litigante; b) o segundo é coletivo. Busca a pacificação social. (SOUZA; BORGES; CALDAS, 2013, p. 61)

A responsabilidade penal busca o castigo do delinquente sendo este papel exercido pelo Estado, enquanto a responsabilidade civil busca o ressarcimento da vítima por meio de interesse próprio.

É importante ressaltar que no sistema jurídico americano o Estado pode intervir em qualquer ação, inclusive nas ações que tratam apenas de direito privado, desde que nelas se constate a existência de interesses relativos à interesses coletivos. No Brasil, assim como na França, desde o Código de Napoleão, há uma total separação entre a sanção penal e civil, bem como entre o direito público e privado, de modo que essa possibilidade pode acarretar um *bis in idem*, vez que, se uma pessoa for sofrer uma sanção punitiva na esfera civil, não poderá ser condenada na esfera penal, pois haveria uma dupla condenação pelo mesmo fato, o que é vedado no nosso ordenamento jurídico. Este também é o entendimento do Ilustre doutrinador Humberto Theodoro Júnior:

Quando a ação ilícita ultrapassa o campo do interesse privado da vítima, para repercutir no terreno do interesse coletivo e social, a lei penal cuida de tipificá-la e apená-la segundo os critérios da política criminal. Estender esse tipo de repressão ao juiz civil, sem ter autorização e parâmetro na lei positiva, redundando em flagrante desrespeito à tipicidade e legalidade da imposição de pena, sem falar no risco, frequente, de ser o ofensor punido duas vezes pelo mesmo fato, ou seja, pela sentença criminal e pela sentença civil de reparação de dano moral. Esse *bis in idem* retrata, também, um dos sérios motivos para que se afaste o juiz da inconveniente tese do caráter punitivo da indenização civil na espécie. (THEODORO JÚNIOR, 2016, p.68)

Com relação à utilização das multas contratuais e astreintes existentes no CCB/2002, que são interpretadas pelos defensores do instituto no ordenamento pátrio como indícios do *punitive damages*, o argumento é rebatido sob a alegação de que se tratam de situações com expressa previsão legal tem a finalidade de assegurar a execução das obrigações civis. (THEODORO JÚNIOR, 2016).

Outra grande divergência é o *quantum* indenizatório e a sua destinação. O dano moral tem a função compensatória-pedagógica, ou seja, no Brasil o *quantum* indenizatório é destinado à vítima no intuito de compensá-la pelo evento danoso sofrido. O *punitive damage*, por sua vez, visa à punição do agente causador do dano, de maneira que, nos países que adotam o instituto, as condenações fixam dois tipos de indenizações: uma a título de dano moral ou *compensatory damages* e outra a título de *punitive damage*, todas destinadas à vítima. Esse dupla finalidade da condenação acarreta em uma indenização de valor bem elevado.

A destinação da verba é uma questão de grande importância para a presente discussão e no Brasil vislumbram-se duas possibilidades: a verba ser destinada à vítima, como ocorre no instituto dos danos morais, ou destinada a um fundo social.

Se a indenização a título de *punitive damages* destinar-se à vítima, conforme o direito norte-americano, haveria enriquecimento sem causa da vítima que. Nas palavras do professor Cesar Fiúza:

Enriquecimento ilícito ou sem causa, também denominado enriquecimento indevido, ou locupletamento, é, de modo geral, todo aumento patrimonial que ocorre sem causa jurídica, mas também tudo o que se deixa de perder sem causa legítima. (FIUZA, 2009, p. 262).

E, como é cediço, o enriquecimento sem causa expressamente vedado no CCB/2002, conforme o artigo 884¹⁸.

Outra alternativa vislumbrada para a destinação do *quantum* indenizatório a título de *punitive damages* é reverter este valor em prol da sociedade. Se assim fosse, a verba indenizatória seria destinada a um fundo de interesse coletivo ou difuso. Nessa composição os *punitive damages* se assemelhariam com o instituto da Ação Civil Pública, que ampara os interesses coletivos e difusos e sua condenação é revertida a um fundo gerido pelo Ministério Público, por um Conselho Federal ou Conselhos Estaduais ligados ao Ministério Público¹⁹.

teria de ser concebida uma legitimação processual extraordinária, para permitir que a pessoa ofendida moralmente, agindo de forma individual, pudesse demandar em nome próprio indenização destinada a entidade comunitária distinta. Entretanto, só a lei, em nosso direito positivo, pode legitimar órgãos para promover defesa de direitos difusos ou coletivos (Lei n. 7.347/1985, art. 5º), assim como só a lei pode autorizar, excepcionalmente, a figura da substituição processual – defesa em nome próprio de direito ou interesse de outrem (CPC/2015, art. 18). (THEODORO JÚNIOR, 2016, p.69)

Nesse sentido há possibilidade de haver um conflito com o direito processual civil brasileiro, pois a vítima de um dano moral ingressaria com uma ação de interesse privado demandando uma condenação a uma entidade distinta, sob o

¹⁸ Art. 884 do Código Civil: 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).

¹⁹ Art. 13. Da Lei 7.347/1985 - Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.

argumento de amparar o interesse coletivo, interesse esse que a lei brasileira prevê os legitimados a proteger, acima já identificados.

Com relação ao quantum indenizatório dos *punitive damages*, outra questão: a extensão do valor da indenização. O CCB/2002 é expresso ao prever que o valor da indenização mede-se pelo dano²⁰ sofrido, ou seja, o valor limite da indenização é o valor do dano, podendo este ser atenuado (não agravado) conforme a culpa, hipóteses acima já citadas. O caráter punitivo por sua vez, eleva a indenização em um valor muito superior ao dano.

De forma brilhante e sintética Ponzanelli (2015) defende que a aplicação dos *punitive damages* norte-americanos no sistema *commom Law* não é possível por quatro razões:

(a) o forte condicionamento do ilícito civil ao penal, ao contrário da autonomia vigente em nosso ordenamento; (b) o júri e a ânsia redistributiva da responsabilidade civil- o júri eleva acentuadamente o quantum da condenação punitiva, sem necessidade de fundamentação das decisões, para compensar um frágil sistema segurança digital; (c) a *american rule* – a ausência do princípio da sucumbência induz a um aumento considerável da medida da condenação para além do dano efetivamente causado; (d) a análise econômica do direito impõe uma situação de *undercompensation* transferindo todo o quantum punitivo em prol da vítima. (PONZANELLI apud ROSENVALD, 2015, p. 168)

O instituto norte-americano dos *punitive damages* contém grandes conflitos com o sistema civilista da responsabilidade civil, entretanto, possui algumas características comuns com um instituto do direito público, a Ação Civil pública.

5.3 Os *punitive damages* e danos sociais

Desde o reconhecimento legislativo, o instituto dos danos morais sofreu modificações profundas. Além da ampliação dos meios lesivos, em razão da constante evolução tecnológica, houve também a expansão dos interesses lesados, com a tutela dos interesses existenciais, uma vez que o conceito patrimônio juridicamente tutelado ultrapassa a ideia de coisa. Nesse sentido, novas espécies de danos morais foram surgindo, como dano moral estético, dano moral à pessoa jurídica, dano moral por ruptura de relacionamento, dano moral por erro médico, dano moral por abandono afetivo e dano moral coletivo, dentre várias outras

²⁰Art. 944 do Código Civil (BRASIL, 2002)

espécies que vem surgindo a partir dos casos concretos e que encontram escopo no conceito aberto e nos critérios relativizados do instituto.

Destarte, os direitos fundamentais surgiram de forma gradativa, sendo os direitos fundamentais de terceira geração marcados pela solidariedade ou fraternidade, evidenciando os direitos transindividuais como os difusos e coletivos (LENZA, 2016). Nesse sentido, o dano moral coletivo busca tutelar esses direitos que não possuem um titular determinado, mas um grupo de pessoas, uma coletividade.

Com relação à definição do dano moral coletivo, de forma objetiva, é:

como sentimento de despreço que afeta negativamente toda a coletividade pela perda de valores essenciais; sentimento coletivo de comoção, de intranquilidade ou insegurança pela lesão a bens de titularidade coletiva, como o meio ambiente, a paz pública, a confiança coletiva, o patrimônio (ideal) histórico, artístico, cultural, paisagístico etc. (CAVALIERI FILHO, 2015, p.145)

Assim como ocorreu com o próprio instituto do dano moral, o dano moral coletivo também sofreu uma resistência inicial a ponto de dividir o entendimento do Superior Tribunal de Justiça – STJ, optando a 1ª Turma, inicialmente, pela total rejeição ao defender que

a ofensa moral sempre se dirige à pessoa enquanto portadora de individualidade própria; de um *vultus* singular e único. Os danos morais são ofensas aos direitos da personalidade, assim como o direito à imagem constitui um direito de personalidade, ou seja, àqueles direitos da pessoa sobre ela mesma. (BRASIL, 2006)

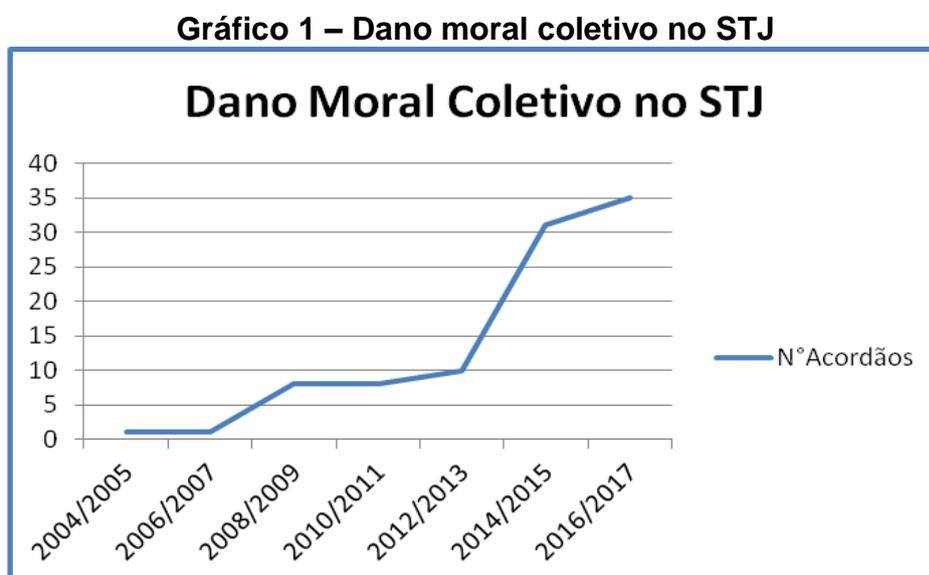
A ideia de dano moral estava atrelada àquele que causa dor, vexame, humilhação e em razão disso só poderia ser concedido à pessoa individual, entretanto, as respectivas reações são na verdade a consequência do dano moral e não um pressuposto. Em posicionamento oposto, a 2ª Turma manifestava-se em prol do dano moral coletivo, posição destacada em informativo de jurisprudencial no REsp 1057274/RS, de relatoria da Ministra Eliana Calmon, referente ao passe livre de idosos em face de Concessionárias de Transporte público que exigiam prévio cadastramento.

O dano moral coletivo, assim entendido o que é transindividual e atinge uma classe específica ou não de pessoas, é passível de comprovação pela presença de prejuízo à imagem e à moral coletiva dos indivíduos enquanto

síntese das individualidades percebidas como segmento, derivado de uma mesma relação jurídica-base.

O dano extrapatrimonial coletivo prescinde da comprovação de dor, de sofrimento e de abalo psicológico, suscetíveis de apreciação na esfera do indivíduo, mas inaplicável aos interesses difusos e coletivos. (BRASIL, 2009)

Vale frisar que construção jurisprudencial sobre o dano moral coletivo se deu rapidamente, isto é, em um período de 13 (treze) anos, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, as referências à expressão “dano moral coletivo” saltaram de uma vez a cada dois anos (janeiro/2004 e dezembro/2005) para trinta e cinco vezes no período compreendido entre janeiro/2016 e maio/2017. O gráfico abaixo bem esclarece a questão.



Fonte: elaborado pela autora com dados extraídos do site do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2017)

Em termos legislativos, os bens jurídicos coletivos são tutelados pelo atual ordenamento jurídico, de modo que a própria CF/88, texto pontífice, protege interesses para além da individualidade, como o meio ambiente, o patrimônio histórico e cultural, dentre outros. Nesse diapasão, o CDC também prevê a tutela de direitos coletivos e difusos, em seu artigo 6º, VI²¹. Entretanto, a legislação que ganha destaque é a Lei nº 7.347/1985, que disciplina a Ação Civil Pública, uma vez que

²¹ Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;(BRASIL, 1990)

prevê, expressamente, ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados a bens de interesse difuso e coletivo²².

As ações civis públicas não podem ser propostas por uma pessoa individualmente. Os legitimados a propor a respectiva ação estão previstos no artigo 5º da respectiva Lei e são eles: o Ministério Público; a Defensoria Pública; a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; as autarquias, empresas públicas, fundações ou sociedades de economia mista; as associações que, concomitantemente, estejam constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil e inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Outra característica singular das ações civis públicas é que em caso de condenação em dinheiro, a quantia é destinada a um fundo gerado por um Conselho ligado ao Ministério Público e será destinada a reconstrução dos bens lesados²³. A regulamentação desse fundo está prevista no Decreto-Lei nº 1.306/1994 (BRASIL, 1994) e na Lei no 9.008/1985 (BRASIL, 1985).

O ponto de maior destaque para o presente estudo é a função e a quantificação das indenizações por dano coletivo. Se a lógica do princípio da reparação integral dos danos já não é suficiente para os danos morais, nos danos morais coletivos a situação é ainda mais nebulosa, uma vez que além de não ser possível mensurar a extensão do dano, não é possível auferir o número de lesados. Em razão disso, ideia de uma indenização reparatória ou compensatória torna-se inaplicável. Entretanto, deixar de tutelar os bens de natureza coletiva ou não responsabilizar os autores de condutas que lesem os direitos coletivos por falta de parâmetros, deixaria uma lacuna no ordenamento. Nesse aspecto:

a doutrina e a jurisprudência consagraram a técnica da estimativa e do valor do desestímulo como critério aplicável na quantificação do dano coletivo e difuso, principalmente na mensuração do dano moral coletivo.

²² Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

I - ao meio-ambiente;

II - ao consumidor;

III - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo

²³ Art. 13 da Lei 7.347/1985

A indenização, que deverá ser estimada pelo julgador atentando principalmente para a gravidade do dano, terá caráter marcadamente sancionatório com vistas à prevenção, à precaução e à punição. (CAVALIERI FILHO, 2015, p.178)

A finalidade das indenizações a título de dano moral coletivo distingue-se das finalidades das indenizações por dano moral e se aproxima das funções das condenações por *punitive damages*, uma vez que altera o foco da vítima para o causador do dano.

6 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A análise econômica do Direito é uma forte tendência de parte da doutrina brasileira, atualmente. A economia é uma ciência que se relaciona com diversas outras áreas, principalmente por influência do capitalismo e, aos poucos, se encontrou também com o direito. Entretanto, a relação entre o mundo jurídico e a economia não é novidade. Autores clássicos como Maquiavel, Locke, Adam Smith já fizeram essa ligação, tendo formado a base para o movimento “Law and economics”.

Alguns críticos acreditam que o movimento é originário do utilitarismo do filósofo inglês Jeremy Bentham (1748-1832) que defendia a ideia de que o homem toma suas decisões visando maximizar sua felicidade e/ou minorar sua dor. “De acordo com Bentham, a coisa certa a fazer é aquela que maximizará a utilidade. Como “utilidade” ele define qualquer coisa que produza prazer ou felicidade e que evite a dor ou o sofrimento” (SANDEL, 2015, p. 48).

Bentham considerava que o utilitarismo era uma ciência da moral e propôs formas mais eficientes para a política, o direito, a sociedade no geral como, por exemplo, o presídio *Panopticon*, caracterizado por conter uma torre central na qual o supervisor do estabelecimento observava a todos os presos sem ser visto e, ao invés de ser administrado pelo poder público, era gerenciado por um empresário que obtinha como pagamento o lucro do trabalho dos presos, que cumpriram jornada de 16 horas diárias. Outro plano criado por Bentham foi o reformatório autofinanciável para mendigos; o plano era baseado na ideia de que os mendigos causam grande desconforto para a sociedade, o que conseqüentemente resulta na redução da felicidade de todos. Em razão disso propôs o respectivo reformatório, na qual casa mendigo trabalharia para pagar seu próprio custo e diminuir seu tempo no local, sendo que todo cidadão poderia encaminhá-los ao reformatório. As principais críticas ao utilitarismo referem-se à desvalorização aos direitos individuais e a redução de todos os valores a uma única moeda, ou seja, todos os valores tornam-se quantitativamente iguais (SANDEL, 2015).

Conforme a lógica cronológica, no final século XIX e início do século XX surgiram os economistas da denominada escola “Institucionalista”, que buscavam encontrar melhores explicações aos institutos jurídicos baseados no contexto histórico, social, institucional. Um dos membros de destaque do movimento foi John Commons. Entretanto, a partir da década de 30 o respectivo movimento perdeu

forças, sendo os principais motivos: o desenvolvimento das ciências sociais em sentido estrito, que desviou o foco dos economistas para a economia de mercado, e a necessidade de métodos mais sofisticados para o estudo, uma vez que prevaleciam os acontecimentos fáticos. (PIMENTA; LANA, 2010).

Destarte, em 1973, Ronald Coase, na época professor da Universidade de Chicago, publicou o artigo “The Nature of the Firm”, no qual afirmava que as sociedades empresárias devem ser vistas como pertencentes ao sistema econômico e se justificavam pelo custo de transação. Tal publicação acarretou o surgimento do movimento denominado “Nova Economia Institucional”. O respectivo movimento buscou desviar o olhar dos juristas para uma interpretação do direito, conforme a lógica econômica. O movimento, por influência de Aaron Director, então professor da Universidade de Chigado, criou no âmbito da Universidade o “Journal of Law and Economics”, que até hoje é publicado. (PIMENTA; LANA, 2010)

Tanto o utilitarismo, quanto os movimentos “Institucionalista” e da “Nova Economia Institucional” serviram de alicerce para o que viria ser o “*Law and economics moviment*”, que se fundou de fato a partir de 1960, sendo que a maioria dos doutrinadores acredita que o movimento é originário da Universidade de Chicago, até hoje escola de referência sobre o tema.

Contemporaneamente, o doutrinador de grande importância para o tema é Richard Posner, juiz norte-americano que se tornou referência no tema a partir de sua obra “*The problem of the social cost*”, sendo inclusive premiado com o Prêmio Nobel de Economia, mesmo sendo do universo jurídico.

O movimento não é uniforme e ainda é visto por alguns autores como uma forma de “economicizar” o direito, ou seja, transformar o direito em mais um campo de aplicação da economia, o que Mackaay tenta desmistificar:

A análise econômica do direito não se limita aos aspectos “econômicos” em sentido estrito, o que se refere a comércio, moeda, bancos e concorrência. Não prioriza o emprego da relação custo-benefício presente nas decisões judiciais ou administrativas. Ao revés, pretende explicitar a lógica, nem sempre consciente de quem decide, e que não se traduz, expressamente, nos motivos das decisões. Nisso a análise econômica concorre, nos sistemas civilistas, para nobre missão da doutrina. A de desvendar e exprimir a ordem subjacente nos textos de direito positivo visando a permitir sua melhor compreensão pelos juristas e, através da interpretação dos conceitos, estender essa lógica a eventuais novas disputas. (MACKAAY, 2015, p.7-8)

O *Law and economics movement* não é simplesmente a aplicação mecânica dos princípios econômicos no direito, apesar de muitas vezes ser mal interpretado dessa forma, entretanto, procura trazer maior eficiência às normas jurídicas utilizando conceitos e princípios econômicos:

O Direito e Economia, também chamado de Análise Econômica do Direito, estuda a resposta a duas questões fundamentais: (a) uma questão positiva, relacionada ao impacto das leis e regulamentos no comportamento dos indivíduos no que se refere a suas decisões e seus reflexos para a prosperidade social (social welfare); (b) uma questão normativa, relacionada às relativas vantagens de normas em termos de eficiência e ganhos de prosperidade social. Para responder a essas duas questões, a Análise Econômica do Direito utiliza-se da metodologia de análise microeconômica. A análise microeconômica faz determinadas simplificações da realidade, a saber, que os indivíduos reagem a incentivos e tomam suas decisões de forma racional, comparando custos e benefícios diante de todas as informações disponíveis. (GAROUPA; GINSBURG, 2014, p.139)

Neste mesmo sentido:

a análise Econômica do Direito cuida-se de nítida reformulação do Direito, em sentido econômico, visando resolver problemas judiciais que se relacionam com a eficiência do direito em si, os gastos efetivação de seus institutos, bem como os impactos decorrentes de eventuais intervenções judiciais, inclusive as relacionadas ao direito civil. (PIMENTA, 2010, p. 97)

A palavra eficiência, citada nas duas definições acima, é um termo central no estudo da Análise Econômica do Direito, assim como a escolha racional e o equilíbrio, conceitos basilares para o respectivo estudo. Bruno Salama (2008) ainda acrescenta a esse rol a noção de escassez e incentivo.

A noção de escassez para a Análise econômica tem o mesmo sentido que no senso comum e se opõe à ideia de abundância. Dessa forma, a Análise econômica do Direito trabalha com a ideia de que os recursos são escassos, uma vez que, se assim não o fossem, fariamos o uso de todos os recursos ilimitadamente. Entretanto, ao ter ideia da escassez de recursos, é necessário fazer o uso regrado dos mesmos, sendo essa lógica aplicada atualmente a bens de grande interesse humano como o ar, a água, o petróleo, a fauna, etc.

A racionalidade ou a escolha racional surge a partir da escassez, uma vez que, evidenciada, é necessário fazer escolhas. As escolhas tendem a suprir os interesses pessoais do ser humano. Logo, a escolha racional é baseada na ideia de que as pessoas fazem suas escolhas visando maiores benefícios e menores custos.

(SALAMA, 2016). O modelo da escolha racional sofreu muitas críticas, sendo destacada a de Hebert Simon que afirmava que a melhor escolha é feita de acordo com as informações existentes no momento da tomada da decisão, logo, a quantidade e qualidade da informação interfere diretamente na escolha feita, essa é a incerteza (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015).

O equilíbrio ocorre quando todos os agentes estão agindo de forma a maximizar seus interesses.

A escolha racional é feita buscando maximizar os interesses individuais, entretanto, existem fatores que influenciam essa decisão, são eles os incentivos. Em termos de mercadológicos, o incentivo seria a baixa do preço de um determinado produto, por exemplo, que facilitaria o acesso e aumentaria a procura.

Por ultimo, a eficiência, que, em termos de análise econômica, estabelece que um processo eficiente se dá ao atingir o máximo de bônus possíveis sem gerar nenhum ônus (SALAMA, 2016). Entretanto, os modelos mais conhecidos é o de Pareto, na qual estabelece que o ponto de equilíbrio é aquele onde não é possível melhorar a situação de um agente sem piorar a do outro e o de Kaldor-Hicks, que entende que “as leis devem ser utilizadas para causar o máximo de bem-estar, em relação ao maior número de indivíduos, na medida em que os ganhos gerais compensem as possíveis perdas individuais”. (LANA; PIMENTA, 2010, p.107)

A análise econômica do direito pode ser vista como uma forma interpretar o direito posto e de auxiliar a sua aplicação, conferindo mais eficiência às normas e institutos jurídicos. Além disso, ela pode proporcionar uma análise da influência das normas no comportamento humano, o que facilita o trabalho do legislador e contribui para um ordenamento jurídico mais eficaz.

O respectivo método é composto de duas dimensões, a positiva e a normativa. O Direito e Economia Positivo partem do pressuposto de que os conceitos da microeconomia são importantes para o direito, dessa forma, preocupam-se com a repercussão do direito no mundo real. Já o Direito e Economia Normativo estão relacionados com a existência ou não da relação entre justiça e eficiência, maximização da riqueza e do bem-estar. (SALAMA, 2008).

Ao contrário de alguns doutrinadores tradicionais que, apresentam o método como uma análise das instituições jurídicas junto aos conceitos econômicos, Mackaay se dedicou a explicar a metodologia utilizada através de três tipos de

análises, nas quais a análise econômica do direito pode ser inserida: a análise dos efeitos da norma, o fundamento da norma e a regra desejável.

A primeira abordagem refere-se à análise dos efeitos da norma, ou seja, os efeitos trazidos pela mudança de regra e, conseqüentemente, os efeitos da regra que não foi modificada. Ressalta-se que as regras possuem o efeito desejado (finalidade para qual foram criadas), como também podem ter os efeitos colaterais (efeito adjacente que surgiu a partir daquela regra, entretanto, não foi criado para tal finalidade) (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015).

A segunda abordagem refere-se ao fundamento da norma em determinado ordenamento jurídico. Uma norma geralmente é julgada pelos efeitos que produz, sendo eles positivos ou negativos. Entretanto, essa análise é feita conforme o bem-estar de uma sociedade, que é avaliado conforme a soma do bem-estar de cada um. Nesse sentido, o ideal seria uma regra que produza apenas ganhadores com suas mudanças e nenhum perdedor (ganho de Pareto), o que não é viável. Então, como fundamento de uma regra se procura maximizar os ganhos ou minimizar os custos. Entendimento similar encontra-se nos primeiros ensinamentos de Posner, sobre a tese da eficiência das regras do *Common Law* (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015).

O terceiro nível de análise feito pela Análise Econômica do Direito é a análise da regra desejável, que nada mais é do que a análise da norma mais eficiente e a comparação da mesma com a regra existente. Esses são os três possíveis tipos de abordagens inseridos na análise econômica do direito, que podem realizar-se em quatro etapas. A primeira é atualização da estrutura de incentivos que parte do pressuposto da escolha racional, na qual os indivíduos tomam suas decisões no intuito de diminuir ônus. A segunda etapa é complementar a primeira, uma vez que é a análise de qual regra atinge um custo mais baixo. A terceira etapa insere outro elemento: que é o custo de transação; toda norma cria um custo de transação e na terceira etapa busca-se a verificação de que a respectiva norma realmente reduz os custos, levando em consideração os custos que ela mesma cria. A última etapa ultrapassa o universo conceitual e avança para o empírico, que faz uma análise da “regra mais adequada” resultado das outras análises com a realidade; essa análise é útil para os três tipos de abordagens, entretanto é pouco utilizada pelos juristas por exigir ferramentas especializadas. (MACKAAY, 2015, p. 666-674).

A lógica da Análise econômica do direito já se encontra presente na jurisprudência brasileira, sendo pioneiro o acórdão do REsp 11.663.283/RS do Ministro Luis Felipe Salomão.

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CONTRATOS DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. LEI N. 10.931/2004. INOVAÇÃO. REQUISITOS PARA PETIÇÃO INICIAL. APLICAÇÃO A TODOS OS CONTRATOS DE FINANCIAMENTO.

1. A análise econômica da função social do contrato, realizada a partir da doutrina da análise econômica do direito, permite reconhecer o papel institucional e social que o direito contratual pode oferecer ao mercado, qual seja a segurança e previsibilidade nas operações econômicas e sociais capazes de proteger as expectativas dos agentes econômicos, por meio de instituições mais sólidas, que reforcem, ao contrário de minar, a estrutura do mercado.

2. Todo contrato de financiamento imobiliário, ainda que pactuado nos moldes do Sistema Financeiro da Habitação, é negócio jurídico de cunho eminentemente patrimonial e, por isso, solo fértil para a aplicação da **análise econômica do direito**.

3. A Lei n. 10.931/2004, especialmente seu art. 50, inspirou-se na efetividade, celeridade e boa-fé perseguidos pelo processo civil moderno, cujo entendimento é de que todo litígio a ser composto, dentre eles os de cunho econômico, deve apresentar pedido objetivo e apontar precisa e claramente a espécie e o alcance do abuso contratual que fundamenta a ação de revisão do contrato.

4. As regras expressas no art. 50 e seus parágrafos têm a clara intenção de garantir o cumprimento dos contratos de financiamento de imóveis tal como pactuados, gerando segurança para os contratantes. O objetivo maior da norma é garantir que, quando a execução do contrato se tornar controvertida e necessária for a intervenção judicial, a discussão seja eficiente, porque somente o ponto conflitante será discutido e a discussão da controvérsia não impedirá a execução de tudo aquilo com o qual concordam as partes.

5. Aplicam-se aos contratos de financiamento imobiliário do Sistema de Financiamento Habitacional as disposições da Lei n. 10.931/2004, mormente as referentes aos requisitos da petição inicial da ação de revisão de cláusulas contratuais, constantes do art. 50 da Lei n. 10.931/2004.

6. Recurso especial provido. (BRASIL, 2015)

No caso em tela, os Autores ingressaram com uma Ação de revisão de prestações do saldo devedor e repetição de indébito em face do Banco do Estado do Rio Grande do Sul S.A. – BANRISUL. Em primeira instância, o juiz deu provimento parcial aos pedidos dos autores, afastando a aplicação da Tabela Price como método de amortização da dívida e, em consequência, a capitalização dos juros em período inferior a um ano; deferiu a compensação dos valores referentes às parcelas ainda pendentes com as pagas a maior e já liquidadas. Ambas as partes recorreram e o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – TJRS negou provimento ao recurso do BARISUL e deu parcial provimento ao recurso dos autores reconhecendo a

aplicação do CDC aos contratos do Sistema Financeiro de Habitação- SFH, estipulando a limitação de juros em 12% ao ano conforme a Lei nº 8.692/93 e descaracterizando a mora. O BANRISUL recorreu ao STF alegando violação aos artigos 46 e 50 da Lei nº 10.931/2004. O STF utilizando a lógica da Análise econômica do Direito deu provimento ao recurso sob a alegação de que os contratos tem a função de oferecer ao mercado segurança e previsibilidade e os respectivos artigos tem a clara intenção de fazer cumprir os contratos.

Resta ainda ressaltar que a Análise Econômica do Direito é um movimento de origem norte americana e teve destaque nos países do sistema do *Common Law*, no que se refere aos países do *Civil Law*, encontrou adeptos primeiramente nos países desenvolvidos, como França, Alemanha e Canadá; com relação aos países em desenvolvimento, situação do Brasil, essa relação ainda é recente e precisa de cautela para adaptar-se a realidade brasileira. (VIEIRA, 2015). Mas como lembra Bruno Salama (2016) o método em questão, não se propõe a fornecer respostas definitivas aos conflitos jurídicos, nem se limita a questão da eficiência das normas jurídicas.

6.1 A análise econômica do direito na responsabilidade civil

O instituto da responsabilidade civil busca responsabilizar o indivíduo que comete um ato ilícito, por acidente ou não, e provoque um dano a outrem. Nessa síntese, encontram-se presente os três requisitos da responsabilidade civil: o dano, a culpa e o nexo de causalidade. Entretanto, antes da ocorrência do dano o autor tem a possibilidade de preveni-lo, e é exatamente essa questão que a Análise Econômica do Direito desenvolve no âmbito da responsabilidade civil.

Em uma análise microeconômica busca-se, de forma geral, identificar a quais incentivos os indivíduos reagem ao fazer uma relação de custo benefício com as informações disponíveis. No que tange à responsabilidade civil, verifica-se a quais incentivos às pessoas reagem para apurar se irão arcar com os custos de prevenção e qual a extensão das medidas preventivas, ou se suportarão o custo de possíveis acidentes.

Utilizando termos econômicos, uma pessoa pode ter dois tipos de custo: a) o custo com a prevenção (fruto da gama cuidados tomados para evitar o dano), uma vez que prevenir é dispendioso; e b) o custo do acidente, que, não prevenido, pode

gerar um prejuízo incalculável. A responsabilidade civil tem a função de fazer com que o Autor de um dano arque com os prejuízos que ocasionou à vítima (MACKAAY, 2015, p.392).

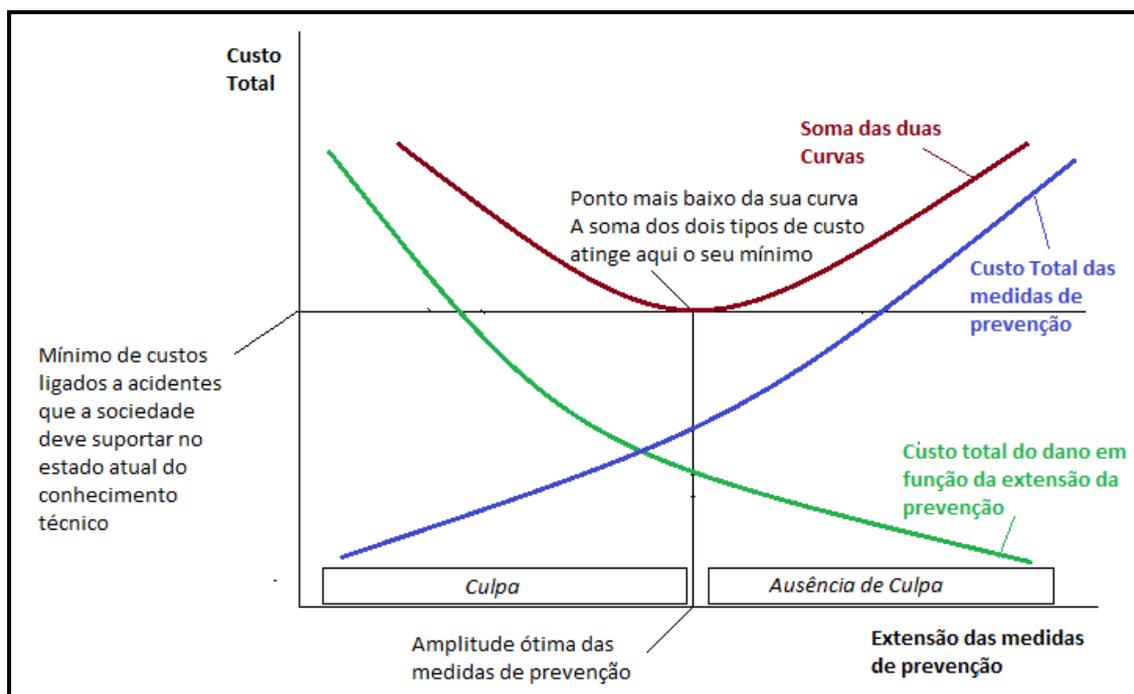
O instituto tem caráter ressarcitório para a vítima, pois tem o objetivo de fazer com que a mesma não suporte o prejuízo e retorne ao *status quo ante* e o caráter preventivo ao demonstrar à sociedade que aquela conduta é reprovável, o que previne a sua repetição. O ônus financeiro imposto a um grupo de pessoas os estimulam a adotar medidas para que possam evitá-lo ou reduzi-lo (MACKAAY, 2015, p.369).

Retomando a lógica econômica, verifica-se que o valor total de um acidente é a soma dos custos de prevenção com os custos gerados com os acidentes, sabendo que quanto mais medidas preventivas forem tomadas, maior o custo de prevenção e menor o custo do dano.

Quanto mais medidas preventivas, mais aumenta o custo total, devido ao valor por elas gerado, e quanto menos medidas preventivas, maior o custo total também, ocasionado pelo prejuízo dos acidentes. Logo, conclui-se que tanto o excesso de prevenção quanto do dano provocam o aumento do custo total de um acidente. É nesse contexto que a análise econômica do direito se insere no âmbito da responsabilidade civil ao tentar equilibrar as medidas preventivas e o risco do dano.

O gráfico abaixo é uma adaptação de um dos gráficos trazidos por Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau (2015), que ilustra o dilema acima descrito. A reta vertical corresponde ao custo total dos acidentes (soma do custo das medidas preventivas com os custos gerados com os danos). A reta horizontal corresponde às medidas preventivas adotadas. A curva crescente (azul) demonstra o custo total em razão das medidas preventivas adotadas. A curva decrescente (verde) demonstra o custo total do dano/acidente em razão das medidas preventivas.

Gráfico 2 – Visualização da amplitude ótima de prevenção



Fonte: MACKAAY; ROSSEAU, 2015, p. 374

A ausência de medida preventiva pode gerar um dano imensurável, enquanto o excesso de precaução, ou seja, a tentativa de evitar qualquer forma de dano, gera um custo proibitivo. Em resumo, as situações extremas não solucionam o problema da responsabilidade civil.

Nesse sentido, o intuito da Análise econômica, em relação à responsabilidade civil, é alcançar o equilíbrio entre dano e prevenção. (PIMENTA; LANA, 2010, p.129). Equilíbrio este alcançado no ponto ótimo²⁴. Ponto esse encontrado na curva central (vermelha), que corresponde ao custo total, uma vez que representa a soma das outras curvas (verde e azul). Logo, a curva vermelha representa a soma do custo de prevenção com o custo do dano. O ponto é encontrado no ponto mais baixo dessa curva e ele demonstra a situação na qual é possível se alcançar a maior extensão de medidas preventivas com o menor custo total.

As situações que se encaixarem à direita do ponto ótimo possuem um alto custo de prevenção, enquanto aquelas localizadas à esquerda possuem um custo total alto decorrente do dano gerado.

O alto custo preventivo pode gerar um desestímulo à prevenção, ou seja, analisados o custo e o benefício da prevenção, pode o autor encontrar mais

²⁴Referência ao ótimo de Pareto.

vantagens em suportar os custos dos possíveis acidentes a prevenir-se. Esse é o denominado Dano eficiente: “Ocorre dano eficiente quando for mais compensador para o agente pagar eventuais indenizações do que prevenir.” (FIUZA, 2009, p.728).

A jurisprudência norte-americana possui casos emblemáticos relacionados ao dano eficiente, dentre eles o Caso Ford Pinto²⁵, que deu origem ao filme *Class Action*.

A busca pela determinação do custo mínimo a ser suportado com relação à prevenção dos acidentes viabiliza a realização de outra análise: o parâmetro de culpa, requisito essencial para o instituto da responsabilidade civil. Sendo assim, agem com culpa pessoas que não adotaram as medidas mínimas de prevenção (situações localizadas à esquerda do ponto ótimo), e agem sem culpa as pessoas que, mesmo adotando as medidas mínimas de prevenção, não conseguiram evitar o acidente (direita do ponto ótimo).

O juiz norte-americano Learned Hand utilizou um critério similar no caso *United State versus Carroll Towing Co*²⁶. para abordar o conceito de culpa negligente,

²⁵Em 1.971, a montadora Ford lançou um modelo de carro mais leve, econômico e menor em razão da crise do petróleo, o Ford Pinto. Acontece que, logo após seu lançamento, os técnicos da Ford detectaram que havia uma falha no tanque de gasolina do modelo que, se rompia com impactos na velocidade acima de 40 quilômetros/hora, o que muitas vezes causava a explosão do veículo. Diante dessa situação, a montadora constatou que, para fazer o reparo, o custo era de US\$11,00 (onze dólares) por veículos, o que totaliza uma despesa estimada de US\$137.000.000,00 (cento e trinta e sete milhões de dólares). Entretanto, a empresa fez um cálculo estimado das despesas que teriam, caso não fizessem o recall e arcassem com as ações indenizatórias (conforme valores constatados na jurisprudência norte America a época) e chegaram a um dispêndio de US\$49.500.000,00 (quarenta e nove milhões e quinhentos mil dólares). Dessa forma, era mais vantajoso à empresa arcar com as possíveis indenizações do que fazer o reparo em todos os veículos. Entretanto, ciente da má-fé da empresa, os Tribunais norte-americanos além de arbitrarem indenizações por danos morais, ainda condenou à Ford a altos valores a título de *punitive damages*. (BURGA, 2012)

²⁶“Em decisão proferida no caso *United States v. Carroll Towing Company*, tem-se a situação em que, na baía de New York, um pequeno barco transportador, denominado Anna C, de propriedade da empresa Connors Company, carregado com farinha de trigo, comprada pelo Governo dos Estados Unidos, afundou, com perdas totais do barco e do carregamento, após soltar-se do cais no qual se encontrava amarrado, juntamente com outros barcos da mesma espécie, vindo a colidir com um cargueiro cuja hélice provocou danos em sua estrutura, danos esses que redundaram no seu afundamento. Apurou-se que, não obstante o Anna C estivesse adequadamente amarrado ao píer, soltou-se em razão de bruscos movimentos feitos por um rebocador denominado Carroll, e pertencente à companhia Carroll Towing Company, que tentava rebocar um barco transportador contíguo. A empresa proprietária do Anna C, assim como o Governo dos Estados Unidos, processaram a companhia proprietária do rebocador, responsabilizando-a pelo afundamento. Ao julgar a causa, o Juiz Learned Hand responsabilizou a Carroll Towing Company pelas despesas resultantes do desprendimento do Anna C, mas não por todas as despesas do afundamento, que foram repartidas, isto porque considerou também culpada a Connors Company, pelo fato de não ter mantido ao menos um tripulante no Anna C, o que certamente teria evitado o acidente. Ao fundamentar a decisão, o Magistrado registra que “a obrigação do proprietário, como em outras situações, de evitar danos a terceiros é função de três variáveis: (1) a probabilidade de o barco se soltar; (2) a gravidade dos danos causados, e; (3) o ônus das precauções adequadas”. Utilizando a

que posteriormente ficou conhecido como o “Teste de Hand”. O teste de Hand, como demonstrado no gráfico acima, faz uma análise sobre o grau de culpa do ofensor para a ocorrência ou prevenção do acidente.

O teste, entretanto, não permite uma análise sobre a conduta da vítima para com o acidente. A hipótese de a vítima concorrer para a ocorrência de um acidente que lhe cause prejuízo pode parecer estranha, mas não pode ser descartada, uma vez que a vítima também age conforme os incentivos que recebe. Assim, não é desarrazoado afirmar que ela pode adotar conduta oportunista, colaboradora para a ocorrência do dano.

a fórmula de Hand só faz sentido se a curva do dano marginal esperado (DE) for calculada para um cenário em que a vítima adota um nível ótimo de precaução. Isto porque, nestes casos, a conduta da vítima deve entrar no cálculo do nível ótimo de precaução. (PORTO, 2014, p.187)

Para sanar essa questão, é possível calcular o ponto ótimo de precaução da vítima também. Essa apuração é feita através de um gráfico igual ao da culpa do ofensor (gráfico 2), porém, levando em consideração a extensão das medidas de prevenção adotadas pela vítima com relação ao dano sofrido.

O teste de Hand é apenas uma alternativa encontrada pelo respectivo magistrado para tentar superar um pouco da subjetividade no momento de aplicação das normas da responsabilidade civil. Outros modelos também foram desenvolvidos, como a fórmula do Custo Social de Cooter e Ulen (2015). Trata-se de um modelo mais geral, que tira o foco da análise da culpa (do ofensor e da vítima) e propõe minimizar o custo social da responsabilidade civil.

$$CS = CP + DE$$

Os autores consideram que o custo social é soma da precaução social com o dano esperado, sendo que o ponto ótimo é aquele em que o custo social é mínimo, considerando medida preventiva social, a soma das medidas adotadas pela vítima e pelo ofensor (por isso trata-se de um modelo mais geral). O modelo não especifica de quem é a culpa, a análise decorre da conduta de todos os agentes, por isso o

notação “P” para a probabilidade do dano, “L” para o dano e “B” para o ônus dos cuidados, o Juiz Learned Hand enunciou que a “responsabilidade depende de que B seja menor do que L multiplicado por P” ($B < P.L$). Citado por EPSTEIN, apud BATTESINI (2010, p.4)

modelo é voltado para uma análise do bem-estar e não da culpa.

O teste de Hand e a fórmula do Custo Social permitem a compreensão do elemento da culpa na responsabilidade civil de forma mais econômica e eficaz. Entretanto, a responsabilidade civil ainda possui como requisito o dano e o nexo causal.

O nexo de causalidade é liame entre o dano e a conduta do agente; sem ele não há responsabilização. O agente que cometer um ato ilícito, mas não causar dano a ninguém, em nada poderá ser responsabilizado; por outro lado, o agente que causar um dano, mas em razão de exercício regular de um direito, também não poderá ser responsabilizado. É necessária uma ligação direta entre a conduta do ofensor e o dano, e essa relação pode não ser tão simples, sobretudo quando houver mais de um possível ofensor ou quando há mais de uma causa para a ocorrência do dano.

O dano, por sua vez, é o principal requisito da responsabilidade civil, uma vez que não pode ser relativizado em hipótese alguma. A análise econômica do direito procura exatamente desestimular a ocorrência do dano.

A responsabilidade civil faz com que o Autor de um dano arque com todos os prejuízos por ele causados, segundo Mackaay e Rosseau (2015), a responsabilidade civil, para o economista internaliza uma externalidade. Essa internalização é um estímulo à prevenção. Em uma análise intuitiva é fácil se constatar que se uma pessoa não se sentir obrigada/responsabilizada a reparar um dano por ela causado, é provável que essa pessoa possa vir a não evitá-lo. Essa mudança do comportamento humano é bem retratada na Teoria dos jogos²⁷.

Em um sistema jurídico ideal, o desestímulo ocasionado pela responsabilidade civil é causa suficiente para que os agentes evitem a ocorrência do dano. Mas, infelizmente, no atual cenário do nosso ordenamento jurídico, o instituto da responsabilidade civil já não provoca a prevenção adequada, principalmente no que tange a compensação à lesão dos bens de natureza imaterial.

²⁷ A Teoria dos jogos diz respeito à análise de comportamento estratégico em que os tomadores de decisão integram, sendo que o resultado de suas ações depende também das ações dos outros. Teoria dos jogos assume que os tomadores de decisão (também chamados de jogadores ou agentes) são racionais, o que significa que: (i) eles sabem quais são seus objetivos e preferências; (ii) eles sabem quais são as limitações e restrições relevantes às suas ações; e (iii) eles conseguem escolher a melhor ação possível dados seus objetivos e preferências e respeitadas as limitações e restrições relevantes. Em outras palavras, a teoria dos jogos é a ciência do comportamento racional em situações em que existe interação, ou interdependência, entre os agentes. (HILBERCHT, 2014, p.115)

6.3 Análise econômica e os danos punitivos

Como já destacado no item anterior, a responsabilidade civil é uma forma de internalizar uma externalidade, no intuito de fazer com que o autor de um dano cumpra com todas as despesas advindas do prejuízo por ele ocasionado, conforme os ensinamentos da análise econômica do direito. Essa internalização faz com que o agente causador do dano e as demais pessoas, passam a agir com mais cautela e tomem mais medidas preventivas. Em regra, suportar o dano faz com que as pessoas tentem evitá-lo. Ocorre que a responsabilidade civil, em muitos casos, já não é incentivo suficiente para o desestímulo, e os agentes começam agir sem a devida cautela.

O sistema civilista brasileiro não prevê a fixação dos *punitive damages*, como já retratado no capítulo 3 (três), o CCB prevê, em regra, que o valor indenizatório é limitado à extensão do dano, conforme o artigo 927, o que não se adapta a realidade dos danos de natureza imaterial, atualmente em ascensão.

A análise econômica do direito propõe a aplicação dos *punitive damages* como solução para aqueles sistemas na qual a responsabilidade civil já não seja causa suficiente para que Autor do dano tome as devidas medidas preventivas. Se o quantum indenizatório limitado à extensão do dano não provoca o desestímulo da conduta, a alternativa trazida pela análise econômica é a aplicação de um *quantum* indenizatório maior que supere o valor do dano. “Os danos exemplares têm função dissuasiva. Justificam-se quando o sistema de responsabilidade civil não tem sucesso em impor ao autor do dano ônus que incentive a adotar a prudência desejada.” (MACKAAY; ROSSEAU, 2015, p.396).

Existem muitas causas que podem ser suscitadas para que o autor do dano não tome a devida cautela como, por exemplo, quando o autor do dano pode dissimular seus atos para evitar a condenação ou quando são poucas as causas que justifiquem a vítima a interposição de um recurso (situações frequentes em questões consumeristas); quando o poder judiciário não consegue avaliar, como devido o dano causado (situação também presente no ordenamento brasileiro, no eu se refere às novas espécies de danos); quando os agentes causadores dos danos não se vejam no valor indenizatório um desestímulo (MACCKAY; ROSSEAU, 2015)

Nesse sentido, a Análise Econômica do Direito propõe a restauração do caráter dissuasivo das indenizações advindas da responsabilidade civil, de forma

que o quantum indenizatório supere os danos do caso concreto e crie incentivos para a prevenção, sem gerar uma superproteção. No intuito de evitar a superproteção sugere-se que o cálculo do valor dos danos exemplares seja feito conforme o valor dos danos compensatórios, conforme estipulou a Suprema Corte America, em 2003, de forma que o valor dos danos exemplares, não deve ultrapassar o valor dos danos compensatórios em nove vezes (MACCKAY; ROSSEAU, 2015).

Nesse sentido, “os danos exemplares não necessariamente contrariam ou violam a lógica civilista e indica a forma de interpretá-los para que se conformem ao sistema” (MACCKAY; ROSSEAU, 2015, p. 400).

7 CONCLUSÃO

O instituto da responsabilidade civil tem sofrido consideráveis modificações, já que os pressupostos tradicionais de reparação e/ou compensação do dano mostram-se insuficientes perante novas questões apresentadas pela sociedade contemporânea. A evolução tecnológica trouxe ganhos imensuráveis, mas trouxe também novos meios lesivos (biotecnologias, computadores, celulares, tablets, etc.). Além disso, a sociedade contemporânea tem uma noção maior dos princípios constitucionais e da tutela jurídica aos interesses existenciais e coletivos, o que colaborou para o surgimento de novas espécies de danos e fomentou ainda mais a discussão sobre a existência e sua ressarcibilidade, como por exemplo, danos por ruptura de relacionamento, dano à vida sexual, dano pelas férias arruinadas, dentre outros vários.

Diante da possibilidade de irressarcibilidade dos novos danos, os pressupostos da responsabilidade passaram a ser paulatinamente relativizados e até excluídos dessa relação. A começar pelo dano, pressuposto essencial para gerar a responsabilidade indenizatória. Atualmente admitido *in re ipsa* (dano presumido), não se faz necessária sequer prova de sua existência, isto é, a mera demonstração do fato já pressupõe sua ocorrência. Com relação à culpa, inicialmente passou a se dar de forma presumida, até ser admitida a responsabilidade objetiva, que inicialmente era aplicada apenas às atividades de risco. Ocorre que a objetividade já ultrapassou a ideia de atividade de risco e atualmente abrange uma série de situações que independem da comprovação da culpa em sentido estrito. O nexo de causalidade, por sua vez, a ponte entre o dano e o agente causador, único pressuposto que permanecia imutável, hoje apresenta teorias e decisões judiciais pautadas na sua relativização.

Diante da relativização dos critérios – ou, na lição de Schreiber, da erosão dos filtros da responsabilidade civil –, do receio da irressarcibilidade ou da excessiva ampliação da responsabilidade civil, algumas balizas passaram a ser equivocadamente adotadas pelas Cortes, baseando-se na constatação da dor, humilhação, vexame, etc., eventos que correspondem à consequência, e não à existência do dano moral.

Diante desse cenário, o instituto da responsabilidade civil tornou-se insuficiente para tratar das questões da sociedade contemporânea. Paralelamente,

uma avalanche de novas ações surgia no judiciário buscando a tutela do Estado para a reparação e/ou compensação dos interesses lesados, o que acarretou em uma sobrecarga.

Além da dificuldade em apurar os novos danos de caráter extrapatrimoniais e distingui-los dos meros aborrecimentos, surgiu também a dificuldade em quantificá-los. Nesse panorama, os critérios previstos no Código Civil englobam perfeitamente os direitos patrimoniais, mas não são suficientes para aplicação aos danos existenciais e coletivos. Conseqüentemente, destacou-se uma disparidade no valor das indenizações por danos morais. Sem a previsão de critérios para a fixação das indenizações, as vítimas ficaram à mercê da subjetividade dos magistrados para fixação do *quantum*.

Com a deficiência da responsabilidade civil e a sobrecarga do judiciário, parte da doutrina e da jurisprudência procurou a solução no direito comparado, esbarrando no instituto dos *punitive damages*, que tem finalidade punitiva-pedagógica, ou seja, punir o ofensor e prevenir da reincidência do ato ilícito. Dessa forma, a importação do instituto chegou como uma alternativa para promover maior proteção aos direitos de personalidade e ao princípio da dignidade da pessoa humana. Entretanto, o instituto apresenta incongruências com o ordenamento jurídico brasileiro e encontrou resistência doutrinária e legislativa.

A análise econômica do direito, por sua vez, método atualmente utilizado como forma de interpretar o direito posto e de auxiliar a sua aplicação, buscando conferir eficiência às normas e institutos jurídicos em uma dimensão positiva e normativa, sugere para a responsabilidade civil um equilíbrio entre os custos de prevenção e os gerados pelos danos. Nesse aspecto, para evitar os danos é necessário criar um cenário no qual seja mais vantajoso aos indivíduos arcar com os custos de prevenção a suportar os possíveis danos. Atualmente, a responsabilidade civil e os valores indenizatórios por ela fixados já não são incentivos suficientes para prevenção o que traz um desequilíbrio.

É sobre essa lógica que os *punitive damages* encontram amparo no cenário brasileiro. Em uma perspectiva materialista, a função pedagógica demonstra a efetividade da prevenção em face dos riscos do acidente, enquanto a função punitiva cria uma externalidade e aumenta o custo dos acidentes/danos, ocasionando conseqüentemente o incentivo à prevenção.

Entretanto, os *punitive damages* são incompatíveis com a lógica da responsabilidade civil brasileira, que possui uma dicotomia entre ilícito penal e ilícito civil: a finalidade da responsabilidade civil é compensar a vítima, enquanto a responsabilidade punitiva é do Estado, e não do indivíduo.

Os *punitive damages* são incompatíveis com a lógica da responsabilidade civil brasileira, que há muito tempo estabeleceu a completa separação entre sanção penal e sanção civil, na qual a primeira é de responsabilidade do Estado, que impõe pena, castigos em prol dos interesses da sociedade e conforme legislação específica; a segunda é de responsabilidade do indivíduo particular que busca seu ressarcimento.

A ideia de punir o agente de um dano, através de um particular e por meio de multa pecuniária nos remete parábola de *Lucius Veratius*, traduzida pelo Professor Wanderley Barreto:

Conta-se que um certo Lucius Veratius se deliciava verberando (esbofeteando) com a sua mão o rosto dos cidadãos livres que encontrava na rua. Atrás de si vinha um seu escravo entregando 25 asses a todos em que o dominus batia. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2016, p.116)

Além disso, a experiência norte-americana já nos ensina que a aplicação desmedida dos *punitive damages* também apresentou deficiências, sendo necessário estabelecer critérios.

Critérios esses que possuem aspectos comuns com o instituto brasileiro da Ação civil pública, no que se refere ao grau de reprovabilidade da conduta auferido e também pelo fator de indiferença ou total desconsideração com a saúde ou segurança, direitos difusos. Além disso, a ação civil pública adota como critério para fixação a indenização o caráter sancionatório e de desestímulo, uma vez que é impossível mensurar a extensão dos danos, mais um aspecto semelhante.

Considero sábio o entendimento da análise do direito, na qual devem se criar incentivos para a prevenção dos danos, entretanto, não necessariamente esse incentivo deve partir dos *punitive damages*. Institutos já existentes no ordenamento jurídico brasileiro podem desempenhar a respectiva tarefa, como, por exemplo, a maior aplicação das ações civis públicas. A tutela dos direitos coletivos e difusos possui maior abrangência e tem como interessado o Estado, representado por meio do Ministério Público, de modo que os legitimados poderiam complementar as ações

utilizando a teoria dos *punitive damages* e principalmente a lógica da exemplaridade como desestímulo. Nesse diapasão, as respectivas ações estariam ainda evitando o enriquecimento sem causa ao direcionar o valor indenizatório a um fundo gerido pelo Ministério Público. Além disso, esse incentivo pode surgir de outros universos, não apenas o jurídico, como multas administrativas e uma maior efetividade das agências regulamentadoras.

REFERÊNCIAS

BATTESINI, Eugênio. Direito, Economia e Responsabilidade Civil em Perspectiva Comparativa: A Aplicação da Regra de Hand como Critério De Determinação da Responsabilidade Subjetiva no Brasil. **Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE)**. Annual Papers, 2010.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 4. ed., rev., aum. e mod. por Eduardo C. B. Bittar . São Paulo: Saraiva, 2015.

BLACK, Henry Campbell. **Black's law dictionary**. 5. ed. St. Paul Minn: West Publishing Co., 1979.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.269.246/RS. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 27 maio 2014b. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1269246&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>> Acesso em: 25 maio 2017.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.399.931/RS. Relator: Ministro Sidnei Beneti. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 06 mar 2014a. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1399931&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>> Acesso em: 25 maio 2017.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1057274/RS. Relatora: Ministra Eliana Calmon. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 01 dez. 2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=200801044981.REG.>> Acesso em: 15 maio 2016.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 598281/MG. Relator: Ministro Luiz Fux. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 02 maio 2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%22LUIZ+FUX%22%29.min.&processo=598281&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>> Acesso em: 15 maio 2016.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 791.025/RJ. Relator: Ministro Sidnei Beneti. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 19 nov. 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200501786259&dt_publicacao=09/12/2009> Acesso em: 25 maio 2017.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.163.283/RS. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. 4ª Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 04 maio. 2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=+1163283+&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>> Acesso em: 28 maio 2017

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 416.491/RJ. Relator: Ministro Antônio Carlos Ferreira. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 03 maio 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=416491+&&b=ACOR&tthesaurus=JURIDICO&p=true>> Acesso em: 25 maio 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 825.150/MG. Relator: Ministro Luiz Fux. 1ª Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 26 nov. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28825150%2E+OU+825150%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/m8hc6ty>> Acesso em: 25 maio 2017.

BRASIL. Código Civil (1916): Lei nº 3.071, de 1 de janeiro de 1916. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 5 jan. 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 29 maio 2017.

BRASIL. Código Civil (2002): Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 29 maio 2017.

BRASIL. Código Penal (1940): Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 29 maio 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Decreto nº 2.681, de 7 de dezembro de 1912. Regula a responsabilidade civil das estradas de ferro. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 7 jan. 1912. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2681_1912.htm>. Acesso em: 29 maio 2017.

BRASIL. Decreto nº 4.117, de 7 de dezembro de 1962. Institui o Código Brasileiro de Telecomunicações. **Diário Oficial da União**, Brasília, 14 dez de 1.962. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4117.htm>. Acesso em: 28 maio 2017.

BRASIL. Decreto nº 4.737, de 15 de julho de 1965. Institui o Código Eleitoral. **Diário Oficial da União**, Brasília, 15 de jul. 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4737.htm>. Acesso em: 28 maio 2017.

BRASIL. Decreto nº 5.988, de 14 de dezembro de 1973. Regula os Direitos Autorais e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 18 de dez. 1982. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5988.htm>. Acesso em: 15 maio 2017.

BRASIL. Decreto nº 7.661, de 21 de junho de 1945. Lei de Falências (REVOGADA). **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 21 de jun. 1945. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del7661.htm>. Acesso em: 03 maio 2017.

[BRASIL. Decreto nº 8.078, de 11 de dezembro de 1990. Dispões sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 11 maio 2017.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967**. Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. **Diário Oficial da União**, Brasília, 10 fev. 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5250.htm>. Acesso em: 29 maio 2017.

BRASIL. Lei federal nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 25 set. 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm> Acesso em: 27 maio 2017.

BURGA, Maria Alejandra Medina. **Caso Ford Pinto**. 07 de set. 2012. Disponível em: <<http://eticafordpinto.blogspot.com.br/2012/09/tarea-academica-1-descripcion-del-tema.html>> Acesso em 01 maio 2017.

CASILLO, João. **Dano à pessoa e sua indenização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e Economia**. SANDER, Luis Marcos; COSTA, Francisco Araújo da (trad.) 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. v.7: responsabilidade civil. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: Responsabilidade civil. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v.7.

FACCHINI NETO, Eugênio. A relativização do nexo de causalidade e a responsabilização da indústria do fumo – a aceitação da lógica da probabilidade. **Civilística**. Rio de Janeiro, a. 5, n. 1/2016. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-relativizacao-do-nexo-de-causalidade/>>. Data de acesso: 19 de abril de 2017.

FIUZA, César. **Direito Civil**: curso completo. 13 ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Responsabilidade civil**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

GAROUPA; Nuno, GINSBURG, Tom; **Análise Econômica e Direito Comparado**. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Brasil: Direito e economia**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.139-157

GOMES, Orlando; THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Introdução ao direito civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 9.ed. São Paulo: Saraiva. 2005.

HILBERCHT, Ronald O. Uma Introdução à Teoria dos Jogos. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Brasil: Direito e economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.115-138.

LA FLOR, Martiane Jaques. **Análise econômica da responsabilidade civil dos notários e dos registradores**. **RIDB**, Ano 1 (2012), nº 6. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2012/06/2012_06_3435_3462.pdf> Acesso em: 28 abr. 2017.

LANA, Henrique Avelino R.P.; PIMENTA, Eduardo Goulart. **Análise Econômica do direito e sua relação com o direito civil**. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte, n.57, p.85-138, jul./dez.2010.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 20. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

MACKAAY, Ejan; ROSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. SZTAJN, Rachel (trad.). 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MANCURSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública: Em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/85 e legislação complementar**. 10. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. **Usos e abusos da função punitiva**. *Revista centro de estudos judiciários, Brasília*, n.28, jan./mar.2005, p.15-32.

MELO, Nehemias Domingos de. **Da culpa e do risco: como fundamentos da responsabilidade civil**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2012.

MELO, Nehemias Domingos de. **Dano moral - problemática: do cabimento à fixação do quantum**. 2.ed. ver., atual. e aum. São Paulo: Atlas, 2011.

MENDONÇA, Diogo Naves. **Análise econômica da responsabilidade civil: o dano e a sua quantificação**. São Paulo: Atlas, 2012.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOTTA, Carlos Dias. **Dano moral por abalo indevido de crédito**, RT, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. A responsabilidade civil por presunção de causalidade. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010.

NELSON, Rosenvald. **As funções da responsabilidade civil**: a reparação e a pena civil. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 11. ed. rev. atual. por Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

PEREIRA, Valter. **Projeto de Lei nº 334, de 2008**. Regulamenta o dano moral e a sua reparação. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/87299>> Acesso em: 29 maio 2017.

POLI, Leonardo Macedo. Ato ilícito e responsabilidade civil. In: MEIRA, José Boanerges; MOTA, Lindomar Rocha (Org.). **Teoria do direito e conflitos jurídicos..** Belo Horizonte: PUC Minas, 2011, p. 234-251.

PORTO, Antônio José Maristrello; Análise Econômica da Responsabilidade Civil. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Brasil: Direito e economia**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p.180-224.

SALAMA, Bruno Meyerhor. O que é “Direito e Economia”? **Revista UNIFACS**, Salvador, n.13, 2013. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2793/2033>> Acesso em: 13 de maio 2017.

SANDEL, Michael. **Justiça**: o que é fazer a coisa certa. MATIAS, Heloisa de; MÁXIMO, Maria Alice (trad.). 19 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

SANDEL, Michael. **O que o dinheiro não compra**: os limites morais do mercado. MARQUES, Clóvis (trad.). 7 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação nº 0027158-41.2010.8.26.0564**. Desembargador relator: Teixeira Leite. São Paul, 13 maio 2014. <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=7552762&cdForo=0&vIcPctch a=Nakus>> Acesso em: 30 abr. 2017.

SCHREIBER, Anderson. Arbitramento do dano moral no novo código civil. **Direito Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro, v.9, n.20, p16-38, jan./jun.2002.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2014.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 6. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2015.

SILVA, Wilson de Melo da. **O dano moral e a sua reparação**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SILVEIRA, Rodrigo Conceição da; OLIVEIRA, Ilzver de Matos. Critérios de quantificação do dano moral. **Revista Ideias & Inovação**, v. 1, n.3. Aracaju, nov/2013, p. 73 – 84.

SOUZA, Adriano Stanley Rocha; BORGES, Andréa Moraes; CALDAS, Andréa Gouthier. **Dano moral e punitive damages**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Alguns Impactos da nova ordem constitucional sobre o Direito civil. **Revista dos Tribunais**, Porto Alegre, vol.662/1990, p.7-17, dez/1990.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela jurisdicional dos direitos em matéria de responsabilidade civil-execução-penhora e questões polêmicas. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v. 2, n. 12 , p. 14-35, jul./ago. 2001.

VALADARES, Antônio Carlos. **Projeto de Lei nº 150, de 1999**. Dispõe sobre danos morais e sua reparação. <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/1459>> Acesso em: 29 maio 2017.

VICENTE, Marcus. **Projeto de Lei nº 1.914, de 2003**. Altera a redação do art. 953 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/161598.pdf>> Acesso em: 29 maio 2017.

VIEIRA, Marcello de Mello. A análise econômica do direito pode contribuir com o debate da eficiência do *punitive damages* no direito brasileiro? In: XXV Congresso Nacional do CONPEDI, Brasília/DF, 2015. **Anais do XXVI do Congresso do CONPEDI**. Florianópolis-SC: Fundação Boiteux, 2016.p. 320-336.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. A incompatibilidade do caráter punitivo da indenização do dano moral com o direito positivo brasileiro (à luz do art. 5º, XXXIX, da CF/88 e do art. 944, *caput*, do CC/2002). **Revista de Direito Privado, São Paulo**, nº. 35, p. 77-96, jul.-set/2008.