

Uma nova perspectiva à responsabilidade civil: o necessário protagonismo estatal com base na análise econômica do direito de danos

Gean Carlos BALDUÍNO JÚNIOR*

Valter Moura do CARMO**

RESUMO: Este trabalho tem por objetivo analisar o contexto a partir do qual se pensou a tutela da vítima de violações extrapatrimoniais, haja vista que a sua má compreensão acaba por gerar efeitos danosos ao cumprimento de suas efetivas funções. A exemplo disso, a perspectiva que se utiliza equivocadamente ao se pensar no tema culminou, na atualidade, no desenvolvimento da falácia relativa à indústria das indenizações, fenômeno cuja inviabilidade é demonstrada a partir da utilização da análise econômica do direito (*Law and Economics*). Por consequência, para que se pudesse chegar aos resultados almejados, foi realizada uma revisão de literatura com enfoque qualitativo quanto à atual conjuntura do direito de danos no Brasil e o exercício do poder regulatório estatal. Para isso, lançou-se mão do método dedutivo, visto que se partiu da análise da abstração do contexto aplicável às questões apresentadas, de modo a trazer a lume seus pontos de conexão entre as funções desempenhadas pela responsabilidade civil, sempre tendo em mira a proteção integral à vítima e a regulação exercida pelo Estado. Por fim, como proposta a se pensar em uma nova ótica voltada à reparação dos danos extrapatrimoniais, a pesquisa se vale dos critérios de regulação estatal, de modo a concluir que o correto exercício do poder de polícia administrativa poderia viabilizar a adoção de mecanismos que efetivamente pudessem prevenir tais violações e penalizar seus agentes causadores, sem que, para isso, se invertesse toda a lógica prevista em relação à responsabilidade civil e às funções a ela atribuídas.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade civil; reparação integral; dano moral; análise econômica do direito (*Law and Economics*).

SUMÁRIO: 1. Introdução; – 2. O princípio da proteção integral e a constitucionalização do dano extrapatrimonial; – 2.1. O direito civil-constitucional e os limites do público e do privado; – 2.2. A responsabilidade civil como ferramenta de efetivação de direitos e de tutela da vítima; – 2.3. As relações entre o individualismo e a falácia da indústria das indenizações; – 3. O papel regulador do Estado no pensar coletivo e uma nova perspectiva da sociedade de danos em que se

* Aluno especial do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Marília (UNIMAR), em nível de doutorado. Mestre em Direito pela Universidade de Marília (UNIMAR) (área de concentração: Empreendimentos econômicos, desenvolvimento e mudança social; linha de pesquisa: Empreendimentos econômicos, processualidade e relações jurídicas), na condição de bolsista do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso (TJMT). Especialista em Direito Civil pela Universidade Anhanguera (UNIDERP) e em Filosofia e Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas), e bacharel em Direito pela Universidade do Estado de Mato Grosso (UNEMAT) - Campus Universitário Jane Vanini, tendo concluído o curso superior no segundo semestre de 2013. Analista judiciário (PTJ) do Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso (PJMT), lotado na Secretaria da Segunda Vara da Comarca de Pontes e Lacerda (MT). Membro-associado efetivo da Academia Brasileira de Direito Civil (ABDC) e membro do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI).

** Possui mestrado em Direito Constitucional pela UNIFOR com período sanduíche na Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC e doutorado em Direito pela UFSC, tendo realizado o doutorado sanduíche na Universidade de Zaragoza (Espanha) com bolsa do PDSE da CAPES e período de investigação na Universidade Federal da Paraíba - UFPB com bolsa do PROCAD da CAPES. Membro do Conselho Fiscal do CONPEDI. Membro da Comissão de Estudo de Identificação e Descrição da ABNT. Editor-adjunto da Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos. Professor colaborador do mestrado em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos da Universidade Federal do Tocantins - UFT, em parceria com a Escola Superior da Magistratura Tocantinense - ESMAT.

vive hoje; – 3.1. O Estado regulador como mecanismo de exercício da responsabilidade civil; – 3.2. Os fundamentos para uma análise econômica da responsabilidade civil; – 3.3. Uma proposta de solução: as distinções funcionais necessárias; – 4. Conclusão; – 5. Referências bibliográficas.

TITLE: A New Perspective on Civil Liability: the Necessary State Leadership Based on the Economic Analysis of the Right of Damage

ABSTRACT: This work aims to analyze the context from which the protection of the victim of extra-patrimonial violations was thought, since their poor understanding ends up generating harmful effects on the fulfillment of their effective functions. As an example, the perspective that is mistakenly used when thinking about the theme culminated, nowadays, in the development of the fallacy related to the indemnification industry, a phenomenon whose unfeasibility is demonstrated from the use of the economic analysis of law (Law and Economics). Consequently, in order to reach the desired results, we conducted a literature review with a qualitative focus on the current conjuncture of the right of damage in Brazil and the exercise of state regulatory power. For this, we used the deductive method, since it started from the analysis of the abstraction of the context applicable to the questions presented, in order to bring to light its connecting points between the functions performed by civil liability, always aiming at the integral protection of the victim, and the regulation exercised by the State. Finally, as a proposal to think about a new perspective aimed at repairing extra-patrimonial damages, the research uses the criteria of state regulation, in order to conclude that the correct exercise of the administrative police power could enable the adoption of mechanisms that could effectively prevent such violations and penalize its causative agents, without, for this, reverting the entire logic provided for in relation to civil liability and the functions assigned to it.

KEYWORDS: Liability; full compensation; pain and suffering; economic analysis of law (Law and Economics).

CONTENTS: 1. Introduction; – 2. The principle of full protection and the constitutionalization of extra-patrimonial damages; – 2.1. Civil-Constitutional Law and the limits of the public and the private; – 2.2. Civil liability as a tool for the realization of rights and protection of the victim; – 2.3. The relations between individualism and the fallacy of the indemnification industry; – 3. The regulatory role of the State in collective thinking and a new perspective of the damage society in which we live today; – 3.1. The regulatory State as a mechanism for the exercise of civil liability; – 3.2. The grounds for an economic analysis of civil liability; – 3.3. A proposed solution: the necessary functional distinctions; – 4. Conclusion; – 5. Bibliographic references.

1. Introdução

Há não muito tempo, em razão do constante movimento de modernização do pensamento jurídico, a fim de se tornar compatível com o desenvolvimento da própria sociedade contemporânea, a responsabilidade civil ascendeu ao patamar de primeira importância do jurista. Isto porque, muito mais do que o exercício aritmético para se computar as perdas decorrentes de determinado fato jurídico (lícito ou ilícito), questões mais tormentosas foram apresentadas ao intérprete a partir de quando se percebeu que nem todos os danos poderiam ser contabilizados sob esta sistemática.

Significa dizer que, diferentemente da perspectiva contratual, a responsabilidade civil oriunda de fatos outros que não sejam um negócio jurídico nem sempre se amolda à regra de subtração patrimonial decorrente do dano para se chegar ao patamar indenizatório, já que o estado inicial do sujeito nem sempre pode ser quantificado de modo abstrato. Os desafios decorrentes desse entrave fizeram surgir questões sobre as quais a doutrina e a jurisprudência têm se debruçado ao longo do tempo, com o fito de identificar as reais funções da indenização e quais seriam os parâmetros razoáveis de sua fixação.

Por isso, esta pesquisa tem como escopo averiguar os critérios de identificação e quantificação do dano extrapatrimonial ou moral, tendo como pano de fundo a sociedade massificada em que se vive hoje. Além disso, ao se analisar as funções decorrentes da indenização extracontratual, legalmente previstas, será tentada a formulação de proposições e argumentos que justifiquem ou não a viabilidade da chamada indústria do dano moral – a qual decorre do insistente recurso dos cidadãos ao Poder Judiciário mediante o uso de demandas cuja alegação seria a ocorrência de ofensas que justifiquem os pleitos indenizatórios. Sob o referencial da análise econômica do direito (*Law and Economics*), serão apresentados também fundamentos que inviabilizam a tutela individual da responsabilidade civil para se atingir finalidades às quais ela não foi pensada, que é, neste particular, a função punitiva.

Por fim, seria possível que o paradigma de um direito civil constitucionalizado, como se passou a ter após a vigência da Constituição da República de 1988, arejasse as formas de se visualizar a responsabilidade extracontratual, notadamente porque tal fenômeno trouxe a lume um manancial de preceitos de ordem pública que serviram para regular, também, as relações privadas. Nesse contexto, o Estado assumiria um papel diverso do que se via outrora, exercendo um poder regulatório de fato e de direito, sob um aspecto coletivo, com o fito de se suprir as insuficiências da tutela estritamente privada das indenizações.

O desenvolvimento da pesquisa se utilizou do método dedutivo: partindo da análise de determinados fenômenos envoltos à questão das indenizações civis pretende-se chegar a uma possível conclusão que englobe premissas gerais para a sua resolução.¹ O raciocínio para a elucidação dos pontos convergentes à problemática em estudo, portanto, se volta a tentar encontrar meios de se garantir o cumprimento dos preceitos básicos que digam respeito à política de indenizações patrocinada tão grandemente

¹ MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Sevilha. *Manual de metodologia da pesquisa no direito*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

pela jurisprudência, mantendo a interpretação consentânea ao que prevê a legislação privada – que mesmo após a Constituição da República permanece norteando as relações decorrentes da autonomia das pessoas.

De um modo geral, a pretensão do presente estudo não se esgota simplesmente em fazer coro contrário aos diversos entendimentos concernentes à concessão de indenizações no ordenamento jurídico brasileiro. Mais que isso, o objetivo primordial é tentar encontrar justificativas que demonstrem que a perspectiva individualista na qual se pensou todo o arcabouço teórico relativo à responsabilidade civil extracontratual é insuficiente para a redução dos danos causados na sociedade atual, de modo que seu uso (ou a interpretação que se faz dela) tem sido, por vezes, deturpado pela própria jurisprudência, criando verdadeiros malabarismos para justificar eventuais deficiências naquilo que seria uma efetiva função estatal, em vez de se patrocinar reiteradas práticas cuja hermenêutica não autorizaria.

2. O princípio da proteção integral e a constitucionalização do dano extrapatrimonial

O reconhecimento do dano extrapatrimonial² indenizável é fenômeno relativamente recente no ordenamento jurídico brasileiro. Enquanto a Constituição da República de 1988 consagra, em seu art. 5º, V e X,³ a garantia da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelos danos decorrentes de sua violação, sejam eles de natureza moral ou material, as cartas constitucionais anteriores sequer faziam menção a tal instituto. Por consequência, ainda que seja repetir o óbvio, a ordem civil anterior, instituída pela Lei nº 3.071/1916,⁴ fazia tímida menção, em seus arts. 76 e 159,⁵ acerca da necessidade de haver interesse econômico ou moral para propor a demanda em juízo, assim como ao prever a possibilidade genérica de reparação do dano mediante o cometimento de ato ilícito. No entanto, não havia, no regramento anterior, previsão específica quanto à possibilidade de reparação do dano extrapatrimonial.

² Para os fins a que se destinam este trabalho, serão entendidos como sinônimos os termos: dano moral e dano extrapatrimonial.

³ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 03.06.2021.

⁴ BRASIL. *Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916*. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro: RJ, Presidência da República, [2002]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 03.06.2021.

⁵ “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. A verificação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1.521 a 1.532 e 1.542 a 1.553”.

Historicamente, a didática divisão do direito, entre público e privado, sempre teve contornos bem definidos quando se referia ao próprio Direito Civil. Os civilistas de outrora – seja na doutrina, na jurisprudência ou na própria legislação –, embora cientes de que a Constituição sempre retratou o ápice do ordenamento jurídico do país –, encaravam o Código Civil como um sistema hermético e, via de regra, incomunicável com as outras facetas do direito.⁶

Nesse sentido, embora o Código Civil de 1916 tivesse preocupação obsessiva pela proteção patrimonial, concedendo tutela praticamente absoluta à propriedade privada e à liberdade contratual, após o advento da Constituição da República de 1988 novos ventos sopraram, redirecionando as velas da legislação civilista. A partir de então, a proteção da pessoa humana ascendeu também no âmbito das relações privadas, mediante o estabelecimento de três vetores básicos do ordenamento jurídico brasileiro: a socialidade, a eticidade e a operabilidade ou concretude.⁷

Havendo tal insurgência, ainda que o Código Civil atual, instituído pela Lei nº 10.406/2002, tenha sido talhado nos idos do Regime Militar e, por disso, tenha inaugurado poucos avanços para além daquelas teses já acolhidas pela doutrina e pela jurisprudência,⁸ houve-se por bem em prever, expressamente, a possibilidade de indenização pelo dano sofrido, ainda que exclusivamente moral, em decorrência da ação ou omissão ilícita, conforme seu art. 186,⁹ seguindo o facho luminoso emanado da própria ordem constitucional vigente.

2.1. O direito civil-constitucional e os limites do público e do privado

A história recente demonstra que, há não muito tempo, o direito privado se encontrava envolvido numa redoma hermética e intocável: o Código Civil de 1916, como herança da Era das Codificações inaugurada por Napoleão em 1804 e 1808, era conhecido como a lei fundamental que servia para tratar das questões privadas.¹⁰ Através dele – que, por sua natureza, tinha a ambição de regular toda a vida do cidadão, a quem recaía a força de suas normas – eram travadas desde relações mais simples entre as pessoas até

⁶ TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na Parte Geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *O Código Civil na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, pp. 1-18.

⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*, vol. 1. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2014, pp. 47-55.

⁸ TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na Parte Geral do Código Civil de 2002, cit., p. 1-2.

⁹ BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 03.06. 2021.

¹⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*, vol. 1, cit., pp. 59-67.

questões mais tormentosas relativas à aquisição e extinção de direitos da ordem privada.

Tal panorama implica dizer, portanto, que disposições concernentes à Constituição, como norma fundamental do Estado, não tinham o condão de interferir nas relações entre os particulares – ao menos até o famoso “Caso Lüth”, no qual a jurisprudência alemã assegurou a aplicação de direitos fundamentais também no âmbito privado, através da garantia à liberdade de expressão.¹¹

A partir disso, portanto, passou-se a compreender que:

[...] as normas de direito privado também podem servir para a concretização de imperativos de tutela de direitos fundamentais, e, mesmo, que elas representam, muitas vezes, ambas as coisas *simultaneamente*: intervenções nos direitos fundamentais de uma parte e garantia de proteção dos direitos fundamentais da outra. [...].¹²

Como um movimento que tomou conta do mundo e serviu para revisitar vetustos conceitos eminentemente privados, a constitucionalização do direito privado serviu como nova metodologia de aplicação de seus institutos sempre à luz da Constituição, a qual passou a abarcar em seu conteúdo, especialmente no caso brasileiro, um extenso rol de direitos e garantias fundamentais que visam, em última medida, à proteção da pessoa humana. Em outras palavras, o que se tem é que, sob esta nova perspectiva interpretativa, a pessoa humana se tornou o fim e o fundamento de todo o ordenamento, tendo encontrado guarida também na norma fundamental: a garantia da sua dignidade passou a iluminar o extenso rol de direitos e deveres, inclusive aqueles relacionados à ordem privada.¹³

Tendo a Constituição da República como fundamento interpretativo também das relações privadas, diversos pormenores acabaram por tomar ênfase quando se pensa na interpretação de institutos tradicionais do direito civil. Foi o caso, por exemplo, da propriedade, do contrato e da empresa, os quais, mesmo sem se modificar seu conceito fundamental (voltado à produção e à circulação de riquezas), foram completamente

¹¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2012, pp. 43-52.

¹² CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*, cit., p. 34.

¹³ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. pp. 57-87.

reinterpretados a partir da ótica ditada pela norma fundamental, à luz da dignidade da pessoa humana.¹⁴

Em outras palavras, o que se pretende sob este novo enfoque é que as interações sociais passassem a ser iluminadas, em todos os seus âmbitos de atuação, pelo novo sol de valores que emana da Constituição, não porque esta é reconhecidamente o fundamento do aparelho estatal, mas porque contempla, além das questões políticas e de organização, também um feixe de direitos – denominados fundamentais –, cuja finalidade precípua é atribuir o mínimo de cumprimento dos preceitos que efetivem a dignidade da pessoa humana. A partir desta perspectiva, assim, a pessoa humana passou a ser compreendida, em todas as suas dimensões, como parâmetro, fim e fundamento das conexões estabelecidas por ela mesma no âmbito da sua própria autonomia (anteriormente reconhecida como autonomia da vontade, mas que, passando por uma reformulação conceitual, passou a ser identificada por autonomia privada), assim como naquelas envolvendo a atuação do ente estatal.

O direito civil-constitucional, portanto, surgiu como novo indicativo na direção interpretativa atribuída aos institutos de direito privado. No caso brasileiro, o legislador fez um profícuo uso das cláusulas gerais, em seus enunciados genéricos, como mecanismo de perene atualização do texto legal, haja vista que concede à doutrina o papel de atribuir definições e conceitos, em vez de fazê-los através da própria lei, em seu laborioso papel de atualização.¹⁵

Criou-se, em suma, um novo aspecto de abordagem dos institutos, dentro de uma perspectiva que acaba por dar guarida ao solidarismo tão caro à Constituição e que, no bojo dos direitos privados, acaba por relativizar o individualismo pungente na ótica anterior. Tal panorama enseja a conclusão de que, muito mais do que tutelar o patrimônio da pessoa humana, o direito privado revisitado constitucionalmente serviu e serve como garantia à manutenção da dignidade dos cidadãos, utilizando-se do viés econômico como meio ou instrumento, e não como fim a se almejar. Por isso, estes direitos, ditos fundamentais, assumem especial importância:

[...] A tutela da personalidade não é orientada apenas aos direitos individuais pertencentes ao sujeito no seu precípua e exclusivo interesse, mas, sim, aos direitos individuais sociais, que têm uma

¹⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil*. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p. 28.

¹⁵ TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na Parte Geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *O Código Civil na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 5.

forte carga de solidariedade, que constitui o seu pressuposto e também o seu fundamento. [...].¹⁶

Dentro deste contexto, percebe-se uma verdadeira mudança do paradigma epistemológico das normas de direito privado, especialmente quando se tem em mente que a legislação pretérita que regulava os direitos e obrigações dos cidadãos era voltada a garantir o patrimônio do contratante, do marido, do proprietário, do testador.¹⁷ Por isso, o giro analítico de interpretação acabou por se transformar, sob a luz da Constituição: “de regulamentação da atividade econômica individual, entre homens livres e iguais, para regulamentação da vida social, na família, nas associações, nos grupos comunitários, onde quer que a personalidade humana melhor se desenvolva”.¹⁸

A releitura dos institutos basilares do direito privado – família, contrato, empresa e propriedade –, como mencionado, fez e faz parte de um movimento cujo escopo era atribuir força normativa aos direitos fundamentais em todos os âmbitos de incidência. Para isso, no caso brasileiro, pouco crédito se deu que um projeto de lei iniciado em 1975 pudesse, de fato, representar os avanços que a principiologia constitucional inaugurou em 1988, após um obscuro período da história nacional.¹⁹

Tudo isso se deveu, em grande medida, pela obsolescência de critérios de interpretação da lei, até então vigentes. A partir desta nova visão, outras perspectivas de apoio e análise do direito privado tiveram de ser adotadas, com o fito de melhor identificar as opções dadas ao intérprete:

Não se pode imaginar que mecanismos como a subsunção sejam capazes de atender aos anseios do tipo de interpretação demandada pelos princípios. A mera conferência entre os liames legais traçados pela norma, postos diante das características do fato, é incapaz de se prestar à exegese de normas cuja redação é sintética e por vezes polissêmica.²⁰

De um modo geral, e como já mencionado, o Código Civil fez bom uso de cláusulas gerais – como é o caso dos arts. 110, 421 e 2.035, parágrafo único²¹ –, assim como adotou, como seus novos paradigmas, três vetores que, se bem aplicados, acabam por

¹⁶ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*: introdução ao direito civil constitucional, cit., p. 38.

¹⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana*: estudos de direito civil, cit., p. 21.

¹⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana*: estudos de direito civil, cit., p. 15.

¹⁹ TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na Parte Geral do Código Civil de 2002, cit., pp. 5-6.

²⁰ NEVES, Gustavo Kloh Muller. Os princípios entre a teoria geral do direito e o Direito Civil Constitucional. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira *et al* (Org.). *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 20.

²¹ BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, cit.

atender à crescente demanda decorrente da metodologia civil-constitucional: a socialidade, a eticidade e a concretude (ou operabilidade).²²

É bom que se diga que, muito mais que meros princípios aplicáveis aos mais variados ramos do direito privado, estes paradigmas partem da premissa de uma nova perspectiva de interpretação, sob um viés de acolhida da boa-fé e da função social. Esta característica foi a alternativa encontrada pelo legislador ao manter o aspecto capitalista do Estado brasileiro, garantindo-se a liberdade e a propriedade privada, mas com a mitigação decorrente do cumprimento de certos valores que pudessem pensar o indivíduo para além de si mesmo – não à toa o Código Civil de 2002 é denominado de “Código Reale”, o precursor do tridimensionalismo do direito,²³ por meio do qual este é identificado como a combinação entre fato, valor e norma. Nesse sentido, percebe-se que a opção legislativa foi no sentido de atender a diferentes interesses, com o intuito de manter as raízes de um neoliberalismo, “em busca do espaço perdido pela expansão do papel do Estado”.²⁴

Em linhas gerais, o sujeito detentor da uma liberdade assegurada como garantia fundamental, conforme art. 5º da Constituição da República,²⁵ não pode exercê-la sem limites. Como fruto de uma pretensa classificação de direitos fundamentais em fases ou gerações,²⁶ é a liberdade que funciona como elemento precípua da primeira delas, herança dos idos da Revolução Francesa de 1789, consubstanciando-se em artifício primordial do estabelecimento do próprio Estado democrático de direito. O sujeito é livre e, portanto, detém autonomia quanto às opções que eventualmente adote ao longo do curso de sua vida, sem que isso interfira em todo o contexto da ordem social que o envolve; ele é livre para “se governar conforme as suas próprias leis e segundo a sua própria vontade”,²⁷ mas o exercício deste direito remanesce mitigado a partir da utilização de outros critérios que com ele interagem.

Nesse sentido, a partir do momento em que se tem uma perspectiva constitucionalizada do direito civil, o exercício da liberdade, que poderia ensejar a conclusão lógica da adoção de critérios voltados ao individualismo, dá lugar a uma nova concepção que analisa a questão como um todo: existe uma gama de pessoas que, no uso das suas liberdades individuais, perfazem um contexto social: em conjunto, isso também precisa

²² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*, vol. 1, cit., pp. 47-55.

²³ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. pp. 239-243.

²⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 91.

²⁵ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, cit.

²⁶ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direitos humanos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. pp. 51-57.

²⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil*, cit. p. 43.

ser considerado. É por isso que se percebe que a liberdade, como princípio constitucional, não pode ser interpretada sem uma, ainda que breve, reflexão em cotejo com os demais princípios que irradiam sobre a ótica privada.

Os três novos paradigmas mencionados, que ressignificaram os diversos institutos e preceitos da ordem civil, serviram justamente para trazer uma nova roupagem ao exercício da autonomia privada. Se de um lado o indivíduo – aqui entendido como a pessoa humana ou jurídica que exerce suas liberdades individuais – dispõe de mecanismos que assegurem sua autonomia, de outro, a própria coletividade de pessoas também dispõe de instrumentos que venham a dar vazão a outros tantos aspectos também garantidos constitucionalmente.

Isto porque a socialidade pressupõe a adoção de uma conduta atenta a preceitos que analisem, apesar da aparente contradição, o indivíduo para além de sua individualidade, já que “consiste exatamente na manutenção de uma relação de cooperação entre os partícipes de cada relação jurídica, bem como entre eles e a sociedade”.²⁸ A partir disso, a pretensão é se atingir um objetivo que, teoricamente, encontre eco em benefício a toda a coletividade.

A eticidade, de outro turno, contempla a utilização de um juízo sobre o que se entende por direito, sem que isso signifique uma panaceia de interpretações diversas sem compromisso com uma lógica mínima e coerente. Do contrário, “o direito é uma técnica a serviço de uma ética”,²⁹ o que implica dizer que existe um valor a ser assegurado, como instrumento de aplicação da proibição, desprovida de malícia e como expressão cristalina da boa-fé que deve nortear o antes, o durante e o depois dos atos da vida civil.

Por derradeiro, a concretude teve o condão de tornar operáveis, no caso concreto, os mais variados institutos insculpidos ao longo dos dispositivos do Código Civil, abandonando o caráter abstrato e afinando-se com o exame da pessoa, em sua complexidade. A justificativa é devida ao fato de que “o direito não existe para ficar na altura das abstrações, mas sim para ser executável, com praticidade”.³⁰

Após tanto tempo da vigência do Código Civil de 2002, esta utilização de critérios axiológicos para a interpretação da norma jurídica do âmbito privado pode ser sentida, especialmente na jurisprudência, como é o caso do que se infere a análise mais apurada das decisões do Superior Tribunal de Justiça, por exemplo. Percebeu-se que, ao longo

²⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*, vol. 1, cit., p. 50.

²⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*, vol. 1, cit., p. 52.

³⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*, vol. 1, cit., p. 55.

dos 20 anos da existência do tribunal, fruto de criação da Constituição da República de 1988, os “institutos [do direito civil] foram revisitados pelo aplicador do direito para concretizar os valores”,³¹ efetivando o ideal que, tão arduamente, foi conquistado pelo atual panorama do Estado democrático de direito.

2.2. A responsabilidade civil como ferramenta de efetivação de direitos e de tutela da vítima

Como se traçou em linhas anteriores, o patrimônio era, na vigência da legislação anterior, o fio condutor e a mola propulsora de tudo o que emanava do Código Civil e das leis correlatas. Daí porque não se admitia, no pensar da época, a possibilidade de valoração à ofensa moral, por ser patrimônio hipoteticamente imaterial, haja vista que ela não decorreria da específica vulneração dos bens que impulsionavam o mercado e as relações sociais, cujas perdas poderiam ser facilmente valoradas e quantificadas em indenizações – de natureza patrimonial, portanto – delas decorrentes.³²

É dentro deste contexto que se analisa a questão relativa ao surgimento da indenização pelo dano extrapatrimonial:

Desse modo, se antes da Constituição de 1988 o tema da reparação do dano moral ainda se prestava a controvérsias, já então juízes de todas as instâncias, em antecipação meritória, sensíveis aos reclamos da sociedade moderna, recusavam a velha e desgastada parêmia da irreparabilidade do dano moral no pressuposto de que a dor não tem preço, proclamando a necessidade de serem revistos os antigos conceitos.

Em pioneirismo astucioso, leva a palma o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao decidir, há quase quarenta anos, de maneira categórica, que ‘o dano moral é indenizável, tanto quanto o dano patrimonial’.³³

O que se tem é que o dano extrapatrimonial surge como tutela à vítima, principalmente. Isto porque, embora inicialmente concebida a partir do critério de reparação, a indenização pela violação moral assume critérios interpretativos outros que não demandam, por si só, a adoção de metodologia aritmética própria do dano patrimonial. Assim, já que “o dano patrimonial é a lesão ao patrimônio em si, não a consequência da

³¹ OLIVA, Milena Donato. Equilíbrio contratual e cláusulas abusivas: comentários ao acórdão no REsp 1.021.688/RJ (rel. Min. Sidnei Beneti, *DJe* 16.09.2009). In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *O Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 633.

³² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; *Curso de direito civil*, vol. 3. Salvador: Juspodivm, 2014, pp. 65-70.

³³ CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 17-18.

lesão sobre o patrimônio da vítima”,³⁴ o critério identificador de sua quantificação reside na diferença entre o patrimônio inicial e o patrimônio final, após o dano: neste aspecto, existe uma função reparatória atribuída à responsabilidade civil, já que ela se encontra tendente a devolver o patrimônio jurídico da vítima às mesmas condições verificadas anteriormente ao dano.

De outro turno, retomando a análise da função desempenhada pela indenização decorrente de dano extrapatrimonial, o resgate da tutela da dignidade deve nortear a sua verificação:

Ainda que a indenização pecuniária dos danos extrapatrimoniais não seja uma solução que possa ser reputada como ideal – uma vez que não é capaz de romper com uma dimensão patrimonialista, que, não raro, leva ao risco de reduzir-se a pessoa a um valor de troca – trata-se do único instrumento que o sistema jurídico oferece para a responsabilização civil por esses danos. A própria doutrina não tem obtido êxito ao buscar solução alternativa. [...].³⁵

Assim, já que se tem a ideia de que o princípio que deve nortear as relações atinentes à responsabilidade civil se refere à reparação integral à vítima, seria deveras dificultoso encontrar outras formas de equilibrar o dano sofrido se não pela compensação pecuniária. Por consequência, partindo-se do raciocínio de que a tutela da personalidade humana se refere a um valor constitucionalmente assegurado,³⁶ não seria razoável que determinada perda patrimonial fosse indenizada, sob o viés reparatório, enquanto a violação da dignidade da pessoa passasse em vão aos olhos do jurista: a dignidade é fundamento do Estado brasileiro, conforme preceitua o art. 1º, III, da Constituição.³⁷

Dito de outra forma, o que se pretende frisar neste ponto é que, embora num primeiro momento o dano extrapatrimonial não disponha de parâmetros abstratos de quantificação, a ausência de atribuição a ele de um critério pecuniário esvaziaria por completo a tutela da pessoa humana. Surge, deste modo, o raciocínio compensatório da indenização:

³⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; *Curso de direito civil*, vol. 3, p. 283.

³⁵ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. A responsabilidade civil por danos produzidos no curso de atividade econômica e a tutela da dignidade da pessoa humana: o critério do dano ineficiente. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira *et al* (Org.). *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 134.

³⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma releitura civil-constitucional dos danos morais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 127.

³⁷ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, cit.

Aquele que sofre um dano moral deve ter direito a uma satisfação de cunho compensatório. Diz-se compensação, pois o dano moral não é propriamente indenizável; ‘indenizar’ é palavra que advém do latim, ‘*in dene*’, que significa devolver (o patrimônio) ao estado anterior, ou seja, eliminar o prejuízo e suas consequências – o que, evidentemente, não é possível no caso de uma lesão de ordem extrapatrimonial. Prefere-se, assim, dizer que o dano moral é *compensável*, embora o próprio texto constitucional, em seu artigo 5º, X, se refira à *indenização* do dano moral.³⁸

A indenização, em suma, surge no âmbito compensatório, no intuito de se efetivamente compensar a violação do direito fundamental de cunho extrapatrimonial. A partir desta perspectiva, tem-se a possibilidade de se atribuir uma efetiva tutela à dignidade, tal como prevista constitucionalmente, “que se encontra na base do aforismo multissecular do *neminem laedere*, isto é, da obrigação de se comportar de modo a não lesar os interesses de outrem”.³⁹

Ademais, de acordo com a perspectiva clássica da responsabilidade civil, o dever de indenizar surge a partir da verificação de seus respectivos pressupostos. Assim, para que seja possível pensar na tutela compensatória concedida em favor da vítima, primeiro há que se identificar a ocorrência do ato, lícito ou ilícito (já que esta diferenciação nem sempre caracteriza causa excludente de responsabilidade), a culpa (entendida em sentido amplo e abstrato, como a culpa propriamente dita e o dolo), o dano decorrente do ato que enseje lesão ao patrimônio jurídico da vítima, e, por fim, o nexo de causalidade que liga todos os pressupostos anteriores.⁴⁰ Estes critérios, todavia, encontram-se cada vez mais ressignificados a partir da “erosão da culpa como filtro de reparação”,⁴¹ circunstância que será retomada adiante.

2.3. As relações entre o individualismo e a falácia da indústria das indenizações

A responsabilidade civil foi moldada a partir da perspectiva individualista que norteava as relações tuteladas pelo Código Civil. Isso implica dizer, em linhas gerais, que para que haja o dever de indenizar, a análise se mostra restrita ao prejuízo (moral ou material) sofrido pela pessoa da vítima, e não necessariamente em relação aos efeitos conexos à ação causadora do dano. Por isso, pensar-se na compensação à pessoa da

³⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma releitura civil-constitucional dos danos morais*, cit., p. 145.

³⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil*, cit., p. 324.

⁴⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; *Curso de direito civil*, vol. 3, cit., p. 164.

⁴¹ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. pp. 50-51.

vítima de uma violação extrapatrimonial é decorrência da aplicação dos pressupostos de indenização. Quando se está diante da verificação da culpa por parte do agente causador do dano, pensa-se sempre numa culpa individualizada, que parte de um sujeito em desfavor de outro, circunstância que reforça o percurso histórico que coroa o individualismo da temática.

De igual forma, também se utiliza de critérios originalmente individualistas o processo – identificado como uma relação jurídica entre duas pessoas, sendo que cada uma delas ocupa um dos polos, cuja finalidade “é a composição do litígio a ser feita mediante definição e aplicação da vontade concreta da lei pelo juiz”⁴². O processo denominado coletivo apenas ganhou força no ordenamento brasileiro, de forma ainda insuficiente no que se refere à responsabilidade civil, a partir da vigência da Lei da Ação Popular⁴³ e da Lei da Ação Civil Pública⁴⁴ até o surgimento do Código de Defesa do Consumidor,⁴⁵ identificado como um verdadeiro microssistema de direito coletivo.⁴⁶

Este contexto eminentemente individualista ganha importância a partir da percepção que se tem da Constituição da República. Ao se ter um corpo de leis – materiais e processuais – que regulam as relações de forma estritamente individualizada, atribuindo e fixando critérios de aplicação sob uma ótica que flerta com o individualismo que norteou por muito tempo as relações civis (em contraponto com os atuais valores da codificação),⁴⁷ o contexto legal dá azo à reivindicação, *sponte sua*, de seus direitos.

Isto se deve ao fato de que, aliada à tutela individual atribuída à responsabilidade civil, tem-se o contexto de uma Constituição que é copiosa em direitos a serem exercidos pelos cidadãos. E mais, o constituinte originário também concedeu a cada sujeito a possibilidade de reivindicar as violações ao seu patrimônio jurídico perante o Poder

⁴² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*, vol. 1. 51. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 306.

⁴³ BRASIL. *Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965*. Regula a ação popular. Brasília: DF, Presidência da República, [2021]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm>. Acesso em: 03.06.2021.

⁴⁴ BRASIL. *Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985*. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (vetado) e dá outras providências. Brasília: DF, Presidência da República, [2021]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 03.06.2021.

⁴⁵ BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília: DF, Presidência da República, [2021]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 03.06.2021.

⁴⁶ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*, vol. 4. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, pp. 55-58.

⁴⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*, vol. 1. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2014, pp. 47-55.

Judiciário (art. 5º, XXXV)⁴⁸, de modo que as hipóteses de ressarcimento pela violação extrapatrimonial aumentaram em razão da sua conjugação com a proteção da dignidade humana, como fundamento da República.

Tal panorama de ideias dá ensejo aos dilemas com os quais a jurisprudência, especialmente, passou a se deparar ao longo do tempo:

Quanto ao aumento das hipóteses de ressarcimento, sabe-se que a responsabilidade civil é um dos instrumentos jurídicos mais flexíveis, dotado de extrema simplicidade, estando apto a oferecer a primeira forma de tutela a interesses novos, considerados merecedores de tutela tão logo a sua presença seja identificada pela consciência social, e que de outra maneira ficariam desprotegidos, porque ainda não suficientemente amadurecidos para receberem atenção e, portanto, regulamentação própria por parte do legislador ordinário.⁴⁹

Foi assim que a quantidade de ações exigindo reparação às vítimas apresentadas ao Poder Judiciário aumentou de modo considerável. Segundo dados do último relatório elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça,⁵⁰ em 2019, os assuntos mais demandados no segundo grau da Justiça Estadual brasileira, por exemplo, diziam respeito à responsabilidade civil, especificamente em matéria de indenização por dano moral, num total de 2.295.880 de casos em todo o território (4,44% do total).

Pode-se compreender este fenômeno no sentido de que:

[...] o aumento do número de reclamações desse tipo tem o significado, relevante, de representar um reforço da cidadania, da luta em defesa dos próprios direitos e do amadurecimento cultural da sociedade. Mais do que isso. Como se tentará demonstrar, a difusão da reparação do dano moral é consequência direta, embora inconsciente, de um processo de constitucionalização da responsabilidade civil. Com efeito, o expressivo aumento de indenizações a este título é revelador do fato de que o direito nacional se voltou, como determina a Constituição, para a proteção dos interesses extrapatrimoniais das pessoas humanas.⁵¹

Em razão desse contexto de crescente expansão do número de ações, o senso comum cunhou o termo relativo à indústria das indenizações ou à indústria do dano moral, o

⁴⁸ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, cit.

⁴⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil*, cit., p. 323.

⁵⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2020*. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2020, pp. 205 e 267. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmoros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>>. Acesso em: 03.06.2021.

⁵¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil*, cit., p. 327.

qual diz respeito ao produto decorrente de uma operação quase industrial, cujo resultado era sempre uma determinada quantia em dinheiro decorrente de supostas violações extrapatrimoniais. Como as relações sociais têm se transformado nos últimos anos, novas possibilidades de danos passaram a surgir, o que contribuiu para o aumento do número de questões que acabaram por bater às portas do Poder Judiciário.

Se há a impossibilidade de tarifação do valor do dano (por interpretação lógica do art. 5º, X, da Constituição, que assegura a inviolabilidade dos aspectos subjetivos da pessoa),⁵² bem como a função reparatória ou compensatória da indenização, cujo montante deve se guiar sempre pela extensão do dano (art. 944 do Código Civil),⁵³ não importando a conduta adotada pelo ofensor ou pela vítima, a jurisprudência passou a adotar determinadas posturas como resposta à crescente demanda relativa à indenização por dano moral. Foi nesse sentido que, visando à prevenção de danos compreendidos como reiterados na ordem civil, se pretendeu dotar a responsabilidade civil de outra função que não lhe era originalmente concebida: a função punitiva.⁵⁴

Por conta do exposto, utilizando-se como substrato fundamental seu caráter compensatório, satisfativo e, supostamente, punitivo e dissuasório, surge no Brasil alguns focos de aplicabilidade da teoria americana dos *punitive damages* (ou da indenização punitiva), por meio do qual seria justificada a elevação considerável do valor do dano, atribuindo à indenização pelo dano moral, como dito, uma função preventiva. A ideia inicial da indenização punitiva, ou *punitive damages*, oriunda do direito anglo-saxão, tem origem no que os antigos convencionavam chamar de “pena privada”. Tal instituto servia de base para fixar a indenização pelos atos criminosos que ensejavam danos passíveis de reparação.⁵⁵ No caso, no ordenamento americano, tal instituto é conhecido ainda por *exemplar damages*, *vindictive damages* ou *smart money*, porquanto consiste “na soma em dinheiro conferida ao autor de uma ação indenizatória em valor expressivamente superior ao necessário à compensação do dano”.⁵⁶

⁵² BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, Cit.

⁵³ BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, Cit.

⁵⁴ RODRIGUES, Francisco Luciano Lima; VERAS, Gésio de Lima. Dimensão funcional do dano moral no direito civil contemporâneo. *Civilistica.com*, v. 4, n. 2, Rio de Janeiro, abr./jun. 2015 p. 1-24. Disponível em: <<https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/225/185>>. Acesso em: 03.06.2021.

⁵⁵ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Us et abus de la fonction punitive (dommages-intérêts punitifs et le droit brésilien). *Revue internationale de droit compare*, v. 58, n. 4, Paris, out./dez. 2006, pp. 1.145-1.184. DOI: <<http://dx.doi.org/10.3406/ridc.2006.19485>>. Disponível em: <https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_2006_num_58_4_19485>. Acesso em: 03.06.2021.

⁵⁶ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Us et abus de la fonction punitive (dommages-intérêts punitifs et le droit brésilien). *Revue internationale de droit compare*, Paris, v. 58, n. 4, p. 1.145, out./dez. 2006. DOI: <<http://dx.doi.org/10.3406/ridc.2006.19485>>. Disponível em: <https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_2006_num_58_4_19485>. Acesso em: 03.06.2021.

A fim de se entender, efetivamente, a natureza e a dimensão do instituto, deve-se levar em conta que, além da formação divergente do ordenamento jurídico baseado no direito consuetudinário, a estrutura organizacional dos juízos norte-americanos baseia-se grandemente em júris que fixam, também em ações indenizatórias, as verbas necessárias a ressarcir (ou compensar) o prejuízo, satisfazer o ofendido, punir o ofensor e dissuadi-lo a não perpetrar novas condutas lesivas. Ocorre que a indenização punitiva, ainda no ideal ancorado pelo *Common Law*, somente merece acolhimento quando comprovado, no caso concreto, o dolo do agente, externado pela malícia, pela devassidão, pela fraude, ou até mesmo pela negligência grave, em determinados casos. Daí porque não há o que se falar em *punitive damages* nas hipóteses de responsabilidade objetiva, haja vista a indispensabilidade de demonstração da culpa grave e/ou do dolo do agente, a fim de prosperar a indenização, por vezes milionárias, ao ofendido.

Curiosamente, aliás, também nos Estados Unidos, à maneira do que de forma costumeira se ouve em território brasileiro, a Suprema Corte americana tem concentrado esforços no sentido de fixar parâmetros para reduzir sensivelmente, a fim de que fossem evitados abusos, os quais são denominados de “indústria das indenizações milionárias”.⁵⁷ Significa dizer, por fim, que a jurisprudência norte-americana também teve de abalizar a concessão de indenizações desta natureza a partir de três diretrizes básicas, quais sejam: o grau de reprovabilidade da conduta do réu, a disparidade entre o dano efetivo ou potencial sofrido pelo autor e a indenização punitiva a ser arbitrada e a diferença entre os *punitive damages* concedidos pelos jurados e as multas civis autorizadas ou impostas em casos semelhantes.⁵⁸

3. O papel regulador do Estado no pensar coletivo e uma nova perspectiva da sociedade de danos em que se vive hoje

A atual conjuntura do Estado brasileiro faz crer que, no contexto inaugurado pela Constituição da República, as amarras do liberalismo exacerbado foram abandonadas, de modo que não se pode mais falar no império da vontade. Em outras palavras, a análise histórica do percurso até a contemporaneidade conclui que o Estado sempre interveio, de uma forma ou de outra e em diferentes medidas nos aspectos econômicos que serviam para justificar o fluxo de bens e serviços, fomentando o próprio mercado.⁵⁹

⁵⁷ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Us et abus de la fonction punitive (dommages-intérêts punitifs et le droit brésilien), cit., p. 1.161.

⁵⁸ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Us et abus de la fonction punitive (dommages-intérêts punitifs et le droit brésilien), cit., p. 1.162.

⁵⁹ AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito econômico: do direito nacional ao direito supranacional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2019, pp. 81-202.

A figura do Estado, portanto, assume um novo papel na atualidade, no que concerne ao fluxo econômico disseminado em toda sociedade, como um verdadeiro agente limitador da liberdade e da autonomia privada, após ter oscilado em sua trajetória ao longo do tempo:

[...] Começou *liberal*, com funções mínimas, em uma era de afirmação dos direitos políticos e individuais. Tornou-se *social* após o primeiro quarto, assumindo encargos na superação das desigualdades e na promoção dos direitos sociais. Na virada do século, estava *neoliberal*, concentrando-se na atividade de regulação, abdicando da intervenção econômica direta, em um movimento de desjuridicização de determinadas conquistas sociais. E assim chegou ao novo século e ao novo milênio.⁶⁰

Nesse sentido, após serem fixadas as balizas de sua atuação, o Estado manteve, em observância aos preceitos de livre iniciativa, a concessão aos particulares a liberdade no exercício de suas atividades. Todavia, por não ser mais estritamente liberal, esta faculdade concedida aos cidadãos acaba por receber um viés regulatório, até mesmo em relação às obrigações que seriam do próprio Estado, mas que, em razão das mais variadas circunstâncias, acabam por serem atribuídas também à iniciativa privada. Ascende, no contexto brasileiro, a regulação estatal dos serviços públicos exercidos no âmbito da iniciativa privada.

3.1. O Estado regulador como mecanismo de exercício da responsabilidade civil

Em face do crescente itinerário realizado pelo Estado ao longo do tempo, o papel que é hoje exercido por ele, ao mesmo tempo em que autoriza o uso sem muitas limitações da autonomia privada, também regula questões importantes para o desenvolvimento da vida dos cidadãos. Isso implica dizer, assim, que o Estado dispõe de mecanismos que servem para contrabalancear o exercício das liberdades individuais, sem que, com isso, patrocine qualquer tipo de violação aos direitos fundamentais sobre os quais se consolida a República.

Nesse sentido, o constituinte originário estampou um rol de princípios que norteiam a atividade econômica (art. 170)⁶¹, a qual se mostra sempre limitada por preceitos voltados à coletividade e à solidariedade. Em outras palavras, por exemplo, enquanto a

⁶⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 93.

⁶¹ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, cit.

Constituição é expressa na garantia da propriedade privada, condiciona o seu exercício ao cumprimento dos preceitos de função social:

O que se procura significar, ao relatar o fenômeno evolutivo da propriedade em sua projeção na realidade social dos dias correntes, na fórmula que atribui a seu exercício uma função social é, em síntese, que sob esse aspecto, [a propriedade privada] vem acompanhada de certos ônus e deveres para com a coletividade impostos pelo Estado. Deveres e ônus que reduplicam e são estabelecidos numa escala que vai desde as proibições restritivas do exercício do direito, até à condenação da propriedade inerte, traduzida na obrigação do proprietário de utilizar seu bem na forma de interesse coletivo. [...].⁶²

Partindo deste raciocínio, o período pós-Constituição de 1988 inaugurou, no âmbito interno, o exercício do poder estatal através da criação da figura das agências, as quais representam herança do processo de globalização, por meio do contato realizado com o direito norte-americano.⁶³ Embora com raízes distintas do *Civil Law*, o ordenamento dos Estados Unidos, especialmente, oportunizou que se importasse ao Brasil tais figuras que representam um mecanismo de controle da liberdade exercida pelos particulares, através de atos do poder público. Em sua concepção originária, as agências “exercem funções quase-legislativas, porque editam normas; e funções quase judiciais, porque resolvem determinados conflitos de interesses, determinando o direito aplicável para solucioná-los”.⁶⁴

Vê-se, nesse panorama de ideias, que o Estado, ao deixar de ofertar diretamente os serviços públicos, realiza a sua concessão (independentemente da modalidade) à iniciativa privada, mas, a despeito disso, não se desfaz das atribuições de controle dos referidos serviços. Em razão deste contexto, cabe às agências, observando-se a autorregulação das atividades, promover o controle normativo de setores econômicos, fiscalizar o cumprimento dos atos realizados sob sua atribuição e sancionar infratores, dentre outras atribuições.⁶⁵

Cada agência reguladora no Brasil é instituída através de lei própria, que lhe determina o âmbito de atuação. A Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), por exemplo, que tem a missão de promover o desenvolvimento deste ramo de serviço, tornando todo o sistema eficiente e moderno, foi instituída pela Lei nº 9.472/1997.⁶⁶

⁶² GOMES, Orlando. *Ensaio de direito civil e de direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Aide, 1986, p. 90.

⁶³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 474.

⁶⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, cit., p. 475.

⁶⁵ AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito econômico: do direito nacional ao direito supranacional*, cit., pp. 291-292.

⁶⁶ BRASIL. *Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997*. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos

Por meio desta autarquia federal, a regulação dos setores de telecomunicações no Brasil é exercida a fim de que se ofereçam serviços adequados, diversificados e a preços justos a toda a sociedade.

Por se tratar de ente que dispõe de autonomia no exercício de suas funções, cabe às agências reguladoras, como já mencionado, o cumprimento de deveres que representem a efetividade e a qualidade na prestação de serviços sob sua atribuição. Tal mister, como decorrência do poder de polícia administrativa, autoriza que haja a aplicação de sanções, após o devido processo legal administrativo, aos prestadores que não disponibilizem, à sociedade, serviços de qualidade aceitável ou, ainda, que causem danos a toda coletividade de pessoas usuárias. A sanção, como o próprio termo pressupõe, representa o cumprimento de uma função punitiva pela prática de ato ilícito ou a ele equiparado, assim como viabiliza um caráter preventivo a novos danos socialmente diluídos.

Para se ter uma ideia, ainda que breve, sobre o poder sancionador da ANATEL, segundo dados oficiais, as prestadoras de serviço 14 Brasil Telecom Celular S/A⁶⁷, Telemar Norte Leste S/A⁶⁸ e Telefônica Brasil S/A⁶⁹ foram multadas pela referida autarquia federal nas quantias de R\$ 34.265.582,79, R\$ 4.622.400,00 e R\$ 3.926.082,02, respectivamente, pela má prestação de seus serviços no território nacional. As penalidades prosseguiram nos anos subsequentes: a Brasil Telecom S/A⁷⁰ e a Vivo S/A⁷¹ também tiveram multas fixadas, em decorrência dos mesmos motivos, respectivamente, nos montantes de R\$ 216.000.000,00 e R\$ 1.067.117,22.

termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9472.htm>. Acesso em: 03.06.2021.

⁶⁷ BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações. Ato nº 8.458, de 27 de dezembro de 2010. *Diário Oficial da União*. Seção 1: Poder Executivo, Brasília, ano 150, n. 31, p. 42, 15 fev. 2013. Disponível em: <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=15/02/2013&jornal=1&pagina=42&totalArquivos=184>>. Acesso em: 03.06.2021.

⁶⁸ BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações. Despacho nº 738 – Processo nº 53512.000180/2003, de 4 de fevereiro de 2013. *Diário Oficial da União*. Seção 1: Poder Executivo, Brasília, ano 150, n. 33, p. 76, 19 fev. 2013. Disponível em: <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=19/02/2013&jornal=1&pagina=76&totalArquivos=160>>. Acesso em: 03.06.2021.

⁶⁹ BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações. Despacho nº 7.804 – Processo nº 53500.027671/2011, de 28 de dezembro de 2012. *Diário Oficial da União*. Seção 1: Poder Executivo, Brasília, ano 150, n. 33, p. 78, 19 fev. 2013. Disponível em: <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=19/02/2013&jornal=1&pagina=78&totalArquivos=160>>. Acesso em: 03.06.2021.

⁷⁰ BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações. Acórdão de 16 de setembro de 2013. PIDO. Superintendência de Serviços Públicos. Termos de compromisso de ajustamento de conduta - TCAC. [...] Pedido de reconsideração parcialmente provido. Valor da multa revisto. Recorrente: Brasil Telecom S/A. Relator: Cons. Rodrigo Zerbone Loureiro, 12 de setembro de 2013. *Diário Oficial da União*. Seção 1: Poder Executivo, Brasília, ano 151, n. 26, p. 78, 6 fev. 2014. Disponível em: <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=19/02/2013&jornal=1&pagina=76&totalArquivos=160>>. Acesso em: 03.06.2021.

⁷¹ BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações. Ato nº 1.178, de 20 de fevereiro de 2013. *Diário Oficial da União*. Seção 1: Poder Executivo, Brasília, ano 151, n. 233, p. 39, 2 dez. 2014. Disponível em: <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=02/12/2014&jornal=1&pagina=39&totalArquivos=100>>. Acesso em: 03.06.2021.

Com base em tal panorama de ideias, ressaí nítido que a utilização das funções sancionatória e preventiva, atribuídas à regulação estatal, ao ser exercida em critérios de abrangência difusa, visto que pretende beneficiar uma coletividade indeterminada de pessoas, pode se mostrar mais efetiva que a tutela judicial individual, especialmente quando se tem em mente que o montante auferido a título de tais penalidades é revertido ao Fundo de Fiscalização das Telecomunicações, criado pela Lei nº 5.070/1966,⁷² cuja finalidade é “prover recursos para cobrir despesas feitas pelo Governo Federal na execução da fiscalização de serviços de telecomunicações, desenvolver os meios e aperfeiçoar a técnica necessária a essa execução” (art. 1º).

3.2. Os fundamentos para uma análise econômica da responsabilidade civil

Dá-se o nome de análise econômica do direito (ou *Law and Economics*, no contexto norte-americano) à corrente doutrinária que se propõe a realizar uma releitura de institutos eminentemente jurídicos sob o viés da economia⁷³. A utilidade da teoria refere-se à possibilidade de atuação judicial independente dos critérios jurídicos adotados – ou até mesmo independente do contexto legal que se analisa –, visto que a intenção seria que os próprios atores envolvidos encontrassem, por eles mesmos, as possibilidades de atuação a partir dos critérios de maior amplitude de ganhos a um maior número de envolvidos⁷⁴. Assim:

O *Law and Economics* procura demonstrar como o Direito pode ser mais eficiente na sua regulação social e econômica. Para tanto, estabelece um ferramental conceitual, baseado no individualismo metodológico e no utilitarismo, que impõe o estudo da própria política econômica mais do que das normas jurídicas que a veiculam. Tal política econômica é correta? Eficiente? Beneficiará a maioria da população? Será melhor se substituída por outra? Como calcular-se o limite entre o exercício e o abuso de direito? Aplicando-se o critério de Kaldor-Hicks, pergunta-se se uma dada mudança de política é desejável. E a resposta é: se os ganhos dos vencedores, medidos em

⁷² BRASIL. Lei nº 5.070, de 7 de julho de 1966. Cria o Fundo de Fiscalização das Telecomunicações e dá outras providências. Brasília: DF, Presidência da República, [2021]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5070.htm>. Acesso em: 03.06.2021.

⁷³ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 6.

⁷⁴ LEAL, Leonardo José Peixoto; CARMO, Valter Moura do. Análise econômica do direito e sua aplicação no Brasil: um estudo a partir do paradigma do Estado democrático de direito na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. In: MURTA, Antônio Carlos Diniz et al (Coord.). *Direito empresarial, tributário e financeiro*. Zaragoza: Prensas de la Universidad de Zaragoza, 2019. pp. 46-68. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/wp-content/uploads/2018/04/vol-20-dir-empresarial-tributario-e-financeiro.pdf>>. Acesso em: 03.06.2021.

termos monetários, excederem o custo dos perdedores, sim. Estas são as questões que o analista econômico do Direito fará. [...].⁷⁵

Isso implica dizer que, partindo-se da premissa da mínima intervenção do Estado, em sentido amplo, já que, como visto, a postura estatal hoje diz respeito a critérios limitadores da liberdade, os fatos que numa outra ótica seriam regulados pelo direito passam a ser interpretados a partir do surgimento de novas soluções para o caso concreto (as quais podem ser inerentes a diversos âmbitos de incidência do direito, até mesmo em mecanismos processuais⁷⁶). Em outras palavras, o que se está a dizer é que, para a análise econômica do direito, pouco importa a atribuição de responsabilidades emanada do contexto legal, pois, no caso concreto, “a solução a que as partes chegariam depende do custo das diferentes soluções possíveis e não da regra jurídica aplicável”.⁷⁷

Em sendo assim, a corrente *Law and Economics* se utiliza de três pilares básicos de verificação de viabilidade de aplicação: a escassez, a escolha racional e a incerteza.⁷⁸ Tais circunstâncias, se bem identificadas no contexto que se pretende analisar, acarreta a conclusão de que os envolvidos procurariam, por eles mesmos, uma solução aplicável e mais benéfica a um maior número de pessoas, mediante a ausência de intervenção da legislação ou do próprio Estado, já que a economia de mercado poderia se regular sozinha.

E mais:

El AED parte, entre otras, de la premisa de que el derecho se establece como un mecanismo relevante a través del cual se orientan opciones varias a disposición de los agentes económicos: proscribirlas o autorizar su realización en el marco de límites precisos e infranqueables (normas de contenido prohibitivo o sancionatorio), o incentivarlas y amparalas.⁷⁹

Do ponto de vista da economia, “as indenizações determinam o preço do comportamento de risco”.⁸⁰ Ao se aplicar a análise econômica do direito ao contexto da

⁷⁵ AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito econômico: do direito nacional ao direito supranacional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 42.

⁷⁶ ROSA, André Luis Cateli; CARMO, Valter Moura do. O aumento do custo recursal no novo Código de Processo Civil brasileiro: uma análise econômica. *Nomos: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito UFC*, vol. 39, n. 1. Fortaleza: jan./jun. 2019, pp. 87-108. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/33039/99390>>. Acesso em: 03.06.2021.

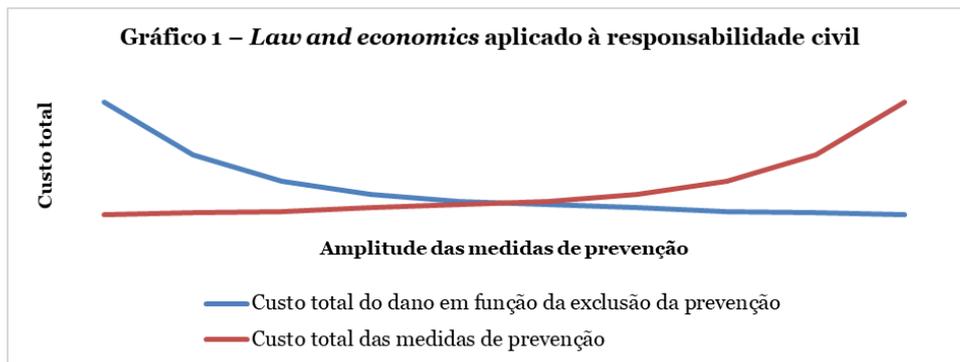
⁷⁷ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 204.

⁷⁸ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*, cit., p. 26.

⁷⁹ ALARCÓN PEÑA, Andrea. Los juristas frente a los mercados: herramientas del análisis económico del derecho. *Revista IUSTA*, n. 35. Bogotá: jul./dez. 2011. DOI: <<https://doi.org/10.15332/s1900-0448.2011.0035.06>>. Disponível em: <<https://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/iusta/article/view/3122/2989>>. Acesso em: 03.06.2021.

⁸⁰ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*, cit., p. 381.

responsabilidade civil, há que se fazer o exercício intelectual em verificar, à luz de determinado caso concreto, qual seria o raciocínio a ser aplicado de forma genérica a toda a coletividade de pessoas que eventualmente venham a sofrer a violação. Para esta corrente de pensamento, quanto maior o custo do dano, menor será o custo em função da exclusão da prevenção (e vice-versa): ou seja, se o custo da indenização (imposta ao ofensor) for inferior ao custo das medidas preventivas (a serem adotadas pelo ofensor visando à redução dos danos), não seria viável que estas sejam adotadas, utilizando-se como critério o custo-benefício da transação. O raciocínio é bem exemplificado no gráfico abaixo:⁸¹



Fonte: elaboração dos autores.

A análise do gráfico alhures representado autoriza a seguinte observação: como já mencionado em linhas anteriores, apenas mediante a imposição de sanções severas ao ofensor, este seria coagido a adotar uma postura preventiva que reduzisse o grau e a extensão dos danos em decorrência dos produtos e serviços expostos no mercado. Nesse contexto, ademais, é bom que se diga que não se está a analisar os critérios de culpa ou dolo – indiferentes no ordenamento civil brasileiro.

Sucedo que, caminhando neste raciocínio, aliado às funções já elucidadas que são atribuídas à indenização no âmbito do Código Civil⁸², notadamente pela dicção do seu art. 944, o que se tem é que não caberia à responsabilidade civil o exercício da função preventiva, mediante o aumento do valor das indenizações aplicadas em razão de violação extrapatrimonial.

Em resumo, a análise econômica da responsabilidade civil retrata três paradigmas básicos de ocorrência:

[...] Observamos que um modelo simples de jogo entre os agentes sugere que: (1) na ausência de regras de responsabilidade civil, o causador do dano tende a exercer nível de precaução inferior ao

⁸¹ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*, cit., p. 372.

⁸² BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, Cit.

ótimo; (2) sob a regra da responsabilidade absoluta do causador, a vítima tende a exercer um nível de precaução inferior ao ótimo; (3) tanto sob a regra da responsabilidade civil subjetiva quanto sob a regra da responsabilidade objetiva (se levarmos em consideração a arguição de culpa exclusiva da vítima como excludente válida) ambos os agentes exercem o nível ótimo de precaução.⁸³

Utilizando-se do mesmo gráfico acima transcrito, embora a elevação da linha representativa do custo total do dano em função da exclusão da prevenção (ou seja, o custo da indenização) viesse a caracterizar um conseqüente aumento do ponto de encontro com a linha que trata do custo total das medidas de prevenção, esta dinâmica caracterizaria um efeito rebote que não estaria em consonância com o ordenamento jurídico: o enriquecimento sem causa de que tratam os arts. 884 a 886 do Código Civil.⁸⁴ Significa dizer que, para o estabelecimento de um critério de prevenção aos danos, a elevação do valor atribuído à indenização por dano moral representaria um acréscimo excessivo – visto que superior ao custo efetivo da violação, única baliza existente no ordenamento brasileiro no que concerne à sua quantia – que acabaria por esbarrar no enriquecimento indevido da vítima.

De outro turno, a concessão reiterada de indenizações de baixo valor, levando em consideração que nem todas as vítimas se socorrem do Poder Judiciário em tais circunstâncias, não acarreta ao poderio econômico de grandes prestadores de bens e serviços no Brasil (como é o caso, por exemplo, das empresas de telefonia e das concessionárias de energia elétrica).

Utilizando como parâmetro de análise os serviços de telefonia móvel ofertados em território nacional, passa-se a visualizar a questão apresentada a partir do seguinte exemplo. Segundo levantamento realizado pela Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), em janeiro de 2020 houve cerca de 226,7 milhões de acessos no âmbito da telefonia móvel, caracterizando uma densidade de 96,8 acessos por habitante no Brasil⁸⁵. A partir desse número, caso as empresas de telefonia optem por efetuar a cobrança (na hipótese, indevida) de determinado serviço em cada uma dessas linhas, a qual totalizaria, por cada acesso, o acréscimo irrisório de R\$ 1, as referidas fornecedoras do serviço aumentariam seu patrimônio em R\$ 226,7 milhões. Em contrapartida, levando em consideração o dilema que permeia a questão da judicialização de demandas no Brasil, uma quantidade ínfima de usuários (que foram,

⁸³ PORTO, Antônio José Maristrello. Análise econômica da responsabilidade civil. In: TIMM, Luciano Benetti (Coord.). *Direito e economia no Brasil: estudos sobre a análise econômica do direito*. 3. ed. Indaiatuba: Foco, 2019. pp. 197-198.

⁸⁴ BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, Cit.

⁸⁵ BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações. *Painéis de dados: acessos de telefonia móvel*, [2021]. Disponível em: <<https://www.anatel.gov.br/painéis/acessos/telefonia-movel>>. Acesso em: 03.06.2021.

no exemplo, cobrados indevidamente no valor de R\$ 1 em sua conta telefônica) proporia uma ação judicial reivindicando seus direitos em razão de um dano tão irrisório.

Mais ainda: caso se configure ofensa moral a prática supostamente abusiva das empresas de telefonia em questão, o montante a ser pago a título de indenização ao usuário não poderia ser de elevada monta (já que, se assim o fosse, configuraria enriquecimento sem causa do consumidor e, partindo do princípio de que a legislação brasileira retrata como parâmetro do valor da indenização a extensão do dano, que na hipótese foi muito baixo). Isso tudo significa que não existem meios, aqui justificados com base na análise econômica do direito, de se equalizar o gráfico entre o custo total das medidas de prevenção *versus* o custo total do dano em função da exclusão da prevenção, em razão da necessidade de se observar a hermenêutica legal e constitucional da responsabilidade civil – que não autoriza, repita-se à exaustão, a aplicação de indenizações travestidas de pena privada.⁸⁶

Apesar de tudo isso, talvez com o intuito de tentar reduzir o número de demandas que lhe eram apresentadas, a jurisprudência desenvolveu um raciocínio que, teoricamente, aumentaria o valor da indenização, atribuindo a ela um caráter dissuasório. Isto porque, embora o exercício de todos os esforços, o processo judicial demanda tempo para ser resolvido em todas as suas instâncias e, ao contrário do que pensam alguns, a redução das vias de defesa (dos recursos, por exemplo) poderia acarretar mais ofensas às garantias fundamentais em detrimento da efetiva garantia de um processo célere.⁸⁷

Mesmo após a clara opção do legislador em atribuir a função punitiva à responsabilidade civil, em razão do veto do art. 16⁸⁸ do Código de Defesa do Consumidor⁸⁹ (que previa a possibilidade de imposição de uma pena privada ao agente que patrocinasse a circulação de produto ou serviço que, em razão de alta periculosidade, provocasse dano, observados os preceitos da culpa), passou-se a verificar um manancial de precedentes jurisprudenciais que passaram a majorar o valor

⁸⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma releitura civil-constitucional dos danos morais*, pp. 217-227.

⁸⁷ MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Desafios à concretização do princípio da reparação integral no Superior Tribunal de Justiça: comentários ao acórdão no REsp 1.081.432/SP (rel. Min. Carlos Fernando Mathias – juiz federal convocado do TRF 1ª Região, DJE 17.08.2009). In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *O Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 258.

⁸⁸ “Art. 16. Se comprovada a alta periculosidade do produto ou do serviço que provocou o dano, ou grave imprudência, negligência ou imperícia do fornecedor, será devida multa civil de até um milhão de vezes o Bônus do Tesouro Nacional – BTN, ou índice equivalente que venha substituí-lo, na ação proposta por qualquer dos legitimados à defesa do consumidor em juízo, a critério do juiz, de acordo com a gravidade e proporção do dano, bem como a situação econômica do responsável”.

⁸⁹ BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília: DF, Presidência da República, [2021], cit.

da indenização com o fito de se abraçar a tese da função punitiva (*punitive damages*). Ocorre que, como já asseverado no fim do tópico anterior, a atribuição de uma verdadeira pena privada, cujo intuito é punir o ofensor a fim de que novas condutas sejam dissuadidas, encontra-se em dissonância com os critérios interpretativos da indenização (art. 944 do Código Civil)⁹⁰ e demanda a análise da culpa *lato sensu*, circunstância que não se mostra viável para utilização no âmbito da responsabilidade civil (já que a voluntariedade do ato danoso não é um critério de valoração do montante indenizatório).

3.3. Uma proposta de solução: as distinções funcionais necessárias

O fenômeno da constitucionalização da responsabilidade civil – ou seja, a utilização de mecanismos de interpretação constitucional na seara do cometimento de danos – causou uma verdadeira expansão de demandas em que cidadãos passaram a reivindicar indenizações em decorrência de lesões ao seu patrimônio jurídico. No caso do dano moral, passou-se a compreendê-lo muito mais que uma simples lesão a um direito da personalidade, mas a violação a um dos aspectos da dignidade humana, em toda a sua forma de abrangência e sem características previamente formuladas de uma ou outra modalidade apta a ensejar consequências.⁹¹

Com base nos preceitos decorrentes da análise econômica do direito, notadamente através da metodologia constante do Teorema de Coase,⁹² percebeu-se inexistir, entre as hipóteses apresentadas, um ponto de equilíbrio suficiente que presuma a obtenção de uma solução em que todos os participantes venham a ganhar, ainda que minimamente. Isto porque, para a finalidade buscada, de se prevenir danos à dignidade humana sem que para isso se abandonassem preceitos clássicos da responsabilidade civil e critérios que proíbem o enriquecimento sem causa, a distribuição de perdas e ganhos não foi efetiva tal como seria necessária.

Além disso, a utilização de outras balizas afora aquelas previstas na legislação, além de perturbar o pacto federativo, visto que os juízes passam a assumir papel de legisladores, também não contribui para a redução daquilo que se convencionou chamar de indústria do dano moral. Nesse particular, aliás, já se demonstrou que, mesmo com a infinidade de novos danos que surgem cotidianamente na sociedade (e que demanda uma resposta do Poder Judiciário em caso de violação), falar-se em produção industrial de indenização é negar o cumprimento da função primordial atribuída à

⁹⁰ BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, Cit.

⁹¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma releitura civil-constitucional dos danos morais*, cit., pp. 182-192.

⁹² MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*, pp. 201-226.

responsabilidade civil, que é a compensatória, além de descumprir o preceito constitucional que tutela a dignidade humana (art. 5º, X),⁹³ Onde há dano deve haver a respectiva e proporcional indenização.

Caberia, assim, uma distinção clássica (e quase pedagógica) a respeito das funções atribuídas ao fenômeno da responsabilidade civil. De um lado, em caráter compensatório (para o dano moral) ou ressarcitório (para o material), cuja finalidade é atribuir um efeito psicológico em razão da ocorrência da violação; a partir deste viés, a vítima do dano poderia reaver seu patrimônio ao estado anterior ao dano ou, na sua impossibilidade, ver-se satisfeito mediante uma contrapartida financeira para reduzir os efeitos da violação causada (já que extirpá-la por completo se mostra impossível pela natureza da ocorrência).⁹⁴

De outro lado, já que, pelas suas características, a responsabilidade civil não se prestaria a atuar como finalidade punitiva ou sancionatória, surge o necessário protagonismo estatal na manutenção das relações sociais. Logo, partindo do raciocínio da análise econômica da responsabilidade civil, havendo hipótese de dano reiterado a uma coletividade de usuários de determinado serviço público, por exemplo, seria muito mais efetivo à função de repressão que o Estado, no uso de seu poder regulatório, exercesse de forma profícua o controle das ações patrocinadas pelos particulares, mediante a imposição de multas civis (estas sim, com caráter de penalidade, em decorrência do poder de império atribuído ao ente estatal), após o devido processo legal administrativo – em cujo âmbito seriam identificados critérios de culpa e dolo por parte do fornecedor do bem ou do serviço (risco da atividade, risco proveito etc.).

Assim agindo, cada integrante do arcabouço que rodeia o direito de danos atuaria dentro de seus limites, sem se utilizar de mecanismos que, além de não previstos na base legal, também não atingem a finalidade preceituada. Falar-se em indenização punitiva no Brasil, ou atribuir ao dano moral um caráter pedagógico – como se a prática da lesão ensinasse algo ao ofensor, a fim de que novas condutas fossem cessadas –, escancara a pequenez do raciocínio, tanto dos institutos basilares do direito civil brasileiro, quanto da teoria dos *punitive damages*, já que, como exemplo que se apresenta, uma indenização de R\$ 8 mil “diante do caráter pedagógico da condenação”,⁹⁵ como já se justificou o Superior Tribunal de Justiça, não se presta, nem

⁹³ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, Cit.

⁹⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma releitura civil-constitucional dos danos morais*, cit. pp. 143-154.

⁹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). *Agravo regimental no agravo nº 869.300/SP*. Processual civil. Agravo regimental em agravo de instrumento. Telefonia. Cobrança indevida de conta telefônica. Violação de dispositivos do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil. Ausência de

de longe, a desestimular a prática de violações à dignidade: trata-se apenas de uma interpretação risível e de pouca tecnicidade.

4. Conclusão

À guisa de conclusão desta exposição teórica, é possível firmar o entendimento de que, conforme se verifica da análise do curso histórico do pensamento humano, o direito privado – e de modo especial o direito civil – tem experimentado insistentes mudanças no que concerne aos seus pressupostos básicos e, principalmente, em relação à tutela jurídica dos interesses que lhe são inerentes. Não por outro motivo, a órbita estrita do patrimônio cedeu lugar à dignidade humana, vetor interpretativo que agiu na redução das disparidades entre as pessoas, assegurando cada vez mais a garantia de igualdade e fraternidade entre todos.

Some-se a isto o fato de que a possibilidade de reparação da violação, material ou moral, refere-se ao cumprimento do paradigma maior de tutela da pessoa humana, tal como sedimento no mandamento constitucional. Para isso, todavia, há que se adotar critérios objetivos que, ao assegurar a inviolabilidade do patrimônio jurídico da pessoa, também não crie institutos indefensáveis no ordenamento brasileiro.

Por isso, pela inteligência da legislação civil brasileira, percebe-se que a função atribuída à responsabilidade civil se restringe ao seu caráter compensatório ou reparatório. Isso significa que o montante devido à vítima a título de indenização se mede apenas pela extensão do prejuízo (moral ou material) que lhe foi causado, independentemente do juízo de valorativo da vontade do ofensor. Culpa e dolo, neste contexto, não servem para influenciar os critérios de fixação do parâmetro indenizatório, justamente porque o legislador rechaçou a sua visualização com viés de pena privada.

Ao longo da pesquisa, também foi possível advertir que a jurisprudência, no afã de reduzir os efeitos causados por uma onda de novos danos – os quais são frutos do processo evolutivo, mediante o surgimento de novos fatos que ensejam consequências, numa perspectiva de sociedade de risco⁹⁶ –, imputou à responsabilidade civil uma função punitiva que não lhe é inerente, no Brasil, visto que demanda a adoção de

prequestionamento. Súmulas 282/STF e 211/STJ. Falta de indicação expressa no Recurso Especial de artigos da Lei n. 9.472/97 violados. Súmula n. 284/STF. Reexame de matéria fático-probatória. Súmula 7/STJ. Dano moral. Fixação do *quantum* indenizatório. Razoabilidade. Caráter pedagógico. Recorrente: Telecomunicações de São Paulo S/A. Recorrido: Up Pizza Bar Ltda. Relator: Min. José Delgado, j. em 03.06.2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200700415506&dt_publicacao=25/06/2008>. Acesso em: 03.06.2021.

⁹⁶ MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito de danos na sociedade das incertezas: a problemática do risco de desenvolvimento no Brasil. *Civilistica.com*, vol. 2, n. 4, Rio de Janeiro: out./dez. 2013. Disponível em: <<https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/141/109>>. Acesso em: 03.06.2021.

critérios de valoração de culpa *lato sensu*, circunstância que obsta o seu desenvolvimento no processo, cada vez maior, de objetivização da responsabilidade civil. A utilização deste raciocínio, ademais, esvazia a previsão legal concernente à indenização, estampada no art. 944 do Código Civil, além de servir como porta de entrada para alegações razoáveis de enriquecimento sem causa (conduta que também é coibida pela ordem jurídica brasileira).

Em decorrência de um raciocínio lógico, embasado na análise econômica do direito e à luz das balizas legais já apresentadas, o critério de prevenção aos novos danos, mediante a imposição de sanções aos agentes prestadores de bens e serviços, deve ser de atribuição do Estado, no pleno exercício de seu poder regulatório. É assim, pois, que deve se encarar a faculdade de se atribuir a penalidade ao causador do dano, visto que, assim o fazendo, será atingida toda a coletividade de pessoas que sofreram seus efeitos ou que venham deles sofrer.

Enquanto a atuação da vítima, na condição de sujeito cujo patrimônio jurídico foi lesado em razão de determinada conduta de outrem, reveste-se sob o manto da garantia da sua dignidade, baluarte na construção da República. Sob outro aspecto, ao se negar à vítima a possibilidade de penalizar o ofensor, especialmente no contexto cada vez mais crescente de rompimento do vínculo da culpa no âmbito da responsabilidade civil, a pretensão é manter os paradigmas objetivos de manutenção da ordem legal que viabilizem uma defesa ampla por parte do ofensor (direito que lhe é inalienável), assim como que obstem a atribuição de um patrimônio imoral à vítima, construído mediante o enriquecimento sem causa.

Cabe ao Estado, portanto, no que concerne ao seu poder fiscalizatório, adotar uma postura que assegure a exemplaridade das penas que venham a ser impostas aos agentes que, reiteradamente, causam lesões ao patrimônio jurídico dos cidadãos. Já que a dignidade foi garantida no contexto do cumprimento da responsabilidade civil, de acordo com o que já foi mencionado aqui, assim o fazendo, o Estado assegura o exercício dos objetivos da República, especialmente a redução das desigualdades, a promoção do bem de todos e a manutenção de uma sociedade livre, justa e, principalmente, solidária.

5. Referências bibliográficas

AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito econômico*: do direito nacional ao direito supranacional. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

ALARCÓN PEÑA, Andrea. Los juristas frente a los mercados: herramientas del análisis económico del derecho. *Revista IUSTA*, n. 35. Bogotá, p. 125-136, jul./dez. 2011. DOI: <<https://doi.org/10.15332/s1900-0448.2011.0035.06>>. Disponível em: <<https://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/iusta/article/view/3122/2989>>. Acesso em: 03.06.2021.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Almedina, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*, vol. 4. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*, vol. 4. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; *Curso de direito civil*, vol. 3. Salvador: Juspodivm, 2014.

GOMES, Orlando. *Ensaio de direito civil e de direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Aide, 1986.

LEAL, Leonardo José Peixoto; CARMO, Valter Moura do. Análise econômica do direito e sua aplicação no Brasil: um estudo a partir do paradigma do Estado democrático de direito na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. In: MURTA, Antônio Carlos Diniz *et al* (Coord.). *Direito empresarial, tributário e financeiro*. Zaragoza: Prensas de la Universidad de Zaragoza, 2019. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/wp-content/uploads/2018/04/vol-20-dir-empresarial-tributario-e-financeiro.pdf>>. Acesso em: 03.06.2021.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Us et abus de la fonction punitive (dommages-intérêts punitifs et le droit brésilien). *Revue internationale de droit compare*, vol. 58, n. 4. Paris, out./dez. 2006. DOI: <<http://dx.doi.org/10.3406/ridc.2006.19485>>. Disponível em: <https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_2006_num_58_4_19485>. Acesso em: 03.06.2021.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direitos humanos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. O direito de danos na sociedade das incertezas: a problemática do risco de desenvolvimento no Brasil. *Civilistica.com*, vol. 2, n. 4. Rio de Janeiro: out./dez. 2013.

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Sevilha. *Manual de metodologia da pesquisa no direito*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. Desafios à concretização do princípio da reparação integral no Superior Tribunal de Justiça: comentários ao acórdão no REsp 1.081.432/SP (rel. Min. Carlos Fernando Mathias – juiz federal convocado do TRF 1ª Região, DJE 17.08.2009). In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *O Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma releitura civil-constitucional dos danos morais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil*. Rio de Janeiro: Processo, 2016.

NEVES, Gustavo Kloh Muller. Os princípios entre a teoria geral do direito e o Direito Civil Constitucional. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira *et al* (Org.). *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

OLIVA, Milena Donato. Equilíbrio contratual e cláusulas abusivas: comentários ao acórdão no REsp 1.021.688/RJ (rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 16.09.2009). In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO,

Gustavo (Coord.). *O Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PORTO, Antônio José Maristrello. Análise econômica da responsabilidade civil. In: TIMM, Luciano Benetti (Coord.). *Direito e economia no Brasil: estudos sobre a análise econômica do direito*. 3. ed. Indaiatuba: Foco, 2019.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RODRIGUES, Francisco Luciano Lima; VERAS, Gésio de Lima. Dimensão funcional do dano moral no direito civil contemporâneo. *Civilistica.com*, vol. 4, n. 2. Rio de Janeiro: abr./jun. 2015.

ROSA, André Luis Cateli; CARMO, Valter Moura do. O aumento do custo recursal no novo Código de Processo Civil brasileiro: uma análise econômica. *Nomos: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito UFC*, vol. 39, n. 1. Fortaleza: jan./jun. 2019. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/33039/99390>>. Acesso em: 03.06.2021.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. A responsabilidade civil por danos produzidos no curso de atividade econômica e a tutela da dignidade da pessoa humana: o critério do dano ineficiente. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira *et al* (Org.). *Diálogos sobre direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 127-154.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na Parte Geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *O Código Civil na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*, vol. 1. 51. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

civilistica.com

Recebido em: 4.6.2021
Aprovado em:
2.5.2022 (1º parecer)
13.5.2022 (2º parecer)

Como citar: BALDUÍNO JÚNIOR, Gean Carlos; CARMO, Valter Moura do. Uma nova perspectiva à responsabilidade civil: o necessário protagonismo estatal com base na análise econômica do direito de danos. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 11, n. 1, 2022. Disponível em: <<http://civilistica.com/uma-nova-perspectiva/>>. Data de acesso.