

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

JOÃO VITOR PENNA E SILVA

**A SITUAÇÃO ECONÔMICA DAS PARTES COMO CRITÉRIO DE DISTRIBUTIVO
NA QUANTIFICAÇÃO DAS INDENIZAÇÕES**

Belém, PA
2018

JOÃO VITOR PENNA E SILVA

**A SITUAÇÃO ECONÔMICA DAS PARTES COMO CRITÉRIO DE DISTRIBUTIVO
NA QUANTIFICAÇÃO DAS INDENIZAÇÕES**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito pela UFPA.

Linha de Pesquisa: Constitucionalismo, Democracia e Direitos Humanos.

Área de concentração: Relações Privadas e Direitos Humanos.

Orientadora: Prof.^a Dra. Pastora do Socorro Teixeira Leal

Belém, PA
2018

JOÃO VITOR PENNA E SILVA

A SITUAÇÃO ECONÔMICA DAS PARTES COMO CRITÉRIO DE DISTRIBUTIVO NA
QUANTIFICAÇÃO DAS INDENIZAÇÕES

Belém, 18 de março de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Dra. Pastora do Socorro Teixeira Leal

Orientador

Prof. Dr. _____

Avaliador interno

Prof. Dr. _____

Avaliadora externa

A Cristina, João Guilherme, Marina e
Maria Emília, meus alicerces.

AGRADECIMENTOS

Este trabalho foi escrito com o apoio e incentivo de muitas pessoas, para as quais as linhas aqui presentes não são suficientes para expressar minha gratidão.

Como não pude fazer agradecimentos em meu Trabalho de Conclusão de Curso, sinto-me na obrigação de agradecer às pessoas que fizeram parte da minha trajetória acadêmica desde a graduação até aqui.

Primeiramente, preciso agradecer aos meus pais João Guilherme e Cristina, e minha irmã Marina, que sempre me deram liberdade perseguir meus objetivos e me apoiaram integralmente em todas as decisões que tomei. Eles me ensinaram que a família é talvez o bem mais preciso que temos e que o amor que encontramos nela faz com que qualquer caminhada valha a pena e tenha sentido.

Agradeço também aos meus familiares que estiveram comigo durante este período. Aos meus avós, Miguel – que, mesmo com sua doença, sempre sonhava em ver seus netos formados – e Maria Emília – minha segunda mãe, que me ensinou o amor aos livros e a quase tudo que valorizo. Aos meus tios, primos, à minha madrinha Ida Pina, meu muito obrigado pelo apoio de sempre.

À minha querida Julia Rezende, por ser compreensiva com minhas faltas, ouvir minhas reclamações e me dar o amparo necessário nos momentos que deflinhei. Encontrá-la, no meio deste turbulento período de mestrado, me deu as forças que precisava para continuar e chegar até aqui. Nenhuma palavra que possa dizer consegue expressar minha gratidão pelo suporte de amor e carinho que ela me deu neste período juntos.

Difícil também expressar a gratidão que tenho à minha orientadora Prof. Pastora Leal por todas as lições diárias que recebo desde 2011. A ela atribuo toda a fascinação pelo Direito Civil e pela Responsabilidade Civil, despertada em aulas e conversas sempre provocativas. Muito além do Mestrado, fui seu aluno em todo o curso de Direito Civil na graduação, seu bolsista em projetos de monitoria e extensão e seu orientando no Trabalho de Conclusão de Curso. Além de uma grande magistrada, a Prof. Pastora é o tipo de professora que devemos nos espelhar. Sua preocupação com a base, com o aluno comum, para que ele cresça como pessoa e como acadêmico é o tipo de virtude cujo aprendizado é inestimável – espero, pessoalmente, internalizar esse ensinamento e levar para a vida. Além disso, direta ou indiretamente, todos os pensamentos que veiculo neste trabalho e em artigos que publicamos provém de provocações da Prof. Pastora, cujo meu agradecimento também precisa ser registrado.

Agradeço também ao Prof. André Coelho, querido professor e amigo, pelo especial apoio conferido ao longo desses anos de pesquisas em conjunto. André conseguiu colocar alguns jovens perdidos, mas muito engajados, em um caminho sério de pesquisa acadêmica em Teoria do Direito. O que aprendi em nosso grupo de pesquisa, desde o IVR 2013, vai muito além do pensamento de filósofos do direito. Tem a ver com responsabilidade acadêmica, pensamento a longo prazo, desenvolvimento de grupo e da região, etc. Essas lições são inestimáveis. No mais, mesmo não sendo sua área de estudo, as sugestões e conversas sobre o conteúdo deste trabalho – na banca de qualificação e depois – foram absolutamente fundamentais para que chegasse ao estágio do que foi desenvolvido aqui, motivo pelo qual também agradeço pelo auxílio.

Também agradeço à Universidade Federal do Pará, instituição onde cursei a graduação e para a qual desenvolvo esta dissertação de mestrado, na figura de professores que marcaram o meu desenvolvimento acadêmico durante este período. Agradeço especialmente aos professores Dennis Verbicaro – que me honrou com uma publicação conjunta e com a presença em minha banca de qualificação –, Saulo Matos, Victor Pinheiro, Luly Fischer, José Cláudio Monteiro de Brito Filho e Antonio Maués.

Aos amigos que fiz no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPA, especialmente à Ana Luísa Casseb, Lucas do Couto, Carlos Cruz, Filipe Rodrigues e Daniel Fampa, parceiros de mestrado, mas que levo para a vida.

Destes, preciso agradecer especialmente duas pessoas. Primeiramente, agradeço ao Filipe Rodrigues, meu grande parceiro desde muito cedo na graduação. Junto com o Filipe desenvolvi quase todos os meus projetos acadêmicos ao longo desses anos, de grupos de estudo no Horto Municipal até eventos acadêmicos internacionais. Uma extensa parceria acadêmica que se tornou parceria para a vida, uma amizade forte que levarei para sempre. Obrigado, amigo, pela parceria!

Em segundo lugar, agradeço ao Daniel Fampa, parceiro de orientação nestes dois anos de mestrado. Por uma situação fora do esperado, fomos colocados juntos como orientandos da Prof. Pastora nestes dois anos de mestrado. Não poderia ter sido melhor. Os projetos conjuntos, os artigos, grupos de estudo, etc., ajudaram imensamente com que o período no PPGD fosse bem sucedido. Muito do que desenvolvemos como pesquisa deve ao outro pelas conversas, reflexões e ideias trocadas ao longo das nossas produções. Que esta amizade e parceria se estenda até muito além deste mestrado e que levemos para a vida.

Agradeço também, imensamente, ao meu amigo, parceiro acadêmica e sócio Victor Russo. Primeiro como parceiro na Academia, com o Victor pude desenvolver alguns dos projetos com os quais mais me orgulho, sendo ele um dos maiores incentivadores para se

aventurar no mestrado em Direito. Depois disso, como sócio na advocacia, agradeço por todo o suporte conferido, suportando minhas faltas e incentivando meu desenvolvimento, mesmo em momentos cruciais de nosso escritório.

Agradeço também ao Hugo Mercês por todo o suporte durante estes um ano em meio de parceria profissional, sem o qual não poderia ter chegado até aqui.

Aos amigos que fiz na UFPA, especialmente aos amigos de grupo Gabriel Lima, Vitor Marcellino, Matheus Baraúna, Lucas Vieira, Robson Heleno, Darlison Silva e, novamente, Filipe Rodrigues e Victor Russo, o “bando de salteadores”, unidos pela filosofia e pela Copa Jurídica.

Às amigadas que tive o prazer de construir na Liga Acadêmica Jurídica do Pará – LAJUPA, especialmente ao Victor Nóvoa, Antonio Américo, Lucas Barbalho, Clarice Santos, João Felipe Barbosa, Rebbeca Alves, Ana Vitória Vasconcelos, Ana Paula Martins, Nickolas Tenório, Sophia Vigário e Beatriz Oliveira, dentre outras grandes pessoas que tive o prazer de conhecer durante este período em que trabalhamos juntos. Meu muito obrigado!

Por último, mas sempre presente em tudo, agradeço a Deus por ter me permitido chegar até aqui e me abençoado com tudo isso.

RESUMO

Este trabalho visa a analisar se a “situação econômica das partes”, como critério de quantificação de indenizações discutido na doutrina e jurisprudência brasileiras, pode ser interpretada como uma instrumentalização de princípios de justiça distributiva. Para isto, analisa a problemática da quantificação dos danos na prática jurídica brasileira, colocando possíveis formas de como a situação econômica do ofensor e da vítima pode ser levada em consideração. Após isto, analisa estas aplicações do critério com base na discussão filosófica sobre os fundamentos da responsabilidade civil, especialmente centrada no debate sobre os conceitos de justiça corretiva e distributiva. Em seguida, sustenta a hipótese de que é possível interpretar o critério com incorporando princípios de justiça distributiva, realizando uma releitura do critério com base neste conceito. Portanto, trata-se de pesquisa eminentemente teórica, uma vez que visa a interpretar, com base em conceitos filosóficos, argumentos utilizados pela doutrina e jurisprudência brasileira. Como resultado, tem-se que o critério implica em uma redistribuição dos encargos dos danos de acordo com a riqueza das partes. Conclui-se que ele não introduz contradições no sistema de Responsabilidade Civil brasileiro e defende que o critério necessita de uma apreciação conjunta da situação econômica da vítima e do ofensor.

PALAVRAS-CHAVE: situação econômica das partes; justiça distributiva; justiça corretiva; quantificação de danos.

ABSTRACT

This work aims to analyze if the criteria of “economic situation of parties”, as criteria of damages quantification that is discussed by Brazilian legal scholarship and legal precedents, can be interpreted as a instrumentalization of principles of distributive justice. To do this, it analyzes the problem of the damages quantification in Brazilian legal practice, pointing possible ways of how economic situation of defendant and plaintiff can be taken in consideration. After that, analyzes this applications of the criteria based on the philosophical discussion about the foundations of Tort Law, especially centered on the debate about the concepts of corrective and distributive justice. Then, it maintains the hypothesis that it is possible to interpret the criteria as incorporating principles of distributive justice, making a re-reading of the criteria based on this concept. Therefore, it is eminently a theoretical research, since it aims to interpret, based on philosophical concepts, arguments used by Brazilian legal scholarship and legal precedents. As a result, it maintains that the criterion implies a redistribution of the burdens of damages according to the wealth of the parties. It concludes that this interpretation does not introduce contradictions in the Brazilian tort system and argues that the criteria requires a joint assessment of the economic situation of the plaintiff and the defendant.

KEYWORDS: economic situation of parties; distributive justice; corrective justice; damages quantification.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

AED	Análise Econômica do Direito
CC/2002	Código Civil de 2002
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF/88	Constituição Federal de 1988
CLT	Consolidação das Leis Trabalhistas
CPB	Código Penal Brasileiro
REsp	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
UFPA	Universidade Federal do Pará

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1. A PROBLEMÁTICA DA QUANTIFICAÇÃO DOS DANOS	18
1.1 A RESPONSABILIDADE CIVIL E OS NOVOS PARADIGMAS DE PROTEÇÃO DA PESSOA	18
1.2 A RECEPÇÃO DOS DANOS MORAIS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO	21
1.3 A QUANTIFICAÇÃO DAS INDENIZAÇÕES NA PRÁTICA JURÍDICA BRASILEIRA	26
2. O CRITÉRIO DA SITUAÇÃO ECONÔMICA DAS PARTES: Premissas para uma releitura	34
2.1 O CRITÉRIO DA SITUAÇÃO ECONÔMICA NA PRÁTICA JURÍDICA	34
2.2 PREMISSAS TEÓRICAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL	41
2.2.1 O debate sobre os fundamentos teóricos da Responsabilidade Civil.....	41
2.2.2 A Análise Econômica do Direito de Danos.....	46
2.2.3 As formas de justiça: Justiça Corretiva e Distributiva.....	51
2.2.4 O debate contemporâneo sobre a relação entre justiça corretiva e distributiva na fundamentação da Responsabilidade Civil	57
2.3 REINTERPRETAÇÃO DOS CRITÉRIOS DE QUANTIFICAÇÃO DE DANOS À LUZ DA IDEIA DE JUSTIÇA	68
3. SITUAÇÃO ECONÔMICA DAS PARTES E JUSTIÇA.....	71
3.1. O SISTEMA MISTO DE QUANTIFICAÇÃO DE INDENIZAÇÕES	71
3.2. SITUAÇÃO ECONÔMICA DAS PARTES COMO JUSTIÇA DISTRIBUTIVA.....	74
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	85
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	89

INTRODUÇÃO

Imaginemos a seguinte situação: Ernesto é um sujeito extremamente pobre, tendo recebido, no contexto de distribuição geral de recursos dentro da sociedade, uma quantidade muito menor do que o considerado mínimo em qualquer modelo de distribuição aceitável. Por outro lado, Júlio é um rico empresário, morador de um bairro nobre e proprietário de uma enorme coleção de carros de luxo. Julius, mesmo com qualquer tipo de mérito que ele possa ter, certamente recebeu muito mais bens do que o adequado em uma distribuição equitativa dos recursos dentro desta sociedade.

Imaginemos agora que Ernesto causa um dano a Júlio; por exemplo, Ernesto, por um ato de negligência grosseira, atinge com sua carroça a porta de um dos muitos carros de luxo de Júlio tornando-a inutilizável. O valor de uma porta nova deste tipo de carro supera o valor de um carro popular, o que provavelmente seria superior ao Ernesto consegue auferir durante um ano todo de trabalho como feirante. Imaginemos ainda – com o fim de analisar a relação moral e jurídica que se estabelece entre as partes – que não exista qualquer tipo de sistema de seguros envolvido. Diante de todo esse contexto, é justo que se diga que Ernesto tem o dever de reparar todo o dano causado? Mesmo se este dever reparatório lhe causar ruína financeira?

A questão posta pelo caso, basicamente, envolve questionar se o que um indivíduo possui, em termos de patrimônio, influi, em algum sentido, sobre os deveres de reparação dos danos que ele causou. Tal questão ainda pode ser estendida para a vítima, discutindo se a situação econômica da vítima influi sobre o que ela tem direito a receber a título de reparação pelos danos sofridos. Em suma, a dúvida é a de se a situação econômica do ofensor e/ou da vítima podem influir sobre a extensão do dever de reparação de danos, sejam eles de natureza material ou moral.

Casos como o exposto acima estão presentes nas reflexões tanto de juristas quanto de filósofos. Como preocupação jurídica, apresentam-se como casos recorrentes em sociedades desiguais e, com isso, requerem um enfrentamento jurídico que leve em conta o possível – e desafiador – conflito entre o direito de reparação da vítima e a dignidade humana do ofensor. Como preocupação filosófica, desafiam o nosso conceito moral e político de justiça, questionando se a justiça presente na ideia de reparação de danos pode ser afetada quando a justiça na distribuição dos bens e encargos de uma comunidade resta drasticamente violada.

O problema não é posto como versando sobre a configuração do dever de indenizar. Seria bem difícil conceber em nossa prática que aquele indivíduo que causou um dano a outro não tenha nenhum tipo de dever de reparação, até porque a reparação não precisa

necessariamente ser de cunho pecuniário. O problema, na verdade, diz respeito a determinação da extensão deste dever. É, portanto, uma questão de quantificação das indenizações, sendo a situação econômica das partes um possível critérios, dentre outros, que podem ser levados em conta na fixação do montante indenizatório.

O problema citado tem diversas manifestações e formas de ser analisado. O intuito deste trabalho é identificar os modos como esta questão se manifesta na prática jurídica brasileira – ou seja, identificar os modos como a situação econômica das partes pode influenciar o valor de uma indenização em nossa prática –, para, depois disto, tentar fornecer uma explicação que apele a justificações teóricas um pouco mais sólidas do que a doutrina civilista tem conferido até o momento. A chamada Filosofia da Responsabilidade Civil – ramo da Filosofia do Direito especialmente preocupado com a questão da reparação dos danos e com forte desenvolvimento no *Common Law* – possui um aparato teórico interessante, que pode fornecer luzes para analisar nossos problemas. A ideia é, portanto, a de se nós lermos o debate sobre este critério de quantificação sobre uma lente específica – das abordagens baseadas em no conceito e justiça dentro da Filosofia da Responsabilidade Civil – nós conseguiremos enxergar pontos não compreendidos do critério e avançar na sua análise.

Como será apresentado, a doutrina civilista costuma fundamentar os critérios de quantificação que discute em conceitos relativamente vagos, que pouco nos informam sobre a natureza e as consequências de adoção do critério. Devemos, porém, levar a justificação do valor da indenização a sério e apresentar fundamentos mais claros sobre como, em um processo judicial, se chega a um valor determinado. Com relação à situação econômica das partes, este trabalho defenderá que o conceito que melhor nos ajuda a compreender a aplicação deste critério de quantificação é a justiça distributiva, sendo importante compreender as consequências desta compreensão.

Não queremos, portanto, endossar este critério, afirmando que ele deve ou não ser aplicado em nossa prática e qual sua formatação ideal. Para isso deveríamos dar um passo a mais e defender uma teoria particular da justiça distributiva, recorrendo e endossando uma teoria política específica – igualitarismo, libertarianismo, utilitarismo, entre outras, nas suas diversas acepções – dentro de uma longa tradição de debates sobre a distribuição dos bens em uma comunidade. Tal tarefa foge do escopo e extensão deste trabalho.

Diante desta problemática, o trabalho se justifica, em primeiro lugar, por tentar fornecer um aprofundamento na análise de um critério bastante utilizado na quantificação das indenizações, mas cuja aplicação é cercada de obscuridades. Como aludimos, deve-se levar a sério o processo de fixação de um valor para uma indenização. A justificação das decisões

confere legitimidade à atuação do juiz que fixa o valor de uma indenização para que possa atuar interferindo na seara patrimonial de um ofensor com o intuito de reparar a vítima. O emprego de razões claras e coerentes é, portanto, fundamental para que se avance tanto no caráter informativo que se busca com a imposição de um dever de reparar – o sujeito condenado deve saber o porquê de estar sendo condenado naquela extensão específica – quanto para que o condenado exerça devidamente o seu direito de recurso quando insatisfeito com a decisão tomada – só é possível recorrer de algo quando minimamente se sabe de onde isto vem e qual sentido foi atribuído, para que se possa contrapor o argumento apresentado.

Em segundo lugar, o trabalho também se justifica como um aprofundamento no conhecimento de um fenômeno que, na sociedade contemporânea, obtém especial importância, que é a reparação de danos como um todo. É importante falar sobre Responsabilidade Civil. É, antes de tudo, um campo em que as questões mais fundamentais sofrem contínua reformulação e permanecem constantemente em aberto.

Podemos dividir as razões pelas quais é importante discutir a Responsabilidade Civil na contemporaneidade em três. Primeiro, por um motivo sociológico, em uma sociedade globalizada e massificada, em que as barreiras tradicionais para as relações e negócios jurídicos se quebram, onde elas se multiplicam e se intensificam, a potencialidade para a criação de situações de danos é multiplicada proporcionalmente. O dano se torna uma questão do cotidiano, perdendo seu caráter de excepcionalidade, o que também modifica sobremaneira o modo como lidamos com ele. Em segundo lugar, por um motivo jurídico, com a Constituição de 1988 se estabeleceu a dignidade da pessoa humana como princípio basilar e fundamento da República. Logo, a doutrina civilista passou a associar conceitualmente o dano moral como violação direta à dignidade humana, ou seja, como uma afronta a um dos princípios fundamentais do ordenamento jurídico, motivo pelo qual todo o papel da Responsabilidade Civil, antes tida como eminentemente patrimonialista, foi ressignificado. Em terceiro lugar, por um motivo prático, visto que se multiplicam a cada dia as demandas por indenizações, especialmente as de natureza moral na prática judicial brasileira. Sem valorar este aumento, é fato que as ações que requerem indenizações estão entre as mais recorrentes no Judiciário brasileiro. Em pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, por exemplo, as indenizações por dano moral no Direito do Consumidor correspondem ao segundo assunto mais demandado na Justiça Estadual com 1.760.905 processos (3,46% do total) ingressados no ano

de 2016, enquanto as indenizações por dano moral no Direito Civil em geral correspondem ao quarto assunto mais demandando com 1.001.889 processos (1,97%)¹.

Para enfrentar a questão posta, o presente trabalho analisará como a noção de justiça distributiva pode fornecer um potencial explicativo para o critério da situação econômica das partes. Para isto, iniciar-se-á o trabalho, no primeiro capítulo, introduzindo a problemática da quantificação dos danos, bem como sua inserção dentro dos desafios postos pelo reconhecimento da indenizabilidade dos danos morais. Iniciaremos o capítulo discutindo como a mudança paradigmática do Direito Privado contemporâneo afetou a Responsabilidade Civil, colocando a pessoa no centro das preocupações do instituto. Em seguida, analisaremos como este paradigma influenciou o direito brasileiro, substancialmente com o reconhecimento e positivação do dano moral que impôs novos desafios à toda forma tradicional de se compreender a Responsabilidade Civil. Um destes desafios é a questão da quantificação dos danos, que será alvo de nossa análise na última seção do capítulo, demonstrando como a doutrina e jurisprudência necessitaram desenvolver critérios próprios diante da escassez de critérios legais de quantificação. Tais critérios se referem especialmente aos danos morais, mas, em certas circunstâncias podem ser aplicados também aos danos materiais como será visto.

No segundo capítulo, apresentaremos as premissas para o desenvolvimento da nossa leitura do critério específico de quantificação escolhido para análise, qual seja a situação econômica das partes. Para isto, iniciamos o capítulo apresentando as possíveis aplicações do critério identificadas na análise da doutrina e jurisprudência brasileira, demonstrando como o critério pode se configurar de diferentes formas. Em seguida, em uma seção mais extensa, apresentaremos os conceitos com os quais consideramos que a análise do critério pode ser feita, discutindo o seu desenvolvimento dentro do contexto do debate teórico de fundamentação filosófica da Responsabilidade Civil no contexto anglo-saxão (*Philosophy of Tort Law*). Assim, introduziremos um histórico deste movimento e seus desenvolvimentos recentes, e em seguida apresentaremos os aspectos característicos das duas principais escolas de pensamento da Filosofia da Responsabilidade Civil: a Análise Econômica do Direito e as Teorias baseadas na justiça. Como esta última será nosso principal foco, apresentaremos ela, primeiramente, a partir do desenvolvimento dos conceitos de justiça corretiva e distributiva como formulados por Aristóteles, para em seguida expor algumas das principais linhas de pensamento contemporâneas sobre relação das formas de justiça (corretiva e distributiva) na fundamentação

¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Justiça em números 2017**: ano-base 2016. Brasília: CNJ, 2017, p. 167.

da responsabilidade civil. Por fim, o capítulo se encerra abordando como é possível conceber uma aproximação do conceito de justiça com a quantificação das indenizações no Brasil.

O terceiro capítulo visa a tentar fornecer uma releitura do critério da situação econômica das partes com base no conceito de justiça distributiva. Para tanto, no início do capítulo, defende-se que o sistema brasileiro de quantificação das indenizações já incorpora princípios tanto de justiça corretiva quanto de justiça distributiva, configurando um sistema misto. Assim, argumenta-se que a explicação do critério com base na ideia de justiça distributiva não é nem estranha nem contraditória com a nossa prática atual da responsabilidade civil no Brasil. Em seguida, é apresentada a forma como se pode ler o critério com base na ideia de justiça distributiva, apresentando quais as consequências dessa leitura para cada uma das aplicações identificadas no capítulo anterior.

Antes de iniciarmos, porém, nosso caminho de argumentação, são necessários alguns esclarecimentos pontuais sobre o desenvolvimento do trabalho.

Em primeiro lugar, para efeitos da nossa discussão, trataremos os termos “Responsabilidade Civil” e “Direito de Danos” como significando a mesma coisa. Sabe-se, porém, que existe controvérsia sobre isto, sendo que o termo “Direito de Danos” costuma ser utilizado com um sentido mais abrangente, compreendendo tanto as regras relativas à reparação de danos quanto a sistemática de prevenção e indicação de condutas lesivas proibidas. Neste trabalho, porém, com vistas a facilitar a exposição e a transposição do conceito de *Tort Law*² para nossa discussão, trataremos os dois termos como significando o sistema normativo que lida com os danos no âmbito do Direito Privado, tanto na perspectiva reparatória, quanto preventiva, punitiva e informacional.

Em segundo lugar, nosso estudo trata da análise do critério da situação econômica das partes como um critério de quantificação, e é interessante, desde já, fixar alguns pontos sobre o critério que serão abordados ao longo do texto. A nomenclatura do critério é bastante difusa, sendo diversas vezes nominado como “situação econômica”, “condição econômica”, “capacidade econômica”, etc. O termo “capacidade”, embora tenha utilização na prática, pode

² Tanto “Responsabilidade Civil” quanto “Direito de Danos” também serão utilizados como tradução para o termo inglês “*Tort Law*”, que corresponde ao sistema normativo que trata dos danos nos sistemas jurídicos anglo-saxões. Ao mesmo tempo, é sabido que o sistema do *Tort Law* e a Responsabilidade Civil romano-germânica guardam diferenças estruturais profundas, unidas apenas por uma aproximação funcional, posto que exercem a mesma função em ambos os sistemas jurídicos. Assim, na maioria dos contextos, a tradução para “Direito de Danos” seria mais adequada. Porém, estas discussões conceituais e sobre tradução não influenciam de maneira fundamental nos resultados deste trabalho, uma vez que o que se busca analisar são os princípios justificadores de uma prática e não o nível de abrangência desta prática. Fazemos esta simplificação também com o fim de evitar, portanto, discussões que podem demandar mais tempo e esforço do que deveria, tirando o foco dos problemas centrais deste trabalho – embora reconheça que debates terminológicos como estes não são inócuos e merecem certo grau de atenção e discussão.

indicar a quantidade que se pode suportar de algo, induzindo à uma apreciação diferente do que queremos evidenciar, por isso as outras nomenclaturas parecem mais adequadas. Dá-se certa preferência para o termo “situação econômica” em virtude de sua positivação no art. 223-G, inciso XI da CLT (incluído pela Lei nº 13.467, de 2017 – Reforma Trabalhista), na perspectiva de apoiar a interpretação do critério agora legalmente vinculante.

Em terceiro lugar, o trabalho tratará da situação econômica tanto do ofensor quanto da vítima. Existe um movimento, que abordaremos ao longo da discussão, que busca negar que a situação econômica da vítima seja levada em consideração, em razão de um princípio de igualdade. Defenderemos, porém, que existem casos em que o que a vítima possui importa – como é o caso de uma redução da indenização no caso acima levantado. Tentaremos estabelecer os casos em que essa situação econômica da vítima pode ser levada em conta e em quais não pode, tendo em vista a ideia de justiça distributiva.

Por fim, o trabalho se restringe à análise da relação jurídica de responsabilização civil na perspectiva individual, deixando de abordar uma eventual perspectiva coletiva (interesses transindividuais). Nosso foco será na justiça estabelecida entre as partes, em sentido bilateral, em razão do surgimento de danos. Acreditamos que a análise teórica da responsabilidade civil no âmbito coletivo exige aprofundamentos filosóficos distintos dos que devem ser feitos no âmbito individual – por exemplo, exige que se deixe de analisar a perspectiva da justiça entre as partes para avaliar, ainda mais intensamente, o incentivo para condutas, a atuação de agentes econômicos no mercado, as ideias de prevenção e punição, etc., além de pressupor um estudo, que não será possível fazer, sobre a natureza da litigância coletiva por danos. Esses fatores indicam que este estudo induziria a um caminho distinto do realizado, o que poderá ser alvo de trabalhos futuros. Nossa escolha pelo âmbito individual envolve o fato de que a litigância individual por danos já lida com os problemas como o que levantamos no início deste típico, que são problemas de justiça e requerem nosso aprofundamento teórico.

1. A PROBLEMÁTICA DA QUANTIFICAÇÃO DOS DANOS

1.1. A RESPONSABILIDADE CIVIL E OS NOVOS PARADIGMAS DE PROTEÇÃO DA PESSOA

Com a Constituição Federal de 1988, surgida em um contexto jurídico internacional de preocupação com violações de direitos humanos, se iniciou no Brasil uma onda de reconsideração do papel destes direitos no ordenamento jurídico. Esta Constituição tem caráter diferenciado, deixando de ser uma lei composta especialmente por normas meramente programáticas e que regulam o funcionamento do Estado, para trazer consigo regras e princípios, de amplo conteúdo valorativo, que regulam a vida social, com força normativa e aplicabilidade direta. Neste contexto é que a Constituição de 88 consagra a dignidade humana como um dos fundamentos do Estado brasileiro, sendo com isto alçada a um princípio fundamental do ordenamento jurídico, parâmetro interpretativo para as normas do sistema e, ao mesmo tempo, dotado de eficácia imediata.

Ainda neste panorama, a Constituição define um rol bastante elevado – e não exaustivo – de direitos e garantias fundamentais, tornando-os, inclusive, cláusulas pétreas, ou seja, que não podem ser alvo de modificação na vigência desta Carta Política. Tais direitos fundamentais transportam para o ordenamento jurídico nacional os direitos humanos que estavam em processo de construção, especialmente no âmbito internacional no contexto do pós-guerra. Constituem, assim, o âmbito interno de proteção dos direitos humanos.

Este processo de ressignificação do papel dos direitos humanos e de sua eficácia sobre as relações sociais, na forma positivada dos direitos fundamentais, implicou no desenvolvimento de uma oposição à doutrina de que tais direitos de caráter constitucional não regulavam apenas as relações entre os indivíduos e o Estado, como dissemos. A preponderância da Constituição como instrumento jurídico básico regulador da sociedade implicou no reconhecimento da incidência dos direitos nela previstos sobre todas as áreas do direito, dando início ao chamado processo de constitucionalização do direito.

No Direito Privado não foi diferente. Tal processo contrastou o modelo clássico, de inspiração nos ideais iluministas e no liberalismo clássico, de regulação das relações privadas. Tal paradigma era especialmente preocupado com a proteção do patrimônio. Nele, determinadas figuras tinham uma importância destacada, como a propriedade, o contrato (como modo de transmissão da propriedade) e a família (vista como propriedade do *pater familias*).

Neste contexto, a Responsabilidade Civil tinha importância mitigada, sendo responsável pela proteção da propriedade (dano material).

Contrastando este paradigma, desenvolveu-se um processo de despatrimonialização e humanização do Direito Civil, com a consagração de um modelo existencialista, preocupado com a pessoa, no qual o princípio da dignidade humana figura como pedra de toque, preceito jurídico fundamental que irradia direta (aplicabilidade imediata) e indiretamente (como parâmetro interpretativo) sobre todo o ordenamento jurídico privatista. Neste contexto, constroem-se uma série de princípios, direitos e garantias no âmbito privado que mudam a forma como os sujeitos se relacionam com o Direito Civil, como por exemplo o desenvolvimento dos princípios da boa-fé objetiva, da solidariedade, da função social da propriedade e do contrato, etc.

A professora Pastora Leal sintetiza muito bem a diferenciação fundamental entre estes dois paradigmas regulatórios do Direito Privado:

No direito civil pode-se identificar, grosso modo, duas matrizes regulatórias: a patrimonialista e a existencialista. A primeira privilegia o conteúdo economicista das relações privadas, a segunda, fundada no personalismo ético, eleva a noção de pessoa como conceito ético fundamental, base axiológica do Código Civil e dos direitos da personalidade (LEAL, 2014, p. 474)

A partir deste paradigma do Direito Privado, os Direitos Humanos – e, com isso, os Direitos Fundamentais – ganham uma transposição específica, na forma dos chamados direitos da personalidade, consagrados no Código Civil de 2002 como grande inovação legislativa com relação à legislação civilista anterior. Tais direitos concernem à proteção dos aspectos existenciais da pessoa, ou seja, à proteção de sua dignidade. Nestes estão inclusos importantes direitos subjetivos, como o direito à vida, ao nome, à honra, à privacidade, etc. Embora o Código apresente um rol de direitos protegidos, considera-se que este não é taxativo, fazendo parte da proteção dos direitos da personalidade todos os direitos subjetivos relacionados à aspectos existenciais e à dignidade humana.

De acordo com Maria Celina Bodin de Moraes, o princípio da dignidade humana se desdobra em quatro outros princípios, quais sejam os princípios da igualdade, da integridade psicofísica, da liberdade e da solidariedade (MORAES, 2003, p. 85 e ss). Tais princípios, que criam direitos subjetivos correlatos, compõe os aspectos básicos da personalidade merecedores de proteção. Estes direitos apontados tem abertura necessária exatamente para ganhar as determinações específicas de acordo com a situação de violação posta. A partir deles é que

podemos falar de direito à vida, ao corpo, ao nome, à integridade intelectual, à liberdade de pensamento, direitos do autor, etc.

O dano gerado por qualquer tipo de violação a estes direitos de caráter existencial é um dano moral, pois são violações a bens jurídicos extrapatrimoniais, não incorrendo em caso de dano material. Assim, seguindo a perspectiva de Maria Celina Bodin de Moraes (MORAES, 2003, p. 129 e ss), os danos morais não se confundem com a ideia de dor, sofrimento, vexame ou humilhação, que são meras consequências do dano em si. Dano moral é, portanto, violação direta à dignidade humana, por meio da afronta aos bens jurídicos existenciais que compõe a dignidade.

Desta feita, a figura do dano moral ganha especial relevo no contexto jurídico contemporâneo a medida que se configura como reação a violação à dignidade humana, constituindo um direito humano. Tanto tem o fim de proteger e prevenir a incidência de novos danos à dignidade, quanto o próprio direito de reparação em caso de dano é um direito humano (art. 5º, incisos V e X, da CF/88).

Isto posto, o dano moral assumiu o papel de, no âmbito privado, proteger os sujeitos por violações aos seus bens existenciais, tão caros ao ordenamento. Dentro da Responsabilidade Civil, o dano material perde a centralidade que tinha em paradigmas anteriores³. Porém, é exagerado e precipitado afirmar que a figura do dano material perdeu importância jurídica. A propriedade também um direito fundamental (art. 5º, XXII, CF/88) e um direito humano, merecendo proteção jurídica específica, estando apenas mitigado em confronto com os aspectos existenciais da pessoa. A violação patrimonial se justifica exatamente para proteger os aspectos existenciais, encontrando sua importância justamente na ideia de proteção à pessoa. Assim, a violação patrimonial tem uma repercussão existencial importante que deve ser considerada.

Embora os debates sobre a possibilidade de indenização de danos morais não sejam tão novos, a sua positivação é. Com esta inclusão na legislação brasileira – no art. 5º, incisos V e X, da CF/88 e art. 186 do CC/2002 – toda a sistemática da reparação de danos foi colocada em xeque em função das características diferenciadas dos danos morais. Estes desafios reformularam a forma como lidamos com uma série de questões consideradas estabelecidas na Responsabilidade Civil, dentre elas o problema da quantificação dos danos.

³ Sobre as mudanças na Responsabilidade Civil diante do processo de constitucionalização do direito, afirma Maria Celina Bodin de Moraes: “Se a responsabilidade civil tradicional se baseava exclusivamente na tutela do direito de propriedade e dos demais direitos subjetivos patrimoniais, hoje a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social, e a justiça distributiva influenciam profundamente toda a sistemática do dever de ressarcir. [...] a responsabilidade civil volta-se para a tutela dos interesses da vítima, independentemente de qualquer critério de reprovabilidade em relação ao ato do agente ofensor, servindo então de instrumento, na esteira de uma tendência central, para a proteção dos direitos fundamentais da pessoa” (MORAES, 2014, p. 1000).

1.2. A RECEPÇÃO DOS DANOS MORAIS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Saindo do plano mais abstrato e geral e entrando no plano específico do direito brasileiro, podemos analisar as mudanças na forma como nosso direito tem lidado com a questão da Responsabilidade Civil contemporaneamente. Tal mudança, como dissemos, passa especialmente pelo lugar que o dano moral assumiu na dogmática e na prática jurídica brasileira com a elevação da importância na tutela da pessoa.

A entrada do dano moral no sistema jurídico brasileiro trouxe uma série de questões problemáticas à tona, tanto quanto à definição desse tipo de dano, quanto à sua quantificação. Para nos situar dentro desta problemática, é necessário fazer uma incursão na prática da Responsabilidade Civil brasileira atual, com especial foco na situação do dano moral, em razão de este ter modificado profundamente a forma como se analisa este campo no Brasil, trazendo novos desafios e problemáticas.

A preocupação com o dano moral não é um movimento novo e passou por diversos estágios até sua consolidação em nosso ordenamento⁴. Estes estágios não são momentos históricos, mas estágio teóricos, pelos quais a doutrina ia avançando da não aceitação completa até a positivação do dano moral.

Em um primeiro estágio, há não muito tempo, os países de cultura jurídica romano-germânica tendiam a rejeitar o pagamento de indenizações em função de lesões de caráter extrapatrimonial, pois não seria nem possível nem moralmente correto se traduzir em dinheiro um valor que é inerentemente subjetivo.

As críticas levaram a doutrina civilista a defender um segundo estágio, em que se admitia a indenizabilidade dos danos morais desde que atrelados aos danos materiais. Um terceiro estágio, por outro lado, admitiu a autonomia dos danos morais com relação aos danos materiais, mas a reconheceu apenas de forma indireta, pois os mecanismos de aferição dos danos estavam pautados em critérios que remontavam a danos materiais – por exemplo, em caso de morte de filho, a indenização seria calculada com base naquilo que os pais gastaram com a criança até o momento.

Essa discussão jurídica perdeu força quando a Constituição de 1988, em seu art. 5º, incisos V e X, estabeleceu a indenizabilidade dos danos morais, positivando-o no rol de direitos fundamentais, o que configura o quarto estágio deste desenvolvimento. Após isto, o Código

⁴ Neste sentido, ver ROSENVALD; FARIAS; BRAGA NETTO, 2015, p. 288 e ss.

Civil de 2002 também seguiu a orientação, apontando no sentido da autonomia dos danos morais com relação aos danos materiais no seu art. 186⁵.

Porém, quando o dano moral foi positivado, ele encontrou um ordenamento bem estruturado para dar conta do dano material. Se tinha uma forma relativamente clara de identificação dos danos materiais e um método para sua quantificação bem estabelecido. O critério da extensão do dano, assim, se apresentava como uma forma de estabelecer o valor da indenização, que seria calculada pelo que se convencionou chamar de “Teoria da Diferença”. Segundo ela, o valor do dano material seria obtido através da fórmula matemática em que se subtrairia o valor do patrimônio do ofendido depois da lesão do seu valor patrimonial antes da lesão (ROSENVALD; FARIAS; BRAGA NETTO, 2015, p. 244 e ss).

Todo este valor deveria ser restituído ao ofendido, colocando-o na situação patrimonial anterior ao dano. Tal fato se justifica porque a Responsabilidade Civil é governada por um postulado, estabelecido no art. 944 do Código Civil⁶, que é o Princípio da Reparação Integral. Tal princípio impõe que o causador de um dano deve repor o ofendido no *status quo* anterior à existência da lesão, ou seja, deve colocar o lesionado na condição de como se nunca tivesse existido o dano em questão.

O problema fundamental é o de que a lógica dos danos materiais, à qual os danos morais foram expostos, não se aplica aos últimos. E o legislador brasileiro, no Código Civil de 2002, não introduziu nenhuma diferenciação com relação aos danos morais, ou seja, tratou-os como se pudessem ser aplicados na prática como se fossem danos materiais.

É possível dividir o raciocínio relativo à atribuição de um dever de reparar danos em dois momentos: a) o momento da identificação, em que se determina se a hipótese fática constitui um tipo de dano indenizável; b) o momento da quantificação, em que se estabelece a forma como a reparação do dano será feita, sendo que, como a maioria dos pedidos de reparação são convertidos definidos em pecúnia, este estágio importa em estabelecer especificamente qual o valor da indenização⁷. Em cada um destes momentos, a inclusão do dano moral na prática jurídica brasileira importou em uma reviravolta com relação ao paradigma anterior.

⁵ Determina o art. 186, CC/2002: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. É a única menção expressa ao dano moral no Código Civil de 2002, mas tem profundo impacto sobre a responsabilidade civil brasileira. Em combinação com o disposto no art. 927 do CC/2002, que determina que quem comete ato ilícito, no sentido exposto no art. 186, deve reparar os danos causados, se estabelece a estrutura básica do sistema de responsabilidade civil no Brasil.

⁶ Art. 944, CC/2002: “A indenização mede-se pela extensão do dano”.

⁷ Salomão Resedá coloca esta divisão de forma semelhante: “Ao julgador são apresentadas duas questões que deverão ser resolvidas: a) se o ato indicado na inicial constitui elemento gerador da hipótese danosa; e b) sendo positiva a primeira resposta, qual o valor a ser imputado para o agressor pagar ao agredido. Perceba que as duas questões apresentam vinculação intrínseca, pois depende a segunda da primeira” (RESEDÁ, 2017, p. 14).

O primeiro problema posto, portanto, é o de identificação. A definição de se uma situação fática configura ou não um dano material é pouco problemática. Importa em verificar se, em algum grau, o patrimônio do indivíduo lesado sofreu alguma redução em razão da atuação do ofensor; se sim, este dano existiu. A estreita vinculação conceitual entre o dano material com a figura do patrimônio tornava a verificação relativamente simples.

Com o dano moral, a situação é sensivelmente diferente. O legislador brasileiro não definiu o que são danos morais e quais os bens jurídicos são atingidos quando ele ocorre. Preferiu adotar a técnica legislativa de cláusula geral, deixando um espaço aberto para que a doutrina e a jurisprudência atuassem no processo de especificação dos bens tutelados.

A partir da perspectiva existencialista que se estabeleceu, autores como Maria Celina Bodin de Moraes defenderam, por exemplo, que os danos morais seriam uma violação à dignidade humana em sentido amplo, especificando as dimensões do princípio da dignidade em quatro: igualdade, integridade psicofísica, liberdade e solidariedade social (MORAES, 2003, p. 81 e ss). O conteúdo valorativo do dano moral e os bens protegidos pelo instituto estariam contidos nestes direitos.

A técnica de cláusula geral, porém, quando adota a perspectiva da abertura na definição dos bens tutelados pelo sistema, também assume um ônus inerente, que corresponde à imprevisibilidade na determinação dos casos de dano. Assim, a técnica pode tanto ser utilizada de forma a aumentar as hipóteses de configuração de dano diante do caso concreto, como pode ser utilizada para restringir tais hipóteses, diminuindo a proteção da vítima.

Neste sentido, casos de violações a determinados bens jurídicos – existenciais, inclusive – podem ser interpretados como estando fora do campo de proteção dos danos morais. Figuras como o “mero aborrecimento”, que se multiplicam na prática jurídica, são categorias limitadoras do dano moral indenizável que se valem da abertura para impor restrições à proteção dos bens existenciais do sujeito em nome do pretense combate a uma “indústria dos danos morais”⁸.

A justificativa do Direito Civil-Constitucional brasileiro em favor da abertura das cláusulas gerais passa por reconhecer que os possíveis benefícios da abertura seriam maiores

⁸ Já afirmamos anteriormente, em trabalho publicado em conjunto com os professores Dennis Verbicaro e Pastora Leal: “O ‘mero aborrecimento’ ou ‘mero dissabor’ é uma categoria híbrida, construída pela jurisprudência brasileira – e em certo sentido consolidada na doutrina –, na qual se reconhece a ocorrência de um ilícito que causou uma interferência na situação jurídica extrapatrimonial do indivíduo, mas se nega que esta interferência seja tamanha a ponto de existir dano moral, posto que a lesão é de baixa monta. Assim, ela se apresenta como uma limitação à configuração do dano moral, que acaba por não se constituir em todas as situações de interferência ilícita na seara extrapatrimonial dos sujeitos” (VERBICARO; SILVA; LEAL, 2017, p. 90). O artigo em referência pode ser consultado para uma crítica ao mero aborrecimento como violação do ideal de proteção ampla do consumidor (VERBICARO; SILVA; LEAL, 2017, p. 95-97).

do que os ônus (ROSENVALD; FARIAS; BRAGA NETTO, 2015, p. 241). Devemos, porém, ficar atentos aos ônus e problemas que elas podem gerar com relação à previsibilidade e à segurança para evitar que o objetivo original seja desvirtuado e se restrinja a proteção da vítima.

O segundo problema – e mais importante para os fins deste trabalho – é o da quantificação dos danos morais. Novamente, a forma como se determinava o valor de uma indenização por dano material era muito menos problemática, sendo resolvido pela aplicação da “Teoria da Diferença” como acima explicitado, em razão da possibilidade de determinação objetiva do bem jurídico lesado⁹.

Por outro lado, o reconhecimento da indenizabilidade dos danos morais coloca o problema em um outro patamar. Se não é possível equiparar o moral e o material, o existencial e o patrimonial, não seria possível utilizar critérios como o da “extensão do dano” para a aferição dos danos morais. Assim, não seria possível aplicar a “Teoria da Diferença” como método de quantificação e a Reparação Integral restaria prejudicada.

O argumento utilizado para, no histórico dos debates sobre os danos morais, negar sua indenizabilidade retorna como um problema prático o qual o juiz tem que enfrentar no processo de quantificação. Não é possível aferir objetivamente a extensão de um dano moral, pois ele é uma lesão a aspectos imateriais, impossíveis de ser economicamente quantificados.

A Responsabilidade Civil opera com contrapartidas pecuniárias à lesão realizada. Quando a lesão é a bem econômico (patrimonial), é possível retornar ao estado anterior e efetivar o Princípio da Reparação Integral, pois as grandezas envolvidas são as mesmas. Quando se fala, porém, em uma contrapartida pecuniária em razão de lesão a bem não patrimonial, as grandezas se mostram distintas e a recolocação no *status quo* anterior resta prejudicada. Em virtude da natureza da violação existencial (extrapatrimonial), que compreende todas as dimensões de bens jurídicos acima apontadas, é impossível fazer com que o lesado volte ao estado anterior, como se o dano nunca tivesse ocorrido.

Assim, a doutrina civilista passou a distinguir reparação e compensação, afirmando que os danos morais não poderiam ser reparados, mas apenas compensados, no sentido de uma tutela meramente satisfativa, em que o valor do dano moral serviria apenas para dar um alento à vítima, uma contrapartida pecuniária em função do dano sofrido que tem caráter irreparável.

⁹ Mesmo nos casos de lucros cessantes, forma de determinação do valor da indenização era menos problemática. Embora se imponham algumas dificuldades naturais, como a determinação de quais os mecanismos de como aferir futuro (o que se deixou de ganhar), a dificuldade com relação à determinação e aferição do bem jurídico violado não existe.

Como definir, porém, a medida desta compensação? O critério da “extensão do dano” do art. 944 do Código Civil já se mostrou insuficiente. A legislação brasileira vive um contexto de escassez de parâmetros para valoração do dano moral, e se tem fortes razões para crer que foi uma escolha deliberada. A redação dos arts. 186 e 927, que combinadamente garantem a indenizabilidade dos danos morais, já estava presente no anteprojeto do Código Civil datado de 1972 (MORAES, 2003, p. 284), mas nenhuma regra adicional que reconhecesse a natureza especial dos danos morais foi introduzida. Diante da escassez de parâmetros para quantificação, a doutrina civilista vem reconhecendo que tal situação era deliberada¹⁰, tendo o legislador deixado intencionalmente um espaço para que o juiz estabelecesse o *quantum* indenizatório por arbitramento, levando em conta principalmente critérios de razoabilidade e equidade.

Mesmo assim, o liame entre o arbitramento e a arbitrariedade está exatamente na explicitação dos critérios utilizados para se chegar ao valor da compensação. Foi necessário que a jurisprudência construísse instrumentos de quantificação para se chegar a um valor que correspondesse aos fins da indenização por danos morais. Com o apoio dos estudos da doutrina, foram estabelecidos, de forma muito dispersa, critérios e métodos de quantificação que tem guiado as decisões com relação a danos morais na prática brasileira. Sobre alguns destes instrumentos trataremos na seção seguinte.

Antes de passar para a próxima seção, porém, precisamos responder a uma pergunta fundamental: por que é importante discutir quantificação das indenizações? Um movimento poderia questionar sobre se vale a pena perder tanto tempo discutindo detalhes sobre a justiça dos valores concedidos a título de indenização em um contexto em que o existencial é juridicamente mais importante que o material. Porém, não podemos deixar de reconhecer certa interação direta entre as duas searas. O patrimônio faz parte da seara existencial do indivíduo, tanto possibilitando que ele tenha acesso a determinados bens fundamentais quanto constituindo este campo subjetivo. Condições indevidas e injustas ao patrimônio são, ao mesmo tempo, condições à determinada seara existencial que está relacionada a como o indivíduo lida com seu patrimônio. Tratar com descaso a justiça das intervenções na propriedade dos indivíduos é negligenciar a justiça para com a sua existência também.

¹⁰ Maria Celina Bodin de Moraes (MORAES, 2003, p. 289) apresenta um dos fortes indícios desta ter sido um contexto intencional, ao invés de um problema surgido ao longo da prática. O art. 1.547, parágrafo único, do CC/1916 estabelecia um critério fixo de quantificação do valor da indenização, em caso de não se conseguir comprovar o dano material, que levava em conta o valor da multa no âmbito criminal. Na transição para o CC/2002, o artigo corresponde (art. 953, parágrafo único) aboliu este critério, dando poderes para o juiz fixar equitativamente o valor da indenização. Vê-se, portanto, que o legislador optou por não fornecer parâmetros fechados para a indenização por danos morais.

1.3. A QUANTIFICAÇÃO DAS INDENIZAÇÕES NA PRÁTICA JURÍDICA BRASILEIRA

O problema da quantificação dos danos no Brasil ganhou uma nova roupagem com a positivação do dano moral. A questão é posta à medida em que o parâmetro tradicional para valoração dos danos na legislação brasileira, que é a “extensão do dano” do art. 944, *caput*, do CC/2002, é considerado inaplicável ou, se aplicável em um nível mínimo, necessita se somar a outros critérios para dar conta dos objetivos específicos da indenização por danos morais. Assim, critérios de quantificação além da “extensão do dano” ganham importância e requerem maior análise. Nesta seção trataremos de como a prática jurídica brasileira tem tratado estes critérios de quantificação.

Primeiramente, é necessário fazer uma observação inicial. Em sede de quantificação das indenizações, duas técnicas de aferição do *quantum indenizatório* se opõem: o tarifamento legal e o arbitramento judicial. A técnica do tarifamento legal postula que os valores das indenizações estejam estabelecidos previamente, por uma escolha legislativa, que determina o valor para cada situação fática específica, ou estabelece valores referenciais máximos e mínimos diante desses fatos. Por outro lado, o arbitramento legal estabelece que é o juiz, analisando as circunstâncias do caso, que deve determinar o valor adequado para a indenização¹¹. O tarifamento legal é constantemente invocado como proposta legislativa para combater a chamada “indústria dos danos morais”¹², restringindo os valores indenizatórios na perspectiva de impedir que os indivíduos lucrem com os valores das indenizações. Porém, a despeito de diversas tentativas de mudança legislativa, a técnica adotada pelo Código Civil é a do arbitramento judicial¹³, quando o art. 944 deixa em aberto a determinação de como aferir a extensão do dano.

Esta abertura, especialmente nos casos de danos morais, acaba por requerer a utilização de critérios e métodos adequados para se chegar ao valor devido a título de reparação. Porém,

¹¹ Para uma defesa do arbitramento judicial como técnica de quantificação das indenizações, ver SANSEVERINO, 2010, p. 280-281.

¹² Flávia Püschel (PÜSCHEL, 2012, p. 395 e ss), após interessante análise da jurisprudência brasileira que será referenciada mais a frente, concluiu que o receio do senso comum de que a abertura na delimitação dos valores das indenizações pudesse gerar uma indústria, com indenizações milionárias e desproporcionais, é um receio falso. A pesquisa verificou que, quantitativamente, as causas em que o valor das indenizações ultrapassava R\$ 100.000,00 (cem mil reais) representavam apenas 3% da totalidade dos processos coletados, o que nos permite duvidar que a preocupação com uma “indústria dos danos morais” deva realmente ganhar a força que atualmente ganha nos debates legislativos.

¹³ Até pouco tempo, esta era uma realidade em quase todos os ramos do direito brasileiro, permitindo se dizer que o Brasil não admitia a tarifação de indenizações. Porém, com a recente Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/17), este contexto foi alterado. A nova legislação trabalhista, no § 1º do art. 223-G (recentemente alterado pela MP nº 808/17), prevê limites mínimos e máximos de acordo com a natureza da lesão realizada e variáveis segundo o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

a utilização destes critérios ou de métodos específicos ainda não parece ter sido suficiente para ultrapassar um contexto de subjetividade na avaliação do valor da indenização. Tal subjetividade é inerente ao arbitramento, mas isto não quer dizer que o valor das indenizações não possa ser justificado através de um procedimento que aponte quais as razões que fizeram o julgador chegar àquele valor estabelecido. A presença de critérios e de um método claro é importante exatamente para conferir legitimidade à decisão através da justificação.

Atualmente, o que se pode observar nas decisões dos mais diversos âmbitos do Judiciário brasileiro é que esta legitimidade é pretensamente conferida através da “informação” de que determinados critérios foram utilizados para se chegar ao valor estabelecido, não se fazendo o devido apontamento de quanto cada critério influenciou para se chegar àquele montante.

O primeiro critério a ser observado na prática é também aquele que, diante da escassez legal de parâmetros, a doutrina reconheceu como principal recurso dos juízes no processo de quantificação. Recorrer à juízos de razoabilidade¹⁴ tem sido reconhecido como o caminho indicado pela escassez deliberada de parâmetros de quantificação. Porém, ao contrário que se busca com o estabelecimento de critérios, o recurso à razoabilidade, em razão de sua natureza imprecisa, não direciona nenhum raciocínio ou apresenta pouco poder justificatório de valores específicos de indenização.

A mesma questão se repete com o recurso a juízos de equidade, como explicitamente autorizado, por exemplo, pelo art. 944, parágrafo único, do Código Civil de 2002. A noção de equidade está disposta em diversos artigos do Código Civil quando trata do tema das indenizações e é comumente associada pela doutrina civilista como a justiça no caso concreto, pela qual o juiz deve ajustar o excesso de rigor de um mandamento legal, adequando às exigências fáticas (SANSEVERINO, 2010, p. 85). Quais são estas exigências, porém, é uma incógnita que nem nossa doutrina nem nossos precedentes costumam responder, conferindo um estranho ar de arbitrariedade quando se invoca tal critério. Por outro lado, a sua ligação direta com a ideia de justiça deve ser colocada em evidência, sendo esta um guia importante para determinação das exigências do caso, desde que bem delimitada a extensão do próprio conceito de Justiça aplicável.

¹⁴ Afirma Héctor Santana: “Assim, à míngua de parâmetros legais, matemáticos ou exatos, o juiz utiliza o seu prudente arbítrio, o bom senso, a proporcionalidade ou razoabilidade para valorar o dano moral” (SANTANA, 2007, p. 27).

Além deles, alguns critérios menos abstratos podem ser observados na jurisprudência brasileira. Maria Celina Bodin de Moraes apresenta alguns deles, obtidos através de observação da prática:

Com poucas variações, podem ser considerados aceites os seguintes dados para a avaliação do dano moral: i) o grau de culpa e a intensidade do dolo do ofensor (a dimensão da culpa); ii) situação econômica do ofensor; iii) a natureza, a gravidade e a repercussão da ofensa (amplitude do dano); iv) as condições pessoais da vítima (posição social, política, econômica); e IV) a intensidade de seu sofrimento (MORAES, 2003, p. 295-296).

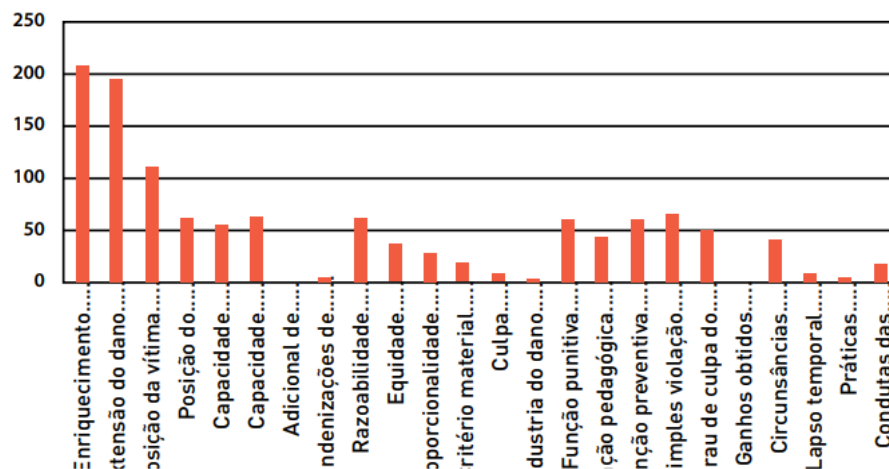
Em âmbito doutrinário, o rol de critérios elencados para aferir indenizações por danos morais varia enormemente, não havendo consenso sobre a questão¹⁵. Por inexistir uma referência legal ou jurisprudencial amplamente aceita, não existe também um rol de critérios amplamente aceites e a prática varia bastante de qual seara da Justiça está se levando em consideração.

Flavia Portella Püschel liderou interessante pesquisa quantitativa na jurisprudência sobre dano moral no Brasil (PÜSCHEL, 2011) em que é possível identificar forte disparidade na incidência dos critérios utilizados para a quantificação dos danos morais. Vejamos comparativamente os gráficos¹⁶ dos levantamentos feitos entre os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais do Trabalho pesquisados:

¹⁵ Héctor Santana apresenta vários exemplos conjuntos de critérios levantados por autores nacionais: “A título de exemplo dessa variação, Clayton Reis registra como critérios específicos a repercussão do ilícito no meio social, a intensidade da angústia experimentada pela vítima, em que são analisados os fatores culturais, sociais e espirituais, e a situação patrimonial do ofensor e da vítima; Antônio Jeová dos Santos arrola o grau de reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a situação econômica do causador do dano e as condições pessoais do ofendido; Maria Celina Bodin de Moraes indica a extensão do prejuízo, o grau de culpa e a situação econômico-financeira do ofensor e da vítima; Sergio Cavaliere Filho alinha a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a situação econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, entre outras circunstâncias do caso concreto” (SANTANA, 2007, p. 33).

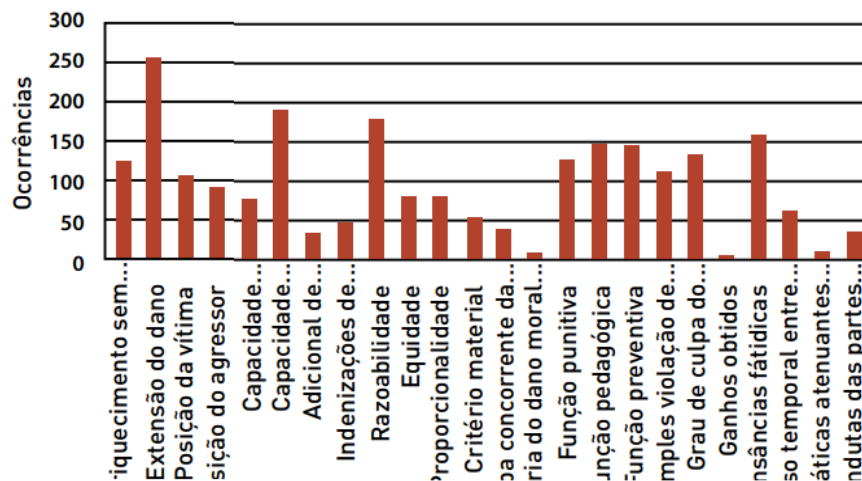
¹⁶ Os cortes e erros nas palavras dos gráficos colacionados no presente trabalho estão presentes também no original.

TJs Critérios de Cálculo



Fonte: PÜSCHEL, 2011, p. 26.

TRTs - Critérios de Cálculo



Fonte: PÜSCHEL, 2011, p. 31.

Nesta pesquisa, nos mais variados níveis de incidência, foram identificados alguns dos seguintes critérios de cálculos das indenizações (PÜSCHEL, 2011, p. 25): 1) Enriquecimento sem causa; 2) Extensão do dano; 3) Posição da vítima; 4) Posição do agressor; 5) Situação econômica da vítima; 6) Situação econômica do ofensor; 7) Adicional de periculosidade/insalubridade; 8) Indenização de outras fontes; 9) Razoabilidade; 10) Equidade; 11) Proporcionalidade; 12) Critério material; 13) Culpa concorrente da vítima; 14) Industria do dano moral; 15) Função punitiva; 16) Função pedagógica; 17) Função preventiva; 18) Simple violação do direito; 19) Grau de culpa do ofensor; 20) Ganhos obtidos; 21) Circunstâncias

fáticas; 22) Lapso temporal entre o ilícito e a propositura da ação; 23) Práticas atenuantes por parte do ofensor; 23) Conduta das partes antes e depois.

Não foi possível, pelos limites da pesquisa, fazer uma análise do peso real que cada um destes critérios teve em cada um dos casos, limitando-se a análise a catalogar a afirmação dos juízes de que estariam levando tal critério em conta. Também não há indícios de que esta aplicação seja feita de forma minimamente organizada e clara.

Para ultrapassar esta problemática de não se dar o devido peso aos critérios elencados e para dar maior transparência para o procedimento de quantificação é que a doutrina passou a discutir métodos de quantificação, na perspectiva de deixar mais claro, objetivo e justificado o procedimento de cálculo. Uma recente proposta que tem recebido certa aceitação na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é o chamado Método Bifásico, desenvolvido pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino em sua tese de doutorado (SANSEVERINO, 2010) e levado inicialmente à jurisprudência do STJ pelo próprio ministro – tendo como *leading case* o Recurso Especial n. 959.780/ES, julgado em 2011¹⁷.

Seu ponto de partida é o de que o arbitramento é a melhor forma de quantificar as indenizações por danos morais, em contraposição à proposta de tarifação legal, invocando a máxima de equidade do art. 935, p. único, do CC/2002 para fundamentar tal tese (SANSEVERINO, 2010, p. 280-281).

Como o nome já aponta, o método consiste em duas fases. Na primeira, o julgador arbitra um valor inicial tendo como base as condenações em precedentes judiciais em casos de violações do mesmo bem jurídico em questão no pedido de indenização. Faz-se uma média dos valores presentes nos precedentes relevantes de violação do mesmo bem jurídico selecionados como referência pelo julgador. A ideia é que, com esta fase, se garanta certa uniformidade e igualdade às decisões em casos próximos, sendo a distinção entre os valores indenizatórios justificada apenas diante das peculiaridades do caso, que será avaliada na fase seguinte.

Assim, na segunda fase, modula-se este valor-base utilizando-se de alguns critérios que ajudam a adequar o valor às circunstâncias fáticas. De acordo com o Ministro Sanseverino, são quatro os critérios que devem ser levados em conta: a) a gravidade do fato em si; b) a culpabilidade do agente; c) a eventual culpa concorrente da vítima e; d) a condição econômica das partes (SANSEVERINO, 2010, p. 288-289).

¹⁷ O método bifásico ainda tem aplicação comedida nos tribunais, o que não quer dizer que não configure uma tentativa importante de sistematização metodológica da quantificação das indenizações. Em outros trabalhos, porém, após análise da jurisprudência que alega aplicar o método bifásico no âmbito do Superior Tribunal de Justiça – STJ, foi possível observar que o método ainda não tinha conseguido superar o recurso argumentativo a critérios vagos como razoabilidade e proporcionalidade. Neste sentido, ver FAMPÁ; SILVA, 2017.

Ainda não estamos aqui no momento de avaliar a pertinência e importância de cada um desses critérios para a quantificação dos danos morais. Nossa exposição buscou mostrar que a prática tem desenvolvido, de forma difusa, estes critérios de cálculo.

Nem com o apoio dos estudos quantitativos já realizados, como os mencionados acima, seria possível em nossa pesquisa fazer uma afirmação definitiva sobre quais são os critérios mais utilizados e tidos como mais importantes pela doutrina e pela jurisprudência. Podemos, porém, verificar e discutir alguns que são mais recorrentes.

Inicialmente, precisamos observar que a natureza destes critérios é bastante divergente, existindo uns com o objetivo de limitar ou minorar os valores indenizatório e outros no sentido de majorá-los.

Como se vê, na seara dos danos morais, o critério da extensão do dano é apenas mais um dentre aqueles que são apresentados como parâmetros de cálculo. Em razão da alta incidência, podemos observar pela pesquisa de Flávia Püschel uma tensão entre o critério da extensão do dano e vedação ao enriquecimento sem causa. Um tem o condão de estabelecer um valor indenizatório condizendo com a lesão sofrida, seguindo a lógica da Reparação Integral, e o outro tem o condão de limitar os valores para evitar um enriquecimento injusto. Interessante observar que o critério da vedação ao enriquecimento sem causa é tradicionalmente utilizado para se opor à critérios punitivos, mas, como se verifica na situação dos Tribunais de Justiça nos gráficos supracitados, não há um equilíbrio na incidência da vedação ao enriquecimento sem causa e dos critérios punitivos como “função punitiva” e “função pedagógica”.

Uma explicação para sua alta incidência pode ser feita da seguinte maneira. Existe uma corrente influente na doutrina e na jurisprudência dos danos morais que considera que eles possuem um duplo caráter¹⁸: 1) caráter compensatório, para resguardar a esfera existencial da vítima; 2) caráter punitivo, visando a castigar o ofensor pelo ato praticado. Contra a perspectiva punitiva, os autores tradicionalmente se insurgem com o argumento da vedação do enriquecimento sem causa¹⁹, uma vez que ao receber uma indenização a título de punição, que vai além da extensão do dano, a vítima recebe mais do que lhe foi retirado, aumentando seu patrimônio em relação à situação anterior. Desta forma, mesmo que não se alegue expressamente a utilização de um critério punitivo, é possível que se aplique o critério da vedação ao enriquecimento sem causa em oposição à extensão do dano.

Ainda sobre critérios punitivos, como “indústria do dano moral”, “função punitiva”, “função pedagógica” e “função preventiva”, eles remontam à enorme discussão doutrinária

¹⁸ Neste sentido, ver PEREIRA, 2012, p. 413-414. Ver também CAVALIERI FILHO, 2012, p. 91.

¹⁹ Ver, por exemplo, PÜSCHEL, 2007, p. 22.

sobre a possibilidade de introdução de elementos punitivos na Responsabilidade Civil. Tal discussão é tradicionalmente feita à luz da experiência anglo-americana que admite indenizações punitivas (*punitive damages*) na seara do Direito de Danos do *Common Law* (*Tort Law*)²⁰.

Não existe no Brasil essa figura da indenização punitiva, ou seja, um tipo de indenização especial que visa a punir o ofensor por seu ato. Porém, é a partir da inclusão destes critérios punitivos na ideia de compensação dos danos morais que o direito brasileiro, aos poucos, foi embutindo as indenizações punitivas na sua prática. Acaba lidando, portanto, de forma muito velada com a ideia de punição na Responsabilidade Civil, criando um contexto misto que nem assume que quer avançar para este sentido, nem reconhece seus problemas e limites. Os problemas com a forma com que os objetivos punitivos são incluídos na Responsabilidade Civil brasileira não serão o foco deste trabalho.

Com relação aos critérios relacionados à culpabilidade dos agentes, como o “grau de culpa do ofensor” ou a “culpa concorrente da vítima”, também se percebe uma extrapolação da dimensão compensatória. Tradicionalmente, estes critérios não poderiam fazer parte da aferição das indenizações, uma vez que a doutrina privatista clássica – que ainda tem relevo no modelo contemporâneo – determinava que nenhuma importância deveria ser dada à avaliação da culpa do agente, o que deveria ser deixado para a seara criminal.

Sobre este critério, Maria Celina Bodin de Moraes afirma:

[...] O exame da dimensão da culpa do ofensor. Como critério de reparação, sugere, desde logo, que se está diante de um juízo mais de punição do que de compensação. A exacerbação do valor reparatório conforme a gravidade da culpa indica que o agente deve pagar mais se agiu com dolo ou com maior negligência, imprudência ou imperícia, independentemente da extensão (MORAES, 2003, p. 296).

Assim, quando o grau de culpa do ofensor é alto, o critério do “grau de culpa do ofensor” assume um caráter punitivo e só se justifica se conseguirmos justificar teoricamente a inclusão da punição no âmbito da Responsabilidade Civil – o que não é objeto deste trabalho.

²⁰ A palavra “*damage*” no Direito Anglo-saxão corresponde ao conceito de indenização, ou seja, de contraprestação em função do dano causado. Os *damages* são tipos de remédios jurídicos (*remedies*) que intentam compensar pecuniariamente a vítima pelos danos causados. Nestes sistemas jurídicos os *damages* são divididos em *compensatory* e *non-compensatory damages*. A primeira categoria é balizada pelo princípio da reparação integral, como na tradição da família jurídica do *Civil Law*. A segunda possui o objetivo de compensar e agrega várias categorias que vão além das indenizações compensatórias, como os *nominal damages*, os *aggravated damages* e os *punitive* (ou *exemplary*) *damages*. Estes últimos correspondem à valores de indenização com o intuito meramente de punir o ofensor pelos danos causados e existem no Direito Inglês desde o séc. XVIII, em casos como *Wilkes vs. Wood* e *Huckle vs. Money*. Neste sentido, ver LEVY, 2011.

Ainda sobre a culpabilidade como critério de quantificação, o “grau de culpa do ofensor” pode funcionar de forma inversa, quando seu grau de culpa é baixo. O próprio Código Civil prevê norma de redução equitativa do valor da compensação em caso de excessiva desproporção entre o grau de culpa do ofensor e a extensão do dano (art. 944, parágrafo único, do CC/2002). Assim, em caso de culpa levíssima por parte do ofensor gerando um dano de grande monta, o juiz poderá diminuir o valor da indenização.

Tal aplicação do critério, porém, não reproduz um objetivo punitivo. Sua lógica impõe uma redistribuição dos encargos com os danos, devendo aquele que agiu com culpa levíssima diante do dano gravíssimo arcar com uma parcela equitativamente menor dos encargos do que teria se o Princípio da Reparação Integral fosse aplicado.

Nesta seção, tratamos da quantificação dos danos em geral. Naturalmente, muito do que foi falado se refere ao dano moral, uma vez que sua abertura conceitual permite que estas questões problemáticas se acentuem e abram espaço para soluções diferenciadas. Isto, porém, não quer dizer que, em certo grau e dependendo das circunstâncias, determinados critérios além da “extensão do dano” e da culpabilidade sejam aplicados no caso de danos materiais.

O objetivo deste trabalho é explorar outro critério – a capacidade (ou condição ou situação) econômica das partes – que, em nosso entendimento, se aplica tanto aos danos morais quanto aos danos materiais. Ele explicita e coloca em xeque uma série de questões fundamentais da nossa forma corrente de compreender o Direito de Danos, necessitando, portanto, de maior atenção. É o que faremos a partir do próximo capítulo.

2. O CRITÉRIO DA SITUAÇÃO ECONÔMICA DAS PARTES: Premissas para uma releitura

2.1. O CRITÉRIO DA SITUAÇÃO ECONÔMICA NA PRÁTICA JURÍDICA

O critério da situação econômica do ofensor e/ou da vítima está presente tanto no levantamento jurisprudencial acima discutido quanto nas propostas doutrinárias, como o método bifásico do Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Constitui, em verdade, um critério amplamente difundido e constantemente invocado em sede doutrinária²¹ e jurisprudencial²². Inclusive em sede legal, com a recente Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/17) foi incluído na CLT o art. 223-G, XI, que expressamente determina que o juiz, ao apreciar o pedido de indenização por danos extrapatrimoniais, considerará “a situação social e econômica das partes envolvidas”.

É, portanto, um critério relevante e faz parte inegavelmente do grupo de questões que devem ser levadas em conta na quantificação das indenizações, embora a consideração das condições econômicas, bem como as condições pessoais da vítima e/ou ofensor (outro critério possível de ser levantado), seja estranha ao modo tradicional de conceber a responsabilização civil de um determinado ofensor.

O modo como esse critério é explicado é permeada de obscuridades e incertezas quanto a que nível, grau e forma ele deve ser aplicado no processo de quantificação. A primeira dúvida fundamental é sobre o porquê dele ele ser comumente levantado apenas em sede de danos morais. Por que o fato de o agente possuir uma situação econômica alta ou baixa influencia no valor que ele pagará a título de danos morais, mas não no valor dos danos materiais? A situação econômica do agente ofensor ou da vítima não é uma característica inerente aos danos morais. O argumento de que o dano moral é a categoria que permite a inclusão de critério “não

²¹ Humberto Theodoro Júnior defende que “para aproximar-se do arbitramento que seja prudente e equitativo, a orientação maciça da jurisprudência, apoiada na melhor doutrina, exige que o arbitramento judicial seja feito a partir de dois dados relevantes: a) o nível econômico do ofendido; e b) o porte econômico do ofensor; ambos cotejados com as condições em que se deu a ofensa” (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 43). Mais a frente o autor também afirmará que este critério compõe um verdadeiro binômio “possibilidade do lesante – condições do lesado” que deve ser cotejado com as particularidades do caso (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 46).

²² Em processo relatado pelo Min. Luis Felipe Salomão, o Superior Tribunal de Justiça – STJ já se manifestou sobre a questão da forma como fixar danos morais: “na fixação da indenização por danos morais, recomendável que o arbitramento seja feito caso a caso e com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível socioeconômico do autor, e, ainda, ao porte da empresa, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de modo que, de um lado, não haja enriquecimento sem causa de quem recebe a indenização e, de outro, haja efetiva compensação pelos danos morais experimentados por aquele que fora lesado” (BRASIL, 2014, p. 20-21)

tradicionais” em função de sua abertura semântica é exatamente o que não pode ser dito, sob pena de (1) menosprezar o papel importante da proteção do dano material e (2) quase confirmar a arbitrariedade conceitual do dano moral, em que critérios que não compõem sua natureza intrínseca podem fazer parte de sua aferição por pura conveniência.

De qualquer forma, com esta argumentação queremos mostrar que o critério da situação econômica das partes requer nossa atenção, em razão de sua obscuridade e da sua potencialidade em influir substancialmente no valor das indenizações. Por ele fazer parte do raciocínio comum de nossa doutrina com relação à quantificação de danos e, inclusive, pela sua recente inclusão em textos legais – como na seara trabalhista – o critério precisa ser analisado quanto ao que ele pode significar em uma utilização prática.

Quando valorado, tal critério pode levar em conta quatro posições: 1) alta situação econômica do ofensor; 2) baixa situação econômica do ofensor; 3) alta situação econômica da vítima; 4) baixa situação econômica da vítima. Da combinação de cada uma destas posições econômicas com seus respectivos opostos é que surgem algumas situações problemáticas

Queremos evidenciar quatro possíveis maneiras de como situação econômica dos indivíduos envolvidos na situação de dano pode influenciar na fixação do valor da indenização, seja em caso de dano moral, seja de dano material.

A primeira delas é também a que parece ser mais invocada pela doutrina brasileira quando se propõe a explicar o critério. Imaginemos que uma pessoa muito rica ou uma empresa com alta situação econômica cause danos de pequena monta a indivíduos pobres. Nesta análise da questão, estamos analisando apenas a relação bilateral entre ofensor e ofendido, não havendo por enquanto o que se falar sobre um possível aspecto coletivo ou na repetição das condutas danosas que tornem os danos de pequena monta em um tamanho considerável. Em uma demanda judicial, estes indivíduos obtêm êxito e os ofensores são condenados a pagar indenizações, mas estas permanecem sendo insuficientes para impedir que eles (ofensores) continuem causando os danos que tem causado – seja porque nem todos os ofendidos demandam contra os ofensores, ou simplesmente porque eles optam pagar o “preço” do dano e satisfazer seu interesse pessoal, dentre outras possibilidades. Para que o ofensor sinta o peso da condenação e evite causar os danos novamente, a indenização deve ser majorada.

Assim, estamos diante de um caso em que a situação econômica das partes é utilizada como referencial para majoração do valor da indenização quando o ofensor não sente o peso da condenação. Maria Celina Bodin de Moraes afirma que este é “o verdadeiro critério da punição” (MORAES, 2003, 298). Neste sentido, Héctor Santana também afirma:

A situação econômico-financeira do agente ofensor é critério importante a ser valorado na quantificação do dano moral experimentado pela vítima. A fim de cumprir as finalidades punitiva e preventiva da indenização por dano moral, bem como evitar que um valor inexpressivo sirva de estímulo a novas práticas, exige-se que haja uma compatibilidade entre o *quantum* indenizatório e o porte econômico da pessoa jurídica ou física que atua na respectiva relação jurídica como ofensor (SANTANA, 2007, p. 35).

É, portanto, considerado um critério punitivo e/ou preventivo. Como tal, depende de uma justificação da punição no âmbito do Direito Privado que é bastante controversa em nossa dogmática. No mais, aumentar o valor das indenizações com base em critérios punitivos seria punir um indivíduo pelo que ele possui, e não em razão da gravidade da ofensa que ele causou ou do grau de culpa que ele operou no ato. Seria estabelecer um critério punitivo que é externo à relação jurídica que se estabelece com o ato danoso. Assim, as perguntas que precisam ser colocadas são: o critério em questão é estritamente punitivo? Faz sentido punir alguém em função de ele ter maior situação econômica que outros? Ou será que há alguma índole de distribuição de encargos envolvida concorrendo com a punição?

É comum que se afirme na doutrina que não se deve levar em conta a situação econômica da vítima (SANTANA, 2007, p. 35). Porém, esta afirmação só faz sendo se tivermos em mente que o critério da situação econômica tem um sentido unicamente punitivo/preventivo, o que tentamos apresentar que é um fato questionável. Como veremos nas hipóteses seguintes, existem outras formas nas quais a situação econômica da vítima pode ser levada em consideração.

Embora seja a mais levantada pela doutrina quando ela se propõe a explicar o critério da situação econômica das partes, existem outras formas importantes pelas quais a situação econômica dos envolvidos pode ser levada em conta.

A segunda hipótese a ser levantada é quando um ofensor rico, com alta situação econômica, causa danos graves com uma culpa levíssima, incorrendo em hipótese de redução equitativa da indenização de acordo com o parágrafo único do art. 944 do Código Civil. Questiona-se se, uma vez que a situação econômica do ofensor é alta, não seria possível manter a aplicação completa da Reparação Integral.

Neste sentido, afirmam Rosendal, Farias e Braga Netto:

Sem olvidar da excepcionalidade da mitigação da regra da reparação plena, consideramos imprescindível para a solução de demandas reparatórias, dentre os critérios que devam permear os de quantificação dos danos, que se proceda à análise das condições socioeconômicas do ofensor e do ofendido, à luz da lógica do razoável e, sobretudo, dos valores existenciais da Constituição da República. Ao cogitarmos as circunstâncias pessoais do ofensor, também é produtivo visualizar a sua condição econômica. Afinal, mesmo que as

circunstâncias do caso indiquem que o comportamento antijurídico do agente se relaciona a uma culpa levíssima, o fato de possuir porte financeiro satisfatório será determinante para preservar a reparação integral se ficar evidenciado que o pagamento do montante estipulado pela sentença não extrairá de seu patrimônio parte considerável, a ponto de lhe extrair parte substancial do montante e ultrapassar a fronteira do mínimo existencial (ROSENVALD; FARIAS; BRAGA NETTO, 2015, p.241).

Paulo de Tarso Sanseverino afirma que, em Direito Comparado, as codificações suíça, portuguesa e argentina fazem expressa menção ao critério da situação econômica do ofensor como fazendo parte da equação relativa à restrição da reparação integral (SANSEVERINO, 2010, p. 120).

Nestes casos, já houve uma redistribuição dos encargos do dano operada pelo parágrafo único do art. 944 do CC/02, e o reestabelecimento desta reparação seria uma nova realocação dos encargos, agora em virtude da situação econômica do ofensor. Não há consideração sobre punição envolvida, pois ainda se estaria limitado à Reparação Integral, apenas se estaria diante de uma realocação de quem deve arcar com os ônus do dano causado. O fundamento para isso, segundo os autores, é a lógica do “razoável”.

Porém, a lógica do razoável requer alguns cuidados. Ela pode facilmente acobertar interesses políticos e pessoais de juízes sob o manto de argumentos lógicos ou jurídicos. Precisamos avançar para uma análise mais aprofundada do tema, que leve em conta os princípios que formam a Responsabilidade Civil e os princípios de justiça formadores de nossa comunidade política, e evitar recorrer unicamente a parâmetros vagos e, muitas vezes, retóricos para justificar a aplicação deste critério.

A vagueza e a amplitude, em si, não são o problema, mas a forma como a doutrina e a prática jurídica lidam com esses conceitos. Razoabilidade, proporcionalidade, equidade, etc., são conceitos que possuem uma carga e uma história teórica bastante longa, mas que ao mesmo tempo possuem um nível de abertura elevado. O problema começa quando se sai do âmbito abstrato e, no momento da decisão judicial ou na avaliação doutrinária, se passa para análise concreta de um caso específico. Existe um espaço muito grande entre o que o conceito afirma e o que se reconhece que ele induz no caso concreto. Este espaço deve ser preenchido pela doutrina, na interpretação do sistema jurídico pátrio, com o objetivo de auxiliar a tomada de decisão em casos específicos. Este preenchimento, por sua vez, implica em tentar entender o que estes conceitos abertos exigem e, para isso, recorrer à ideia de justiça e seus debates filosóficos pode auxiliar na especificação desse conteúdo. Tentaremos fazer isto ao longo deste trabalho.

Paulo de Tarso Sanseverino defende a mesma ideia, mas a fundamenta na noção de equidade, que o próprio dispositivo legal recorre. Afirma o autor que “como a cláusula geral confere poderes ao juiz para proceder a um julgamento equitativo, podem ser valorados outros elementos, como a condição econômico-financeira do responsável, sendo este um *topoi* relevante para a formulação efetiva de um juízo de equidade” (SANSEVERINO, 2010, p. 120)²³.

Embora ainda seja um conceito vago, já vimos anteriormente que a ligação do conceito de equidade com o de Justiça, desde que operada com uma especificação filosófica deste segundo conceito, pode servir como norte importante para determinação de quais são as exigências do caso concreto que alude a equidade. Reforça, portanto, a preocupação de explicação da questão com recurso à ideia de Justiça.

A terceira hipótese a ser levantada é o inverso da anterior. Imaginemos que um sujeito pobre, com baixa situação econômica, causa um dano grave, com dolo ou negligência, à um sujeito rico. Tal problema é tradicionalmente posto em caso de dano material – como o que apresentamos na introdução deste trabalho – mas também pode ser colocado em caso de dano moral – como quando o mesmo vendedor ambulante assassina o pai de um homem muito rico. Em ambos os casos, o ofensor não teria condições de arcar com o ônus econômico do dano causado por ele caso se aplicasse o Princípio da Reparação Integral. Seria possível reduzir o valor da indenização para se adequar à sua condição socioeconômica?

Novamente, afirmam Rosenthal, Farias e Braga Netto:

Em sentido contrário, poderíamos indagar se o dano causado por pessoa de baixa renda em face de pessoa com situação financeira confortável também mereceria uma solução equitativa, mesmo que não se afigurasse a hipótese de culpa levíssima, mas uma falta ordinária. Essa tese seria defensável, em certas e excepcionais circunstâncias. [...] Assim, cremos que, independentemente da graduação da culpa, convém aproximar o dano injusto com a análise das condições socioeconômicas do ofensor pela lógica do razoável. O direito civil atual, permeado por valores existenciais, não permanece indiferente às necessidades concretas das pessoas, às variáveis situacionais que desigualam, na realidade, essas pessoas, situando-se em planos distintos de oportunidades. Tais linhas de argumentação são fundamentais na solução dos problemas concretos de responsabilidade civil. A indenização integral pode provocar a ruína do ofensor, porém à dignidade humana desautoriza que se produza, a pretexto de atender à reparação integral, a ruína do devedor, criando, com tal solução, um novo problema (ROSENVALD; FARIAS; BRAGA NETTO, 2015, p.241-242).

²³ Ainda sobre isto, avança o autor: “Quando maior a repercussão no patrimônio do responsável maior poderá ser a redução do montante indenizatório. Quanto menor a repercussão, menor a redução. Poderá ocorrer, até mesmo, que, embora presentes os elementos para incidência da cláusula geral de redução (culpa leve e danos de grande monta), o juiz decida afastar a sua aplicação, em face da pequena repercussão econômica no patrimônio do responsável, já que se trata de uma decisão fundada na equidade” (SANSEVERINO, 2010, p. 121).

Assim, para os autores, uma redução equitativa da indenização em favor do ofensor desfavorecido, mesmo sem culpa levíssima, seria justificada se recorrendo à razoabilidade e à proteção da dignidade humana. Os problemas com recorrer à critérios de razoabilidade já expomos acima.

Por outro lado, recorrer à proteção da dignidade humana como princípio parece tentador. Não seria possível, a pretexto de reparar bens materiais, arruinar a dignidade dos sujeitos e negar possibilidades mínimas de existência²⁴. Porém, o problema surge quando o dano causado tem natureza moral e não material. Nestes casos, a dignidade de um (ofensor) estaria sendo violada para satisfazer a violação da dignidade de outro (vítima). A dignidade de um é maior que a outra que justifique a preponderância de alguma delas?

Ainda sobre a ideia de proteção da dignidade, temos que ter em mente que o que está em análise é a possibilidade de redução ou extinção de um dever indenizatório em razão da baixa situação econômica de um sujeito. Isto é diferente de institutos como o bem de família – legal ou convencional – que impedem a penhora de determinados bens essenciais e protegem a seara patrimonial mínima do indivíduo. Com a proteção do bem de família, o dever de reparação não se extingue ou reduz, ele apenas fica limitado por um aspecto externo à relação jurídica estabelecida pelo dano.

Por fim, é possível evidenciar uma quarta forma de aplicação do critério, limitada ao caso dos danos morais, que se vincula à situação econômica da vítima. Nesta forma, que funciona como um critério de restrição ao montante reparatório, a situação econômica surge como medida de limitação ao valor da indenização por danos morais.

Vejamos o que afirma Sergio Cavaliere:

Não me parece, data vênua, haver a menor parcela de bom-senso, a menor parcela de razoabilidade, na fixação de uma indenização por dano moral em valor muito superior à indenização pelo dano material a que faria jus a vítima, durante toda a sua sobrevida, caso lhe resultasse a morte ou incapacidade total. Não vejo como uma indenização pelo dano moral possa ser superior àquilo que a vítima ganharia durante toda a sua vida (CAVALIERI, 2012, p. 105-106, grifos nossos).

²⁴ Os próprios autores seguem: “Figuremos a seguinte hipótese: um pedreiro, pai de quatro filhos, vai trabalhar diariamente de bicicleta. Um dia, arranha a porta de um carro importado. A proprietária do veículo exige reparação, cujos valores correspondem a muitos meses de salário do pedreiro. Portanto, o pedreiro deve reparar, ainda que isso signifique a fome de seus filhos. Estaria tal solução de acordo com uma ordem jurídica que prestigia a dignidade humana? A reparação integral de um bem material pode se sobrepor à vida humana, em condições minimamente dignas? Os tecnicismos clássicos prevalecem em relação às cláusulas abertas da Constituição?” (ROSENVALD; FARIAS; BRAGA NETTO, 2015, p.242).

Assim, o autor postula que aquilo que, materialmente, o indivíduo ganharia durante o resto de sua vida deve limitar o valor que ele pode receber a título de indenização por danos morais. Certamente, aquilo que se espera que um indivíduo ganhe se relaciona com o que ele atualmente possui, ou seja, com a sua situação econômica.

Neste raciocínio, um indivíduo pobre que sofreu uma grave lesão pode ter sua indenização reduzida por não se esperar que ele receba ao longo da vida um valor tão alto. A mesma redução pode não incidir sobre o rico, uma vez que ele tem maior expectativa de ganhos. Assim, se cria um contexto de desigualdade latente, em que um sujeito pobre pode receber uma indenização menor que um sujeito rico, mesmo tendo os dois sofrido exatamente o mesmo dano.

Embora não esteja expresso no excerto acima, o que pode estar pressuposto neste argumento é a ideia de vedação ao enriquecimento sem causa, ou seja, a ideia de não tornar a responsabilidade civil como instrumento de lucro. Neste sentido, esta aplicação não é tão isolada quanto parece, uma vez que pode surgir vinculada a um dos critérios mais utilizados na prática, como já expomos no primeiro capítulo.

Existem várias formas de problematizar esta aplicação do critério. Pode-se dizer, por exemplo, que ele introduz um raciocínio material em uma seara que é extrapatrimonial. Pode-se dizer que avalia incorretamente os danos morais, ignorando que eles representam uma violação à dignidade e à direitos da personalidade, não se relacionando com o que o indivíduo deixou de ganhar. Vamos, porém, deixar para discutir o critério e analisar sua aplicabilidade mais a frente, com o pano de fundo teórico que passaremos a expor a seguir.

Para dar conta dessas problemáticas levantadas envolvendo a fundamentação destas teses defendidas pela doutrina e jurisprudência, precisamos de um vocabulário teórico mais específico, que evite saídas fáceis, através de conceitos muito abstratos e vagos e possa responder efetivamente o que eles exigem nos casos concretos. Começaremos a esboçar este vocabulário nos capítulos seguintes.

No mais, temos insistido que é possível vislumbrar nestas formas de aplicação do critério alguma perspectiva de distribuição dos bens e dos encargos sociais na seara do Direito Privado. Vamos, nos próximos capítulos, entender o que queremos dizer com distribuição de bens e encargos na sociedade, a que princípios elas atendem e quais seus fundamentos, para após isto analisar se este aporte conceitual consegue atender às necessidades de justificação da prática da quantificação dos danos no Brasil.

2.2. PREMISSAS TEÓRICAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

2.2.1. O debate sobre os fundamentos teóricos da Responsabilidade Civil

O movimento de análise filosófica da Responsabilidade Civil é recente. Como discussão da Filosofia do Direito, remonta à meados dos anos 1950. Porém, no campo da Ética e das Teorias da Justiça, a análise de como os indivíduos deveriam lidar com os danos causados por eles é um debate antigo. Neste tópico, buscaremos apresentar um histórico deste debate²⁵ – dando especial atenção para a sua configuração contemporânea –, com o intuito de situar o leitor dentro da discussão e demonstrar a existência de um campo consolidado de pesquisa que poderá fornecer um aparato teórico aplicável ao problema levantado na seção anterior.

Aristóteles forneceu uma resposta bastante influente, baseada em sua *Ética das Virtudes*. Em *Ética a Nicômaco*, ele expõe que um dos sentidos de justiça é o de que ela é uma virtude e, como tal, funciona como um meio-termo entre extremos: entre o ter demais (correspondente ao vício da *pleonaxia*) e o ter menos do que lhe é devido. Este meio-termo é encontrado no igual, sendo o sentido de Justiça vinculado ao conceito de igualdade. Dependendo de qual tipo de igualdade se adote, é possível se encontrar duas formas de justiça: uma que se preocupa na justiça na distribuição de bens e encargos na sociedade (justiça distributiva) e outra que se preocupa com a retificação das perdas causadas indevidamente (justiça corretiva). Dar a cada um o que lhe é devido implica em que as perdas daquilo que lhe é devido sejam retificadas e as condições prévias à perda sejam reestabelecidas – isto é a justiça corretiva, e esta é a forma como tradicionalmente se pensou como se deveria lidar com os danos causados.

Os seguidores do pensamento aristotélico, como Tomás de Aquino, avançaram nesta formulação, estabelecendo novos desenvolvimentos, como o uso do termo justiça comutativa ou aproximação com a ideia de bem comum. Como o pensamento sobre a Ética, entre os antigos, passando pelos romanos até o medievo, influenciavam fundamentalmente a construção dos sistemas jurídicos, a forma como se pensava os deveres de indenizar acabavam por ser debitárias destes conceitos.

A distinção entre as formas de Justiça é, até hoje, importante e influencia o modo como se debate os temas fundamentais da Responsabilidade Civil. Porém, ela foi posta em xeque

²⁵ Nossa preocupação nesta seção é com o histórico do debate, com os autores e teorias envolvidas e em disputa. Para orientar nossa exposição, utilizamos como referenciais os textos de ZAMORA, 2013; OBERDIEK, 2014; e ZIPURSKY, 2004.

dentro de um debate que se inaugurou, como dissemos, a partir dos anos 1950 e que se voltou para uma análise filosófica mais aprofundada dos fenômenos que estavam sendo postos.

Inegavelmente, com as mudanças na sociedade contemporânea, o Direito de Danos também mudou e se precisava de um instrumental teórico mais apurado para dar conta da análise deles institutos. Este debate se desenvolve especialmente na segunda metade do séc. XX em função de uma série de fatores, muitos deles ligados com o fim da Segunda Guerra Mundial. O elevado desenvolvimento industrial e a intervenção do Estado na economia, por exemplo, colocaram em xeque o pensamento liberal clássico, abrindo portas para os questionamentos que levaram a esse debate (ZAMORA, 2013, p. 25). Todo esse contexto, somado a um mundo que lida com a descoberta de novas tecnologias, com a quebra de barreiras de comunicação, do comércio e das relações sociais como um todo, naturalmente nos leva a novos problemas sociais e com eles novas possibilidades de danos, que, por sua vez, demandam um revigoramento nas tentativas de solução para os desafios postos.

Neste cenário, o marco teórico desta análise filosófica dos temas de responsabilidade civil não tratava das formas de Justiça, mas das teorias do nexo de causalidade. Em 1959, H. L. A. Hart e Tony Honoré publicam “*Causation in the Law*”, obra que busca aplicar os métodos de pensamento da filosofia analítica às teorias da causalidade. Tal texto precede ao aclamado “*The Concept of Law*” (O Conceito de Direito) de Hart, publicado em 1961, e traduz o início de sua preocupação constante com os temas relacionados à responsabilidade, tanto no Direito Privado quanto no Direito Criminal.

Mas foi apenas durante a década de 1960 que este campo foi impulsionado com o desenvolvimento do movimento da Análise Econômica do Direito (*Economic Analysis of Law* ou *Law and Economics*) aplicada à Responsabilidade Civil. Foi em oposição a esta abordagem que se construíram teorias alternativas que deram ao campo a formatação que tem hoje (OBERDIEK, 2014, p. 1)

Como movimento teórico, a Análise Econômica do Direito (AED) é um tipo de escola de pensamento que busca aplicar conceitos e fórmulas da economia para análise das instituições jurídicas, sob o manto de uma ética consequencialista. A perspectiva seria a de que os estudos econômicos poderiam tornar mais claros determinados aspectos escondidos pela abordagem tradicional do direito – por exemplo, poderiam aclarar a forma como o direito pode influenciar as atividades econômicas, servindo de incentivo para determinadas práticas e desincentivo para outras.

Tal movimento começou especialmente nos campos da Responsabilidade Civil (*Tort Law*) e do direito de prevenção de monopólio (*Antitrust Law*), mas, hoje, já se irradiou por todas

as áreas do direito. Na Responsabilidade Civil, é um campo com teorias bastante heterogêneas, unidas apenas por ideias básicas relacionadas à aplicação de ferramentas da economia e da pressuposição de uma ética consequencialista – mesmo isto sendo controverso.

Não há um inaugurador desta tradição, uma obra de toque. O artigo “*The Problem of Social Cost*” (1960) de Ronald H. Coase, em oposição à abordagem das externalidades de Arthur Pigou, é geralmente considerado como um dos alicerces desta escola de pensamento (ACCIARI, 2014, p. 29). Após isto, Guido Calabresi publicou o artigo “*Some Thoughts on Risk Distributions and the Law of Torts*”, de 1961, estabelecendo uma tradição de estudos, que foi seguida nas décadas seguintes por Richard Posner e, mais contemporaneamente, por Steven Shavell e Louis Kaplow.

Em contraposição a esta abordagem econômica surgiram – ou ressurgiram – as teorias baseadas na ideia de justiça. Um marco externo ao Direito de Danos foi fundamental para o desenvolvimento desta abordagem. Em 1971, John Rawls publica o seu “*A Theory of Justice*”, obra que foi responsável por reacender a discussão sobre o conceito de justiça, como algo que se pode discutir racionalmente, sem recorrer a questões metafísicas. Nela, Rawls constrói sua teoria para se opor ao utilitarismo, uma abordagem moral eminentemente consequencialista, postulando uma concepção de que a justiça e a moralidade de um ato depende suas qualidades intrínsecas. É uma obra absolutamente central nos debates de Filosofia Política e Moral contemporâneas, inaugurando uma nova tradição de debates.

Com este tipo de centralidade que a obra obteve, era de se esperar que ela irradiasse sua influência para todas as formas de se lidar com o conceito de justiça. Rawls influenciou a construção das teorias sobre a Responsabilidade Civil em vários sentidos²⁶. Podemos listar pelo menos dois sentidos. Em primeiro lugar, ele recuperou o vigor do conceito de justiça nos debates de Filosofia Política e permitiu que uma nova tradição debates se inaugurasse²⁷. Em segundo lugar, naturalmente, em função de sua oposição ao consequencialismo do utilitarismo, a sua abordagem sobre a Justiça foi incorporada à Filosofia da Responsabilidade Civil,

²⁶ Benjamin Zipursky (ZIPURSKY, 2004b, p. 1923) apresenta cinco temas da teoria rawlsiana que tem inspirado os filósofos da Responsabilidade Civil. São eles: a) a situação de escolha prévia (na posição original) e a regra maximin; b) a metodologia construtivista kantiana; c) a ideia de equilíbrio reflexivo; d) a distinção entre razoabilidade e racionalidade; e) a ideia de que a justiça é a primeira virtude das instituições sociais.

²⁷ Afirma Zipursky: “Ao fornecer aos pensadores contemporâneos uma teoria que é realmente uma teoria da justiça, Rawls reavivou a esperança de que a teoria da Responsabilidade Civil levaria a sério a noção normativa que, de certa forma, seria incorporada a ela. Não precisamos ter medo da justiça como algo para falar sobre, pensar sobre e buscar alcançar. E é claro, isso é o que muitos filósofos contemporâneos da Responsabilidade Civil, como Coleman, Weinrib, Perry e Ripstein, se comprometeram. De fato, a análise filosófica da Responsabilidade Civil é referida por estudiosos em geral, hoje, como uma ‘teoria da justiça corretiva’, indicando agora um lugar central para a justiça na Teoria do Direito, particularmente na Responsabilidade Civil” (ZIPURSKY, 2004b, p. 1930, tradução livre).

permitindo que se fale em uma teoria contratualista, de aspiração rawlsiana, do Direito de Danos²⁸.

Em 1972, um ano após a publicação da obra de Rawls, George P. Fletcher publica o artigo “*Fairness and Utility in Tort Theory*”, e, em 1973, Richard Epstein publica o artigo “*A Theory of Strict Liability*”, dois dos textos considerados marcos de inauguração desta abordagem moral da Responsabilidade Civil. Ambos buscavam apresentar o Direito de Danos com base em determinadas concepções de justiça. O primeiro desenvolvia uma teoria que mesclava as ideias de justiça corretiva e distributiva com fundamento no liberalismo igualitário de Rawls. O segundo apresentava uma justificação da Responsabilidade Objetiva com base numa ideia libertária de justiça. Em 1974, Jules Coleman publica “*On the Moral Argument for the Fault System*”, artigo em que ele inaugura sua defesa de que o Direito de Danos é uma prática de Justiça Corretiva, sendo esta entendida em termos de uma concepção anuladora.

O período que se seguiu entre os anos 1970-1980 foi de intenso desenvolvimento das abordagens baseadas na Justiça e consolidando a oposição com a Análise Econômica do Direito. Foi um período marcado por alta produção de autores como Jules Coleman, Ernest Weinrib, Stephen Perry, Izhak Englard, David G. Owen, entre outros.

Até aquele momento a produção acadêmica estava concentrada especialmente em artigos. As primeiras obras completas começaram a surgir na primeira metade dos anos 1990, que marcou o momento decisivo de consolidação da Filosofia da Responsabilidade Civil como um campo de pesquisa autônomo e bem estruturado. Neste período, destacam-se a publicação das primeiras grandes obras sobre o tema: “*Risks and Wrongs*”, de Jules Coleman, publicada em 1992, em que defende uma concepção mista de Justiça Corretiva para fundamentar o Direito de Danos; e “*The Idea of Private Law*”, de Ernest Weinrib, publicada em 1995, em que é proposta uma teoria formalista, de aspiração aristotélico-kantiana, da Responsabilidade Civil.

Contemporaneamente, são diversos os estudiosos que, inspirados nos debates estabelecidos anteriormente, dão prosseguimento nesta análise filosófica. Destacamos Arthur Ripstein, Gregory C. Keating, Peter Cane, John Gardner, John C. P. Goldberg, Benjamin Zipursky, Anthony J. Sebok, Tsachi Keren-Paz, entre outros.

Nos países de língua espanhola, este debate já possui certo desenvolvimento, com a publicação das traduções dos principais textos e de obras originais, sendo destacadas as contribuições de Diego Papayannis, Hugo Acciari, Juan Antonio Garcia Amado, Carlos Bernal Pulido, Jorge Fabra Zamora, entre outros.

²⁸ Teóricos como George P. Fletcher, Gregory C. Keating, Arthur Ripstein e John Oberdiek são exemplos de autores que defendem esta abordagem contratualista da fundamentação da Responsabilidade Civil.

No Brasil, por sua vez, o debate de Filosofia da Responsabilidade Civil ainda caminha de forma lenta. Existem poucas traduções e as obras originais são limitadas. Destacamos os trabalhos, especialmente em sede de mestrado e doutorado, de Rafael Freitas Valle Dresch e Catarina Barbieri, como referências atuais no estudo deste campo de pesquisa no Brasil.

A exposição acima – passando pelo histórico de formação deste campo de pesquisa e por suas principais escolas – demonstra que a discussão sobre os fundamentos da Responsabilidade Civil não é nova, nem é desprovida de utilidade. É, na verdade, um campo de pesquisa consolidado, com problemas bem definidos e estudiosos especializados, dedicados a estudar especificamente a questão dos danos, em interessante interligação com disciplinas filosóficas como a Ética e a Filosofia Política. Não é uma aplicação genérica e forçada de conceitos filosóficos mais amplos e gerais. É, sim, uma reflexão filosófica profunda sobre os temas específicos da Responsabilidade Civil.

É também um conhecimento importante e de forte índole prática. A Filosofia da Responsabilidade Civil não é um estudo meramente especulativo. Ao contrário, suas conclusões são capazes de, após alguns passos e operações argumentativas, de ter profundas implicações práticas (ZAMORA, 2015, p. 2543). Em nossa prática jurídica corrente, quando juízes decidem casos ou quando legisladores criam determinadas normas relativas ao Direito de Danos, é necessário que se articule e se deixe explícito os compromissos morais que aquele tipo de decisão está vinculado a comunidade. Esses compromissos são trazidos à tona por uma análise filosófica mais profunda, que acaba não sendo apenas responsável por ajudar a conhecer a natureza do Direito de Danos, mas também produzir mecanismos para sua reforma e avanço. Neste sentido, este trabalho objetiva fazer exatamente esta transição entre a teoria filosófica e a prática da quantificação das indenizações, pressupondo a importância do conhecimento das formas e compromissos morais envolvidos para se entender as consequências jurídicas da aplicação de determinados critérios de quantificação de indenizações.

Desenvolvida esta visão geral da disciplina, é necessário avançar e aprofundar na análise das principais escolas vinculadas ao movimento de análise filosófica da Responsabilidade Civil. Como já foi dito, existem fundamentalmente duas escolas de análise neste campo: a abordagem econômica (Análise Econômica do Direito) e a abordagem moral (Teorias baseadas no conceito de justiça). Trataremos, no restante deste capítulo, de cada uma delas pontualmente.

Mas antes de avançarmos, precisamos nos posicionar diante de uma objeção importante. Seria possível questionar se a utilização de um debate que é eminentemente anglo-saxão não seria uma impropriedade, diante do fato de o sistema brasileiro pertencer a outra tradição jurídica, bastante distinta em vários aspectos importantes.

Tal objeção não é algo simples de se opor. De fato, a estrutura geral do funcionamento do *Tort Law* anglo-saxão e do sistema de Responsabilidade Civil romano-germânico é bastante diferente, por razões que remetem à formação do pensamento e da cultura jurídica naqueles países, como por exemplo a adoção do sistema de *torts* individuais nos primeiros e de cláusula geral nos países do segundo grupo²⁹.

Porém, a despeito destas diferenças, é possível aplicar estes estudos filosóficos sobre o *Tort Law*, ao menos em um certo grau. A questão é que quando se está diante de uma prática que é, com algumas variações, presente em boa parte das sociedades ocidentais, e sobre ela se estabelece uma análise dos seus princípios justificadores com um nível de abstração e generalidade alto, estes princípios acabam correspondendo a um núcleo, que é o aspecto unificador que permite identificar esta prática nas sociedades ocidentais que temos em mente.

Esta operação é possível entre os dois grupos de famílias jurídicas – *Common Law* e *Civil Law* – no caso da Responsabilidade Civil. Existem institutos nestes sistemas jurídicos que desempenham as mesmas funções essenciais, sendo eles comparáveis e equiparáveis para efeitos deste estudo³⁰. No caso da Responsabilidade Civil, o elemento funcional que vincula os dois sistemas é a noção de reparação de danos, que em muito se aproxima do que conhecemos como Justiça Corretiva.

2.2.2. A Análise Econômica do Direito de Danos

Como dissemos, o pensamento teórico sobre a Responsabilidade Civil é geralmente concentrado em termos de duas abordagens tidas como opostas, quais sejam a abordagem econômica – que recorre à chamada Análise Econômica do Direito (*Economic Analysis of Law*

²⁹ O sistema do *Tort Law* foi construído casuisticamente, de forma incidental. Cada um dos *torts* – que etimologicamente pode ser relacionado ao que é tortuoso, indevido – correspondem à uma causa independente, com elementos constitutivos próprios e retratando um interesse protegido específico. Os *torts* se somam para formar um sistema em que a característica principal é a pluralidade das causas de pedir. Cada uma delas é específica e bem definida, podendo ser aplicada ao caso trazido por mera subsunção, sem emprego de um processo de avaliação. Diferente foi o modelo escolhido e empregado pelo Código Civil francês, que evita uma definição específica de um conceito de dano e o estabelecimento prévio e dos interesses protegidos pelo sistema de reparações. Limita-se a definir um conceito abstrato de dano, que diante do fato de sua ocorrência deve ser reparado. Tal modelo das cláusulas gerais foi seguido pela maioria dos países da tradição do *Civil Law*, dentre eles encontra-se o Brasil. Neste sentido, ver WAGNER, 2012, p. 1006.

³⁰ Em Direito Comparado, dentre outras possíveis abordagens metodológicas, adota-se o método funcional para análise do problema comparativo posto. Em tal método não se efetua a comparação de normas específicas ou institutos iguais, pois parte-se do pressuposto da diversidade das soluções fornecidas por cada sistema, em que são poucas as coincidências entre os ordenamentos. Nele, parte-se de um problema ou função social e pergunta-se qual ou quais institutos resolvem este problema ou consagram aquela função nos diferentes ordenamentos. Ou ainda, parte-se de um instituto específico, extrai-se a sua função em um determinado ordenamento e procura-se qual instituto cumpre tal função no outro ordenamento. Neste sentido, ver VICENTE, 2014, p. 39.

ou *Law and Economics*) – e a abordagem moral – que recorre a teorias baseadas no conceito de Justiça. Vamos inicialmente abordar a primeira delas.

A Análise Econômica do Direito (AED) um movimento teórico que, de modo geral, busca aplicar as teorias e métodos da Economia na explicação do Direito. Muito mais do que isso, porém, pode-se dizer que tal aplicação transporta consigo uma concepção ética específica (ZAMORA, 2013, p. 35).

Ao mesmo tempo que é um movimento que possui uma longa gama de teóricos importantes, também é marcado por uma série de abordagens diferentes sobre a mesma proposta, tornando-o pouco homogêneo (DRESCH, 2013, p. 101). Mesmo diante desta dificuldade, buscaremos expor alguns traços gerais do movimento.

Um dos pilares desta abordagem é a centralidade do princípio da eficiência. A AED postula que as práticas jurídicas são, ao mesmo tempo, explicadas e justificadas por este princípio. Pode-se, portanto, dividir as formas como a eficiência se manifesta nestas teorias em duas teses: uma tese conceitual, em que as instituições, doutrinas e procedimentos jurídicos são explicados, por meio de uma reconstrução racional, como promovendo a eficiência; e um tese normativa, que toma a eficiência econômica como critério que legitima as instituições, doutrinas e procedimentos jurídicos desde que alcancem este ideal (ZAMORA, 2013, p. 35)³¹.

A eficiência é um conceito que, geralmente, implica na ideia de maximizar a riqueza e/ou o bem-estar e em minimizar os custos sociais (SALAMA, 2008, p. 22-23). Como medi-la, porém, é uma questão que pode ser respondida com base em critérios econômicos. Neste caso, dois critérios são comumente invocados para a análise: o critério de Pareto, desenvolvido pelo economista Vilfredo Pareto, e o critério Kaldor-Hicks, em razão dos economistas Nicholas Kaldor e John Hicks.

O critério de Pareto (ótimo de Pareto) postula que é considerada eficiente “uma situação na qual não se pode melhorar um dos sujeitos sem prejudicar a outro” (ACCIARI, 2014, p. 27). Perceba-se que não necessariamente uma situação eficiente no sentido de Pareto será normalmente considerada boa ou desejável no sentido moral³². Este critério, porém, também é

³¹ Bruno Salama faz uma divisão similar com relação à AED: “É comum destacar duas dimensões, ou dois níveis epistemológicos, da disciplina de Direito e Economia: a dimensão positiva (ou descritiva) e a dimensão normativa (ou prescritiva). À primeira dá-se o nome de Direito e Economia Positivo, e à segunda de Direito e Economia Normativo. São duas dimensões distintas e independentes. O Direito e Economia Positivo se ocupa das repercussões do Direito sobre o mundo real dos fatos; o Direito e Economia Normativo se ocupa de estudar se, e como, noções de justiça se comunicam com os conceitos de eficiência econômica, maximização da riqueza e maximização de bem-estar” (SALAMA, 2008, p. 22).

³² Bruno Salama aponta que “em tese a concentração de todos os recursos da sociedade em um único agente seria ótima no sentido de Pareto, porque qualquer realocação deixaria este único detentor de bens em uma situação pior” (SALAMA, 2008, p. 23).

considerado extremamente exigente, uma vez que impede que seja considerada eficiente uma situação em que se gere um mínimo dano a alguém, mesmo que esta gere enormes benefícios sociais. Buscando corrigir estes pontos é que se construiu o critério Kaldor-Hicks, no qual é considerada eficiente a situação em que “o benefício daqueles que foram favorecidos [pelas atividades danosas] é tal que seria suficiente para compensar integralmente os prejuízos dos desfavorecidos, e, contudo, deixar os ‘vencedores’ em uma situação melhor do que antes” (ACCIARI, 2014, p. 27).

É importante frisar que a centralidade na eficiência é justificada em razão de uma tese antropológica, de que todos os indivíduos, quando tomam decisões, estabelecem contratos, transferem bens, decidem agir de uma determinada maneira (mesmo que ela cause danos a outro), etc., estão agindo com base na eficiência, ou seja, tendo em vistas à maximização de algum bem e minimização de seus custos³³.

Dentro deste contexto é que se insere a Análise Econômica aplicada à Responsabilidade Civil. A busca pela eficiência no Direito de Danos se dá de forma negativa, ou seja, minimizando os custos dos acidentes e os custos para evitá-los (ZAMORA, 2013, p. 36). Para isso, são empregados mecanismos para dissuadir ofensores a praticar atos que podem causar acidentes, bem como mecanismos de incentivo à prevenção por parte dos pretensos ofendidos.

O problema é que os mecanismos de prevenção também tem custos e, para a AED, eles não podem nunca superar os custos de arcar com os danos provenientes dessa atividade, sob pena de torná-la ineficiente. É a ideia empregada na famosa “Fórmula de Hand”, raciocínio desenvolvido pelo juiz norte-americano Learned Hand naquele que é considerado um dos casos paradigmáticos de aplicação do pensamento econômico em decisões judiciais (*United States v. Carroll Towing Co.*). Ele desenvolveu uma fórmula em que o sujeito ativo (causador do dano) somente poderia ser considerado culpado por um dano que causou – e, com isso, responsável por ele – se os custos de prevenção deste dano forem menores que a probabilidade deste dano multiplicado pelo valor de tal dano ($B < P \times L$; em que B são os custos de adoção de medidas de prevenção, P é a probabilidade do dano e L é o próprio valor do dano)³⁴.

O papel da Responsabilidade Civil é fazer com que as atividades internalizem os custos dos acidentes, sejam estes custos com a prevenção, sejam estes os próprios ônus dos danos causados. Esta internalização tem efeitos econômicos importantes. Se uma atividade – como

³³ Afirma Richard Posner que “as pessoas são maximizadores racionais de suas satisfações – todas as pessoas (com exceção de crianças bem novas e das que sofrem de graves distúrbios mentais) em todas as suas atividades (exceto quando sob influência de transtornos psicóticos ou perturbações semelhantes que decorrem do abuso do álcool e drogas) que implicam uma escolha” (POSNER, 2007, p. 473-474).

³⁴ ACCIARI, 2014, p. 25-26.

uma atividade produtiva, por exemplo – internaliza altos custos de prevenção, o produto pode se tornar muito caro; por outro lado, se paga valores muito altos com indenizações, a atividade pode se tornar inviável e o produto pode não estar mais disponível no mercado. O princípio da eficiência busca chegar a uma opção média entre esses extremos perniciosos.

Por todo o exposto, fica claro que a AED, no caso aplicada ao Direito de Danos, é muito menos um assunto privado, relativo entre as partes, e mais uma questão de distribuição da riqueza e dos encargos dentro de uma sociedade (ZAMORA, 2013, p. 38).

Como acima dito, não é possível dizer – embora esta seja uma questão controversa – que a AED não se utiliza de princípios de Justiça para sua formulação. A forma como se distribuem os encargos não é baseada em Justiça, mas ela se formata com base na pressuposição de uma concepção ética consequencialista (ZAMORA, 2013, p. 39-42) – um tipo de concepção que mede a correção das ações humanas de acordo com as consequências boas ou más que elas geram. Assim, ao incluir a ideia de eficiência como centro da explicação (nível conceitual) e da justificação (nível normativo) da Responsabilidade Civil, a AED acaba por priorizar um tipo específico de atividade humana que deve ser maximizada: a atividade eficiente.

Estes traços gerais da abordagem econômica geraram uma série de teorias extremamente refinadas e escolas de pensamento bem coerentes. No contexto anglo-saxão, inclusive, é possível se dizer que a abordagem econômica é o tipo de raciocínio predominante, pelo menos dentre os juristas práticos. Porém, ela não deixou de ser alvo de críticas, sendo contra ela que se construiu um profundo debate que desaguou no desenvolvimento das abordagens morais que falamos anteriormente.

As formas como a AED poderia ser aplicada para a solução dos problemas postos neste trabalho seriam duas, cada uma remontando à perspectiva descritiva ou normativa que se adote, de acordo com as divisões das abordagens econômicas que explicitamos mais acima.

Uma perspectiva descritiva postula que a prática do Direito de Danos pode ser melhor explicada através de um compromisso com a maximização da eficiência. Esta é uma tese extremamente forte, que requer que nos desprendamos completamente de certas categorias que estão profundamente enraizadas em nosso modo de ver as relações de responsabilização (PAPAYANNIS, 2010, p. 131). Determinados conceitos muito caros à forma como raciocinamos sobre responsabilidade poderiam ser relativizados – ou até deixados de lado – em razão da maximização da eficiência, como a ideia de causalidade ou o próprio princípio da reparação integral como o concebemos³⁵.

³⁵ Diego Papayannis, após uma longa argumentação, sintetiza os aspectos de nossa prática de Responsabilidade Civil que são obscurecidos pela abordagem descritiva da AED: “[...] podemos dizer que a eficiência distorce

Um argumento na esteira destas considerações é o apresentado por Ernest Weinrib (WEINRIB, 1989, p. 506-508). A AED postula que a existência de deveres reparatórios constitui como um incentivo na adoção de medidas de prevenção por parte dos possíveis ofensores, e, com isso, consegue a maximização da eficiência. O problema é que isto não diz nada sobre o porquê de os sistemas de reparação de danos preverem que o valor da compensação tem como referencial a extensão do dano. Weinrib faz a seguinte análise da Fórmula de Hand: suponhamos tenhamos um dano de \$ 1.000,00, com uma probabilidade de ocorrer de 25% e um custo de evitá-lo de \$ 100,00; se um ofensor estiver projetando se deve ou não prevenir o dano, ele calculará que, com base na probabilidade e no custo de prevenção, qualquer indenização acima de \$ 400,00 já seria de tamanho o suficiente para ele aplicar os mecanismos de prevenção; como \$ 1.000,00 é maior que \$ 400,00, ele deve aplicar tais mecanismos. Porém, se o dano ocorrer, qualquer valor de indenização que fique acima de \$ 400,00 já seria o suficiente para cumprir com os objetivos de maximização da eficiência conforme o modelo da AED. O que explica na AED que o valor da indenização seja correspondente ao exato valor do dano, ou seja, \$ 1.000,00, e não menos que isso? Esta é uma questão importante da nossa prática do Direito de Danos – que corresponde ao Princípio da Reparação Integral – que fica obscurecida com a aplicação descritiva da AED.

A perspectiva normativa, por sua vez, deve ser colocada em segundo plano para os fins deste trabalho. Tratamos de uma questão específica da Responsabilidade Civil, qual seja os critérios de quantificação das indenizações. Adotar determinada perspectiva contingente como esta requer que ela já seja minimamente adotada pela prática corrente ou que façamos uma “revolução” na forma como entendemos os conceitos da prática. Porém, para mudar drasticamente a forma como entendemos os conceitos, necessitamos de uma argumentação política e moral que vai muito além de uma questão específica, ou seja, que envolve toda a prática – requer uma argumentação da base para o topo, e não do topo para a base.

Só nos restaria, portanto, que tais conceitos já fossem utilizados e aplicados por nossa prática do Direito de Danos nos termos como a AED postula. Isto, porém, não se dá no direito brasileiro. A forma como, hoje, argumentamos em favor de nossas instituições em geral – e

aqueles traços do Direito de Danos que nos são familiares: a) o tipo de raciocínio que se expressa nas sentenças para justificar o juízo de responsabilidade por danos, relacionado principalmente com os direitos e deveres das partes; b) a distinção entre as condutas perigosas permitidas e as condutas proibidas, conceitos que subjazem a responsabilidade objetiva e a culpa, as duas regras fundamentais do Direito de Danos; c) a importância da relação causal; d) a vinculação particular que se produz entre o agente causador do dano e a vítima logo do acontecimento de um dano em certas condições” (PAPAYANNIS, 2010, p. 158, tradução livre).

também em favor da Responsabilidade Civil³⁶ – comumente recorre a noções de justiça. Autores como John Rawls, Ronald Dworkin, Amartya Sen, dentre outros, que constroem teorias da justiça de índole liberal e que se opõe ao Utilitarismo, são extremamente influentes, sendo comumente invocados – especialmente no âmbito do Direito Público – para fundamentar o sistema de cotas em Universidades Públicas, a distribuição de medicamentos em direito à saúde, etc. Nossa doutrina jurídica é extremamente sensível ao debate sobre Justiça.

2.2.3. As formas de justiça: Justiça Corretiva e Distributiva

Problematizada a abordagem econômica, resta-nos avançar para o outro grupo de abordagens filosóficas sobre a Responsabilidade Civil. Tal conjunto de teorias costuma se centrar no conceito de justiça, sendo este conceito tratado a partir de uma divisão analítica estabelecida desde Aristóteles quanto às chamadas formas de justiça – justiça corretiva e justiça distributiva. A diferenciação e a relação entre elas é o debate que irá nos ocupar no próximo capítulo; por enquanto, vamos avançar no esclarecimento quanto à sua definição, com base no pensamento aristotélico, uma vez que ele é fundamental para a conceituação destes conceitos atualmente.

Em *Ética a Nicômaco*, Aristóteles desenvolve uma teoria ética normativa baseada no conceito de virtude, que se convencionou chamar de *Ética das Virtudes*³⁷. A ideia básica por trás de tal abordagem sobre a ética é a de que os indivíduos devem buscar um bem humano fundamental que é a felicidade (*eudaimonia*), que corresponde ao pleno florescimento do indivíduo como ser humano, sendo esta um fim em si mesmo. Os caracteres morais que devem ser cultivados para se atingir este fim são chamados de *virtudes*, sendo cada uma delas³⁸ o justo meio entre extremos (DRESCH, 2009, p. 27-51).

O conceito de justiça³⁹ é colocado deste contexto geral das virtudes em Aristóteles. Para ele, justiça é o tipo de conceito que é usado em vários sentidos possíveis. Afirma o filósofo:

³⁶ Um exemplo influente neste campo: “O anseio de obrigar o agente, causador do dano, a repará-lo inspira-se no mais elementar sentimento de Justiça” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 14).

³⁷ Este tipo de teoria ética não ficou no passado das ideias morais. Autores contemporâneos tem retomado a noção fundamental de Aristóteles para construir teorias morais e políticas que buscam dar conta dos problemas contemporâneos. Alasdair MacIntyre, ao refutar o pensamento moderno sobre a moralidade, afirma que a tradição Aristotélica das virtudes é a melhor forma de pensamento moral pré-moderno e, com isso, deve ser retomada.

³⁸ As virtudes aristotélicas são: coragem, temperança, generosidade, magnificência, ambição justa, paciência, veracidade, espirotuosidade e justiça.

³⁹ O conceito de Justiça é exposto por Aristóteles no Livro V de *Ética a Nicômaco* (ARISTÓTELES, 2009, p. 145-176).

Vamos apurar em quantos sentidos diz-se de um indivíduo ser ele “injusto”. Ora, o termo “injusto” é tido como indicativo tanto do indivíduo que transgredir a lei quanto do indivíduo que toma mais do que aquilo que lhe devido, o indivíduo não equitativo. Consequentemente, fica claro que o homem que obedece a lei e o homem equitativo será ambos justos. O “justo”, portanto, significa aquilo que é legal que é igual ou equitativo, e o “injusto” significa aquilo que é ilegal e aquilo que é desigual ou não equitativo (ARISTÓTELES, 2009, p. 146).

No excerto acima, Aristóteles apura dois sentidos de justiça: o sentido geral e o sentido particular. Cada um destes sentidos corresponde à um critério para analisar o meio-termo entre extremos nas relações morais, quais sejam a legalidade e a igualdade (DRESCH, 2009, p. 37).

A justiça em um sentido geral (chamada justiça geral) é a virtude perfeita, onde “se encontra toda a virtude somada” (ARISTÓTELES, 2009, p. 148). Para Aristóteles, é por meio da lei que estão definidas as condutas conforme as virtudes. Neste sentido, “as ações que nascem da virtude em geral são, fundamentalmente, idênticas às ações que estão de acordo com a lei, uma vez que a lei prescreve a conduta que exhibe as várias virtudes particulares e proíbe a conduta que exhibe os vários vícios particulares” (ARISTÓTELES, 2009, p. 150). Assim, o indivíduo que transgredir a legalidade é tido como injusto, e o que a obedece é justo.

A justiça pode ser entendida como toda a virtude somada, englobando todo o rol de caracteres morais que conduzem à felicidade, mas também pode ser compreendida como um destes caracteres morais, ou seja, como uma virtude em si. Este é o sentido particular de justiça (chamada justiça particular), que é o que mais interessa para os fins deste trabalho.

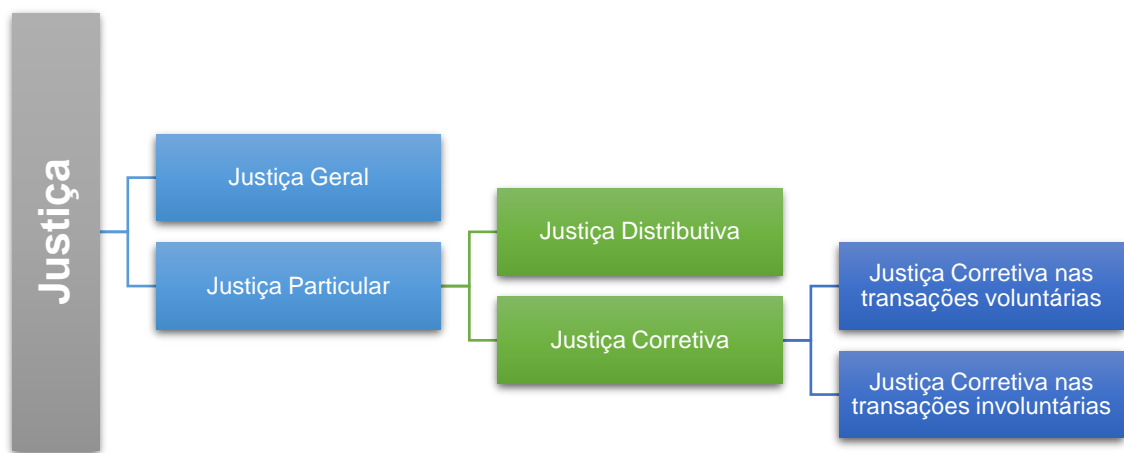
Mas antes de avançar, cabe questionar o que justiça geral e justiça particular tem em comum para estarem sob o manto do mesmo conceito. Aristóteles afirma que sua definição se enquadra no mesmo gênero, sendo cada sentido de justiça exposto na relação que o indivíduo tem com os demais (ARISTÓTELES, 2009, p. 149). A diferença se dá no fato de que no sentido geral se está lidando com todas as ações virtuosas devidas aos membros da comunidade, enquanto que no sentido particular se está lidando com os deveres relativos à manutenção da igualdade e de se ter cada um o que é devido. Para Aristóteles, por exemplo, um sujeito que foge de uma batalha ou comete adultério é injusto em um sentido geral, mas não podemos considerar que ele agiu injustamente em um sentido particular, uma vez que estas ações não tem a ver com a questão relacionada à igualdade na divisão dos bens de uma comunidade.

A justiça em sentido particular, por sua vez, é uma das virtudes ordinárias, que se estabelece em oposição ao vício da *pleonaxia*. A toda a virtude se opõe um vício específico. Neste caso, sendo que o oposto da Justiça é a Injustiça, o que se há de comum em todas as formas particulares de injustiça é a *pleonaxia*, que corresponde a querer ter mais do que do que

está legitimado a ter, querer ter mais do que permite uma divisão justa de algo (HUGHES, 2013, p. 94). Neste sentido, a justiça particular envolve o estabelecimento de condições de igualdade, em que todos gozam de uma quantidade justa e legítima de recursos.

Esta forma de justiça é dividida em duas: justiça distributiva e justiça corretiva. A primeira cuida da divisão dos ativos divisíveis de uma comunidade, que podem sofrer distribuição entre os membros de forma igual ou desigual. A segunda, por sua vez, lida com a retificação de injustos ocorridos nas transações privadas, como os provenientes do dano e do roubo. Esta última ainda possui duas subdivisões, podendo se dar tanto dentro das transações voluntárias e quanto dentro das involuntárias.

O quadro a seguir (ZAMORA, 2013, p. 64) nos ajuda a visualizar melhor as classificações do conceito de Justiça no pensamento aristotélico:



No sentido aristotélico, a justiça distributiva cuida da distribuição dos ativos de uma comunidade, ou seja, dos bens e encargos sociais dentre seus membros, como cargos públicos, honorárias, da riqueza, etc. Tal distribuição visa à igualdade, mas também não é insensível à desigualdade. Em suma, a distribuição igual das porções pressupõe a igualdade entre os sujeitos. Afirma Aristóteles:

E haverá a mesma igualdade entre as porções tal como entre os indivíduos, pois não sendo as pessoas iguais, não terão porções iguais - é quando os iguais detêm ou recebem porções desiguais, ou indivíduos desiguais (detêm ou recebem) porções iguais que surgem conflitos e queixas (ARISTÓTELES, 2009, p. 152).

Os bens e encargos são atribuídos a cada um de acordo com algum princípio de mérito. Pode-se, porém, discordar de qual seja tal mérito que deva ser levado em consideração. Assim, afirma Aristóteles que “[...] para os democratas mérito se identifica com a condição de homem

livre; aqueles que são adeptos da oligarquia o identificam com a riqueza ou o bom nascimento; os seguidores da aristocracia fazem desse mérito a virtude” (ARISTÓTELES, 2009, p. 152).

Aristóteles explica os dois princípios de justiça particular com base em critérios matemáticos. Neste sentido, o princípio de justiça distributiva se dá a partir de uma proporção geométrica e o critério de igualdade aplicado na distribuição é, assim, o da igualdade geométrica – em oposição à igualdade aritmética aplicada na justiça corretiva. É importante notar, como faz Edson Bini – tradutor da edição brasileira de *Ética a Nicômaco* –, que o que Aristóteles quer dizer com proporção geométrica correspondente ao nosso conceito moderno de proporção, simplesmente, enquanto a ideia de proporção aritmética corresponde ao conceito moderno de progressão aritmética (ARISTÓTELES, 2009, p. 153-154).

Com esta noção de igualdade proporcional em mente, é possível concluir que a noção de justiça distributiva implica que os indivíduos iguais serão tratados de forma igual se seus méritos relevantes forem iguais, e serão tratados como desiguais se seus méritos relevantes forem desiguais (ZAMORA, 2013, p. 65). Receberão, portanto, mais de uma determinada porção aqueles que possuem menos, de acordo com algum critério de mérito privilegiado pelo sistema de distribuição, assim como os que tem mais, receberão menos.

Critério diferente é aplicado à noção de justiça corretiva. Tal forma de justiça se aplica às transações entre particulares, que podem agir interferindo na seara jurídica do outro de forma justa ou injusta. É possível que se estabeleça, no curso desta transação, condições de desigualdade, que o juiz – ou outro agente de correção – se empenha em tornar igual novamente impondo uma penalidade ou uma perda que retire o ganho (ARISTÓTELES, 2009, p. 155).

O pressuposto básico desta forma de justiça é o de que existe uma situação de igualdade prévia entre as partes que não deve ser violada. Quando há qualquer quebra nesta situação prévia, há a necessidade de intervir na relação, reestabelecendo o equilíbrio. O critério de igualdade aplicável à justiça corretiva é a igualdade aritmética, que importa em dizer que as partes são numericamente iguais, sendo que aquele agente que obteve um ganho indevido, violando a igualdade entre as partes, terá este ganho retirado em prol do que perdeu.

Aristóteles afirma que esta forma de justiça se manifesta tanto nas transações privadas voluntárias, como na compra e venda, empréstimos e contratação de trabalhadores, quanto nas transações involuntárias, como o roubo, o dano, a difamação, o adultério, etc. (ARISTÓTELES, 2009, p. 151).

A justiça funciona como uma mediana entre a perda – tida como ter menos do que aquilo que se tinha no início – e o ganho – tido como ter mais do que lhe cabe. Assim, tanto nas transações voluntárias quanto nas involuntárias, se o resultado desta transação não for nem

perda nem ganho com relação ao que se tinha anteriormente, tem-se que a transação é justa (ARISTÓTELES, 2009, p. 156). Pressupõe-se que uma compra e venda é justa quando o valor pago pelo bem adquirido é o adequado; tem-se como justa a interação entre duas pessoas quando uma causa a destruição de um bem, mas imediatamente opera com sua restituição integral.

Ainda sobre a justiça corretiva, afirma Aristóteles:

[...] pois não faz qualquer diferença se um homem bom trapaceou um homem mau ou se este trapaceou aquele, nem se foi um homem bom ou mau que cometeu adultério; a lei apenas considera a natureza do dano, tratando as partes como iguais, limitando-se a indagar se alguém praticou injustiça enquanto o outro a sofreu, e se alguém praticou o dano e se este outro foi atingido (ARISTÓTELES, 2009, p. 154)

O excerto acima é importante para demonstrar que a justiça corretiva independe dos méritos que antes eram vitais para a justiça distributiva. Não importa se o sujeito é rico ou pobre, bom ou mau, o que importa é se houve uma intervenção indevida que cause condições de desigualdade na transação privada. Esta é uma característica fundamental para a discussão que é posta neste trabalho, como se abordará nos capítulos posteriores.

Passada esta exposição da tese aristotélica, algumas considerações ainda precisam ser feitas sobre o conceito de justiça e sobre as duas formas de justiça particular.

A primeira delas é sobre a utilização destes conceitos contemporaneamente. Obviamente, Aristóteles falava em um tempo histórico específico, com práticas e problemas específicos, que tinham sua força naquele tempo.

A divisão das formas de justiça, porém, perdurou ao longo de tempo e ainda hoje é um modo usual de se debater os conceitos vinculados à problemática da justiça. A palavra justiça distributiva está no vocabulário político contemporâneo. Justiça corretiva é, até hoje, uma das palavras invocadas na hora de se debater os fundamentos do dever de reparar danos. Esta contemporaneidade, porém, não implica que essas palavras tenham mantido o mesmo significado ao longo do tempo.

Especialmente a justiça distributiva é entendida de forma um tanto diversa de o como era concebida por Aristóteles. Samuel Fleischacker afirma que o sentido moderno de justiça distributiva invoca o Estado para garantir que os bens de uma comunidade sejam distribuídos por todas as pessoas de forma que todas elas possam usufruir de um nível mínimo de recursos

materiais (FLEISCHACKER, 2006, p. 8)⁴⁰. Independentemente de quem estas pessoas sejam, se elas são boas ou más, se elas contribuem mais ou menos para o crescimento econômico, científico ou ético do grupo, a cada uma dessas pessoas seria devido um nível mínimo de bens. Assim, nesta conceituação moderna, os méritos de cada indivíduo não influenciariam na distribuição, ao menos neste nível mínimo – determinados bens são devidos aos indivíduos unicamente em função de serem seres humanos.

Não era isto que Aristóteles tinha em mente. Sua conceituação de justiça distributiva dependia essencialmente da noção de “mérito” (FLEISCHACKER, 2006, p. 21). Os bens seriam distribuídos de forma proporcional ao mérito de cada indivíduo, embora ele não determine quais sejam esses méritos, já que ele constrói uma teoria da justiça preocupado com a forma. O problema é, como aponta Fleischacker, que a noção de mérito para Aristóteles sempre aponta para algo bom, determinada coisa que pode ser valorizada pelas outras (FLEISCHACKER, 2006, p. 22). A necessidade, porém, não é geralmente considerada algo bom, inclusive para o próprio necessitado. Não é possível conceber necessidade como um mérito, e, portanto, como um referencial para a distribuição dos bens.

Assim, há uma dissonância entre o que consideramos modernamente como justiça distributiva – preocupada em como o Estado distribuirá os bens com base nas necessidades – e a forma como esta era concebida entre os antigos – como uma distribuição dos bens com base em quem tinha maior ou menor nível de merecimento.

Esta diferença é considerada radical por Fleischacker – impossibilitando que possamos dizer que, na famosa distinção tornada popular por Rawls, constituem concepções diferentes do mesmo conceito (FLEISCHACKER, 2006, p. 21). Independente disto, porém, o que não podemos fazer é cair no engano de achar que aquilo que Aristóteles está falando é o mesmo que teóricos contemporâneos, como John Rawls.

Isto também não quer dizer que os elementos da visão aristotélica sejam desimportantes e devam ser ignorados por nossos estudos. Ao contrário, algumas estruturas fundamentais do pensamento sobre a Justiça parecem estar mantidas. A ideia essencial de que a forma da justiça distributiva se refere à distribuição de bens e encargos sociais, e que tal distribuição pressupõe

⁴⁰ O autor estabelece cinco premissas do que ele concebe como sendo o conceito moderno de Justiça Distributiva: “1. Cada indivíduo, e não somente sociedades ou a espécie humana como um todo, tem um bem que merece respeito, e aos indivíduos são devidos certos direitos e proteções com vistas à busca daquele bem; 2. Alguma parcela de bens materiais faz parte do que é devido a cada indivíduo, parte dos direitos e proteções que todos merecem; 3. O fato de que cada indivíduo mereça isso pode ser justificado racionalmente, em termos puramente seculares; 4. A distribuição dessa parcela de bens é praticável; tentar conscientemente realizar essa tarefa não é um projeto absurdo nem é algo que, como ocorreria caso se tentasse tornar a amizade algo compulsório, solaparia o próprio objetivo que se tenta alcançar; e 5. Compete ao Estado, e não somente a indivíduos ou organizações privadas, garantir que tal distribuição seja realizada” (FLEISCHACKER, 2006, p. 12).

uma igualdade que não é insensível às condições pessoais dos indivíduos (necessidades são condições pessoais assim como os méritos), são questões que ainda podem ser encontradas nos conceitos modernos e contemporâneos de justiça distributiva.

A segunda questão a ser colocada é sobre a relação entre as formas de justiça particular. Quando Aristóteles afirma que uma das formas de justiça depende dos méritos (justiça distributiva) e a outra não depende (justiça corretiva), ele aparta as duas formas, considerando-as mutuamente excludentes. Cada uma delas teria uma forma de operar, utilizando um critério específico de igualdade. Ernest Weinrib descreve esta distinção como sendo categorial (WEINRIB, 1995, p. 72): as duas formas de justiça são categorialmente distintas (mutuamente excludentes); nenhuma é uma subclasse da outra (SHEINMAN, 2014, p. 358), cada uma opera em seu âmbito específico.

Porém, se a justiça corretiva visa a reestabelecer um contexto de igualdade prévia e a justiça distributiva opera determinando os parâmetros em que estabelecem esta igualdade prévia – ou seja, através de uma distribuição justa dos bens e encargos em uma comunidade –, não estaria a justiça corretiva inclusa dentro da justiça distributiva? Esta é apenas um dos desafios colocados ao argumento aristotélico de que estas formas de Justiça são mutuamente excludentes.

Dentro deste espectro, existem grupos de autores que defendem que estas são formas mutuamente excludentes, ou que possuem apenas interseções, que defendem que a justiça corretiva é uma subclasse da justiça distributiva e os que defendem que a justiça distributiva está, na verdade, inclusa dentro da justiça corretiva (SHEINMAN, 2014, p. 357). Naturalmente, dependendo de como se concebe a interação entre estas formas de justiça, também a Responsabilidade Civil será compreendida dentro deste esquema.

Este trabalho busca adotar o referencial teórico da abordagem moral da Responsabilidade Civil e as formas de justiça particular para aplicá-las na análise da questão da quantificação de danos e do critério da situação econômica das partes. Para tanto, será necessário um maior aprofundamento nas diferentes formas em que se concebe a relação entre justiça distributiva e corretiva, no intuito de se caminhar para uma compreensão mais apurada de qual esquema teórico será aplicável à análise do fenômeno objeto desta pesquisa. É o que faremos a seguir.

2.2.4. O debate contemporâneo sobre a relação entre justiça corretiva e distributiva na fundamentação da Responsabilidade Civil

A questão levantada no final da seção anterior foi no sentido de que haveria uma dúvida relativa a se as formas de justiça aristotélicas poderiam ser consideradas mutuamente excludentes, não havendo espaço para operarem ao mesmo tempo e fundamentarem o mesmo instituto, como parecia ser a consequência do pensamento de Aristóteles e seus seguidores. Questionamos se o fato de a justiça corretiva ter o papel de reestabelecer um paradigma de distribuição anterior não implicaria em que a justiça corretiva fosse apenas uma aplicação da justiça distributiva. Naturalmente, as respostas que se deram a esta questão influenciaram a forma como os modelos de justificação da Responsabilidade Civil foram formulados.

A presente seção visa a introduzir as formas como geralmente se concebe a Responsabilidade Civil em referência às formas de justiça aristotélicas. Como a relação entre as duas é controversa, estas concepções também pressupõem uma forma de compreendê-la⁴¹.

Em alto grau de simplificação, pode-se dividir as abordagens morais contemporâneas sobre a fundamentação da Responsabilidade Civil em dois grandes grupos (WILSON, 2007, p. 45): a) as teorias monistas, que a explicam com base em um valor abrangente específico, que pode ser a eficiência econômica, a maximização de um bem ou as formas de justiça aristotélicas; b) as teorias pluralistas, que negam a possibilidade de reduzir a explicação e justificação da Responsabilidade Civil a apenas um valor. Estas últimas podem assumir diversas formas, unindo responsabilidade com utilidade social, liberdade com eficiência ou justiça corretiva com justiça distributiva.

Assim, tendo em vista nosso interesse em analisar a justiça corretiva e a distributiva na fundamentação da Responsabilidade Civil, selecionaremos neste ponto um tipo de abordagem monista – a que se centra na justiça corretiva⁴² – e duas abordagens pluralistas – as que sustentam um papel subsidiário da justiça corretiva em relação à distributiva e as que defendem um papel subsidiário da justiça distributiva em relação à corretiva – com o objetivo de compreender o lugar destas formas de justiça na fundamentação da prática do Direito de Danos.

Certamente, existem outras abordagens possíveis sobre a relação entre as formas de justiça e a fundamentação da Responsabilidade Civil, com as formas menos ortodoxas

⁴¹ Por exemplo, um modelo que reconhece o lugar subsidiário da justiça distributiva pode fundamentar regras, por exemplo, de responsabilidade objetiva a partir destes princípios de justiça, mesmo que eles não constituam o caso padrão do sistema de reparação de danos. O mesmo raciocínio pode ser aplicado para a questão da quantificação das indenizações.

⁴² A Análise Econômica do Direito – já tratada anteriormente –, em sua forma conceitual/descritiva, pode ser identificada como uma teoria monista que tenta explicar a Responsabilidade Civil com base na lógica da justiça distributiva, submetendo os indivíduos a interesses coletivos e distribuindo os encargos do dano de acordo com um critério de eficiência econômica. Neste sentido, ver DRESCH, 2013, p. 96 e ss.

possíveis. Uma análise de cada uma dessas posições, porém, traria uma complexidade demasiadamente alta para nossos fins, motivo pelo qual fazemos os recortes acima.

A primeira dessas teorias está centrada no papel justificatório da justiça corretiva, assumindo certa continuidade do pensamento aristotélico. Pode ser identificada especialmente na formulação teórica de Ernest Weinrib, que desenvolve uma explicação do Direito Privado como um todo com base no conceito de justiça corretiva com aspiração em Aristóteles e em Kant. Antes de tudo, é uma teoria complexa e com profundo vigor filosófico, que nestas linhas poderemos apenas resumir de forma muito generalizada, salientando os pontos que se apresentam como mais relevantes para o nosso fim.

Weinrib alicerça sua proposta em uma teoria formalista que postula que o direito tem um valor intrínseco, ou seja, que não está condicionado a nenhum fim externo⁴³. Com esse posicionamento, ele se opõe às concepções instrumentalistas do direito, como a Análise Econômica do Direito, que propõe que o direito deve perseguir a eficiência econômica, um fim que é externo ao próprio direito. O formalismo é, portanto, uma teoria geral do direito como um todo, sendo o Direito Privado um objeto de análise, muito caro para os interesses do autor.

O nome formalismo deriva da distinção aristotélica entre forma e conteúdo, a partir da qual, segundo Weinrib, todas as coisas se tornam inteligíveis⁴⁴. Há uma priorização da forma sobre o conteúdo, pois somente com ela seria possível determinar a estrutura de um conceito; deve-se, portanto, suspender a avaliação do conteúdo do direito para desvelar sua estrutura interna.

Na operação metodológica de verificar qual a forma que constitui a estrutura básica da Responsabilidade Civil, um dos elementos que se destacam é a conexão direta que se estabelece entre o ofensor e o ofendido (WEINRIB, 1995, p. 10). Quando um indivíduo causa um dano a outro, o dever de indenizar surge, salvo em situações excepcionais, para quem causou o dano e unicamente para ele. A relação direta entre o causador do dano e a vítima que se estabelece forma um elemento de bipolaridade – porque se estabelece entre dois polos de uma relação – e correlatividade – porque o dever do ofensor surge em razão (correlativamente) do direito do ofendido de ser reparado – que é essencial à noção de Responsabilidade Civil.

⁴³ Afirma Weinrib: “O Formalismo Jurídico afirma que as relações jurídicas podem ser compreendidas como incorporando na expressão de Unger, uma ‘racionalidade moral iminente’. A função da direito para o formalista é expressar essa racionalidade imanente nas doutrinas, instituições e decisões do direito positivo. As relações jurídicas assim concebidas são inteligíveis por referência a si mesmas e não apenas como uma a tradução para o direito de um propósito político independente que é desejável” (WEINRIB, 1988, p. 957, tradução livre).

⁴⁴ Neste sentido, ver WEINRIB, 1988, p. 958. Ver também BARBIERI, 2016, p. 1010 e ss.

A forma abstrata que traduz esta ideia de bipolaridade e correlatividade é a ideia de justiça corretiva aristotélica, sendo considerada por Weinrib a própria forma do Direito Privado⁴⁵. No geral, no procedimento formalista de Weinrib as formas mais abstratas e gerais do direito podem ser reduzidas às duas formas de justiça de Aristóteles (WEINRIB, 1992, p. 205), sendo a justiça corretiva apropriada para a inteligência do Direito Privado, em razão da preocupação com as relações imediatas estabelecidas entre as partes, e a justiça distributiva sendo apropriada para inteligência do Direito Público, uma vez que este se preocupa apenas com relações mediatas estabelecidas dentro de uma comunidade mais ampla. Catarina Barbieri explica este caminho do autor:

Cada particular observável no mundo — por exemplo, cada relação jurídica que surge de um dano não intencional causado pela pessoa A ao patrimônio da pessoa B — pode ser compreendido por meio de e organizado em conceitos cada vez mais abstratos e gerais. O maior grau de abstração e generalidade que é possível alcançar por esse processo mental é atingido quando se chega às duas formas da justiça, corretiva e distributiva, enunciadas por Aristóteles no livro V da *Ética a Nicômaco*. Para além delas não é possível conceber nada mais abstrato ou mais geral e tampouco uma única forma à qual ambas se subsumam (BARBIERI, 2016, p. 1022).

Portanto, para Weinrib, com todo o seu pano de fundo teórico, a justiça corretiva é a forma em si do Direito Privado e da Responsabilidade Civil. Como elas seriam formas excludentes – não atuando ao mesmo tempo em uma instituição social –, a justiça distributiva não teria qualquer papel na estrutura interna imanente do Direito Privado. Para o autor, ela possui uma ligação com a política que é extrínseca às formas jurídicas.

O formalismo de Weinrib defende uma separação estrita entre o político e o jurídico (WEINRIB, 1995, p. 209). Para o autor, o Direito Privado tem uma estrutura interna não política, compondo um sistema de direitos e deveres entre partes em uma relação. A justiça corretiva teria um potencial explanatório melhor porque ela não tem uma vinculação com a política como ocorre com a justiça distributiva.

Para Weinrib, a ligação da justiça distributiva com o político é inerente. Nela, a forma como se distribuem bens e encargos dentro de uma comunidade é mediada por um critério específico que opera de acordo com uma noção de igualdade proporcional. Este critério é a parte variável que permite a criação de várias formas distintas de distribuição. A escolha deste critério, e conseqüentemente a escolha por qual distribuição deve ser privilegiada, é uma decisão política. O aspecto jurídico da justiça distributiva envolve a coerência interna da

⁴⁵ Por esse motivo Jules Coleman nominou a concepção de justiça corretiva de Weinrib como concepção relacional, uma vez que reintroduziu no debate contemporâneo sobre o *Tort Law* o elemento surgido na relação jurídica criada entre ofensor e ofendido (COLEMAN, 1992, p. 311 e ss).

distribuição, não a escolha entre uma distribuição em detrimento de outra – que é uma decisão política (WEINRIB, 1995, p. 210).

Em consequência disso, põe-se um problema relativo à legitimidade na escolha de qual distribuição deve ser colocada em prática. Visto que as decisões sobre as distribuições afetam os interesses de todos os membros da comunidade, Weinrib questiona se atribuir ao juiz, em sua condição limitada de análise entre as partes e não envolvido no debate público, o poder apropriado em função desta natureza da discussão. Afirma o autor:

A autorização de algumas distribuições e a rejeição de outras envolvem decisões acerca dos interesses de todos os membros da comunidade. Os responsáveis por estas decisões devem ser responsáveis perante todos. Juízes, que tem um poder limitado dentro de suas próprias agendas, que veem a controvérsia pelo prisma da litigância sobre direitos, que precisam canalizar os efeitos dos seus julgamentos entre os litigantes, e que são relativamente livres de uma prestação de contas perante a comunidade, não estão apropriadamente situados em condição de escolher entre possíveis distribuições.⁴⁶

Por outro lado, a justiça corretiva não tem esse tipo de compromisso político. Quando raciocina com base nela, o juiz não escolhe entre um esquema de correção ou outro, mas ao invés disto determina o sentido de justiça corretiva naquele tipo de transação – voluntária ou involuntária – que está em questão⁴⁷. Assim, a relação entre as partes em uma demanda mediada pela justiça corretiva diz respeito apenas ao dano específico e à relação de correlatividade que se estabelece, não tendo relação com um objetivo coletivo externo à relação.

Ainda, um objetivo externo como este não pode ser limitado à interação entre duas partes em uma transação, que faz parte da natureza da justiça corretiva, mas precisa abarcar todos os sujeitos de que se enquadram nele. Assim, a relação entre o ofensor e o ofendido se torna irrelevante neste raciocínio, tornando a ideia de adoção deste fim externo incompatível com a própria natureza da justiça corretiva – que se vincula à relação de bipolaridade entre as partes na relação (WEINRIB, 1995, p. 212-213).

Nestes termos, Weinrib diferencia as duas formas de justiça e justifica o porquê de a justiça corretiva ser adequada para fundamentação do Direito de Danos. Resta desafiar Weinrib com a questão levantada anteriormente: se a justiça corretiva visa a reestabelecer um contexto

⁴⁶ Tradução livre do original: “The authorization of some distributions and the rejection of others involve decisions about the interests of all members of the community. Those responsible for these decisions should correspondingly be answerable to all. Judges, who have limited control over their own agendas, who see controversy through the prism of litigation about entitlements, who must funnel the effects of their judgments through litigants, and who are relatively insulated from accountability to the community, are not appropriately situated to select from among possible distributions” (WEINRIB, 1995, p. 211).

⁴⁷ Afirma Weinrib: “A categoria da justiça corretiva é uma concepção singular cujo significado é judicialmente elaborado nas diferentes circunstâncias de sua aplicação” (WEINRIB, 1995, p. 212, tradução livre).

de alocação de bens prévio, o que determina este contexto? Não seria a justiça distributiva? Para Weinrib, não. Ele recorre à Kant para apontar que todos os indivíduos possuem uma espécie de “igualdade formal”, que é metafísica, a qual não pode ser violada nas interações entre os mesmos. Os atos de cada um, enquanto atos de seres livres e iguais, devem ser compatíveis com a liberdade de cada um. Este é o ponto de partida da igualdade para a justiça corretiva operar.

O segundo grupo de teorias corresponde à uma visão pluralista do Direito de Danos, em que a justiça distributiva tem o papel justificatório principal, deixando a justiça corretiva com um espaço subsidiário com relação à primeira. Assim, essas abordagens não defendem que a justiça corretiva não deve ter qualquer lugar na fundamentação do Direito de Danos, por exemplo, apenas que ela deve ser colocada em um nível muito baixo em comparação com a justiça distributiva⁴⁸.

Em razão do histórico de debates e da própria concepção aristotélica, este tipo de abordagem é comumente vista como não ortodoxa. Mas é, ao mesmo tempo, desafiadora, evidenciando aspectos que estavam ocultos na compreensão do Direito de Danos na concepção anterior.

As formas como esta preponderância da justiça distributiva pode ser estabelecida são diversas e por isso alguns casos representativos devem ser selecionados. Um importante autor que endossa esta abordagem é Gregory C. Keating, considerado o maior defensor contemporâneo do tipo de abordagem chamada contratualista da Responsabilidade Civil (OBERDIEK, 2014, p. 106; ZAMORA, 2013, p. 104), que tem forte inspiração na teoria da justiça de John Rawls.

Para ele, considerações sobre a noção de equidade (*fairness*) são abundantes no Direito de Danos, mas estes argumentos tem sido difíceis de justificar dentro de um quadro de justiça corretiva – justamente porque a noção de *fairness* remete à justiça distributiva (KEATING, 2000, p. 195). Uma consequência importante para esta discussão é a de que, para os filósofos da justiça corretiva do *Common Law*, tem sido difícil encaixar uma justificação da responsabilidade objetiva⁴⁹ neste raciocínio, o que por vezes tem levado à sua rejeição, como

⁴⁸ Gregory Keating aponta que: "O que eu espero fazer é argumentar que, a medida em que nos preocupamos com justiça e equidade (*fairness*) na responsabilidade civil, devemos nos preocupar mais com questões de justiça distributiva – com a repartição equitativa dos encargos e benefícios de atividades perigosas (*risky activities*) – e menos com questões de justiça corretiva – com questões de atuação incorreta e retificação" (KEATING, 2000, p. 95, tradução livre).

⁴⁹ O foco do trabalho de Keating é especialmente voltado para a discussão da fundamentação da responsabilidade objetiva (*Strict Liability*) a partir da justiça distributiva. O debate filosófico do *Common Law* ainda é – o que para nós, brasileiros, poderia soar estranho – muito centrado na possibilidade teórica da responsabilidade objetiva em oposição à responsabilidade subjetiva (*Negligence Liability*). Em nossa exposição do pensamento de Keating,

faz Weinrib. Para conciliar as demandas explanatórias das considerações sobre equidade na Responsabilidade Civil, compatibilizando com a ideia de responsabilidade objetiva, devemos fazer uso de uma teoria contratualista, baseada na noção de justiça distributiva.

Uma teoria do contrato social aplicada ao Direito de Danos se baseia na seguinte pergunta: “Quais termos pessoas livres e iguais, comprometidas com uma cooperação justa uns com os outros, iriam acordar para governar os riscos dos danos ocasionados por acidentes criados por atividades benéficas?” (KEATING, 2000, p. 196). Esta é uma questão de justiça, em parte porque envolve a distribuição justa dos encargos e benefícios provenientes de atividades perigosas (*risky activities*), em parte porque envolve a proteção de interesses fundamentais dos indivíduos afetados pelos acidentes. Existe uma demanda por parte dos potenciais ofensores por liberdade na consecução de suas atividades e uma demanda por parte das potenciais vítimas por segurança no desenvolvimento de suas vidas⁵⁰.

Situada a questão como uma questão de justiça, resta saber que tipo de justiça. A abordagem tradicional da justiça do Direito de Danos o compreende como uma questão de justiça corretiva. O marco distintivo entre a abordagem contratualista – que é predominantemente distributiva – e a abordagem corretiva é o papel que se atribui à responsabilidade objetiva (KEATING, 2000, p. 199). Essa distinção deve, segundo o autor, ser colocada nos termos da diferenciação entre justiça corretiva e distributiva. Neste sentido, afirma Keating:

Parece mais frutífero, contudo, entender a diferença entre as concepções de equidade (*fairness*) e a de justiça corretiva nos termos da distinção entre justiça distributiva e corretiva. Na concepção de equidade (*fairness conception*), a responsabilidade civil é primeiramente uma questão de justiça distributiva e apenas secundariamente uma questão de justiça corretiva. A ideia de equidade implica que a responsabilidade civil é e deve se preocupar com a distribuição justa (*fair*) dos encargos e benefícios das atividades danosas que são mutuamente benéficas. A equidade (*fairness*) requer – presumidamente – que aqueles que impõem riscos suportem os custos dos acidentes que resultam dessa imposição de riscos.⁵¹

faremos uma análise da discussão sobre a responsabilidade objetiva, pois ela representa um marco fundamental que divide as teorias da justiça corretiva e as teorias contratualistas (KEATING, 2000, p. 1999).

⁵⁰ Afirma Keating: "Temos um interesse fundamental na liberdade porque, sem uma medida substancial de liberdade para impor riscos aos outros, não seríamos capazes de perseguir os fins e as aspirações que dão o significado de nossas vidas. Temos um interesse fundamental na segurança porque, sem uma medida substancial de liberdade de danos acidentais e morte, nossas chances de perseguir esses fins e aspirações ao longo de uma vida completa e normal estão em perigo" (KEATING, 2000, p. 196-197, tradução livre).

⁵¹ Tradução livre do original: “It seems most fruitful, however, to understand the difference between the fairness and corrective justice conceptions in terms of the distinction between distributive and corrective justice. On the fairness conception, the tort law of accidents is primarily a matter of distributive justice and only secondarily a matter of corrective justice. The idea of fairness implies that the tort law of accidents is and should be concerned with the fair distribution of the burdens and benefits of mutually beneficial but harmful activities. Fairness requires – presumptively – that those who impose risks bear the accident costs that issue from those risk impositions” (KEATING, 2000, p. 200).

Nestes termos, portanto, Keating estabelece seu princípio de equidade (*fairness*). Os sujeitos que de alguma forma escolhem impor riscos a outros geralmente se beneficiam. Eles devem, portanto, suportar os custos dos riscos que geraram em seu próprio benefício. Assim, o princípio estabelece que os encargos e benefícios de atividades perigosas (*risky activities*) são distribuídos de forma justa quando aqueles que se obtêm os benefícios também suporta os encargos (KEATING, 2000, p. 200).

Com este raciocínio, Keating está importando a ideia de reciprocidade desenvolvida por George P. Fletcher (FLETCHER, 1972)⁵². Para ele, é possível identificar dois tipos de riscos impostos no curso das atividades sociais. Existem riscos recíprocos, em que um indivíduo, ao mesmo tempo que impõe risco a outros, também os suporta em mesma quantidade. Por outro lado, também existem riscos não-recíprocos, em que, por exemplo, o indivíduo apenas suporta o risco, não o impondo aos demais, ou apenas o impõe, deixando com que os demais tenham que suportá-lo. Em uma partida de futebol, os jogadores comuns impõem e suportam os mesmos riscos de se acidentarem e contraírem lesões, sendo estes riscos recíprocos. Porém, se um jogador, por algum motivo, passa a desenvolver uma conduta agressiva, roubando bolas com violência e fazendo jogadas perigosas sem motivo, ele passa a impor riscos aos demais jogadores que não suporta de forma igual. Estes riscos são não-recíprocos.

As atividades humanas não naturalmente perigosas. Fletcher afirma que, para desenvolver suas atividades, os indivíduos precisam impor riscos aos demais, e por isso também devem aceitar que os outros também imponham riscos. Quando os riscos são recíprocos, eles acabam se anulando em termos de distribuição dos encargos dos danos, uma vez que todos já estão suportando os riscos iguais. Porém, quando esses riscos são não-recíprocos, há um desnivelamento da distribuição dos encargos, devendo a Responsabilidade Civil atuar fazendo com que o ofensor receba o encargo do dano gerado pela imposição do risco. Desta forma, o Direito de Danos somente atua nos casos de danos causados pela imposição de riscos não-recíprocos por parte de um agente, ou seja, riscos que a vítima não esperaria de forma razoável.

A responsabilidade por imputação subjetiva e a objetiva são regimes possíveis de atribuição de responsabilidade. A concepção de Keating considera a responsabilidade objetiva mais adequada porque ela permite que, independentemente da consideração subjetiva vinculada à culpa, aquele que se beneficiou de riscos não-recíprocos impostos por ele também suporte os encargos dos danos gerados.

⁵² Fletcher foi o primeiro a aplicar uma abordagem rawlsiana na explicação do Direito de Danos, neste artigo publicado apenas um ano depois de “Uma Teoria da Justiça”.

O terceiro grupo de teorias é pluralista no sentido de conferir o papel central de fundamentação da Responsabilidade Civil para a justiça corretiva, mas ao mesmo tempo reconhecer que a justiça distributiva também possui um papel neste contexto.

De forma geral, existem duas formas de defender esta tese, uma que reconhece a independência mútua entre justiça corretiva e distributiva – no seguimento do pensamento aristotélico – e a que aduz algum tipo de dependência. Sobre a última, é possível conceber a dependência em dois níveis: a) um nível conceitual, no qual se defende que a retificação das interações injustas é apenas uma forma de proteger as distribuições justas; b) um nível normativo, no sentido de que a força vinculante de uma norma de correção é perdida quando visa à manutenção de uma distribuição de fundo injusta (PAPAYANNIS, 2010, p. 184-185). Ao mesmo tempo, se adotamos a primeira perspectiva, de que as duas formas de justiça são independentes uma da outra, isto não quer dizer que elas não possam interagir em algum sentido importante.

Com relação à tese da dependência conceitual, ela postula que não haveria justiça de qualquer espécie se a consequência da aplicação da justiça fosse a manutenção de resultados injusto. Tal tese, porém, parece extremamente implausível. Digamos que, no exemplo formulado por Diego Papayannis (PAPAYANNIS, 2010, p. 185), um sujeito A possui um conjunto de bens que vale 15 e o sujeito B possui um conjunto que vale 85. Por outro lado, a distribuição justa, conforme os méritos relativos a cada um, implica em uma divisão proporcional de $1/3$. Assim, pode-se concluir que a distribuição é injusta, uma vez que $1/3$ é diferente de $15/85$. Agora imaginemos que A rouba de B um conjunto com valor de 10; com isso, a distribuição se torna perfeitamente justa ($25/75 = 1/3$), mas não poderíamos dizer que por isso A não teria o dever de devolver o que roubou.

Neste exemplo, formulado com os conceitos aristotélicos, fica clara a dificuldade deste tipo de posição de explicar o fenômeno do dever de reparar danos, inclusive no nível normativo⁵³. Além disso, ela ainda teria uma dificuldade prática, uma vez que as distribuições justas são sempre ideais e é sempre provável que na interação entre pessoas se esteja diante de

⁵³ Diego Papayannis vai mais além, afirmando que a justiça corretiva não teria, com isso, o condão de preservar nenhum tipo de padrão anterior. Ao contrário, ela sempre modifica o padrão de distribuição pré-existente: "Não só é verdade que a justiça corretiva às vezes pode manter um padrão distributivo injusto, mas também é verdade que a justiça corretiva é incompatível com a própria ideia de preservar um padrão cuja alteração seria uma injustiça. No caso de danos, a justiça corretiva modifica necessariamente o padrão preexistente, justo ou injusto, em cada uma de suas operações, sem alterar o mérito das partes. Portanto, a justiça corretiva não só seria um princípio de justiça independente da justiça distributiva em um nível conceitual, mas incompatível com ela no nível justificatório" (PAPAYANNIS, 2010, p.186, tradução livre).

injustiças na distribuição dos bens, o que quase retiraria a possibilidade de atuação integral da justiça corretiva.

Precisamos retomar a ideia de que as formas de justiça são independentes e mutuamente excludentes, cada uma se aplicando a situações distintas, como defendia Aristóteles. Afirmar que elas são excludentes, no sentido de que se aplicam a situações distintas, porém, não implica em dizer que elas sejam incompatíveis. Seriam completamente antinômicas se os resultados da justiça corretiva não pudessem ser valorados e desaprovados pela justiça distributiva, o que não é o caso (PAPAYANNIS, 2010, p. 187). Deve-se, portanto, compreender como se daria esta compatibilidade.

Jules Coleman é um dos autores que pode ser interpretado como defendendo esta tese. Em *Risks and Wrongs* (COLEMAN, 1992)⁵⁴, o autor desenvolve uma teoria que visa a dar conta da prática do Direito de Danos. Sua teoria é pluralista porque não considera que a prática pode ser explicada com referência à apenas um princípio, podendo implementar vários ao mesmo tempo, alguns deles econômicos, outros de natureza moral (COLEMAN, 1992, p. 303). O elemento central do Direito de Danos, porém, é ser uma prática de atribuir responsabilidade aos indivíduos pelos danos que elas impuseram a outros (COLEMAN, 1992, p. 198) – é, portanto, a justiça corretiva.

Com isto em mente, o autor diferencia três concepções de justiça corretiva – anuladora, relacional e mista – para endossar a concepção mista. Sem adentrar nos meandros de cada uma dessas concepções, a concepção relacional se confunde em termos gerais com a proposta por Weinrib, desafiando Coleman. A concepção mista, adotada no livro supracitado, é uma forma de compatibilização da concepção anuladora – defendida anteriormente nos trabalhos anteriores de Coleman – com a visão relacional.

Com o advento do elemento relacional na explicação do Direito de Danos, incorporado na concepção mista, determinadas questões puderam ser melhor observadas. Uma delas é a de que a justiça corretiva provê aos agentes razões morais para agir (COLEMAN, 1992, p. 350). Assim, ela impõe deveres morais entre as partes, ou seja, impõe o dever do ofensor de compensar as perdas do ofendido.

⁵⁴ Coleman possui uma produção acadêmica muito ampla, com muitas mudanças de posição ao longo de sua obra em diversos temas. *Risks and Wrongs* é considerada sua obra principal no campo da Responsabilidade Civil, onde o autor reuniu as suas ideias ao longo de quase duas décadas de publicações. Esta obra será o foco de nossa análise neste trabalho, embora esteja desde já ressaltado o caráter amplo e difuso do pensamento do autor.

Quando enfrenta a questão de se a justiça corretiva depende em algum nível da distribuição de fundo operada pela justiça distributiva, Coleman é colocado diante de duas alternativas das quais ele quer evitar. Em suas palavras:

Parece que estamos diante de duas alternativas; nenhuma é plenamente satisfatória nem plausível. Desejo delinear uma estratégia argumentativa mais promissora. Se provocamos uma ruptura entre as normas que governam as transações e a justiça dos direitos subjacentes (*underlying entitlements*), nós vamos as vezes ver que é impossível explicar como a justiça corretiva pode fornecer aos agentes razões morais para agir. Por outro lado, se nós exigimos que as pretensões fundadas na justiça corretiva estejam, em última instância, apoiadas pela justiça distributiva dos direitos subjacentes, então o âmbito de justiça corretiva será estreito; de fato, tão estreito para que nos desse razões para duvidar que ela possa desempenhar alguma função na compreensão de qualquer prática jurídica em um mundo claramente imperfeito como o nosso (COLEMAN, 1992, p. 351-352, tradução livre)⁵⁵.

A solução dada por Coleman em *Risks and Wrongs* é a de que para a justiça corretiva poder ser aplicada a um conjunto de direitos estabelecidos – definidos através de uma distribuição que pode ser justa ou injusta – eles devem ser merecedores de proteção contra a intervenção privada, mas que eles possam sofrer intervenção do Estado (COLEMAN, 1992, p. 352). O Estado sempre possuirá autoridade moral para intervir e impor uma forma de alocação de direitos segundo a melhor teoria da justiça distributiva disponível.

Para merecer esta proteção basta que este conjunto de direitos seja minimamente defensável com base na justiça. As alocações que não possuem essa característica mínima – de poderem ser defendidas com base em uma teoria da justiça – não são “verdadeiros” direitos no sentido de que sua violação não fornece razões morais para agir.

Neste sentido, afirma Coleman:

A visão defendida aqui é que a justiça corretiva não é compatível com qualquer conjunto possível de direitos (*entitlements*), independentemente de sua justiça, e a justiça corretiva não é transacional em um sentido estrito; ela alcança os direitos subjacentes (*underlying entitlements*). Se esses direitos (*entitlements*) falham em satisfazer as condições mínimas exposta no texto, então não podem existir razões de justiça corretiva para preservá-los impondo um dever de reparar (COLEMAN, 1992, p. 489, tradução livre)⁵⁶.

⁵⁵ Tradução livre do original: “We appear to have two alternatives; neither is fully satisfactory nor plausible. I want to take a stab at outlining a more promising line of argument. If we drive a wedge completely between the norms governing transactions and the justice of the underlying entitlements, we will sometimes find it impossible to explain how corrective justice can provide agents with moral reasons for acting. On the other hand, if we require that claims in corrective justice be ultimately supportable by the distributive justice of the underlying entitlements, then the scope of corrective justice will be narrow indeed, so narrow as to give us reasons to doubt that it could play any useful role in understanding any legal practices in patently second-best world like our own” (COLEMAN, 1992, p. 351-352).

⁵⁶ Tradução livre do original: “The view defended here is that corrective justice is not compatible with every possible set of entitlements, regardless of their justice, and corrective justice is not transactional in the narrow sense; it reaches the underlying entitlements. If those entitlements fail to satisfy the minimal condition set out in

Dizer que estes direitos alocados devem ser minimamente defensáveis coloca a questão em um nível bastante mitigado. Os bens alocados e o conjunto de direitos atribuídos não precisam coincidir com as exigências de uma teoria da justiça distributiva (COLEMAN, 1992, p. 353). Na verdade, isto tiraria toda a plausibilidade e possibilidade explicativa da teoria de Coleman, visto que as teorias da justiça distributiva são, em geral, ideais, não sendo em absoluto verificadas na prática⁵⁷.

No geral, portanto, distribuições injustas podem ser endossadas pela justiça corretiva (COLEMAN, 1992, p. 305), apenas perdendo este caráter quando chegam a um nível tão radical que não seria possível dizer que elas constituem direitos a serem protegido e por isso sua violação não implica em fornecer razões morais para reparar os danos.

Desta forma, é possível concluir, portanto, que essas teorias não só atribuem um papel, mesmo que mitigado à justiça distributiva na Responsabilidade Civil, mas também que não a consideram estranha ou incompatível com o sistema de reparação de danos. Para Coleman, o Direito de Danos não se limita à justiça corretiva, podendo, dentro de sua lógica, internalizar princípios de eficiência econômica e/ou justiça distributiva sem incompatibilidades conceituais. Desta forma, se torna possível que o legislador estabeleça parâmetros distributivos para determinação tanto do dever de reparar quanto do valor da indenização sem violar a coerência do sistema.

2.3. REINTERPRETAÇÃO DOS CRITÉRIOS DE QUANTIFICAÇÃO DE DANOS À LUZ DA IDEIA DE JUSTIÇA

Iniciamos este capítulo falando sobre o critério da situação econômica das partes como um critério de quantificação de danos e suas possíveis aplicações na prática jurídica. Apontamos que estas aplicações carecem de maiores explicações de seus fundamentos teóricos que permitam uma interpretação coerente do critério. Avançamos para introduzir os conceitos que consideramos pertinentes para aprofundar o debate, apresentando a discussão filosófica sobre os fundamentos da Responsabilidade Civil, suas abordagens principais, e dando maior atenção

the text, then there can be no reason in corrective justice for sustaining them by imposing a duty of repair” (COLEMAN, 1992, p. 489).

⁵⁷ Afirma o autor: “Ninguém que eu conheço acredita que a alocação de recursos subjacente nos Estados Unidos, por exemplo, coincide exatamente com o que a justiça distributiva exige. Por outro lado, não é implausível pensar que as transgressões destes recursos pela conduta de terceiros normalmente gera pretensões de justiça para reparação” (COLEMAN, 1992, p. 353, tradução livre). Nada parece indicar que estas observações seriam diferentes no caso brasileiro.

para as abordagens morais, baseadas na distinção entre justiça corretiva e distributiva. Precisamos agora religar os pontos para deixar mais claro onde esse caminho de discussão pode nos levar.

Encerramos a seção anterior falando sobre a diferenciação entre as formas de justiça aristotélicas e apresentando do debate contemporâneo sobre a fundamentação do Direito de Danos com base nestes conceitos e a sua respectiva relação nessas teorias. Acreditamos que esta perspectiva – acerca da concepção de justiça aplicada ao Direito Privado – pode abrir novos caminhos de discussão e aprofundamento em diversas searas da Responsabilidade Civil, especialmente, em nosso caso, na temática na quantificação dos danos, tão carente de fundamentação mais sólida.

Como seria possível ligar a dogmática da Responsabilidade Civil brasileira e o debate da fundamentação teórica do instituto com base em teorias da justiça? Tentamos até o momento apresentar formas de ligação fundamentais entre justiça e Responsabilidade Civil, tanto na forma quanto no conteúdo das regras de reparação de danos. Vale, porém, estabelecer essas ligações de forma mais direta com o modo como a dogmática já compreende a Responsabilidade Civil no Brasil.

Na análise que fizemos dos critérios de quantificação dos danos morais⁵⁸, a justificação de sua aplicação geralmente recorreu a conceitos como razoabilidade, proporcionalidade e equidade. Todos eles têm uma vinculação direta com a noção de justiça, podendo ela servir como uma forma de especificação do que estes conceitos indicam em casos concretos.

O último deles, porém, possui uma relação especial com o conceito de justiça. Diz-se corriqueiramente que a equidade é a justiça do caso concreto. No pensamento aristotélico, ela funciona não como a justiça em si, mas como a retificação da justiça legal (ARISTÓTELES, 2009, p. 172). Como a lei, representada na justiça legal ou geral, é sempre abstrata e não pode previamente determinar todos os casos, a equidade se encarrega de retificar as impropriedades causadas pela generalidade da lei.

O que exatamente exige a equidade no caso concreto, o que ela direciona e qual o juízo a ser aplicado na avaliação do caso, é uma questão que ainda está em aberto. Ao longo dos séculos de pensamento filosófico, a preocupação com a interpretação das leis saiu do campo ético para constituir uma parte da Filosofia do Direito, enquanto o debate sobre a justiça particular permaneceu no campo da Ética. Acreditamos que as formas de justiça particular

⁵⁸ Como os danos morais possuem uma amplitude semântica e uma abertura para a quantificação por arbitramento, é necessária uma justificação dos critérios que apele a noções extrajurídicas, que geralmente se vinculam à Ética e à Filosofia Política.

aristotélicas conseguem fornecer um caminho para a interpretação da lei e para explicar as exigências de equidade, como exporemos no capítulo seguinte.

Vamos defender no capítulo seguinte que a situação econômica das partes é um critério de justiça distributiva. Considerar a situação econômica de alguém é considerar algum tipo de mérito na equação, o que é estranho à noção aristotélica de justiça corretiva. Por sua vez, a presença de considerações de mérito, vinculadas à abundância ou escassez de recursos de um indivíduo, corresponde exatamente a uma das características essenciais de como a justiça distributiva opera. Assim, com esses conceitos em mente, será possível avaliar com maior propriedade a justificação e a extensão da aplicação do critério na quantificação das indenizações.

3. SITUAÇÃO ECONÔMICA DAS PARTES E JUSTIÇA

Começamos o capítulo anterior introduzindo o critério que é nosso objeto de estudo – a situação econômica das partes –, apresentando quatro formas como ele pode ser interpretado e aplicado na quantificação dos danos, sejam eles morais ou materiais. Tais aplicações, resumidamente, consistiam em: 1) aumentar o valor da indenização se da situação econômica do ofensor for alta e o valor da reparação integral não cumprir o objetivo preventivo; 2) reestabelecer o valor da reparação integral quando o ofensor incorrer em culpa levíssima (que implicaria na redução equitativa do art. 944, parágrafo único, do Código Civil de 2002), mas tiver alta situação econômica; 3) diminuir o valor da indenização quando o ofensor tiver baixa situação econômica, quando a reparação integral gere a ruína financeira do agente causador do dano; 4) reduzir o valor da indenização por danos morais quando esta representar um montante maior do que a vítima ganharia ao longo de sua vida.

Tendo sido estabelecido que o debate sobre as noções de justiça pode colaborar na compreensão da Responsabilidade Civil, podemos nos voltar à interpretação destas aplicações com base nos conceitos levantados no capítulo anterior. Antes de adentrar na análise do critério, porém, uma tese sobre o sistema de quantificação de danos no direito brasileiro deve ser defendida: este é um sistema misto, que incorpora considerações de justiça corretiva e distributiva desde a sua formulação legal. Com isto em mente, será possível avançar para analisar o critério da situação econômica das partes como um critério de justiça distributiva e as consequências desta afirmação.

3.1. O SISTEMA MISTO DE QUANTIFICAÇÃO DE INDENIZAÇÕES

Com relação à quantificação pecuniária das indenizações, pode-se dizer que a legislação brasileira apresenta dois critérios principais – extensão do dano e culpabilidade –, definidos no art. 944 do Código Civil, que assim dispõe:

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

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

A doutrina civilista costuma associar o *caput* do art. 944, CC com o Princípio da Reparação Integral. Como foi pontuado no primeiro capítulo, tal princípio envolve recolocar o indivíduo no contexto anterior ao dano, como se ele nunca tivesse ocorrido. Tem, nas palavras de Rosendal, Farias e Braga Netto, como objetivo:

Repór o ofendido ao estado anterior à eclosão do dano injusto, assumindo a árdua tarefa de transferir ao patrimônio do ofensor as consequências do evento lesivo, de forma a conceder à vítima uma situação semelhante àquela que detinha (ROSENVALD; FARIAS; BRAGA NETTO, 2015, p. 29).

O que importa para aferição do *quantum*, nos termos do *caput* do art. 944, é a extensão do dano, prescindindo-se de elementos vinculados à figura do agente, como o seu grau de culpa. Aliás, desde a separação entre responsabilidade civil e penal, tornou-se tradicional o entendimento de que a culpabilidade não era relevante para a responsabilização civil, deixando-a para a seara penal, de natureza pública.

Mesmo com algumas mitigações, este raciocínio também foi trazido para o Código Civil de 2002. É possível se afirmar que o Princípio da Reparação Integral possui primazia na quantificação dos danos sobre outros critérios, que acabam operando como restrições ao princípio geral que funciona como padrão.

Com o enunciado do *caput* do art. 944, CC, afirma Paulo de Tarso Sanseverino, “positivou-se um princípio já consagrado em nosso sistema de responsabilidade civil, deixando clara a prevalência do dano sobre a culpabilidade na fixação da indenização correspondente aos prejuízos ensejados pelo ato ilícito” (SANSEVERINO, 2010, p. 50).

É importante compreender o que este princípio quer dizer em termos de justiça. Tal regramento é a concretização jurídica da ideia de justiça corretiva. Como tal, postula que, diante de uma situação de dano que quebra o contexto de igualdade prévia estabelecido entre as partes, devem ser tomadas medidas para relocar o ofendido na situação anterior ao dano. É por isso que o referencial de quantificação é a extensão do dano, uma vez que corresponde exatamente ao que foi subtraído injustamente da seara jurídica do ofendido, prescindindo-se de considerações sobre os méritos ou deméritos da conduta do agente.

A doutrina nacional também entende neste sentido. Paulo de Tarso Sanseverino atribui à justiça corretiva o papel de fundamentação do Princípio da Reparação Integral:

O fundamento do princípio da reparação integral, acolhido pelo art. 944 do CC, é a noção de justiça corretiva desenvolvida por Aristóteles em sua *Ética a Nicômaco* (SANSEVERINO, 2010, p. 51).

Afirma o autor que, como modo de concretização da igualdade, a inclusão da ideia de justiça corretiva atende à diretriz de eticidade traçada pelo Código Civil de 2002, que implica na valorização de critérios ético-jurídicos com ênfase na pessoa humana como fonte do direito (SANSEVERINO, 2010, p. 56). Isto permite que determinados postulados relacionados à justiça, equidade, boa-fé, etc., recebam especial atenção do ordenamento.

Portanto, o primeiro ponto que precisamos fixar é o de que o sistema de responsabilidade civil brasileiro, mais especificamente o sistema de quantificação dos danos, dá um grande relevo para a ideia de justiça corretiva, não podendo esta ser deixada de lado em qualquer explicação frutífera de seu funcionamento.

Por outro lado, o parágrafo único do art. 944 do CC/2002 também possui um papel igualmente importante nos procedimentos de quantificação, especialmente diante de um desnivelamento da culpa com relação à extensão do dano. O dispositivo introduz a regra de redução equitativa do valor da indenização em caso de excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e a extensão do dano.

O critério opera, portanto, como uma limitação legal ao princípio da reparação integral e à justiça corretiva. Sua fundamentação teórica, segundo a maioria da doutrina nacional, é a ideia de equidade⁵⁹, que tem base aristotélica, como já expomos.

Tomando como base a discussão do capítulo anterior, é possível afirmar que a redução equitativa baseada na culpabilidade é um critério de justiça distributiva. Se aplicada à responsabilidade civil, esta forma de justiça opera distribuindo os encargos relativos ao dano. Neste caso, os encargos dos danos são distribuídos de acordo com o critério de culpabilidade do agente causador do dano, mas apenas em caso de desnivelamento entre o nível da extensão do dano e o nível de culpabilidade do agente.

Assim, aqueles que estão em uma situação subjetiva de baixa culpabilidade em comparação com uma alta extensão do dano causado podem ter seu dever de indenizar reduzido. O critério da culpabilidade do agente se relaciona com a sua figura subjetiva, nada tendo a ver com o tamanho do dano em si e com a lógica corretiva.

A interpretação deste critério como instrumentalizando princípios de justiça distributiva pode, por exemplo, ser encontrada na afirmação de Catarina Barbieri:

Assim, dentro de um mesmo sistema de responsabilidade civil estabelece-se um conflito que pode ser observado tanto nas interpretações feitas pelos tribunais, quanto nos textos legislativos onde, como no exemplo do Art. 944 do Código Civil Brasileiro, fundamentações a partir da ideia de justiça distributiva parecem somar-se à tradicional justificação de natureza corretiva (BARBIERI, 2008, p. 11).

Desde sua positivação, existe um debate sobre se a regra de redução equitativa da indenização seria inconstitucional, visto que poderia ofender o direito de propriedade e a noção de proteção integral à vítima (KONDER, 2007, p. 27 e ss.). A leitura da regra com base na

⁵⁹ Neste sentido, ver SANSEVERINO, 2010, p. 85 e ss.

justiça distributiva pode ajudar tanto a endossar a tese da inconstitucionalidade quanto para negá-la. Pode-se, com isso, argumentar que a regra está, ao contrário do que se postula, alinhada com preceitos de justiça, sendo apenas aparente o conflito com direitos como o de propriedade, uma vez que eles estariam condicionados – como ocorre, por exemplo, na tributação – à preceitos maiores vinculados à distribuição justa dos bens e encargos. Pode-se, ao mesmo tempo, questionar a regra, defendendo – com base, por exemplo, no que foi discutido do pensamento de Gregory Keating – que a justiça distributiva, na verdade, implica em uma distribuição justa dos riscos das atividades, o que conduz à tese da objetivação da responsabilidade civil e não ao resguardo da culpa, como faz a regra de redução equitativa. Independente do caminho que se tome, a noção de justiça distributiva ajuda a visualizar a lógica por trás da regra que pode nos auxiliar na sua avaliação teórica.

Isto posto, da análise do art. 944 do CC/2002, tanto em seu *caput* quanto no parágrafo único, tem-se que ele incorpora princípios de justiça corretiva e de justiça distributiva, permitindo a caracterização do sistema de reparação de danos no Brasil como um sistema misto.

Um sistema misto que, por sua vez, confere um lugar central para a justiça corretiva, deixando a justiça distributiva com um papel subsidiário, uma vez que ela constitui uma restrição ao princípio da reparação integral (SANSEVERINO, 2010, p. 80).

3.2. SITUAÇÃO ECONÔMICA DAS PARTES COMO JUSTIÇA DISTRIBUTIVA

A partir da ideia de que o sistema de responsabilidade civil brasileiro incorpora princípios de justiça corretiva e distributiva ao mesmo tempo, tem-se que a lógica da justiça distributiva não é estranha ao Direito Privado e ao Direito de Danos brasileiro. Assumir, portanto, que determinados critérios de quantificação de danos já adotados por nossa legislação, doutrina e jurisprudência incorporam princípios de justiça distributiva não implica em uma inconsistência conceitual, na esteira do que foi dito no capítulo anterior, bem como não introduz uma incoerência no sistema.

A justiça corretiva interfere no conjunto de bens e direitos distribuídos pela comunidade e, com isso, os seus efeitos podem e devem ser avaliados ética e politicamente pela justiça distributiva. No caso dos danos morais isto fica mais latente: por mais que se diga que o dano interferiu na esfera extrapatrimonial da vítima e esta interferência pode ser quantificada para fins de definição do valor da indenização pecuniária, o ofensor não incorporou, em seu patrimônio material, os bens que violou; ou seja, o ofensor terá que tirar o que tem – que lhe foi distributivamente conferido – para se responsabilizar pelo dano que causou. A maioria dos

casos de justiça corretiva não envolve a manutenção de um padrão prévio, mas interfere significativamente na distribuição de bens existentes para aquelas partes envolvidas (PAPAYANNIS, 2010, p. 186).

Nesta seção queremos analisar o critério da situação econômica das partes como sendo uma forma em que a justiça distributiva pode interferir na justiça corretiva (reparação integral). Mas o que envolve afirmar, com base no que dissemos, que ele é um critério que incorpora a lógica da justiça distributiva?

Antes de tudo, o critério precisa implicar em uma distribuição dos encargos com os danos com base em algum critério a ser selecionado. Não está em jogo refazer todo o sistema de alocações de bens, direitos e encargos em uma comunidade, mas de operar a avaliação deste sistema com base na justiça distributiva. Neste contexto, a justiça distributiva funciona redistribuindo os encargos e benefícios de acordo com algum mérito ou necessidade específica dos sujeitos na comunidade.

O critério da situação econômica das partes funciona com a lógica da justiça distributiva porque ele opera uma redistribuição dos encargos gerados pelos danos de acordo com aqueles que tem melhor condição econômica – que é o critério de referência⁶⁰ – para suportá-los. Desde Aristóteles, a ideia de justiça envolve que os sujeitos que tem menores quantidades de um determinado mérito recebam mais benefícios e tenham que suportar menos encargos, concretizando a ideia de igualdade geométrica – proporcional – entre os indivíduos. Inverter esta lógica é eticamente questionável, ou seja, não se pode falar em atribuir mais encargos àqueles que tem menos méritos ou mais necessidades.

Assim, justiça corretiva e distributiva operam tendo em vista à concretização de concepção específica de igualdade, típica de cada uma delas, mas também o fazem dentro de um contexto de igualdade ou desigualdade na distribuição prévia dos benefícios e encargos sociais. Estas formas de justiça só vem à tona e operam positivamente quando alguma condição prévia de igualdade é quebrada. A justiça corretiva funciona quando surge a figura do dano, que quebra o contexto de equilíbrio prévio entre as partes. Portanto, independentemente de se existe igualdade ou desigualdade na distribuição dos benefícios e encargos, o dano muda o contexto prévio de direitos estabelecido. A justiça distributiva, por sua vez, lida mais

⁶⁰ A justiça distributiva, enquanto forma, pode funcionar com diversos outros critérios. Quando se fala em situação econômica das partes se quer estabelecer que ela é a referência de mérito para se estabelecer a proporcionalidade típica da justiça distributiva. Por outro lado, quando se fala em redução equitativa da indenização do art. 944, parágrafo único, do CC/2002, o critério de mérito escolhido é a culpabilidade, em contraposição à extensão do dano, como defendemos anteriormente.

diretamente com as distribuições prévias e somente atua quando há uma situação de desigualdade latente que requeira uma intervenção.

Portanto, a justiça corretiva aplicada à Responsabilidade Civil pode funcionar em contextos de igualdade ou desigualdades prévias porque a razão de sua existência – e do desequilíbrio criado entre as partes – é a violação de um bem jurídico. Por sua vez, a justiça distributiva, em situações em que já exista uma distribuição prévia, só atua quando o contexto for de desigualdade na distribuição dos bens e encargos, porque ela atuará exatamente buscando renivelar os indivíduos dentro desta relação. As duas formas de justiça são independentes exatamente por isso: elas conseguem atuar em contextos diferentes, prescindindo a primeira de qualquer contexto de igualdade ou desigualdade prévia.

Portanto, outra tese importante que temos que fixar é a de que a justiça distributiva somente atua em contextos de desigualdade na distribuição, sendo que esta desigualdade deve merecer uma intervenção, ou seja, não pode ser de um nível consideravelmente baixo e insignificante.

Esta afirmação transportada para a análise da situação econômica das partes como critério de quantificação nos permite defender que a situação econômica da vítima também é relevante na análise. Existem autores que defendem que a situação econômica da vítima não deve ser considerada como critério de quantificação dos danos⁶¹. Porém, na acepção que defendemos, de que a o critério incorpora princípios de justiça distributiva, a análise da situação econômica das duas partes, na perspectiva de medir o grau de desigualdade estabelecido, é fundamental.

No mais, o nível de incorporação de argumentos distributivos em nossa prática de responsabilidade civil deve ser esclarecido. Já exploramos a relação entre justiça corretiva e distributiva na fundamentação do Direito de Danos em um nível conceitual no capítulo 2, apontando que o sistema de reparação pode incorporar a lógica distributiva sem violar a coerência interna do sistema. É o que defendemos que o direito brasileiro faz em casos específicos, como no critério da situação econômica das partes. Esta incorporação não implica necessariamente em dizer, porém, que o sistema caminha para uma espécie de priorização da justiça distributiva, determinando que o sistema de reparação deve ser um mecanismo forte de promoção da melhor distribuição possível de bens⁶².

⁶¹ Por exemplo, ver SANTANA, 2007, p. 35.

⁶² Uma visão normativa mais forte de como o Direito de Danos pode ser compreendido como promovendo a justiça distributiva pode ser encontrada na obra de Tsachi Keren-Paz (KEREN-PAZ, 2007).

Deve, na verdade, ser adotada uma perspectiva menos ambiciosa, afirmando que o papel da justiça distributiva no Direito de Danos não é o de positivamente operar a (re)distribuição de bens em uma comunidade, bem como de avaliar os efeitos da justiça corretiva e aplicar restrições à ela conforme sejam os indivíduos colocados em situações que geram ou reforçam desigualdades latentes (PAPAYANNIS, 2010, p. 254 e ss.) – pelo menos é desta forma que parece que a situação econômica das partes como critério de quantificação pode operar. A justiça distributiva tem um caráter amplo, preocupada com a distribuição de bens e encargos dentro da comunidade como um todo. Promover distribuição destes bens apenas entre as partes – pressupondo a característica bilateral da relação jurídica de responsabilidade civil – seria se contrapor à própria ideia de justiça distributiva.

Feitas estas observações iniciais de como seria possível conceber o critério da situação econômica das partes como justiça distributiva, podemos analisar cada uma das aplicações que levantamos no início do capítulo anterior.

A primeira aplicação que queremos discutir é a hipótese em que o ofensor de alta situação econômica age com culpa leve, incidindo em hipótese de redução equitativa da indenização. Certa parcela da doutrina defende que, em razão de o ofensor ter condições econômicas para arcar com os custos do dano, a redução equitativa não deve ser operada, reestabelecendo a reparação integral. Tal raciocínio é melhor explicado com base na justiça distributiva.

Porém, algumas observações importantes devem ser feitas. Acima argumentamos que a regra de redução equitativa é também uma aplicação da justiça distributiva. O que o critério da situação econômica, como critério de quantificação, faz é neutralizar a regra de redução equitativa em razão de outra forma – com outro critério – de distribuição dos encargos dos danos. A primeira forma distribui os encargos com base na culpa, a segunda distribui com base nos bens de cada uma das partes. Aplicar o critério desta forma reforça uma preponderância da segunda forma de distribuição (distribuição com base no patrimônio) no Direito de Danos.

Outra observação é ainda mais importante. Como discutimos mais acima, a justiça distributiva apenas opera – no geral e na Responsabilidade Civil – em contextos em que existam desigualdades latentes que mereçam ajustes.

Quando se realiza uma redução equitativa da indenização, na prática o que se faz é redistribuir os encargos dos danos, repassando à vítima uma parte do encargo que seria suportado pelo ofensor. A parte que cabe à vítima deve ser, portanto, compreendida como um infortúnio natural, um fato não passível de ser reparável e que a vítima deve suportar sozinha.

Quando um rico causa um dano à um pobre com culpa leve, faz sentido que se reconheça que o rico tem capacidade muito maior de suportar os custos dos danos sem maiores consequências patrimoniais do que o pobre, podendo, portanto, se manter a reparação integral. Porém, quando um sujeito rico causa um dano a um rico ou um pobre causa um dano a um pobre, estamos diante de uma situação de igualdade, mesmo que aproximada, entre as parcelas distribuídas para cada uma das partes. Em contextos em que não existe desigualdade econômica prévia entre as partes, não faz sentido que a distribuição baseada no patrimônio opere, sendo possível que se mantenha a primeira distribuição, com base na culpabilidade, uma vez que pautada em critério não econômico.

O que justifica a redistribuição dos encargos na regra de redução equitativa (art. 944, parágrafo único, do CC/2002) é o desnivelamento entre o nível de culpabilidade exigida para reparação de um dano grave. Já o que justifica a redistribuição dos encargos no reestabelecimento da reparação integral (quando o ofensor rico pode arcar com os encargos do dano, mesmo com culpa leve) é a capacidade do ofensor de suportar os encargos em oposição à impossibilidade do ofendido de suportar os mesmos, ou seja, a sua riqueza em oposição à vulnerabilidade da vítima. Quando não se está diante do contexto deste segundo caso – ou seja, não se está diante de um caso em que a vítima não possa suportar estes encargos como se fossem infortúnios naturais –, faz sentido que se mantenha a regra do primeiro caso (redução equitativa) e deixe de se reestabelecer a reparação integral.

Deve-se, portanto, reconhecer que a aplicação do critério da situação econômica das partes só tem o condão de impedir a incidência da redução equitativa da indenização (art. 944, parágrafo único, CC/2002) em casos em que as partes estejam em condições de desigualdade econômica prévia.

Isto não quer dizer que outros argumentos não possam fundamentar o reestabelecimento da reparação integral em oposição à redução equitativa. Por exemplo, invocar a proteção ampla da vítima, a proteção da dignidade humana, etc., são argumentos válidos e que provavelmente seria bem fundamentados dentro da sistemática jurídica brasileira. Eles, porém, tem seus limites e problemas, que requerem uma análise individualizada de cada uma dessas argumentações, o que foge do escopo deste trabalho. Todavia, é importante fixar que é possível que este procedimento – de reestabelecimento da reparação integral em face da redução equitativa – ocorra em casos de partes em condições de igualdade, mas não em razão da situação econômica dessas partes em si.

A segunda aplicação que vamos analisar é o caso em que um sujeito pobre (baixa situação econômica) causa um dano à um sujeito rico (alta situação econômica), como no

exemplo que levantamos na introdução deste trabalho. Uma parcela dos doutrinadores defende que a Responsabilidade Civil brasileira, com todo o seu conjunto de preocupações com a dignidade humana e proteção dos direitos fundamentais, não poderia permitir que o valor da indenização leve o ofensor pobre à ruína, devendo ser defendida uma redução neste valor ou uma isenção do dever de indenizar.

Devemos, antes de tudo, entender que esta é uma restrição interna à relação jurídica de responsabilidade civil. Restrições externas são conhecidas, como a proteção ao bem de família (Lei nº 8.009/1990) como patrimônio mínimo garantido ao devedor em qualquer caso e atende aos princípios de proteção à dignidade humana. Resta saber se faz sentido se falar nesta restrição interna, ligada à limitação ou redução do dever de indenizar, em razão da situação econômica das partes.

No capítulo anterior, apresentamos um argumento, imputado à Coleman, de que existe uma relação mínima entre as formas de justiça, na qual em contextos em que a distribuição de bens e encargos existente é consideravelmente injusta, não é possível se afirmar que existam razões morais para agir no sentido de reparar danos quando eles ocorrerem. Outros motivos podem ser invocados para manter o sistema de reparação de danos, como a estabilidade social, mas esta não pode ser uma razão de justiça, como o próprio Coleman afirmava (COLEMAN, 1992, p. 354). Em razão do comprometimento conceitual inerente com as estruturas da justiça, porém, podemos concluir que a inexistência de razões fundadas em justiça faz o sistema todo perder o princípio basilar que o justifica.

Como já dissemos, porém, estas situações são extremas e não compõe os casos ordinários que estamos diante. No argumento de Coleman todo o sistema distributivo deveria ser considerado injusto, e não apenas as disparidades existentes entre as partes. A ideia de inexistência de razões pra agir faria com que não apenas ruísse a Responsabilidade Civil, mas também outros institutos jurídicos fundados na ideia uma de distribuição justa. Certamente este não era o caso do sistema jurídico norte-americano, como não é o caso do brasileiro atual, a despeito de todas as injustiças econômicas que observamos. Porém, fica desde já registrada a possibilidade desta aplicação em situações extremas.

O argumento para fundamentar a aplicação do critério como postulado pela doutrina brasileira, portanto, deve ser outro e, diferente do argumento anterior que era conceitual, precisa recorrer à uma interpretação normativa⁶³. A ideia é a de que, em razão da desigualdade na

⁶³ É uma interpretação normativa no sentido de que ela postula um dever-ser, que só pode ser defendido com base em uma teoria da justiça distributiva que recorra à uma Filosofia Política abrangente. Nosso trabalho não tem o objetivo de afirmar se esta proposta normativa deve ser endossada ou não. Nosso objetivo é apenas apontar que

distribuição dos recursos existentes entre as partes, uma delas – a de maior situação econômica – pode suportar melhor os encargos dos danos do que a outra. Em um sentido prático, isto quer dizer que aquele que possui menos deve arcar com uma parcela menor dos encargos provenientes do dano.

Este argumento, porém, não tem força o suficiente para extinguir a justiça corretiva e tirar qualquer dever de indenizar por parte do sujeito com menor situação econômica. O efeito dele, na verdade, é o nivelamento na distribuição dos encargos dos danos, para que cada uma das partes arque com os encargos que conseguem suportar, especialmente quando o ofensor é pobre e tem baixa possibilidade e arcar com os custos da reparação integral.

Devemos abordar agora a primeira aplicação levantada, que é também aquela que evidenciamos como a que é mais encontrada quando a doutrina busca explicar o critério da situação econômica: a de que ela tem um fim punitivo, em que se aumenta o valor da indenização para que o ofensor “sinta o peso” da condenação e gere desestímulo.

Embora não haja previsão expressa na lei civil, o postulado está em consonância com o que dispõe o art. 60 do Código Penal brasileiro⁶⁴ que trata da fixação da pena de multa. Porém, é importante observar que, diferentemente da forma como poderia ser aplicada no Direito Privado, o § 1º do art. 60 determina um quantitativo máximo para o qual a multa poderá ser aumentada, ou seja, ele não fornece uma carta branca para o juiz determinar, conforme seu entendimento, o valor para o qual a indenização deve ser majorada.

Tal aplicação, na forma como é defendida, requer que se endosse a tese da função punitiva aplicada da responsabilidade civil que está longe de ser incontroversa⁶⁵. Ademais, punir alguém com base no que ele possui e não com a extensão e gravidade do seu ato é estranho à forma como raciocinamos, especialmente, o Direito de Danos, que alegadamente se preocupa mais com a repercussão do dano na seara jurídica da vítima do que com o ato danoso em si. Ainda, não está claro o porquê de esta aplicação ser feita apenas no caso dos danos morais, uma vez que as condições econômicas de um ofensor podem estar presentes e serem relevantes independentemente da natureza do dano.

Entrar no debate sobre justiça retributiva e punição no Direito Privado não está dentro do escopo deste trabalho. Nosso intuito aqui será apenas fornecer uma explicação do papel do

este critério já utilizado pela doutrina e jurisprudência pode ser interpretado desta maneira, abrindo caminho para que outros estudos façam a análise normativa apontada.

⁶⁴ Art. 60, CPB: “Na fixação da pena de multa o juiz deve atender, principalmente, à situação econômica do réu. § 1º - A multa pode ser aumentada até o triplo, se o juiz considerar que, em virtude da situação econômica do réu, é ineficaz, embora aplicada no máximo”

⁶⁵ Para críticas à ideia de função punitiva na responsabilidade civil, apenas no campo dogmático, ver PÜSCHEL, 2007, p. 19-20.

critério da situação econômica das partes neste modelo de pensamento sobre quantificação de danos.

A situação econômica, em si, não pode ser considerada a justificativa para o aumento da indenização que já foi formulada sob a égide do princípio da reparação integral. Outros fatores são os reais responsáveis: o grau de culpa do ofensor, a aplicação de uma função punitiva/preventiva, etc. Imaginemos um caso em que o ofensor rico causa um dano por culpa média (não incidindo na hipótese de redução equitativa). Não faria sentido que, com estas informações apenas, este ofensor seja condenado a pagar uma parcela maior de indenização. Não existe nenhuma perspectiva de que ele continuará causando esses danos, que ele não tomará medidas preventivas ou que ele não sentirá o peso (moral) da condenação. Todos estes componentes, que seriam vitais para a composição da majoração da indenização não são necessariamente vinculados à situação econômica das partes.

Portanto, o critério em si não pode ser considerado punitivo. Se assumirmos a possibilidade de punir na Responsabilidade Civil, assumindo a existência de uma função punitiva e/ou preventiva, a situação econômica, nesta acepção analisada, pode, no máximo, funcionar como uma variável de outros critérios. Porém, há a necessidade de reconhecer que (1) a situação econômica do ofensor implica em colocá-lo na condição de suportar todos os encargos provenientes do dano, ou seja, de que ele deve suportar a reparação integral na perspectiva mais ampla possível; e (2) que o valor da indenização que extrapolar a reparação integral deve ser considerado como “multa” ou “indenização punitiva”, e isto deve estar expresso na decisão, tanto para efeito justificatório da decisão, quanto para o efeito dissuasório. Hoje, as parcelas punitivas não são individualizadas e ficam perdidas em um valor final de indenização, não conseguindo o ofensor ter noção do montante em que ele está sendo punido. Isto implica em que o ofensor não sabe bem o quanto está sendo punido para fins de contraposição e recurso. Bem como, e isto é mais grave, ele não tem noção do quanto sofre de punição para fins de prospecção de custos e de tomada de medidas preventivas.

As diferenças entre as capacidades econômicas de vítima e ofensor nos ajudam a observar questões importantes. Tsachi Keren-Paz denuncia que, no Common Law, geralmente é vantajoso causar danos contra pobres (KEREN-PAZ, 2007, p. 85-132). Como já foi dito, a Fórmula de Hand é uma forma bastante difundida de analisar se uma ação foi negligente ou não e com isso atribuir responsabilidade subjetiva. Nela, uma ação será negligente quando os custos de adoção de medidas de prevenção sejam menores que a probabilidade do dano vezes o próprio dano. Porém, se um mesmo dano for causado a um rico e a um pobre, o pobre tende a sofrer uma perda menor pois o conjunto de seus bens (o valor de sua casa, de seu veículo, etc.) são de

menor valor. Assim, decisões relativas à medidas de prevenção e, por consequência, com relação à configuração da culpa quando ocorrido o dano serão diferentes se atingirem ricos ou pobres – basta colocarmos a questão, de forma mais prática, pensando na decisão de uma empresa em tomar medidas preventivas para danos ambientais de atingem bairros de classe alta ou de periferia. Isto ainda levando em consideração um mundo ideal em que todos litiguem requerendo os danos que lhe foram causados, o que não ocorre na realidade.

Assim, Keren-Paz defende, por exemplo, que na avaliação da culpa seja também analisada a situação econômica das partes envolvidas (KEREN-PAZ, 2007, p. 103). Este raciocínio no Brasil ganha menos força em razão de a responsabilidade subjetiva ter perdido muito espaço na sistemática da Responsabilidade Civil. Mas ele nos ajuda a visualizar questões fundamentais relativas à diferença entre a situação econômica do ofensor e da vítima e como um sistema de reparação de danos pode ser muito cruel com os mais pobres.

Este comentário nos auxilia a analisar a última aplicação do critério da situação econômica que levantamos. Nela, o valor da indenização por danos morais estaria limitado pelo que o indivíduo ganharia ao longo de sua vida.

Na maioria dos casos de responsabilização civil, em que pessoas com uma expectativa de vida normal, com boas posses, litigam por uma reparação de danos, dificilmente o valor desta indenização superaria o que o indivíduo receberia ao longo da vida. Este critério na prática não funciona para estes casos. Seu efeito incide sobre a litigância de pessoas pobres. Somente elas, uma vez que costumam possuir menor patrimônio, renda, instrução, piores empregos, etc., tem uma expectativa de ganhos ao longo da vida inferior em nível de poder restringir o que ela receberia a título de danos morais neste raciocínio.

Cria-se, com isto, um tratamento desigual, em que sujeitos pobres podem receber indenizações menores que sujeitos ricos, mesmo ambos tendo sofrido exatamente o mesmo dano.

Tendo em vista esta forma de aplicar o critério, alguns estudiosos tem criticado a aplicação desta acepção do critério. O professor Dennis Verbicaro rechaça a consideração da situação econômica do consumidor em razão de isto violar o postulado de isonomia de tratamento nas relações de consumo (VERBICARO, 2017, p. 211). Já Rosenvald, Farias e Braga Netto afirmam:

Na quantificação do dano moral, jamais o magistrado perscrutará a situação financeira do ofendido como elemento de maior ou menor impacto para o arbitramento de uma reparação. É elementar que a pobreza ou a riqueza do lesado não alteram a sua essencial dignidade. A queda de um avião não pode resultar em fixação de valores mais dilatados por danos extrapatrimoniais em prol dos parentes de passageiros falecidos que se encontravam na primeira

classe em cotejo aos familiares daqueles que se encontravam na classe econômica. Qualquer distinção que se faça quanto à situação econômica das vítimas terá impacto na seara dos lucros cessantes, jamais no dano moral (ROSENVALD; FARIAS; BRAGA NETTO, 2015, p.241).

O critério é problemático, em princípio, porque utiliza como referência para diminuir o valor da indenização por danos morais um parâmetro que é material. O dano moral, conforme concepção contemporânea, é violação a direitos da personalidade e à dignidade humana. Um valor de indenização por danos morais deve representar, conforme o princípio da reparação integral – e a lógica da justiça corretiva –, uma compensação o mais fiel possível para este dano sofrido. Juridicamente, todos os indivíduos têm a mesma dignidade e os mesmos direitos da personalidade. Com este raciocínio imposto pelo critério se limitaria a reparação da dignidade do sujeito com base no que ele possui ou possuirá, ou seja, com base em um parâmetro estranho ao próprio dano.

Como temos defendido, a utilização de critérios estranhos à extensão do dano, como a situação econômica das partes, somente se justifica dentro de uma teoria da justiça distributiva. Dentro deste espectro conceitual, portanto, esta aplicação do critério funcionaria da forma seguinte. Um indivíduo pobre sofre um dano moral que implica em uma indenização que ultrapassa os valores que ele normalmente receberia no transcurso da vida. Porém, com base nesta aplicação do critério, ele não poderá receber todo o valor. O que se opera é uma redistribuição dos encargos dos danos, reduzindo o montante que o ofensor deve suportar e repassando para a vítima uma parte – o excedente do que ele receberia normalmente – destes encargos. Assim, com o objetivo de evitar o enriquecimento da vítima, se beneficia o ofensor, tendo ele que suportar menos encargos⁶⁶. Ao mesmo tempo, este critério é extremamente pesado para sujeitos em condição de hipossuficiência, uma vez que são exatamente eles que podem suportar menos os encargos do dano, mas mesmo assim este critério implicaria em fazer com que estes sujeitos suportem uma parte do dano que sofreram.

Isto posto, esta aplicação do critério faz exatamente o contrário do que a aplicação da lógica da justiça distributiva induziria na quantificação dos danos. Assim, esta forma de considerar a situação econômica da vítima deve ser afastada de nossos métodos e raciocínios de quantificação das indenizações.

⁶⁶ Em sentido aproximado já afirmou Maria Celina Bodin de Moraes: “A confusão, apontada no capítulo 1, entre interesses, direitos e sofrimentos d’alma acarreta nesta matéria muitos efeitos nefastos. Assim, por exemplo, no que tange a considerar as circunstâncias pessoais da vítima, se se tem como noção de dano moral o sofrimento humano e se tal fundamento não pode ser mensurado, acaba-se por dar revelo às condições econômicas da vítima, consideração esta que tem o efeito de atribuir menos a quem tem menos, e mais a quem tem mais” (MORAES, 2003, p. 298).

A situação econômica da vítima só pode ser levada em conta, conforme defendemos, quando em oposição à situação econômica do ofensor se esteja diante um contexto de desigualdade latente que afete os deveres de reparação de danos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Retomemos o caso que apresentamos na Introdução, em que Ernesto, um sujeito muito pobre, causou um dano grave, com alto grau de culpa, à Júlio, um sujeito muito rico. Perguntamos se é possível afirmar que Ernesto tenha o dever de indenizar Júlio mesmo que o pagamento desta indenização o leve à ruína financeira. Vimos, ao longo do trabalho, que a doutrina brasileira possui algumas respostas ao problema que passam por reduzir o valor da indenização paga pelo sujeito em pior situação econômica. Estas repostas, porém, como argumentamos, costumam ser dadas com base em argumentos pouco precisos, que necessitam de maior aprofundamento teórico para uma aplicação adequada do critério.

Nosso estudo buscou fornecer, com base no conceito de justiça distributiva, uma interpretação mais aprofundada do critério da situação econômica das partes na quantificação das indenizações. Vimos que o caso levantado constitui apenas uma entre outras possibilidades em que a situação econômica das partes envolvidas em um litígio de Responsabilidade Civil pode ser levada em conta. Tentamos fornecer uma explicação de cada uma dessas aplicações com base na ideia de justiça distributiva, em relação com a de justiça corretiva, que importamos da Filosofia da Responsabilidade Civil.

Antes, porém, de analisar o critério, foi necessário estabelecer que o sistema de responsabilidade civil brasileiro é um sistema misto, que incorpora princípios de justiça corretiva e distributiva ao mesmo tempo. Desta forma, interpretar o critério da forma como sugerimos não introduziria nenhuma incoerência no sistema.

Isto posto, pudemos avaliar cada uma das quatro possíveis aplicações do critério da situação econômica das partes que identificamos. Para isso, levantamos uma tese básica que permeou nossa análise: a situação econômica das partes, como um critério de justiça distributiva, opera redistribuindo os encargos dos danos com base em algum critério a ser selecionado. Com isso, foi possível explicar o caso levantado na Introdução sob o raciocínio de que aquele que possui maior situação econômica, em casos em que a justiça corretiva cria um contexto de extremo agravamento da distribuição dos recursos, pode suportar também uma parte dos encargos relativos ao dano que sofreu.

Também foi possível explicar a ideia de reestabelecer a reparação integral em casos em que incide a redução equitativa do parágrafo único do art. 944 do CC/2002, postulando que tanto a regra de redução equitativa quanto o reestabelecimento da reparação integral internalizam princípios de justiça distributiva, mas cada um deles distribui encargos com um critério diferente. Assim, formulamos uma ressalva ao reestabelecimento, que seria a de que ele

somente se justifica em casos em que exista alguma desigualdade latente na distribuição prévia dos bens que possa justificar o surgimento desta segunda distribuição em oposição à primeira (redução equitativa).

Nos casos em que se aumenta o valor da indenização para que o ofensor sinta o peso da condenação, interpretação a aplicação da situação econômica como uma variável dentro do critério da função punitiva e/ou preventiva. Em si, a situação econômica não pode ser tida como um critério punitivo, sob pena de punir o ofensor pelo que ele possui e não efetivamente pela conduta que praticou.

Por fim, avaliamos a hipótese de se é possível limitar o valor da indenização por danos morais em casos o valor da indenização superaria o que a vítima receberia durante a vida. Buscamos mostrar que esta forma de raciocinar acaba, na prática, atingindo a reparação dos mais pobres. Esta aplicação do critério opera fazendo com que as vítimas com menor situação econômica suportem uma parte dos encargos dos danos que sofreram em razão exatamente de terem baixa situação econômica. Tentamos demonstrar que este raciocínio viola a ideia de justiça distributiva e por isso deve ser afastada dos nossos métodos de quantificação de indenizações.

Com estas análises, buscamos deixar claro também que a situação econômica da vítima não deve ser desconsiderada, possuindo um papel importante no raciocínio de quantificação das indenizações para evidenciar quando se está diante de uma desigualdade latente entre as partes que autorize que a justiça distributiva opere.

Nosso trabalho buscou avançar em fornecer uma explicação para um fenômeno jurídico já existente, quais sejam as formas identificadas de aplicação do critério da situação econômica das partes. Não buscamos defender se esse critério, no geral, deveria ou não ser aplicado, pois isto exigiria um aprofundamento em teorias políticas normativas que não caberiam em nosso escopo. Para poder avançar, porém, na análise política desse critério, bem como de outros critérios de quantificação das indenizações, seria necessário fazer este estudo interpretativo prévio sobre como funcionam e qual a lógica que internalizam nas argumentações da doutrina e jurisprudência. É o que buscamos fornecer neste trabalho.

Outros estudiosos se preocupam em aplicar determinadas teorias políticas para responder à questão de se a situação econômica do indivíduo deve influenciar o que ele receberá pelos danos que sofreu. Leandro Zanitelli, por exemplo, mesmo adotando uma fundamentação baseada na justiça distributiva, não acredita que esta teoria endossa que a situação econômica das partes deve importar para a redução do valor das indenizações dos ofensores pobres (ZANITELLI, 2014, p. 7).

O autor se pergunta sobre quais seriam as consequências de se aplicar uma teoria prioritarista da justiça distributiva sobre o Direito de Danos, este compreendido em sentido amplo, que abrange tanto as normas de reparação de danos quanto as de proibição de condutas potencialmente lesivas. Segundo Zanitelli, o prioritatismo é “uma concepção de justiça distributiva segundo a qual uma distribuição é considerada justa caso maximize a vantagem dos indivíduos em pior situação” (ZANITELLI, 2014, p. 2).

Assim, diminuir o valor de uma indenização quando o dano for causado por um indivíduo pobre colocaria os sujeitos em pior situação em uma melhor – o que tornaria o critério justo? Zanitelli considera que não. Uma perspectiva prioritarista aplicada ao Direito de Danos daria forte atenção aos estímulos dados aos agentes econômicos de praticarem ou não atividades potencialmente danosas e à informação a estes agentes sobre quais seriam as atividades admitidas pelo sistema. As atividades aceitas apenas seriam aquelas que produzam um excedente de riqueza e que este seja, de alguma forma, pelo próprio Direito de Danos ou através de outros mecanismos jurídicos – como a tributação –, redistribuídos entre os indivíduos em pior situação. Reduzir a indenização pelos danos causados por pobres prejudicaria tanto a função de informar as condutas permitidas quanto forneceria estímulos à perpetuação de atividades perniciosas. Assim, mesmo que isoladamente se possa considerar que a redução da indenização coloque os indivíduos pobres em melhor situação, em larga escala essa determinação dificilmente o faria (ZANITELLI, 2014, p. 7).

É de se questionar, por outro lado, se de fato indivíduos pobres sofrem o mesmo tipo de incentivo e são informados no mesmo nível que empresas e agentes econômicos em melhor situação. Não parece razoável pensar que agentes pobres fazem o mesmo tipo de cálculo de custo-benefício que os agentes ricos – mesmo que façam em algum nível – porque eles simplesmente não costumam ter o mesmo tipo de conhecimento técnico ou fazer os mesmos levantamentos estatísticos que fazem empresas no nível de se saber que eles serão diretamente incentivados por políticas vinculadas ao Direito de Danos. Estes, porém, são apenas questionamentos a se levantados e aprofundados em pesquisas futuras que adotem uma perspectiva normativa sobre o tema.

Estes estudos, como o de Zanitelli, indicam que, dependendo do tipo de teoria política que se adote, a formatação dos deveres de reparação e as condutas permitidas ou desincentivadas por um determinado sistema de Direito de Danos – em sentido amplo – podem variar substancialmente. É, portanto, um caminho bastante promissor que nos aprofundemos em estudos de Filosofia Política que nos permitam responder determinadas questões

extremamente controversas e difíceis de nossa prática da Responsabilidade Civil, o que poderemos desenvolver em pesquisas futuras.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIARI, Hugo A. **Elementos da Análise Econômica do Direito de Danos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Livro V. Tradução, estudo bibliográfico e notas de Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2009.

BARBIERI, Catarina Helena Cortada. **Fundamentos teóricos da responsabilidade civil**. Dissertação (Mestrado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) – Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-27022009-105040/>>. Acesso em 01 de agosto de 2017.

_____. **O Formalismo Jurídico de Ernest Weinrib e fundamentação teórica da Responsabilidade Civil Contemporânea**. Revista Eletrônica Direito e Política, v. 11, n. 2, p. 1001-1037, 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2ª Seção. Recurso Especial nº 1.374.284/MG. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, 05 set. 2014. **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=38047251&num_registro=201201082657&data=20140905&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 15 de dezembro de 2017.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

COLEMAN, Jules. **Risks and Wrongs**. New York: Oxford University Press, 1992.

COLEMAN, Jules; RIPSTEIN, Arthur. **Mischief and Misfortune**. McGill Law Journal. Revue de Droit De McGill, v. 41, 1995, p. 91-131.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Justiça em números 2017: ano-base 2016**. Brasília: CNJ, 2017.

DRESCH, Rafael de Freitas Valle. **Fundamentos da Responsabilidade Civil pelo Fato do Produto e do Serviço: Um Debate Jurídico- Filosófico entre o Formalismo e o Funcionalismo no Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. **Fundamentos do Direito Privado: Uma Teoria da Justiça e da Dignidade Humana**. São Paulo: Atlas, 2013.

FAMPA, Daniel Silva; SILVA, João Vitor Penna e. A quantificação das indenizações por danos morais e o método bifásico na jurisprudência do STJ. In: LEAL, Pastora do Socorro Teixeira (coord.); SANTANA, Ágatha Gonçalves. **Responsabilidade Civil no século XXI e a construção do direito de danos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 133-154.

FLEISCHACKER, Samuel. **Uma breve história da justiça distributiva**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FLETCHER, George P. Fairness and Utility in Tort Theory. **Harvard Law Review**, Cambridge, vol. 85, n. 3, p. 537-573, 1972.

GARDNER, John. What is Tort Law For? Part 2. The Place of Distributive Justice. In: OBERDIEK, John (Ed.). **Philosophical Foundations of the Law of Torts**. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 335-353.

HUGHES, Gerard J. **The Routledge guidebook to Aristotle's Nicomachean ethics**. New York: Routledge, 2013.

KEATING, Gregory C. Distributive and Corrective Justice in the Tort Law of Accidents. **Southern California Law Review**, vol. 74, p. 193-224, 2000.

_____. Rawlsian Fairness and Regime Choice in the Law of Accidents. **Fordham Law Review**, New York, vol. 72, issue 5, p. 1857-1921, 2004.

KEREN-PAZ, Tsachi. **Torts, egalitarianism and distributive justice**. Hampshire (Inglaterra): Ashgate, 2007.

KONDER, Carlos Nelson. A redução equitativa da indenização em virtude do grau de culpa: apontamentos acerca do parágrafo único do art. 944 do Código Civil. **Revista Trimestral de Direito Civil**, vol. 29, jan/mar, p. 3-34, 2007.

LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. Responsabilidade Civil: inovações normativas, desafios e perspectivas. In: LEAL, Pastora do Socorro Teixeira (Coord.). **Direito civil constitucional e outros estudos em homenagem ao professor Zeno Veloso: uma visão luso-brasileira**. São Paulo: Método, 2014, p. 461-498.

LEVY, Daniel de Andrade. Uma visão cultural dos punitive damages. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n. 45, p. 165-216, jan./mar. 2011.

MICHELON, Cláudio. Virtuous Circularity: Positive Law and Particular Justice. **Ratio Juris**, Vol. 27, Issue 2, p. 271-287, 2014.

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

_____. Perspectivas a partir do direito civil-constitucional. In: LEAL, Pastora do Socorro Teixeira (Coord.). **Direito civil constitucional e outros estudos em homenagem ao professor Zeno Veloso: uma visão luso-brasileira**. São Paulo: Método, 2014, p. 997-1010.

OBERDIEK, John. Introduction: Philosophical foundations of the Law of Torts. In: OBERDIEK, John (Ed.). **Philosophical Foundations of the Law of Torts**. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 1-15.

_____. Structure and Justification in Contractualist Tort Theory. In: OBERDIEK, John (ed.). **Philosophical Foundations of the Law of Torts**. Oxford: Oxford University Press, 2014b.

PAPAYANNIS, Diego M. Universidad Pompeu Fabra: Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual. 2010. 453 f. Tese de Doutorado (Doutorado em Direito – Universidad Pompeu Fabra, Departament de Dret, Barcelona, 2010.

_____. Derechos y deberes de indemnidad. In: PULIDO, Carlos Bernal; ZAMORA, Jorge Luis Fabra (Eds.). **La Filosofía de la Responsabilidad Extracontractual: Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 383-420.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012.

PINO EMHART, Alberto. Entre reparación y distribución: la responsabilidad civil extracontractual como mecanismo de distribución de infortunios. **Revista Chilena de Derecho Privado**, Santiago, n. 21, p.89-135, 2013.

POSNER, Richard. **Problemas de Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

PÜSCHEL, Flavia Portella et al. A quantificação do Dano Moral no Brasil: Justiça, Segurança e Eficiência. **Série Pensando o Direito**, Brasília, n. 37, 2011. Disponível em: <http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/37Pensando_Direito1.pdf>. Acesso em: 10 de janeiro de 2018.

PÜSCHEL, Flavia Portella. A função punitiva da responsabilidade civil no direito brasileiro: uma proposta de investigação empírica. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 3, n. 2, jul./dez, p. 17-36, 2007.

_____. O problema da “indústria dos danos morais”: Senso comum e política legislativa. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). **Pensar o Brasil: problemas nacionais à luz do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 389-403.

RESEDÁ, Salomão. A quantificação do dano moral e o sistema de precedentes. Liberdade ou vinculação? **Revista Direito UNIFACS – Debate Virtual**, n. 206, p. 1-27, 2017.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2015.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é Pesquisa em Direito e Economia? **Cadernos Direito GV**, Vol. 5, No. 22, mar, 2008.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Princípio da reparação integral**: indenização no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTANA, Héctor Valverde. A fixação do valor da indenização por dano moral. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 44, n. 175, jul./set, p. 21-40, 2007.

SHEINMAN, Hanoch. Tort Law and Distributive Justice. In: OBERDIEK, John (Ed.). **Philosophical Foundations of the Law of Torts**. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 354-384.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano Moral**. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

VERBICARO, Dennis. **Consumo e Cidadania**: identificando os espaços políticos de atuação qualificada do consumidor. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

_____; SILVA, João Vitor Penna e; LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. O mito da indústria do dano moral e a banalização da proteção jurídica do consumidor pelo judiciário brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 26, p. 75-99, 2017.

VICENTE, Dário Moura. **Direito Comparado**. 3. ed. Lisboa: Almedina, 2014.

WAGNER, Gerhard. Comparative Tort Law. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (Eds.). **The Oxford Handbook of Comparative Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 1003-1042.

WEINRIB, Ernest J. Legal formalism: on the immanent rationality of law. **Yale Law Journal**, v. 97, p. 949-1016, 1988.

_____. The Monsanto Lectures: Understanding Tort Law. **Valparaiso University Law Review**, Valparaiso, vol. 23, n. 3, p. 485-526, 1989.

_____. **The Idea of Private Law**. Cambridge: Harvard University Press, 1995.

WILSON, Norman S. Is Corrective Justice Subsidiary to Distributive Justice? Which Answer Better Captures the Meaning of Tort Law Practice? **Trinity College Law Review**, Dublin, vol. 10, p. 44-59, 2007.

ZAMORA, Jorge Luis Fabra. Estudio introductorio: Estado del arte de la filosofía de la responsabilidad extracontractual. In: PULIDO, Carlos Bernal; ZAMORA, Jorge Luis Fabra (Eds.). **La Filosofía de la Responsabilidad Extracontractual**: Estudios sobre los fundamentos filosófico-jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 21-120.

_____. Filosofía de la responsabilidad extracontractual: un llamado al debate. In: SPECTOR, Ezequiel; ZAMORA, Jorge Luis Fabra (eds.). **Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho** – vol. 3. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2015.

ZANITELI, Leandro Martins. Direito de danos e prioritarismo. **Revista de estudos jurídicos UNESP**. v. 18, n. 27, p. 1-15, 2014.

ZIPURSKY, Benjamin C. Philosophy of Tort Law: Between the Esoteric and the Banal. In: GOLDING, Martin; EDMUNDSON, William (eds.). **Blackwell Guide to Philosophy of Law and Legal Theory**. Oxford: Blackwell, 2004, p. 122-137.

_____. Rawls in Tort Theory: Themes and Counter Themes. **Fordham Law Review**, New York, vol. 72, issue 5, p. 1923-1940, 2004b.