

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

DANIEL SILVA FAMPA

**O LUCRO DO OFENSOR COMO CRITÉRIO DE QUANTIFICAÇÃO DAS
INDENIZAÇÕES POR DANOS MORAIS**

**BELÉM
2018**

DANIEL SILVA FAMPA

**O LUCRO DO OFENSOR COMO CRITÉRIO DE QUANTIFICAÇÃO DAS
INDENIZAÇÕES POR DANOS MORAIS**

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.
Área de concentração: Direitos Humanos.
Linha de Pesquisa: Constitucionalismo, Democracia e Direitos Humanos.
Orientadora: Prof.^a Dr.^a Pastora do Socorro Teixeira Leal.

BELÉM
2018

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Sistema de Bibliotecas da Universidade Federal do Pará
Gerada automaticamente pelo módulo Ficat, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

F1981

Fampa, Daniel Silva

O lucro do ofensor como critério de quantificação das indenizações por danos morais / Daniel Silva
Fampa. — 2018
147 f. : il. color

Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-graduação em Direito (PPGD), Instituto de Ciências Jurídicas,
Universidade Federal do Pará, Belém, 2018.

Orientação: Profa. Dra. Pastora do Socorro Teixeira Leal

1. Dano Moral. 2. Lucro do Ofensor. 3. Quantum Indenizatório. 4. Responsabilidade Civil. I. Leal,
Pastora do Socorro Teixeira, *orient.* II. Título

CDD 342.1513

DANIEL SILVA FAMPA

O LUCRO DO OFENSOR COMO CRITÉRIO DE QUANTIFICAÇÃO DAS
INDENIZAÇÕES POR DANOS MORAIS

Aprovado em: ____/____/____

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.

Banca Examinadora:

Prof.^a Dr.^a Pastora do Socorro Teixeira Leal (Orientadora)

Universidade Federal do Pará

Prof. Dr. Dennis Verbicaro Soares

Universidade Federal do Pará

Prof. Dr. Eroulths Cortiano Júnior

Universidade Federal do Paraná

A Bete, Wanessa e João Carlos (*in memoriam*), meu novo anjo da guarda.

AGRADECIMENTOS

A caminhada percorrida durante o mestrado, embora de apenas 2 anos, deixa marcas positivas inolvidáveis e permite o fortalecimento de laços tanto acadêmicos quanto pessoais. Algumas pessoas foram essenciais para que esta dissertação fosse produzida, em favor das quais eu não poderia deixar de expressar minha gratidão neste momento.

Primeiramente e em caráter preliminar, como não poderia deixar de ser, gostaria de agradecer a Deus pelo conforto espiritual e pela resiliência que me foi concedida para enfrentar os variados obstáculos que a pós-graduação reserva. Se houve momentos nos quais as adversidades pareceram maiores que o engrandecimento proporcionado pelo curso de mestrado, graças a Ele não fraquejei em meu propósito.

Agradeço à minha família pelo apoio incondicional e por, como sempre, acompanharem de perto este importante momento, contribuindo de muitas maneiras para que o resultado final pudesse ser positivo. Aos meus amigos, companheiros de caminhada de alguns meses ou de muitos anos, meu muito obrigado pelas palavras de carinho e por estarem dispostos a ajudar sempre que possível.

Minha enorme gratidão também à minha orientadora, a professora Pastora Leal, meu grande referencial na academia e que, para além disso, coopera sobremaneira com o crescimento pessoal de seus orientandos. Tive a feliz oportunidade, em mais uma etapa, de ser orientando de uma pessoa cujos predicados não podem ser resumidos com justiça em apenas algumas linhas, e que foi essencial para meu ingresso na pós-graduação, ajudando-me a construir reflexões relevantes sobre a responsabilidade civil ao longo de, por enquanto, 5 produtivos anos.

Pude contar também com as sugestões e encaminhamentos de professores competentíssimos da pós-graduação em Direito da UFPA, que colaboraram durante suas disciplinas e na fase de qualificação com o aprimoramento deste projeto, dentre os quais cito especialmente: Dennis Verbicaro, Gisele Góes, Jean François Deluchey, José Cláudio Brito e Luly Fischer. Igualmente, não poderia deixar de prestar uma deferência neste momento aos colegas de curso que dividiram comigo impressões sobre o tema, ou que trouxeram, cada um à sua maneira, ativos relevantes para a conclusão do curso: Amanda Fontelles, Bianca Araújo, Carlos Cruz, Josilene Aboim, Karina Meneses, Natalia Altieri, Paulo Isan e João Vitor Penna, este sendo responsável direto pelo enriquecimento da escolha do referencial teórico em algumas seções e por compartilhar muitas das inquietações contidas neste estudo.

Agradeço também na pessoa dos professores Pastora Leal, Eroulths Cortiano e Jean Carlos Dias pela acolhida, respectivamente, nos seguintes grupos de pesquisa: “Da responsabilidade civil ao direito de danos: uma visão transdisciplinar”, “Virada de Copérnico” e “Concretização dos direitos fundamentais e sua fundamentação: abordagens a partir da teoria do processo, da análise econômica do direito e das teorias da justiça”. Minha participação em cada um deles foi decisiva para a construção das conclusões que ora se apresentam para a comunidade acadêmica.

Ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPA, na pessoa da querida Beatriz Vieira e da sempre prestativa Jessika Carvalho, cuja equipe esteve diuturnamente disponível para esclarecer dúvidas e orientar quanto às questões administrativas do curso. Também manifesto um registro de agradecimento à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior, pela bolsa de estudos que me foi concedida para parte do mestrado, auxiliando na aquisição de obras importantes e na viabilização de minha ida a congressos e reuniões científicas.

Aos professores Dennis Verbicaro, Eroulths Cortiano, como também à minha diletta orientadora Pastora Leal, agradeço pelos comentários e sugestões na defesa da dissertação, com o reconhecimento de minha destacada admiração por cada um. A composição da banca com professores tão competentes e engajados fortalece minha satisfação e meu entusiasmo com a conclusão desta etapa.

Finalmente, faço uma menção àqueles que auxiliaram na revisão final do texto ou que indicaram textos para minha melhor compreensão de determinadas temáticas: Aline Klayse, Brahim Bitar, Élide Mamede, Maryilia Pegorer, Semírames Leão e, especialmente, a Francisco Xavier, João Vitor Penna, Luã Baia, Thaís do Porto e Wanessa Praia. Meu muito obrigado!

RESUMO

O presente estudo busca analisar em que medida o lucro do ofensor pode ser considerado um critério no cálculo do *quantum* indenizatório em sede de danos morais. Apropria-se do método dedutivo no curso da investigação, amparando-se em pesquisa bibliográfica e levantamento jurisprudencial para confrontar as hipóteses do trabalho. Para responder à pergunta-problema, examina inicialmente a interlocução entre as funções da responsabilidade civil contemporaneamente difundidas. Considera a compensação uma dimensão da função reparatória, necessária para adaptá-la ao regramento dos danos morais, uma vez que são incompatíveis com a lógica de restituição ao *status quo ante*. Contextualiza a reparação de danos na sistemática constitucional de proteção primaz à dignidade da pessoa humana, aferindo os efeitos que emanam da incidência do ideal de personalização nas relações entre particulares. Mediante pesquisa no banco virtual de julgados do STF, reporta as etapas do processo de aceitação do dano moral no Brasil, desde sua irrestrita rejeição até sua inserção na Constituição Federal de 1988. Em complemento, discute as tentativas mais disseminadas de sua conceituação, considerando a proposta que o qualifica como violação à dignidade humana aquela que melhor se acopla à exigência de proteção integral do indivíduo, por ampliar o leque de possibilidades de bens jurídicos que autorizam uma compensação em caso de sua violação. Atesta que o reconhecimento da indenizabilidade de tais danos representou a efetiva porta de entrada de “novas” funções da responsabilidade civil no Brasil, tendo em vista que o arbitramento equitativo, enquanto modelo de quantificação, outorga maior liberdade ao magistrado no que se refere à estipulação do valor da indenização, possibilitando-lhe dar vazão a critérios que não podem ser reputados como reparatórios. Examina o problema da quantificação, em primeiro plano, a partir do cotejo entre os modelos do tarifamento legal e do arbitramento equitativo pelo juiz, indicando suas respectivas manifestações no plano normativo interno. Investiga os principais critérios de quantificação adotados pelas cortes brasileiras hodiernamente, inclusive no que diz respeito ao método bifásico, absorvido pela jurisprudência do STJ. Explora as conexões teleológicas que o parâmetro do lucro do ofensor guarda com as funções da responsabilidade civil, identificando as possibilidades de uma dúlice dimensão do dano suportado pelas vítimas nestes casos. Conclui no sentido de que o critério investigado possui notória finalidade reparatória em relação ao agressor, de modo que não é necessário invocar a função punitiva ou a preventiva para sustentar sua aplicabilidade. Sem prejuízo desta ideia, é factível considerar um caráter sancionatório ou dissuasório em hipóteses de dolo ou culpa grave do ofensor, sendo essencial que, ao estipular montante a título de indenização punitiva, o magistrado observe a natureza do direito lesado, essencialmente quanto ao rol de titularidade (se individual ou transindividual), o que pode interferir na definição do *quantum*.

Palavras-chave: Dano moral. Lucro do ofensor. *Quantum* indenizatório. Responsabilidade civil.

ABSTRACT

The present study aims to analyze to what extent the offender's profit can be considered a criterion in relation to the *quantum* of damages fixed by way of moral damages. It adopts the deductive method throughout the investigation, supported by bibliographical research and case-law survey to confront the hypotheses of the work. In order to answer the problem question, it initially examines the interlocution between the functions of civil liability contemporaneously diffused. It considers compensation to be a dimension of the reparatory function, being essential to adapt this function to the regulations of moral damages, since these are incompatible with the logic of returning to the *status quo ante*. It contextualizes the reparation of damages in the constitutional system of prime protection to the dignity of human beings, gauging the effects that emanate from the incidence of the ideal of personalization in relations set among individuals. Through a research in the Federal Supreme Court's virtual database of decisions, it reports the stages of the process of acceptance of moral damages in Brazil, from its unrestricted rejection to its insertion in the Federal Constitution of 1988. In addition, it discusses the most widespread attempts of their conceptualization, accepting, among the proposals that qualify them as a violation of human dignity, the one which is friendlier to the requirement of integral protection of individuals, since this expands the range of possibilities of legal goods that are compensated in case of violation. It acknowledges that the need for compensation for such damages represented the effective entrance door for "new" functions of civil liability in Brazil, since the equitable arbitration, as a model of quantification, grants the judges greater freedom, regarding to the stipulation of the *quantum* of damages, allowing them to consider criteria that cannot be considered reparatory. First, it examines the problem of quantification from the comparison between the 'law pricing' and 'the equitable arbitration by the judge' models, indicating their respective manifestations in the internal legal system. It investigates the main criteria of quantification adopted by the Brazilian Courts today, including consideration of the biphasic method, absorbed by the Superior Court of Justice in its law-cases. It explores the teleological connections that the offender's profit parameter holds with the civil liability functions, identifying the possibilities of a double dimension of the damage suffered by the victims in these cases. It concludes that the criterion investigated has a clear reparatory purpose in relation to the offender; therefore, it is not necessary to evoke the punitive or preventive function to support its applicability. Without prejudice to the preceding idea, it is possible to consider a punitive or dissuasive approach in cases of malice or gross fault by the offender, and it is essential that the judges observe, in stipulating the quantum of damages, the nature of the right which was injured, especially considering the extent of right-holders (whether individual or trans individual), which may cause changes in the *quantum* defined.

Keywords: Moral damage. Offender's profit. *Quantum* of damages. Civil liability.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1	Assuntos mais demandados nas ações processuais em curso no Brasil.....	35
Figura 2	Assuntos mais demandados nas ações processuais em curso nos Juizados Especiais brasileiros	36
Figura 3	Valores indenizatórios por demanda julgada procedente no ano de 2008	69
Figura 4	Critérios de quantificação utilizados por 5 Tribunais de Justiça (TJRS, TJSP, TJSE, TJPA e TJMS) no ano de 2008.....	74
Figura 5	Critérios de quantificação utilizados pelos Tribunais Regionais Federais no ano de 2008	76
Figura 6	Critérios de quantificação utilizados por 5 Tribunais Regionais do Trabalho (TRT2, TRT4, TRT8, TRT20 e TRT24) no ano de 2008	77

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ACi	Apelação Cível
ACP	Ação Civil Pública
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AgInt no AREsp	Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial
AgR ou AgRg	Agravo Regimental
AgRg no Ag	Agravo Regimental no Agravo
AgRg no REsp	Agravo Regimental no Recurso Especial
AI	Agravo de Instrumento
ANAMATRA	Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho
CC1916	Código Civil de 1916
CC2002	Código Civil de 2002
CDC	Código de Defesa do Consumidor
<i>cf.</i>	<i>Confer</i> – Confronte, confirme
CF ou CFRB88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CLT	Consolidação das Leis Trabalhistas
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPC	Código de Processo Civil de 2015
ED ou EDv	Embargos
<i>e.g.</i>	<i>Exempli gratia</i> – Por exemplo
<i>i.e.</i>	<i>Id est</i> – Isto é
MP	Medida Provisória
PUC/RJ	Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro
RE ou REExt	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
RTJ	Revista Trimestral de Jurisprudência
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TRF	Tribunal Regional Federal

TRF1	Tribunal Regional Federal da 1ª Região
TRF2	Tribunal Regional Federal da 2ª Região
TRF3	Tribunal Regional Federal da 3ª Região
TRF4	Tribunal Regional Federal da 4ª Região
TRF5	Tribunal Regional Federal da 5ª Região
TRT	Tribunal Regional do Trabalho
TRT2	Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região
TRT4	Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região
TRT8	Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região
TRT9	Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região
TRT20	Tribunal Regional do Trabalho da 20ª Região
TRT24	Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região
TJ	Tribunal de Justiça Estadual
TJES	Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo
TJMS	Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul
TJPA	Tribunal de Justiça do Estado do Pará
TJRS	Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
TJSE	Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe
TJSP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
UFPA	Universidade Federal do Pará
v.	Versus

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	13
2 A CRISE DO PARADIGMA REPARATÓRIO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO BRASIL	17
2.1 A PERSPECTIVA TRADICIONAL DE RESTITUIÇÃO AO STATUS QUO ANTE E OS PROBLEMAS DE SUA UTILIZAÇÃO.....	17
2.2 O RECONHECIMENTO DE NOVAS FUNÇÕES PARA A RESPONSABILIDADE CIVIL	21
2.2.1 As funções preventiva e precaucional: a necessidade de desestimular a prática de ilícitos futuros.....	21
2.2.2 A função punitiva como instrumento de controle social.....	24
2.2.3 Prevenção e punição: duas faces de uma mesma moeda?	27
2.2.4 É possível proclamar a existência de uma função compensatória?	28
2.3 FUNÇÃO ENQUANTO FINALIDADE: O PAPEL FUNDAMENTAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA	30
2.3.1 A personalização da responsabilidade civil a partir do ideal de solidariedade social e da dignidade da pessoa humana	32
3 O ESTADO DA ARTE DAS COMPENSAÇÕES POR DANOS MORAIS	35
3.1 A DICOTOMIA ENTRE DANOS MORAIS E DANOS PATRIMONIAIS	37
3.2 O CAMINHO PARA A ACEITAÇÃO DA INDENIZABILIDADE DO DANO MORAL NO BRASIL	39
3.2.1 O paradigma da rejeição jurisprudencial	41
3.2.2 A interpretação patrimonial do dano moral	44
3.2.3 O reconhecimento do dano moral reparável de forma autônoma na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal	46
3.2.4 A positivação na Constituição Federal de 1988 e a inserção do dano moral em terreno inóspito	48
3.3 OS CONCEITOS CENTRAIS DE DANO MORAL NA PRÁTICA JURÍDICA CONTEMPORÂNEA	50
3.3.1 A defesa da necessidade de constatação de estados anímicos	51
3.3.2 A violação a direitos da personalidade	54
3.3.3 Dano moral como ofensa à dignidade da pessoa humana	56

3.4 O REMODELAMENTO DAS FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL A PARTIR DO RECONHECIMENTO DO CARÁTER AUTÔNOMO DOS DANOS MORAIS	58
4 A QUANTIFICAÇÕES DAS INDENIZAÇÕES POR DANOS MORAIS NO BRASIL	61
4.1 MODELOS DE QUANTIFICAÇÃO EXISTENTES	61
4.1.1 O tarifamento legal	62
4.1.1.1 A Reforma Trabalhista e a tarifação das indenizações nas relações laborais	65
4.1.2 O arbitramento equitativo pelo juiz	70
4.2 CRITÉRIOS DE QUANTIFICAÇÃO FREQUENTEMENTE UTILIZADOS	72
4.2.1 A extensão do dano	80
4.2.2 A eventual culpa concorrente da vítima	81
4.2.3 A capacidade econômica das partes e a vedação ao enriquecimento sem causa	82
4.2.4 As condições pessoais da vítima	85
4.2.5 A razoabilidade	86
4.2.6 O caráter punitivo-pedagógico das indenizações	88
4.2.7 A culpabilidade do ofensor	91
4.3 OS PARÂMETROS UTILIZADOS PELO STJ EM SEU MÉTODO BIFÁSICO	93
4.3.1 As dificuldades relativas à aplicação da súmula 7 do STJ	98
5 O LUCRO DO OFENSOR COMO ELEMENTO DE MODULAÇÃO DO QUANTUM COMPENSATÓRIO	100
5.1 O PARALELO EXISTENTE COM O LUCRO DA INTERVENÇÃO	104
5.2 O CRITÉRIO DO LUCRO DO OFENSOR EM UMA PERSPECTIVA REPARATÓRIA	107
5.3 O CRITÉRIO DO LUCRO DO OFENSOR EM UMA PERSPECTIVA PREVENTIVA E PUNITIVA	112
5.4 A PROTEÇÃO DA ESFERA JURÍDICA DA VÍTIMA ENTRE A TUTELA PROCESSUAL INDIVIDUAL E A COLETIVA	118
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	122
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	125
APÊNDICE A – RELAÇÃO DE JULGADOS DO STF COLETADOS EM PESQUISA JURISPRUDENCIAL	139

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 trouxe como uma de suas grandes inovações a elevação da reparação por danos ao *status* de direito fundamental, expressamente previsto no artigo 5º, incisos V e X do Texto Maior. Esta disposição não se deu de modo indiscriminado, fazendo parte de um processo de reconhecimento da dignidade da pessoa humana e dos bens a ela integrados como valor preponderante no ordenamento, com a sobreposição da tutela do estatuto existencial do indivíduo em relação ao leque de direitos patrimoniais que ostenta.

A correlação entre esta exigência axiológica e a responsabilidade civil torna-se mais evidente na figura do dano moral, o qual, outrora amplamente rejeitado pela jurisprudência e por parte da doutrina, representa doravante um dos grandes desafios que se coloca ao intérprete da norma. Sua operabilidade é dificultosa por duas razões: de um lado, impõe-se a necessidade de determinar quais os bens ou interesses jurídicos cuja violação autorizará a intervenção judicial no sentido de estipular uma indenização a ser paga à vítima pelo agressor. É um problema, portanto, relativo à configuração do dano moral.

O segundo desafio refere-se à problemática de quantificar a indenização nos casos em que for detectada lesão injusta à esfera jurídica do ofendido, sendo imprescindível que se reconheça a incompatibilidade destas relações com o procedimento de delimitação do *quantum* indenizatório utilizado para os danos patrimoniais, em decorrência da inadequação dos danos a atributos existenciais à dimensão restitutória da responsabilidade civil.

Esta conjuntura propicia campo fértil para que sejam propostos, em âmbito teórico e jurisprudencial, variados parâmetros de quantificação especificamente destinados aos danos morais, dentre os quais se situam tanto aqueles que se revestem da função reparatória (como, *e.g.*, a extensão do dano), quanto os que dão vazão a novas funções contemporâneas da responsabilidade civil, notadamente a punitiva (gravidade do fato em si, grau de culpabilidade do agente etc.).

O alargamento do espectro funcional da responsabilidade por danos é tendência que se observa há algum tempo, fortemente justificada pela necessidade de lidar com práticas lesivas que fogem, de modo substancial, da dimensão individual e patrimonialista que orientava a disciplina no contexto precedente ao advento da Constituição vigente. A partir de então, não é incomum verificar em situações de violação a direitos que o dano não consiste em elemento aleatório e acidental, mas faz parte, muitas vezes, de um processo racional de tomada de decisões no curso da atividade econômica empresarial.

Deste modo, o descumprimento de normas básicas de higiene no meio ambiente de trabalho, a ocorrência de práticas comerciais abusivas como a propaganda enganosa, a redução de um indivíduo a condições laborais análogas às de escravo, são apenas algumas possíveis manifestações de danos que se produzem de maneira deliberada, e que lesam não apenas a vítima em si considerada, como também a concorrência e, em alguns casos, toda a coletividade, o que pode configurar, no primeiro caso, hipótese de *dumping social*, reforçando o grau de reprovabilidade que deve observado pelo jurista em face destas condutas.

Diante de exemplos como estes, a remissão isolada ao artigo 944, *caput* do Código Civil de 2002, considerando apenas o dano suportado pela vítima no cálculo da indenização, permite que seja vantajoso lesionar, pois, na pior das hipóteses para o agressor, ele terá que arcar com montante usualmente bem inferior ao proveito que obtém, o que estimula novas práticas danosas de sua parte. Para que se visualize com clareza este cenário, podemos recorrer ao seguinte exemplo.

Imaginemos que um posto de gasolina X se estabeleça em uma determinada localidade, ostentando a marca comercial de distribuidora de combustíveis de qualidade e reputação reconhecidas nacionalmente. Com a novidade, diversos consumidores são atraídos para que recorrentemente usufruam dos serviços prestados pelo posto X, abandonando suas preferências pretéritas.

Todavia, em um dado se descobre que, na realidade, X comercializa largamente combustíveis de outras fontes, caracterizando a prática de propaganda enganosa, pois vários dos consumidores apenas se deslocavam até o estabelecimento em questão por acreditarem que estavam recebendo um produto específico de sua escolha, o que, de fato, não ocorreu.

A situação leva o Ministério Público a ajuizar uma Ação Civil Pública em face do empreendimento, tendo como um de seus requerimentos a condenação do réu ao pagamento de indenização por danos morais coletivos em patamar igual ou superior a R\$250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais). O juiz, mesmo julgando estar comprovado proveito na base de R\$90.000,00 (noventa mil reais), estipula o *quantum* em apenas R\$20.000,00 (vinte mil reais), por entender se tratar de empresa de porte médio, sem vultosa expressão econômica.

A situação, que pode parecer absurda, é real, e refere-se ao julgamento do Recurso Especial nº 1.487.046/MT pela 4ª Turma do STJ em 28 de março de 2017. Esta narrativa, ocorrida estritamente nos termos descritos, serve de indicativo alarmante sobre a forma como o Judiciário brasileiro vem lidando com os ilícitos propositadamente lucrativos, a partir de uma inadequada confluência entre as funções da responsabilidade civil e os parâmetros de quantificação em sede de danos à pessoa. Com base em tais elementos, a pergunta de pesquisa

que orienta esta investigação é: em que medida o lucro do ofensor pode ser considerado um critério de quantificação das indenizações por danos morais? Para respondê-la, o estudo faz uso do método dedutivo, amparando-se em pesquisa bibliográfica nacional e estrangeira e em levantamento jurisprudencial para confrontar as hipóteses do trabalho.

O primeiro capítulo dá lugar à discussão sobre as razões que levam à crise do paradigma reparatório da responsabilidade civil no Brasil, expondo-se os problemas da incompatibilidade entre sua dimensão restitutória e a proteção da pessoa humana pela via do dano moral. Em decorrência disso, realizamos aproximação teórica com as funções punitiva e preventiva da responsabilidade por danos, a fim de detectar seu grau de relevância no trato de problemas hodiernos das relações danosas, especialmente naquele eleito como objeto central desta investigação.

Em seguida, analisa-se a trajetória da jurisprudência e da doutrina brasileiras no tratamento concedido ao dano moral, desde sua rejeição total até sua positivação no rol de direitos e garantias fundamentais da Constituição de 1988. Para tanto, realizamos pesquisa jurisprudencial no banco de julgados do Supremo Tribunal Federal, com o emprego das palavras-chave < “dano moral” > e a definição de 05 de outubro de 1988 como data limite, tendo sido encontrados 141 acórdãos, 1 súmula vinculante, 2 decisões monocráticas, 2 decisões da presidência e 4 coletâneas de acórdãos.

Por se tratar de pesquisa que buscou identificar o posicionamento colegiado da corte no decurso temporal anterior à Constituição de 1988, foram descartados da análise todos os atos emanados de instância judicial não colegiada, sendo também desconsiderada a súmula vinculante nº 22, que discute tão somente questão de competência processual. Assim, a base de análise foram os 141 acórdãos e as 4 coletâneas de acórdãos, cabendo pontuar que parte deste universo não interessava aos fins deste trabalho, por discutir tão somente teses de cunho processual ou referentes ao regimento do pretório excelso. A relação completa dos julgados encontra-se no Apêndice A desta dissertação.

Ainda no segundo capítulo, traçamos os caracteres das tentativas mais difundidas de conceituação do dano moral no Brasil (alteração do estado anímico da vítima, lesão a direitos da personalidade, violação à dignidade da pessoa humana), além de examinar o impacto que o reconhecimento do caráter autônomo desta espécie de dano teve no remodelamento das funções da responsabilidade civil.

No capítulo 3, são apresentados os modelos de quantificação das indenizações por danos morais do tarifamento legal e do arbitramento equitativo do juiz, analisando-se criticamente os critérios de quantificação usualmente empregados pela jurisprudência para

quantificar a indenização. Não deixamos de levar em conta o importante método bifásico do Superior Tribunal de Justiça, recentemente incorporado pela jurisprudência da corte, e que se vale de 4 dos principais critérios expostos na seção precedente para justificar o arbitramento realizado.

Finalmente, no capítulo derradeiro, propomos uma análise de adequação entre o critério estudado e a figura do lucro da intervenção, destacando-se suas identidades em comum e suas discrepâncias. Ademais, examinamos as conexões de sentido que o parâmetro do lucro do ofensor possui com as funções contemporâneas da responsabilidade por danos, buscando identificar em sua *ratio* uma vinculação teleológica à construção teórica dos paradigmas reparatório, punitivo e preventivo.

2 A CRISE DO PARADIGMA REPARATÓRIO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO BRASIL

O paradigma da reparação do dano na responsabilidade civil é, tradicionalmente, um de seus maiores sustentáculos. Ao projetar-se no campo normativo próprio da disciplina e ter caracterizada intrínseca relação com o princípio da reparação integral, a chamada função reparatória identifica-se como o aspecto mais clássico de um Direito de Danos que, em face das intensas modificações políticas e sociais do último século e da necessidade de compatibilização com a tábua axiológica constitucional, precisa ter sua leitura renovada, de acordo com esta nova sistemática.

Neste contexto, revela-se falha a pressuposição desta dimensão reparatória como suficiente para garantir o enfrentamento a novas reações sociais e econômicas, atreladas a um modelo de relações multitudinárias e efêmeras, consideravelmente distante do modelo individualista e bilateral que se pressupunha até pouco tempo atrás. Não desaparece por completo esta condição, mas cede vasto espaço às manifestações típicas das chamadas sociedades de massa.

Algumas das razões para esta crise – pois sua totalidade não caberia nos limites deste trabalho – serão destrinchadas a seguir, procurando-se relacioná-las, sempre que for possível, com o paralelo crescimento do clamor pelo reconhecimento de novas funções para a responsabilidade civil, a fim de se possibilitar, *a posteriori*, uma interlocução precisa entre questões sensíveis dos danos morais e a dinâmica relacional contemporânea dessas funções.

2.1 A PERSPECTIVA TRADICIONAL DE RESTITUIÇÃO AO *STATUS QUO ANTE* E OS PROBLEMAS DE SUA UTILIZAÇÃO

Classicamente, a responsabilidade civil é concebida como dever jurídico sucessivo – ou secundário – de reparar uma vítima em decorrência de um dano por ela suportado, estabelecendo-se este ônus a partir da violação de um dever jurídico originário, em desfavor daquele que deu causa ao descumprimento deste dever¹. Esta é a lógica tradicional que permeia a aplicabilidade das normas relativas à responsabilidade civil em diversos sistemas jurídicos, a

¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 2.

qual tem suas bases atribuídas à noção de justiça corretiva desenvolvida por Aristóteles, e que consiste na retificação de uma situação danosa a partir da compensação da vítima².

É dizer, no sentido desta construção teórica, que o dever de reparar um dano associa-se a um prisma normativo de bilateralidade na relação entre agressor e vítima³, e de reação do ordenamento jurídico apenas em momento posterior à consumação do dano, não se reconhecendo haver, à luz destes pressupostos, qualquer possibilidade de regras e categorias jurídicas que tenham a função de desestimular uma prática danosa ou de punir um agressor por sua conduta – ao menos em sede de responsabilidade civil.

Isto consolidou, durante muitos anos, a premissa de que a finalidade precípua da responsabilidade civil seria devolver o lesado à situação em que se encontrava anteriormente ao dano, devolvendo-o ou restituindo-o ao chamado *status quo ante*⁴ – estado anterior à lesão –; em outras palavras, a tarefa a ser desempenhada neste cenário é a de buscar reestabelecer o equilíbrio inicialmente existente.

A ocorrência de um dano de cunho patrimonial serve para ilustrar de forma adequada o raciocínio que ampara este paradigma. Basta imaginar uma situação em que Paulo, morador de um condomínio edilício com ampla área comum, atinge uma janela do apartamento de Stella com uma bola de tênis durante sua prática habitual, estilhaçando a respectiva vidraça.

Constatando-se, *in casu*, que o valor arcado por Stella para o conserto da janela equivale a R\$5.000,00 (cinco mil reais), tem-se que o montante a ser devolvido pelo ofensor a título de danos materiais será correspondente de forma exata ao referido valor⁵; assim, ao se exigir de Paulo o pagamento desta indenização, intenta-se fazer com que Stella e Paulo sejam

² ZAMORA, Jorge Luis Fabra. 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, p. 2547.

³ Ao mesmo tempo em que é possível afirmar, beirando-se a trivialidade, que um determinado agressor pode causar um gravame a mais de uma vítima, ou mesmo a toda uma coletividade indeterminada de sujeitos, deve-se reconhecer que as normas de imputação contidas no Código Civil não foram projetadas para hipóteses relativas a bens ou interesses desta natureza – difusos, coletivos etc –, mas sim para relações individualizadas. Este é um dos reflexos que indica que, a despeito dos ideais de translação das normas constitucionais para o âmbito das relações privadas, o Código em questão persiste imbricado em um viés patrimonialista e excessivamente liberal, liberalismo este que deve ser entendido em sua expressão original e, portanto, relacionado em larga medida ao *laissez-faire*. Decerto, esta constatação pode indicar um paradoxo em termos de concretude do sistema jurídico brasileiro, uma vez que o Código Civil de 2002 é quase 15 anos posterior à Constituição Federal e, ainda assim, aparenta assentar-se em valores distintos. As razões para isto serão oportunamente discutidas mais adiante.

⁴ CAVALIERI FILHO, 2012, op. cit., p. 4.

⁵ Esta é a definição do que se convencionou denominar teoria da diferença, a qual determina, segundo Fernando Noronha, que “a indenização será igual à diferença entre a situação atual do patrimônio do lesado e a hipotética em que estaria, se o dano não tivesse ocorrido”. NORONHA, Fernando. *Responsabilidade civil: uma tentativa de ressystematização*. Revista de Direito Civil, Agrário, Imobiliário e Empresarial, vol. 17, n. 64, abr./jun., 1993, p. 20.

devolvidos ao *status quo ante*, i.e., ao momento e às condições nos quais se encontravam quando a lesão não havia ocorrido.

Esta restituição pode ocorrer de duas maneiras distintas. A primeira delas é a reparação *in natura*, que consiste geralmente no recebimento, pela vítima, de coisa nova da mesma espécie, qualidade e quantidade do bem ao qual se causou o gravame⁶ – ou no pagamento, em dinheiro, do valor respectivo –, de modo a garantir sua substituição por algo equivalente. Tal sistemática é, portanto, a expressão mais genuína possível do que se concebeu como restituição ao *status quo ante*, tendo em vista que se aproxima desta devolução das partes ao estado anterior à lesão, embora nunca a concretize integralmente.

Todavia, há, em determinados casos, uma impossibilidade fática em se proceder à reparação *in natura* como alternativa de tutela das vítimas, o que se dá pela natureza do bem jurídico violado, pois bens de natureza imaterial não são suscetíveis de substituição ou restituição⁷. Por esta razão, em relação a violações desta natureza, utiliza-se a compensação em pecúnia, ou seja, o pagamento de uma indenização como forma de se buscar a efetiva correção no bojo da situação injusta criada pela conduta do agressor.

Por óbvio, no que tange à compensação pecuniária, não se trata propriamente de uma restituição ao *status quo* anterior, mas de uma tentativa de abrandamento dos efeitos deletérios ocasionados pela prática danosa, sendo certo que jamais se poderá eliminar de maneira absoluta o agravo suportado pela vítima⁸.

Esta lógica reparatória clássica encontra fundamento no princípio da reparação integral, segundo o qual é função da responsabilidade civil, além de devolver a vítima ao *status quo ante*, garantir que a reparação ocorra de forma proporcional à extensão do dano, conforme o *caput* do artigo 944⁹ do Código Civil, distanciando-se, portanto, de qualquer escopo de caráter punitivo, ou mesmo de outra natureza¹⁰ que não a mencionada.

Embora o referido princípio e seu dispositivo legal correspondente sirvam para propor a alternativa padrão de interpretação dos institutos e categorias relacionados à responsabilidade civil no Brasil, foram detectados, em especial a partir da segunda metade do

⁶ REIS, Clayton. *Os novos rumos da indenização do dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 187.

⁷ Esta observação se aplica igualmente a bens que, embora inicialmente dotados exclusivamente de um aspecto patrimonial, transcendem esta condição em um dado momento por conta de sua valoração subjetiva pelo detentor, sendo impossível sua substituição por equivalente, o que, em nosso âmbito normativo, recebeu a denominação de bem infungível.

⁸ RESEDÁ, Salomão. *A função sancionatória da responsabilidade civil: uma nova realidade frente aos danos morais*. Revista Direito Unifacs – Debate Virtual, n. 205, jul., 2017, p. 18.

⁹ Artigo 944 – A indenização mede-se pela extensão do dano.

¹⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Novo Tratado de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 53.

século XX e da miríade de novas situações a serem reguladas pelo Estado, diversos problemas e dificuldades a respeito de sua aplicação em determinados níveis das relações sociais, bem como quando relacionado a bens jurídicos de natureza moral.

Isto se deu, em primeiro plano, por conta de fenômenos como o reconhecimento do alto grau de lesividade de um contexto marcado pelas sociedades de massa e pela premência pelo desenvolvimento científico e tecnológico, contexto no qual são ocasionados riscos multifacetados e desconhecidos à pessoa humana; em tal conjuntura, pode-se dizer que “a produção social de riqueza é acompanhada sistematicamente pela produção social de riscos”¹¹, estes que surgem de modo intrinsecamente imbricado com os conflitos típicos das sociedades nas quais prevalece a escassez.

Diante disso, ganham relevância os institutos e técnicas da Responsabilidade Civil, notadamente devido ao “lapso de tempo entre o desenvolvimento de novas tecnologias e a regulação estatal dos respectivos riscos, que pelo atual estágio do desenvolvimento tecnológico adquirem grande complexidade, já que atuam em escala global”¹², consistindo, portanto, em ferramentas de regulação destas atividades.

Neste *status quo* de atividade econômica competitiva desenfreada, prevalece a ocorrência de danos em larga escala, por agentes de mercado que se locupletam de maneira indevida por meio da exploração de bens jurídicos de indivíduos postos em situação de vulnerabilidade, tal como ocorre nas relações de consumo, no ambiente laboral, dentre outros âmbitos, o que acaba por provocar um enfraquecimento na perspectiva estritamente reparatória da responsabilidade civil, uma vez que não é possível dimensionar com precisão a extensão dos danos provocados em um grande número de casos de violações à pessoa, seja em seus atributos existenciais ou mesmo no que se refere ao patrimônio.

A esta inferência pode-se acrescentar uma segunda dificuldade, intrinsecamente relacionada ao conteúdo de bens e interesses juridicamente tutelados pela via das compensações por danos morais, que consiste na constatação de que, independente do conceito utilizado para explicar o dano moral, seu respectivo bem jurídico é imaterial e, portanto, impossível de ser aferido objetivamente e de ter sua violação mensurada a partir das mesmas bases utilizadas para o dano patrimonial, razão pela qual a tutela destes bens ocorre de maneira diferenciada no que

¹¹ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Trad.: Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 23-25.

¹² EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Responsabilidade Civil ou Direito de Danos? Breves reflexões sobre a inadequação do modelo tradicional sob o prisma do Direito Civil Constitucional. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianosvki et al. (Org.). *Direito Civil Constitucional: a ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014, p. 304-305.

se refere à quantificação da indenização, o que será objeto de análise detalhada em capítulo posterior.

2.2 O RECONHECIMENTO DE NOVAS FUNÇÕES PARA A RESPONSABILIDADE CIVIL

A respeito dos obstáculos apresentados para a consolidação do princípio da reparação integral – bem como de sua correlata função reparatória – como principal alternativa de quantificação das indenizações, pode-se concluir que, em um dado momento, atentou-se para a insuficiência da lógica da restituição ao *status quo ante* e para a necessidade de reformular o raciocínio normativo em sede de responsabilidade civil para o reconhecimento de novas funções, as quais, em complemento à função reparatória, podem contribuir para a adequação da temática dos danos aos novos paradigmas impostos pela sociedade contemporânea.

2.2.1 As funções preventiva e precaucional: a necessidade de desestimular a prática de ilícitos futuros

Conforme exposto anteriormente, a composição tradicional do esqueleto normativo pertinente à responsabilidade civil calcou-se exclusivamente, por considerável lapso temporal, na dimensão reparatória dos danos injustos sofridos pelas vítimas, de modo a contemplar um viés eminentemente repressivo, ou seja, contemplando o fenômeno da reparação ou compensação de danos tão somente após a ocorrência do menoscabo a bem jurídico protegido pelo ordenamento.

Desta maneira, a prevenção de danos no bojo da aplicação das normas de responsabilidade civil no Brasil corresponderia, quando muito, a uma mera “externalidade positiva” do sistema, isto é, uma consequência acidental almejada, mas que não seria considerada como um fundamento normativo para a operabilidade de normas neste particular¹³.

¹³ VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. *A construção da responsabilidade civil preventiva no direito civil contemporâneo*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2012, p. 165-166. Disponível em: <<http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/28243/R%20-%20T%20-%20THAIS%20GOVEIA%20PASCOALOTO%20VENTURI.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 14 ago. 2017.

Todavia, tal como já evidenciado, elementos como a multiplicidade de fontes de danos à pessoa humana, notadamente oriundos de atividades econômicas consideradas de risco, impulsionaram um movimento de reconhecimento, em âmbito doutrinário, da necessidade de se alargar os horizontes em termos de sustentáculo valorativo da responsabilidade civil, impondo o reconhecimento da prevenção não apenas como uma de suas funções, mas como verdadeiro princípio legitimador¹⁴.

A defesa da prevenção como axioma presente no Direito de Danos parte, sobretudo, da imperatividade de um direito que possa ser considerado proativo, em um patamar no qual se considere elementar a necessidade de buscar a proteção dos bens jurídicos materiais e existenciais de forma anterior à ocorrência do dano, desestimulando-se de maneira eficiente a prática de condutas danosas, ou evitando o agravamento de danos já produzidos¹⁵.

Esta refundamentação da responsabilidade civil também pode ser justificada pela constatação de que os danos que emanam do desenvolvimento de atividades típicas da sociedade de risco raramente ficam adstritos à esfera jurídica de apenas um indivíduo, consistindo em danos que transcendem fronteiras espaciais e temporais, alcançando, inclusive, bens e interesses individuais e coletivos das gerações futuras¹⁶, o que reforça as exigências a favor de uma racionalidade jurídica de prevenção.

Em termos práticos, a prevenção de comportamentos que possam ser considerados albergadores de riscos ao indivíduo ou à coletividade fragmenta-se em duas possíveis vertentes: de um lado, tem-se a figura do desestímulo por meio da quantificação da indenização em montante que possa ser considerado pedagógico ou exemplar; por outro lado, verifica-se como consectário do princípio preventivo a eliminação ou substancial redução de atividades econômicas consideradas perigosas ou altamente danosas¹⁷.

A primeira vertente guarda íntima relação com a construção teórica que se promoveu para o desenvolvimento de uma função punitiva da responsabilidade civil, razão pela qual seus desdobramentos serão examinados com maior propriedade mais à frente, eis que são motivados por fundamentos a serem ainda desenvolvidos.

¹⁴ Ibid., p. 167.

¹⁵ FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, op. cit., p. 50.

¹⁶ FONSECA, Aline Klayse dos Santos; LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. *Aplicação de sanções preventivas na responsabilidade civil para a máxima tutela dos direitos fundamentais nas relações privadas*. In: OLIVEIRA, José Sebastião de; SILVA, Nilson Tadeu Reis Campos (org.). XXV Congresso do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – Direito Civil Contemporâneo III, p. 122. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/iw7x844x/6tc83SrW51e9xn56.pdf>>. Acesso em: 14 ago. 2017.

¹⁷ PÜSCHEL, Flávia Portella. *Funções e princípios justificadores da responsabilidade civil e o art. 927, § único do Código Civil*. Revista Direito GV, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 94, mai. 2005.

Já no que tange à eliminação ou redução de riscos de atividades que possam ser consideradas nocivas, foi-se construindo progressivamente o que se convencionou chamar de função precaucional da responsabilidade civil, esta mormente relacionada a riscos de propagação desconhecida, como no caso da manipulação de produtos transgênicos ou a operação de dispositivos nucleares. Em suma, o que distingue a prevenção em sentido estrito da precaução é o grau de certeza acerca dos possíveis danos da atividade desempenhada, sendo certo que a precaução enquanto função estará conectada a setores nos quais as consequências não sejam conhecidas ou comprovadas, a *contrario sensu* do que ocorre com a prevenção¹⁸.

O ingresso da precaução na tábua axiológica que sustenta a responsabilidade civil contemporaneamente tem como marco normativo o princípio 15 da Declaração da Conferência ECO Rio 92¹⁹, que determina a necessidade de se agir com atenção à precaução no tocante a situações de ameaça de danos graves ou irreversíveis ou de ausência de certeza científica sobre o impacto de atividades relativas ao meio ambiente²⁰.

Vale ressaltar que é relativamente recente o debate a respeito das consequências jurídicas impostas pelo reconhecimento da precaução e da prevenção enquanto funções da responsabilidade civil, razão pela qual não há elementos que conduzam a uma certeza ou a um nível razoável de segurança acerca de como se proceder em termos de sanção normativa a ser aplicada em desfavor daqueles que violem este caráter preventivo.

É certo, entretanto, que a atribuição de indenização em favor de um indivíduo que ingresse judicialmente alegando o risco de sofrer determinado dano não é tida pela doutrina especializada como a solução mais satisfatória para a efetivação desta precaução na esfera dos danos indenizáveis, pelo quê apresenta-se como alternativa a estipulação de pena civil²¹, a ser arcada por aquele que gerou ou agravou o risco para a sociedade como um todo.

Feitas estas considerações, cabe pontuar que esta dimensão preventivo-precaucional da responsabilidade civil ganha importância particular no que se refere aos danos a bens extrapatrimoniais, haja vista que, por conta de seu alinhamento valorativo com o princípio da dignidade da pessoa humana, contido no artigo 1º, inciso III da Constituição

¹⁸ LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da Precaução e evolução da Responsabilidade Civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 101-102.

¹⁹ FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, op. cit., p. 71.

²⁰ Princípio 15 – Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.

²¹ FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, op. cit., p. 75-76.

Federal de 1988²², é absolutamente essencial que o ordenamento pátrio disponha de mecanismos que enfrentem a problemática das violações a partir de uma estruturação que vá além da ótica reparatória clássica.

2.2.2 A função punitiva como instrumento de controle social

A discussão a respeito de uma função punitiva no Brasil surgiu há relativamente pouco tempo²³, em momento substancialmente posterior à consagração da doutrina dos *punitive damages* (indenizações punitivas) em países de *common law*, a qual consiste na aplicação de uma pena de caráter civil, autônoma da indenização reparatória, e que se reveste de uma finalidade prioritariamente pedagógica de exemplaridade social²⁴.

É imperioso ressaltar que a estipulação dos *punitive damages*²⁵ não se dá de maneira indiscriminada e arbitrária, mas se dirige especialmente a condutas com alto grau de danosidade e reprovabilidade social, usualmente reiteradas, e que manifestam um intuito de locupletamento a partir do agravamento do estado de vulnerabilidade de vítimas ocasionais²⁶; em face disto, o mecanismo em comento se estabelece em prol de uma dúplice finalidade: a punição do ofensor e o desestímulo de condutas lesivas futuras, ou seja, aproximando-se, em relação a esta segunda finalidade, de uma das vertentes apresentadas no que se refere à função preventiva.

Transportando-se esta lógica para o sistema jurídico brasileiro, é possível vislumbrar um crescente clamor pelo reconhecimento do caráter legítimo de indenizações de caráter punitivo, assim como da função punitiva da responsabilidade. Isto parte preponderantemente das mesmas razões indicadas no parágrafo anterior para o contexto dos *punitive damages*, mas se concretiza por via distinta.

É que, ao contrário da realidade de países de *common law*, nos quais a sentença já determina com especificidade qual valor do *quantum* condenatório corresponderá à reparação

²² Artigo 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III – a dignidade da pessoa humana.

²³ Os primeiros estudos e aproximações teóricas com a doutrina anglo-saxônica dos *punitive damages* constam da primeira década do século XXI.

²⁴ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. *Usos e Abusos da Função Punitiva: punitive damages e o Direito Brasileiro*. Revista CEJ, Brasília, n. 28, p. 18, jan./mar. 2005.

²⁵ São características gerais dos *punitive damages*: (1) a atribuição de competência ao júri para sua aplicação; (2) utilização apenas em casos de dolo ou culpa grave do agressor; (3) não cabimento em hipóteses de danos originados de violação contratual. Ibid., p. 19.

²⁶ LEAL, Pastora do Socorro Teixeira; BONNA, Alexandre Pereira. *A fundamentação ética dos punitive damages e do dever de prevenir danos*. Revista Fides, Natal, v. 8, n. 1, p. 25, jan./jun. 2017a.

da vítima e qual terá intuito punitivo, no Brasil, optou-se por tão somente majorar a verba condenatória com a finalidade de punir o ofensor, sem, contudo, que se faça a distinção entre os montantes arbitrados.

Esta opção se faz presente em sentenças, acórdãos e atos judiciais congêneres com os rótulos de “caráter dissuasório”, “efeito punitivo-pedagógico da indenização”, dentre outros, o que evidencia que a incorporação de uma função punitiva para a responsabilidade civil em nossa realidade jurídica manifesta-se de forma ainda incipiente, sem fundamentos suficientemente debatidos – mormente em âmbito jurisprudencial – para a aplicação destas indenizações punitivas, ou mesmo com critérios que carecem de uma adequada justificação.

Isto fez com que diversas críticas surgissem ao paradigma da punição neste particular, dentre as quais se pode destacar a vedação ao enriquecimento sem causa, disposta, para alguns, no artigo 884, *caput* do Código Civil²⁷ de 2002. Esta objeção foi construída no sentido de que destinar ao autor da demanda o valor da condenação equivalente à pena civil representaria propiciar seu enriquecimento sem causa e violar o princípio da reparação integral expresso no já aludido *caput* do artigo 944 do Código.

Desta maneira, o mais apropriado, na concepção daqueles que estão de acordo com a crítica analisada, seria destinar esta parcela, necessariamente, a um fundo público ou entidade beneficente, de modo a evitar o enriquecimento sem causa nesta conjuntura²⁸.

Esta crítica é relevante para os objetivos em prol dos quais este trabalho se dedica, já que as indenizações por danos morais em geral, por conta dos métodos modernamente desenvolvidos para sua quantificação, têm seu *quantum* determinado à luz de parâmetros e critérios moduladores cujo peso atribuído na hipótese fática nem sempre é devidamente justificado ou esclarecido pelos julgadores. Via de regra, na realidade, o valor da condenação é arbitrado de forma abstrata, com a alusão a jargões imprecisos como “razoabilidade” e “proporcionalidade”²⁹, o que impõe diversos problemas de ordem teórica e prática, que serão oportunamente expostos.

No sentido das ideias examinadas, pode-se inferir que a função punitiva assume, no arranjo social contemporâneo já definido como de riscos e de danos em massa, um espectro de

²⁷ Artigo 884 – Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

²⁸ SERPA, Pedro Ricardo e. *Indenização punitiva*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Paulo, p. 233.

²⁹ Ressalte-se que não se está afirmando que os termos mencionados são, por sua própria natureza, vagos ou indeterminados, mas sim que sua utilização na fundamentação de decisões judiciais pode ocorrer de maneira obscura ou arbitrária, especialmente em relação às indenizações por danos morais, por conta do método utilizado no Brasil para sua quantificação.

verdadeiro controle social, na medida em que se atem ao caráter reprovável de um agir ou de um conjunto de condutas para encontrar sua justificação no plano normativo e teórico, o que ainda parece relativamente distante de uma consolidação no Brasil.

Decerto, é curioso que o interesse pela temática em tela esteja ganhando terreno no âmago da civilística pátria, tendo em vista que, a despeito de se constatar que uma das grandes tendências da responsabilidade civil contemporânea é o deslocamento de seu olhar da falta moral do agressor para a proteção da vítima³⁰, a discussão sobre o viés punitivo da reparação e compensação de danos ruma para o sentido contrário, reavivando o olhar da comunidade jurídica em direção à conduta ilícita do causador do dano³¹, sem descuidar, contudo, de estabelecer como uma de suas prioridades a tutela adequada dos bens e interesses jurídicos violados.

Uma possível hipótese para explicar este fenômeno reside na própria constatação exposta na seção inicial deste capítulo e que deu origem à discussão sobre o reconhecimento de novas funções, *i.e.*, a insuficiência da matriz reparatória da responsabilidade por danos em face da problemática desafiadora que se instaura com a produção de riscos e danos em larga escala e o reconhecimento da indenizabilidade de bens e interesses de conteúdo moral.

É dizer, em outras palavras, que o contexto que se apresenta para o jurista de hoje, notadamente no que diz respeito à reiteração excessiva de violações ocorridas no curso da atividade econômica, impõe a exigência de projetar para a responsabilidade civil este papel de contenção do abuso do poder econômico e da prática desenfreada de lesão a direitos da pessoa, e que a função punitiva é reconhecida por alguns como um instrumento apto na consecução deste ideal.

Independentemente de se estabelecer a suficiência ou não do paradigma de punição para a realização do supracitado objetivo, certo é que urge a necessidade de se buscar alternativas inseridas no ordenamento jurídico brasileiro – ou, no mínimo, compatíveis com sua pauta valorativa – para garantir a proteção dos bens morais e, via de consequência, da dignidade da pessoa humana, a fim de assegurar a efetividade da tutela *prima facie* de direitos fundamentais reconhecidos neste patamar, evitando que seja vantajoso lesioná-los.

³⁰ LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. *Responsabilidade Civil: inovações normativas, desafios e perspectivas*. In: LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. (Org.) *Direito Civil Constitucional e outros estudos em homenagem ao Prof. Zeno Veloso: uma visão luso-brasileira*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 461.

³¹ PÜSCHEL, Flávia Portella. *A função punitiva da responsabilidade civil no direito brasileiro: uma proposta de investigação empírica*. Revista Direito GV, São Paulo, v. 3, n. 2, p. 21, jul./dez. 2007.

2.2.3 Prevenção e punição: duas faces de uma mesma moeda?

Delimitados os caracteres que definem o conteúdo das funções preventiva – abrangendo também, no que couber, sua vertente precaucional – e punitiva, cumpre acrescentar que o reconhecimento desta multifuncionalidade para a responsabilidade por danos está intimamente interligado com o ideal de proteção do ser humano na contemporaneidade.

Isto porque, ao ressignificarem drasticamente o *locus* ocupado pelo Direito de Danos em âmbito normativo, estas “novas” funções se articulam com princípios constitucionais como a dignidade humana e a solidariedade social³² para determinar uma verdadeira transição paradigmática no que guarda pertinência com os fundamentos da responsabilidade civil.

Esta ressalva é relevante para que se compreenda que as funções apresentadas não possuem um fim em si mesmas, mas surgem em um contexto de reconhecimento da necessidade de refundamentação de todo um sistema, que precisa reagir a violações em diferentes níveis; violações estas que, em alguns casos, contam com proporções desconhecidas e certamente inalcançadas pelo prisma da função reparatória e da quantificação da indenização por meio da regra do artigo 944, *caput* do Código Civil.

É por esta razão que não é exagero algum afirmar que a função preventiva e a função punitiva possuem, na realidade, o mesmo desiderato, qual seja o de garantir a este sistema alternativas de reação às práticas danosas que podem ser consideradas mais harmônicas com as exigências da sociedade atual, pelos problemas já considerados desde a análise dos porquês do ocaso da dimensão reparatória.

Em outras palavras, punição e prevenção são, sim, duas faces de uma mesma moeda, a qual representa a busca pela efetividade das normas e valores referentes à responsabilidade por danos, a fim de que o sistema jurídico seja infenso a toda ordem de violações que se apresentam, seja pela via do desestímulo geral de ilícitos futuros, ou mesmo pelo controle social manifestado na estipulação de penas civis.

Neste sentido, em se tendo verificado que a função reparatória é, em grau considerável, parcialmente incompatível com a tutela de bens existenciais pela via da compensação por danos morais, pode-se sustentar que uma leitura dos pressupostos e das normas de quantificação da indenização a partir desta tábua preventivo-punitiva garante,

³² A leitura civil-constitucional dos fundamentos e princípios que orientam a aplicação das normas referentes à reparação e compensação de danos na esfera civil demanda reflexão minuciosa para que sejam atingidos os objetivos aos quais se propõe esta pesquisa, pelo que remete-se à leitura da seção “Função enquanto finalidade: o papel fundamental da responsabilidade civil na ordem constitucional brasileira” para compreensão adequada desta interlocução.

sobretudo, alternativas para o amadurecimento de respostas aos dilemas situados no tocante a estes danos, abrindo margem perceptível para novos caminhos e possibilidades de interpretação.

2.2.4 É possível proclamar a existência de uma função compensatória?

A demarcação de funções para a responsabilidade civil, como já exposto alhures, é parte de uma tentativa de propugnar uma renovação no papel a ela destinado no contexto do constitucionalismo brasileiro e de seus impactos nos diversos setores da regulação normativa.

Assim, no afã de propiciar um instrumental adequado para a tutela de bens por meio da figura do dano moral, tem-se a compensação – ou efeito compensatório – como alternativa relevante, que se distingue sobremaneira da noção de reparação por não buscar uma restituição das partes ao estado anterior à lesão, mas sim proporcionar para a vítima uma satisfação material no intuito de amenizar a perda sofrida e as consequências da conduta danosa³³.

Este possível caráter autônomo da compensação não é apenas oponível em relação à reparação em si, como também em face da própria concepção do vocábulo “indenização”³⁴, já que o termo advém da expressão latina *in dene* ou *in demne*, que significa voltar ao estágio anterior à lesão³⁵, o que certamente não é possível em se tratando de lesão a atributos extrapatrimoniais, pela própria natureza ostentada por estes bens jurídicos, o que reforça a conclusão de que a responsabilidade civil jamais terá pretensões reparatórias legítimas neste particular, mas tão somente um intuito compensatório.

Não significa dizer, em atenção a esta observação, que a responsabilidade por danos ostenta uma função compensatória, pois, para isso, seria preciso atribuir à compensação um caráter finalístico, a fim de tê-la como um dos grandes objetivos a serem perseguidos no contexto das indenizações no Brasil.

Neste sentido, Farias, Rosenvald e Braga Netto sustentam que parece muito mais apropriado raciocinar a compensação como uma considerável modulação da função reparatória,

³³ VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto, *A responsabilidade civil e sua função punitivo-pedagógica no direito brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2006, p. 128. Disponível em: < <http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/35934/R%20-%20D%20-%20THAIS%20GOVEIA%20PASCOALOTO%20VENTURI.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 14 ago. 2017.

³⁴ Não obstante, utilizaram-se as expressões “reparação” e “indenização”, no bojo deste trabalho, como sinônimos de “compensação”, uma vez que ambos os termos são frequentemente invocados com esta referência, de modo alheio a distinções conceituais históricas.

³⁵ FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, op. cit., p. 317.

de tal maneira que, em se tratando de bens de natureza moral, poder-se-á também falar em reparação, mas em uma reparação compensatória³⁶, e não ressarcitória ou restitutiva.

Na prática, a distinção entre compensação e reparação não é meramente conceitual. O reconhecimento da primeira como uma manifestação da exigência de raciocinar o dano injusto para além dos esquemas tradicionais transborda qualquer discussão no plano semântico, de modo a alcançar, inclusive, os debates relativos à quantificação de danos indenizáveis. É que, se em casos de violação ao patrimônio a resposta prevista pelo sistema é de compreensão relativamente simples – consistindo, em tese, em cálculo meramente aritmético –, para situações de ofensas a bens morais, por outro lado, a tarefa revela-se tormentosa³⁷.

Em outras palavras, afirma-se que a alocação da compensação em um patamar de autonomia em relação à reparação – tal como tradicionalmente construída – acaba por alargar as perspectivas para o Direito de Danos em direção a questões como: a natureza dos bens jurídicos que se considera estarem tutelados pelo ordenamento (reconhecimento de novos danos), as finalidades basilares do sistema de reparação (ampliação do espectro de funções), a redefinição dos parâmetros de quantificação da indenização etc.

Isto não indica, contudo, que este fenômeno implica necessariamente na legitimidade de uma função dita compensatória, uma vez que, para tanto, conforme já mencionado, é necessário detectar nas ferramentas da responsabilidade civil interlocuções com o efeito compensatório, a fim de nele enxergar uma missão a ser desempenhada, o que não retira a importância do debate em comento.

O que é importante de se destacar é que a compensação demanda uma compreensão alargada da expressão contida no *caput* do artigo 944 do Código Civil (“a indenização mede-se pela extensão do dano”), uma vez que tal extensão, em matéria de bens existenciais, será determinada a partir de critérios e parâmetros diferenciados, com justificação teórica peculiar, e que vão agasalhar novas percepções no tocante às bases para o cálculo do valor da indenização.

³⁶ Ibid., p. 318.

³⁷ A investigação dos critérios utilizados para quantificar as indenizações por danos morais tem grande relevância para a temática proposta neste estudo, o que demanda sua exposição em espaço próprio, em capítulo intitulado “A quantificação das indenizações por danos morais no Brasil”.

2.3 FUNÇÃO ENQUANTO FINALIDADE: O PAPEL FUNDAMENTAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

A dinâmica das normas e categorias jurídicas inerentes ao Direito de Danos está situada, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, em uma conjuntura de progressiva redução em nível substancial das fronteiras entre o público e o privado, outrora considerados quase incomunicáveis e herméticos em seus respectivos âmbitos regulatórios; tal processo, relativo à paulatina aplicação vertical das disposições estampadas no Texto Supremo na interpretação das relações entre particulares, recebeu o rótulo de constitucionalização do Direito Civil.

O Código Civil de 1916, detentor de traços individualistas e liberais marcantes, e concebido à luz das “codificações europeias dos séculos XVIII e XIX”³⁸, tinha como um de seus fundamentos a intervenção mínima do Estado nas relações entre os particulares, sob a influência determinante de um ideal de autonomia da vontade privada dos indivíduos; assim, o Código exerceria a função de norma fundamental das relações privadas, guiando a aplicação do Direito e orientando-se por princípios e disposições próprias.

Neste sentido, o distanciamento entre o Código e a Constituição Federal era evidente, sendo esta possuidora da alcunha de “Carta Política” e tida como “norma de conteúdo meramente ‘programático’, dirigida apenas ao legislador”³⁹. Na contramão do papel desempenhado pela Carta Magna à época, o Código Civil de 1916 ocupava papel central no sistema normativo que regia as relações privadas; tamanha era sua importância, que se chegava a denominá-lo de “Constituição do homem comum”⁴⁰.

Tal panorama apresentava, no entanto, diversos problemas para a proteção do ser humano enquanto sujeito possuidor de direitos fundamentais, tanto pela existência de um sistema que albergava de modo excessivo o patrimônio, quanto pela negativa de vigência ao Texto Constitucional.

Contudo, o processo de redemocratização brasileiro e o nascimento da denominada Carta Cidadã de 1988 trouxeram à tona a necessidade de se repensar a relação entre Constituição e Código Civil, no intuito de garantir aos valores a máxima eficácia, a partir desta corrente metodológica do Direito Civil-Constitucional.

³⁸ SCHREIBER, Anderson. *Direito Civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 9.

³⁹ *Ibid.*, p. 12.

⁴⁰ LÓBO, Paulo. *Constitucionalização do Direito Civil*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 141, p. 99, 1999.

Desta forma, o conteúdo constitucional deve servir para motivar a interpretação dos institutos presentes no Direito Civil, e não o contrário, deslocando-se irrestritamente a Constituição para o centro do ordenamento jurídico. Portanto, é parcialmente vencido o sistema de subsunção à norma que imperava no contexto pré-1988, por meio do qual se buscava a adequação da situação fática a uma norma pré-existente.

É necessário frisar: a interpretação jurídica contemporânea, embora muito menos ancorada à letra da lei, em clara oposição à exegese normativa anterior à ordem constitucional vigente, possui parâmetros de aplicação e uma finalidade precípua, qual seja a de atender aos valores constitucionais, devendo sempre visar à concretização do plano constitucional⁴¹.

Nesta esteira, a revolução provocada na forma de ver o Direito Civil perpassa essencialmente pela prevalência da Dignidade da Pessoa Humana, fundamento da República Federativa do Brasil – CF, art. 1º, inciso III – e princípio detentor da função de orientar o constitucionalismo contemporâneo como um todo. Ao consagrar a dignidade humana como valor fundamental da ordem constitucional brasileira, o legislador indica de modo inequívoco que o ser humano é o centro do ordenamento jurídico, relativizando sobremaneira a importância do patrimônio⁴².

Este fenômeno espalhou seus efeitos também para a responsabilidade civil, impactando na adoção de técnicas legislativas próprias, como as cláusulas gerais e os conceitos indeterminados⁴³, que demandam preenchimento pelo magistrado à luz de circunstâncias do caso concreto, impossíveis, portanto, de serem previstas satisfatoriamente pelo legislador.

Além disso, a Constituição de 1988 inovou também ao positivizar de forma expressa o dano moral como categoria jurídica reparável – ou compensável –, em seu artigo 5º, incisos V e X⁴⁴, pondo fim a qualquer dúvida no sentido das possibilidades de se conferir um caráter legítimo para as indenizações por danos morais em nosso ordenamento jurídico.

É preciso entender, neste sentido, que a responsabilidade civil se afirma, a partir deste processo, como ferramenta de concretização da dignidade da pessoa humana, uma vez que está inserida em uma perspectiva funcionalizada de adequação valorativa, pressuposto

⁴¹ SCHREIBER, 2013, op. cit., passim.

⁴² SCHREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 10.

⁴³ MORAES, Maria Celina Bodin de. *A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil*. Direito, Estado e Sociedade (Impresso), v. 29, p. 233-258, 2006. Disponível em: <<http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/view/295/267>>. Acesso em: 14 ago. 2017.

⁴⁴ V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

inarredável para constituição de um sistema jurídico de acordo com Claus-Wilhelm Canaris⁴⁵, que resumia as exigências de um sistema na formulação de uma “ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais de Direito”⁴⁶.

Este argumento ganha força quando se vislumbra como uma das possibilidades de conceituação do dano moral aquela que o afirma como sendo uma violação da dignidade da pessoa humana ou de pressupostos a ela relacionados⁴⁷, outorgando relevância à compensação por danos desta natureza no contexto de primazia da proteção a bens jurídicos existenciais, em detrimento do patrimônio.

Conclusivamente, deve-se repisar que a responsabilidade civil por danos morais, no contexto afirmado de incidência dos axiomas da Carta Magna em todo o regramento infraconstitucional pátrio, destaca-se na função primordial de garantir a proteção dos bens imateriais da pessoa, em um paradigma que vai além da mera repressão de ilícitos, e gozando, portanto, de status constitucional.

2.3.1 A personalização da responsabilidade civil a partir do ideal de solidariedade social e da dignidade da pessoa humana

Como já afirmado, até o surgimento e consolidação das premissas relacionadas à corrente metodológica do Direito Civil-Constitucional, havia grande distanciamento normativo e principiológico entre a regulação de relações havidas estritamente por particulares e aquelas afeitas às atividades do Estado.

Traçado este panorama, cumpre observar, com maior atenção, o giro copernicano ocorrido no que se refere ao objeto maior de proteção de todo o arcabouço infraconstitucional, transferindo-se a tutela da pessoa para o patamar de superioridade em relação a bens de cunho material, resultando em uma compreensão relativa à “despatrimonialização” do direito privado como um todo⁴⁸, ou seja, uma prevalência das relações existenciais sobre as patrimoniais⁴⁹.

⁴⁵ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Trad.: António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 25.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 77.

⁴⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 132-133.

⁴⁸ DIAS, Eduardo Rocha. *Situações jurídicas existenciais e jusfundamentalidade*. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianosvki et al. (Org.). *Direito Civil Constitucional: a ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014, p. 31.

⁴⁹ LEAL, 2014, op. cit., p. 461.

Esta transição de paradigmas engloba a reestruturação de determinados elementos seculares no bojo do Direito de Danos, como é o caso da relativização da necessidade de comprovação da culpa do agente por parte da vítima para que esta possa ser indenizada, assumindo-se o risco como fundamento para o reconhecimento de um modelo objetivo de imputação do dever de reparar, chamado de responsabilidade civil objetiva⁵⁰.

Passa-se a ter como uma das preocupações do Estado, a partir das janelas abertas por este modelo objetivo de imputação, a gestão e a distribuição dos riscos em sociedade⁵¹, com a forte influência de um ideal de solidariedade social (artigo 3º, inciso I da Constituição)⁵². Este elemento demanda a ressignificação dos pressupostos da responsabilidade civil, pois “se no modelo liberal se costumava individualizar o lucro e socializar o prejuízo, hoje o que se busca é a diminuição dos conflitos sociais através da distribuição dos riscos de atividades empresariais capitalistas e das vantagens econômicas por elas geradas”⁵³.

Cabe ressaltar que esta necessidade de socialização dos prejuízos ocasionados por condutas lesivas ganha importância redobrada no que diz respeito a direitos mediata ou imediatamente correlacionados ao exercício da personalidade, que podem ser compreendidos como aqueles cuja alocação no núcleo de uma determinada relação jurídica é o que a define como situação subjetiva existencial⁵⁴. Por esta razão é que a compensação decorrente de violações por danos morais situa-se como poderosa ferramenta a ser adotada neste desiderato, na medida em que pretende tutelar bens que gozam desta proteção prioritária.

Portanto, pensar a reparação por danos com inspiração deste ideal solidarístico significa compreender seus problemas como pertinentes a toda a coletividade, tendo em vista que a gama de riscos e danos que se pode constatar nas práticas sociais contemporâneas – especialmente aqueles relativos à atividade econômica – evidencia a projeção do dano para a multiplicidade de indivíduos que compõem as relações sociais em posição de vulnerabilidade,

⁵⁰ Embora a responsabilidade civil por imputação objetiva já esteja presente no ordenamento brasileiro desde sua previsão, na segunda década do século XX, em decreto que regulamentou a responsabilidade civil em acidentes ocorridos em estradas de Ferro (Decreto nº 2.681/1912), apenas com o Código Civil de 2002 é que se desenvolveu uma justificação para ele a partir de teorias do risco, com a inclusão de cláusula geral na parte final do artigo 927, parágrafo único, que dispõe sobre a responsabilidade objetiva pelo desempenho de atividades de risco, *in verbis*: Artigo 927, parágrafo único – Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

⁵¹ EHRHARDT JÚNIOR, op. cit., p. 304.

⁵² Artigo 3º – Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária.

⁵³ EHRHARDT JÚNIOR, op. cit., p. 306.

⁵⁴ CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. *Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade*. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.) *Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 33.

indicando o caráter obsoleto da visão individualista dos problemas mais latentes no estudo da responsabilidade civil.

Para além disso, tem-se que a concretização da dignidade da pessoa humana no plano da responsabilidade por danos ocorre, em grande parcela, pela figura do dano moral, que surge como categoria jurídica em decorrência do reconhecimento da legitimidade em se conceder indenizações por violações a atributos existenciais da pessoa. É dizer, portanto, que o instituto do dano moral é o que conecta a responsabilidade civil, de modo indubitável, ao espírito constitucional de proteção dos direitos da pessoa.

3 O ESTADO DA ARTE DAS COMPENSAÇÕES POR DANOS MORAIS

O dano moral é uma das categorias jurídicas mais relevantes na prática contemporânea de nossos Tribunais. Sua relevância, para além do fundamento constitucional já explicitado no capítulo anterior, justifica-se também a partir de uma análise quantitativa da realidade do Poder Judiciário, pois, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça (em seu relatório Justiça em Números 2017, ano-base 2016), as demandas compostas por pedidos de indenizações por danos morais representam volume considerável do total de ações processuais em tramitação regular no Brasil.

Figura 1 – Assuntos mais demandados nas ações processuais em curso no Brasil

Trabalho	1. DIREITO DO TRABALHO–Rescisão do Contrato de Trabalho/Verbas Rescisórias	5.847.967 (11,51%)
	2. DIREITO DO TRABALHO–Responsabilidade Civil do Empregador/Indenização por Dano Moral	833.466 (1,64%)
	3. DIREITO DO TRABALHO–Remuneração, Verbas Indenizatórias e Benefícios/Salário / Diferença Salarial	636.148 (1,25%)
	4. DIREITO DO TRABALHO–Rescisão do Contrato de Trabalho/Seguro Desemprego	538.757 (1,06%)
	5. DIREITO DO TRABALHO–Remuneração, Verbas Indenizatórias e Benefícios/Adicional	375.092 (0,74%)
Superiores	1. DIREITO CIVIL–Obrigações/Espécies de Contratos	65.177 (0,13%)
	2. DIREITO DO TRABALHO–Responsabilidade Civil do Empregador/Indenização por Dano Moral	18.325 (0,04%)
	3. DIREITO DO TRABALHO–Rescisão do Contrato de Trabalho/Verbas Rescisórias	17.629 (0,03%)
	4. DIREITO PENAL–Crimes Previstos na Legislação Extravagante/Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas	16.641 (0,03%)
	5. DIREITO DO TRABALHO–Remuneração, Verbas Indenizatórias e Benefícios/Salário / Diferença Salarial	13.138 (0,03%)
Militar União	1. DIREITO PENAL MILITAR–Crimes contra o Serviço Militar e o Dever Militar/Deserção	660 (0,00%)
	2. DIREITO PENAL MILITAR–Crimes contra Incolumidade Pública/Contra a Saúde	467 (0,00%)
	3. DIREITO PENAL MILITAR–Crimes contra o Patrimônio/Furto	211 (0,00%)
	4. DIREITO PENAL MILITAR–Crimes contra o Patrimônio/Estelionato e outras fraudes	117 (0,00%)
	5. DIREITO PENAL MILITAR–Crimes contra a Administração Militar/Desacato e da Desobediência	117 (0,00%)
Militar Estadual	1. DIREITO PENAL MILITAR–Crimes contra a Pessoa/Lesão Corporal e Rixa	1.158 (0,00%)
	2. DIREITO ADMIN. E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO–Militar/Processo Administrativo Disciplinar / Sindicância	868 (0,00%)
	3. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO–Atos Processuais	666 (0,00%)
	4. DIREITO ADMIN. E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO–Militar	457 (0,00%)
	5. DIREITO ADMIN. E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO–Militar/Regime	454 (0,00%)
Federal	1. DIREITO PREVIDENCIÁRIO–Benefícios em Espécie/Auxílio–Doença Previdenciário	612.613 (1,21%)
	2. DIREITO TRIBUTÁRIO–Dívida Ativa	489.280 (0,96%)
	3. DIREITO PREVIDENCIÁRIO–Benefícios em Espécie/Aposentadoria por Invalidez	395.635 (0,78%)
	4. DIREITO ADMIN. E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO–/FGTS/Fundo de Garantia por Tempo de Serviço	261.726 (0,51%)
	5. DIREITO TRIBUTÁRIO–Contribuições/Contribuições Sociais	251.402 (0,49%)
Estadual	1. DIREITO CIVIL–Obrigações/Espécies de Contratos	1.944.996 (3,83%)
	2. DIREITO DO CONSUMIDOR–Responsabilidade do Fornecedor/Indenização por Dano Moral	1.760.905 (3,46%)
	3. DIREITO TRIBUTÁRIO–Dívida Ativa	1.151.179 (2,27%)
	4. DIREITO CIVIL–Responsabilidade Civil/Indenização por Dano Moral	1.001.889 (1,97%)
	5. DIREITO CIVIL–Família/Alimentos	853.049 (1,68%)
Eleitoral	1. DIREITO ELEITORAL–Eleições/Candidatos	1.449.299 (2,85%)
	2. DIREITO ELEITORAL–Eleições/Cargos	993.706 (1,96%)
	3. DIREITO ELEITORAL–Eleições	608.892 (1,20%)
	4. DIREITO ELEITORAL–Eleições/Prestação de Contas	536.625 (1,06%)
	5. DIREITO ELEITORAL–Eleições/Recursos Financeiros de Campanha Eleitoral	403.350 (0,79%)

Fonte: CNJ, Justiça em Números 2017, p. 167.

Verifica-se, conforme exposto na ilustração apresentada, que as demandas indenizatórias por danos morais representam o 2º assunto mais demandado na Justiça do Trabalho (Classe “Responsabilidade Civil do Empregador/Indenização por Dano Moral”), o 2º mais demandado também nos Tribunais Superiores (“Direito do Trabalho – Responsabilidade Civil do Empregador/Indenização por Dano Moral), além de ocupar o 2º e o 4º posto no âmbito da Justiça Estadual, em ações referentes a Direito do Consumidor e a Direito Civil, respectivamente.

Este amontoado de feitos processuais desta natureza chama especial atenção no que se refere aos Juizados Especiais Estaduais, nos quais os dois assuntos referentes aos pleitos por dano moral (com marcação em Direito do Consumo e Direito Civil) correspondem, quando somados, a 1.789.905 (um milhão, setecentos e oitenta e nove mil, novecentos e cinco) casos⁵⁵, o que representa aproximadamente 22% (vinte e dois por cento) do total de demandas nos Juizados Especiais. Confira-se:

Figura 2 – Assuntos mais demandados nas ações processuais em curso nos Juizados Especiais brasileiros

Federal	1. DIREITO PREVIDENCIÁRIO–Benefícios em Espécie/Auxílio–Doença Previdenciário	394.972 (4,85%)
	2. DIREITO PREVIDENCIÁRIO–Benefícios em Espécie/Aposentadoria por Invalidez	259.449 (3,18%)
	3. DIREITO ADMIN. E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO–Fundo de Garantia por Tempo de Serviço	223.844 (2,75%)
	4. DIREITO PREVIDENCIÁRIO–Benefícios em Espécie/Benefício Assistencial (Art. 203, V CF/88)	119.593 (1,47%)
	5. DIREITO PREVIDENCIÁRIO–Benefícios em Espécie/Aposentadoria por Idade (Art. 48/51)	117.233 (1,44%)
Estadual	1. DIREITO DO CONSUMIDOR–Responsabilidade do Fornecedor/Indenização por Dano Moral	1.234.983 (15,15%)
	2. DIREITO CIVIL–Responsabilidade Civil/Indenização por Dano Moral	554.922 (6,81%)
	3. DIREITO CIVIL–Obrigações/Espécies de Títulos de Crédito	345.149 (4,23%)
	4. DIREITO CIVIL–Obrigações/Espécies de Contratos	338.750 (4,16%)
	5. DIREITO DO CONSUMIDOR–Responsabilidade do Fornecedor/Indenização por Dano Material	268.834 (3,30%)

Fonte: CNJ, Justiça em Números 2017, p. 170.

Contudo, a despeito dessa considerável monta de pedidos de indenizações por danos morais na esfera judicial, sobleva notar que há grande dificuldade na compreensão de sua natureza e de suas peculiaridades com relação aos danos patrimoniais. Um elemento de prova desta premissa consiste na existência de plúrimas concepções acerca do conceito de dano moral – o que será objeto de atenção mais adiante –, revelando que o manejo desta categoria é tarefa particularmente árdua para a comunidade jurídica.

⁵⁵ Apenas a título de curiosidade, cabe mencionar que este montante é superior ao sêxtuplo do total de ações de Direito do Consumidor referente a indenizações por danos materiais, cuja classe ocupa a 5ª posição no mesmo ranking.

3.1 A DICOTOMIA ENTRE DANOS MORAIS E DANOS PATRIMONIAIS

Uma das razões centrais que ocasiona a dificuldade relatada na seção anterior consiste no trato excessivamente discrepante outorgado pelo legislador às figuras do dano moral e do dano patrimonial no bojo do Código Civil de 2002.

Não obstante se tenha a inclusão da compensação por danos morais⁵⁶ no catálogo de direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal, de forma autônoma em relação à reparação por danos materiais, observa-se que a disciplina dos danos a bens existenciais foi tímida no Código, que apenas menciona o referido dano em um de seus dispositivos⁵⁷, enquanto que os danos materiais gozam de extensa categorização teórica e normativa, sendo subdivididos em danos emergentes, lucros cessantes, perda de uma chance etc.

Isto se deve, em grande medida, ao caráter patrimonialista – ainda – prevalecente em nossa codificação civil, tal como ocorria no Código de 1916, muito embora a Carta Cidadã de 1988 tenha considerado a proteção da dignidade da pessoa humana preponderante em detrimento das relações jurídicas estritamente patrimoniais. Tal fato levou Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, em parecer publicado na Revista Trimestral de Direito Civil em 2000, a sustentar a inconstitucionalidade do (à época) Projeto de Código Civil, sinteticamente pelas seguintes razões:

O projeto do Código Civil, almejando manter a estrutura do Código vigente, foi elaborado anteriormente à Constituição de 1988, datando do começo da década de 70. Sua elaboração se deu a partir de uma racionalidade herdada do Código de Napoleão e da Escola Pandectista e, portanto, do século XIX, em que prevalecia a preocupação patrimonialista e conceitualista, expressa na existência de uma Parte Geral.

[...]

Mesmo a estrutura do projeto, tomada em si mesma, demonstra a preocupação primordial com o patrimônio: o primeiro livro da parte especial diz respeito ao direito das obrigações, que trata, essencialmente, da circulação de bens. Em seguida, no livro segundo, vem o direito da empresa, buscando-se a preconizada unificação do Direito Privado [...]. Apenas o quarto livro,

⁵⁶ Há setores na doutrina demasiadamente resistentes à utilização do termo “dano moral”, argumentando-se ser mais adequado falar em “dano extrapatrimonial”, que seria o gênero do qual uma das hipóteses é o dano moral. Esta posição se assenta na premissa de que aquele dá a ideia de vergonha, vexame ou qualquer outro abalo de espírito, o que tornaria problemática sua aplicação, pois há possibilidades de tais danos que não necessariamente indicam a alteração da psique da vítima. Todavia, a nosso ver, não há qualquer impropriedade na expressão “dano moral”, uma vez que não é o vocábulo em si que determina sua forma de tratamento pelos aplicadores da norma, mas sim seu conceito, pelo quê será utilizado de modo irrestrito no decorrer deste trabalho. Para uma crítica mais detalhada sobre o uso do termo “dano moral”, ver, por todos, BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e dignidade: da responsabilidade civil para a responsabilidade constitucional*. In: DELGADO, Mário Luiz. (Org.) Novo Código Civil: questões controvertidas – Responsabilidade Civil. São Paulo: Método, 2006, p. 567.

⁵⁷ Artigo 186 do CC2002 – Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

relegado quase ao final do Código, trata, em parte, de relações que podem não possuir conteúdo patrimonial, quais sejam, as de Direito de Família. Ainda assim, grande parte dos artigos desse livro trata de relações de ordem eminentemente patrimonial.

A distribuição das matérias no projeto obedece, pois, a uma racionalidade patrimonialista⁵⁸.

Em matéria de danos, como já afirmado, tal realidade não foi diferente. Como herança da racionalidade excessivamente patrimonialista, que preponderava no Código anterior, tem-se parcela considerável das normas relativas à Responsabilidade Civil estruturada para regular a ocorrência de danos materiais, inclusive no que se refere aos princípios tradicionalmente concebidos para o Direito de Danos.

A este respeito, pode-se pôr em tela a hermenêutica costumeira que se faz do princípio da reparação integral, axioma basilar que rege tais relações, no sentido de se almejar a restituição das partes ao *status quo ante*, algo impensável para a maior parte – senão a totalidade – dos danos morais. Não se está a criticar a relevância de tal premissa, mas apenas a se ressaltar que a lógica das normas do sistema de reparação e compensação de danos, contido no Código Civil, ainda permanece intrinsecamente conectada a um estado de coisas baseado na proteção dos bens patrimoniais, na contramão da Constituição e da história⁵⁹.

Esta crítica, acerca da insuficiência legislativa e teórica, vai além da apontada incoerência do sistema com relação à inadequação do Código Civil ao escopo constitucional de primado da dignidade da pessoa humana sobre o patrimônio; justifica-se, ademais, por representar diversos “desafios para a construção ou identificação do núcleo conceitual do dano moral [...], o que provoca certa arbitrariedade na delimitação de seus contornos pelo judiciário brasileiro”⁶⁰.

Além da nebulosidade conceitual que circunda a figura do dano moral, o problema também reside no que tange à quantificação de sua indenização correlata, pois, enquanto para os danos materiais se utiliza simples cálculo aritmético – por alguns denominado teoria da diferença⁶¹ –, no caso de danos a bens ditos extrapatrimoniais, o processo de arbitramento é bem mais dificultoso, especialmente pelo desafio inicial de se identificar quais são os bens e

⁵⁸ FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianosvki. *Um projeto de Código Civil na contramão da Constituição*. Revista Trimestral de Direito Civil, ano 1, v. 4, out./dez. 2000, p. 246-247.

⁵⁹ STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 1.664.

⁶⁰ LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. *Dano moral: (re)configuração de um conceito*. In: LEAL, Pastora do Socorro Teixeira; SANTANA, Ágatha Gonçalves. (Org.) Responsabilidade Civil no século XXI e a construção do Direito de Danos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017a, p. 175.

⁶¹ Conforme exposto em exemplo apresentado no tópico 2.1, referente aos problemas da lógica da restituição das partes ao *status quo ante*.

interesses passíveis de tutela para, a partir disso, proceder ao exame a respeito de sua valoração⁶².

A razão de ser da nebulosidade conceitual destacada é atribuída à miríade de significados imputados ao dano moral no Brasil nas últimas décadas, o que permanece na atualidade, eis que, não raro, há a ocorrência de julgados de uma mesma corte em que são utilizados sentidos distintos para tal espécie de dano. Sobretudo por esta razão histórica, compreender adequadamente as tentativas centrais de conceituação do dano moral no Brasil – e, conseqüentemente, o modo pelo qual se dá o arbitramento de seu *quantum* indenizatório – revela-se tarefa para a qual é indispensável a percepção acerca das etapas que levaram ao reconhecimento do caráter autônomo do dano moral em relação ao dano patrimonial.

3.2 O CAMINHO PARA A ACEITAÇÃO DA INDENIZABILIDADE DO DANO MORAL NO BRASIL

O reconhecimento da possibilidade de pleitos indenizatórios por danos morais em nossa tradição jurídica percorreu um caminho cambaleante anteriormente à Constituição Federal de 1988. De início, embora se vislumbrasse ser possível a violação de um bem extrapatrimonial, não era aceitável sua reparação de modo patrimonial – por meio de uma indenização –, sendo este fato atribuído à enorme resistência de parte da doutrina e da maioria dos julgados dos tribunais brasileiros proferidos à época. Havia decisões que tomavam como válida a ideia do dano moral autônomo reparável; eram, contudo, exceções ao amplo entendimento jurisprudencial⁶³ defendido pelo Supremo Tribunal Federal por determinado período de tempo.

Os meandros deste processo se devem a diversos fatores, tais como (a) pela dificuldade teórica de sistematizar um conceito do que seria o dano moral; (b) pela constatação da excessiva margem de arbítrio outorgada aos juízes no processo de quantificação de sua indenização; e, sobretudo, (c) pela posição cética daqueles que, por variadas razões, consideravam não haver espaço para compensações por danos morais no ordenamento jurídico brasileiro.

⁶² Ibid., p. 176.

⁶³ SILVA, Clóvis V. Do Couto e. *O conceito de dano no direito brasileiro e comparado*. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 2, jan./mar. 2015, p. 347. Disponível em: <https://www.academia.edu/14328352/O_CONCEITO_DE_DANO_NO_DIREITO_BRASILEIRO_E_COMPARADO_CLOVIS_DO_COUTO_E_SILVA_>. Acesso em: 17 out. 2017.

Tal ceticismo, ao contrário do que se possa pensar em uma análise perfunctória do tema, não desapareceu por completo com o advento da Carta Cidadã de 1988 e a previsão da reparação por danos morais como direito fundamental, em seu artigo 5º. Curiosamente, esta resistência não apenas permanece presente no bojo de parcela da doutrina e da jurisprudência, como também se renova a partir do surgimento de novos fenômenos de rechaço às legítimas pretensões de indenização por danos na esfera pessoal, vide, *e.g.*, o menosprezo de bens jurídicos relevantes, como o tempo do cidadão, por meio da figura do mero aborrecimento⁶⁴.

Contudo, até que se chegasse a este estado de coisas – cuja compreensão, fundamental para os objetivos do presente estudo, será oportunamente tratada –, houve forte rejeição quanto a, praticamente⁶⁵, qualquer possibilidade se reparar, civilmente, violações a bens que não fossem o patrimônio, por razões que merecem um exame mais aprofundado.

A análise se deu com recorte temporal compreendido a partir de 1912, ano da primeira legislação brasileira contendo o dano moral de que se tem registro (Decreto nº 2.681/1912), não obstante a temática esteja presente nos debates entre juristas desde o Direito Romano, o que não será objeto de estudo, uma vez que o objetivo é depreender as etapas para a aceitação desta espécie de dano no Brasil em um contexto de sua positivação⁶⁶.

De modo a instrumentalizar adequadamente algumas das conclusões parciais das seções a seguir, foi realizada pesquisa jurisprudencial no banco de julgados do STF em dezembro de 2017, com o emprego das palavras-chave < “dano moral” > e a definição de 05 de outubro de 1988 como data limite, tendo sido encontrados 141 acórdãos, 1 súmula vinculante, 2 decisões monocráticas, 2 decisões da presidência e 4 coletâneas de acórdãos.

Por se tratar de pesquisa que buscou auferir o posicionamento colegiado da corte no decurso temporal anterior à Constituição de 1988, foram descartados da análise todos os atos emanados de instância judicial não colegiada, sendo também desconsiderada a súmula vinculante nº 22, que discute tão somente questão de competência processual. Assim, a base de análise foram os 141 acórdãos e as 4 coletâneas de acórdãos, cabendo pontuar que parte deste universo não interessava aos fins deste trabalho, por discutir tão somente teses de cunho

⁶⁴ VERBICARO, Dennis; 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, 2017, p. 93-94.

⁶⁵ Diz-se “praticamente” porque havia no ordenamento pátrio determinadas legislações que previam a possibilidade de indenizações por danos morais para situações específicas. A este respeito, cabe fazer referência ao Decreto nº 2.681/1912, notadamente em seu artigo 21.

⁶⁶ Para estudo do período pretérito àquele constante no recorte temporal referido, recomenda-se a leitura de TRUGILHO, Diogo Lima. *A história da reparabilidade do dano moral no Direito Civil brasileiro: de Freitas a Bevilaqua*. 134 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2013. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUBD-9K9T3J/disserta_o_impres_o_4.pdf?sequence=1>. Acesso em: 20 out. 2017.

processual ou referentes ao regimento do pretório excelso.

As decisões que foram expostas no curso da argumentação obedeceram ao critério de relevância, consistindo em decisões paradigmáticas – representativas do entendimento sedimentado por determinado período – e/ou de alteração na jurisprudência sobre o tema, *i. e.*, *overruling* (superação de precedentes).

Finalmente, cumpre mencionar que há decisões que foram citadas a seguir, mas que não compõem o banco de resultados da pesquisa acima descrita. Isto se deu porque se trata de acórdãos que não utilizam o termo “dano moral” em suas ementas, ou que o utilizam de maneira diversa; apesar disso, constituem-se precedentes relevantes, porquanto foram encontrados na fundamentação de diversos dos julgados da pesquisa, sendo referenciados a partir de sua localização em edições da Revista Trimestral de Jurisprudência do STF, periódico de reunião da jurisprudência da corte publicado entre os anos de 1957 e 2015.

3.2.1 O paradigma da rejeição jurisprudencial

Perdurou por décadas no seio de nossa comunidade jurídica a ideia de que o dano moral não poderia ensejar uma correlata reparação ou compensação pela via da responsabilidade civil.

Entretanto, embora tal entendimento fosse considerado majoritário em relação à jurisprudência pátria, cabe ressaltar que já há em nosso ordenamento, desde 07 de dezembro de 1912, a previsão legal para a aplicação de indenizações por danos causados a bens existenciais, conforme o artigo 21 do Decreto nº 2.681/1912⁶⁷ – diploma legal regulatório da responsabilidade civil no transporte em estradas de ferro⁶⁹ –, este publicado no Diário Oficial na referida data.

Tal dispositivo dispõe sobre indenizações em caso de lesão à integridade física dos viajantes, coexistindo, no Decreto, com outros dois artigos, relativos a violações a bens da

⁶⁷ Artigo 21 – No caso de lesão corpórea ou deformidade, à vista da natureza da mesma e de outras circunstâncias, especialmente a invalidez para o trabalho ou profissão habitual, além das despesas com o tratamento e os lucros cessantes, deverá pelo juiz ser arbitrada uma indenização conveniente.

⁶⁸ GODOY, Altmar Pasin de. *Dano moral e a sua consagração no direito brasileiro*. Revista Jurídica Cesumar Mestrado, v. 3, n. 1, 2003, p. 227.

⁶⁹ Após este relevante marco temporal no ordenamento jurídico pátrio a respeito do dano moral, sobrevieram diplomas que acompanharam esta tendência, tais como o próprio Código Civil de 1916 em tímidas disposições, a Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67), o Código Brasileiro de Telecomunicações, dentre outros. A este respeito, confira-se STOCO, 2004, *op. cit.*, p. 1.662-1.663.

personalidade (artigos 20⁷⁰ e 22⁷¹); no tocante a estes, em contrapartida, apesar de se tratar também de hipóteses de danos morais, apenas se possibilitou a responsabilização do agente lesivo com relação a prejuízos ditos patrimoniais, como as despesas por tratamento médico-hospitalar, os lucros cessantes durante o período de incapacidade etc. A própria redação do artigo 21 indica certa prioridade para o espectro patrimonial das lesões à integridade física, na medida em que outorga caráter de prevalência aos casos em que houver invalidez para o trabalho ou profissão habitual.

Isto evidencia, de modo irrefragável, que falar em dano moral no Brasil, no decorrer da primeira metade do século XX e, mais que isso, defender o cabimento de uma indenização respectiva, correspondia para determinados estudiosos a uma aberração jurídica, os quais, em larga medida, quedavam-se firmes no entendimento de que a proteção de bens imateriais, por meio da responsabilidade civil, não gozava de previsão legal; para alguns, mais ortodoxos, sequer haveria tal possibilidade, ainda que o dano moral fosse expressamente previsto como categoria jurídica positivada.

Artur Oscar de Oliveira Deda, em artigo pioneiro sobre a temática, publicado no número inaugural da Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial (1977), relatava que as circunstâncias principais elencadas para tal negativa eram: (1) a ausência de previsão jurídica; (2) a incerteza da existência efetiva do dano moral (subjetividade do dano); (3) a indeterminação do número de vítimas; (4) a impossibilidade de rigorosa avaliação pecuniária da indenização, o que levaria ao (5) perigo de excessivo arbítrio judicial; e, finalmente, (6), talvez a mais propagada objeção: a alegada imoralidade da compensação da dor com o dinheiro⁷².

O próprio autor, que considera improcedentes todos os argumentos em questão, reputa como mais sério e relevante este último aspecto, concluindo, porém, que não é suficiente para impedir o reconhecimento do dano moral como passível de reparação civil, na medida em que este não desempenha a função de equivalência – dimensão restitutória da reparação – prevista para os danos materiais, representando, na realidade, uma função de pena ou sancionatória⁷³. Esta posição é por ele utilizada, inclusive, para rechaçar o quarto e o quinto

⁷⁰ Artigo 20 – No caso de ferimento, a indenização será equivalente às despesas do tratamento e aos lucros cessantes durante ele.

⁷¹ Artigo 22 – No caso de morte, a estrada de ferro responderá por todas as despesas e indenizará, a arbítrio do juiz, todos aqueles aos quais a morte do viajante privar de alimento, auxílio ou educação.

⁷² DEDA, Artur Oscar de Oliveira. *A controvérsia teórica sobre a reparabilidade dos danos morais*. Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, vol. 1, n. 1, jul./set. 1977, p. 17-26.

⁷³ *Ibid.*, p. 26-27.

óbices⁷⁴.

Seguindo posição antagônica à de Deda, o Supremo Tribunal Federal sustentou por alguns anos o entendimento de que “‘se o dano é apenas moral, não há o que ressarcir, exatamente porque indenizável a dor moral’ (in RTJ 94/243⁷⁵)”⁷⁶, precisamente à luz da razão central apresentada por Artur Deda. Neste sentido é o segundo precedente mais antigo sobre a matéria no repositório de jurisprudência do Tribunal (o primeiro não enfrenta frontalmente a controvérsia da possibilidade – ou não – de se indenizar por um dano moral):

EMENTA: Não é admissível que os sofrimentos morais deem (sic) lugar a reparação pecuniária, se deles não decorre nenhum dano material. (STF, Segunda Turma, RE nº 11.786/MG, Rel. Ministro Orozimbo Nonato, Julgado em 07/11/1950, Publicado em 19/01/1951)

É imperioso destacar que o STF, em parte dos anos 50 e 60, não deixava de vislumbrar a existência do dano moral, mas apenas negava sua indenizabilidade, reconhecendo, entretanto, a possibilidade de serem reparados seus efeitos lesivos, desde que restritos à esfera patrimonial da vítima. Era o que ocorria, por exemplo, em casos de dano à integridade física, nos quais a indenização estipulada compreendia, dentre outros valores, pensão relacionada à redução da capacidade laboral do lesado, buscando compensar-lhe materialmente pelo agravo, e tão somente isso.

EMENTA: Responsabilidade Civil, por ter uma caminhonete causado a um menor a perda de uma perna. Acórdão que mandou pagar a vítima, enquanto viver, a partir da idade de 18 anos, pensão a ser judicialmente arbitrada e que devera (sic) corresponder a redução da capacidade de trabalho da vítima. Não se trata ai (sic) de ressarcimento de dano moral, mas de dar ao autor uma compensação material que supra as suas deficiências (sic) laborativas durante toda a existência. O justo valor dessa compensação, uma ves (sic) que não foi fixado na ação, e matéria a ser discutida na execução. Recurso Extraordinário sem cabimento. (STF, Primeira Turma, RE nº 22.629/RN, Rel. Ministro Luiz Gallotti, Julgado em 27/07/1953, Publicado em 28/01/1954)

Esta tendência de total rejeição à ideia de indenizabilidade do dano moral, nas hipóteses relativas a dano-morte, alicerçava-se em uma leitura reducionista do artigo 1.537 do

⁷⁴ Ibid., p. 23-25.

⁷⁵ A referência em questão diz respeito ao julgamento do Recurso Extraordinário nº 85.127/RJ, julgado pela Primeira Turma do STF em 03 de abril de 1979, constante na edição nº 94 da Revista Trimestral de Jurisprudência da corte, tomo 1, página 243, disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/094_1.pdf>.

⁷⁶ REIS, Clayton. *O dano moral*. Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, vol. 8, n. 28, abr./jun., 1984, p. 65.

Código Civil de 1916⁷⁷⁸, sendo tal dispositivo dedicado ao dimensionamento da indenização em tais casos. Sinteticamente, é possível resumir a argumentação da Corte Suprema no sentido de que só se reconheceria a compensabilidade dos danos morais de modo autônomo se tal categoria estivesse prevista expressamente no rol de verbas indenizáveis do artigo 1.537 do CC1916. Na ausência de tal previsão, portanto, estar-se-ia diante de uma vedação à reparação desta espécie de dano.

3.2.2 A interpretação patrimonial do dano moral

Anos mais tarde, o Supremo Tribunal Federal viria a inaugurar uma reformulação em sua jurisprudência a respeito do tema, passando a dar provimento a recursos que albergavam pedidos de indenizações por danos morais ditos puros, isto é, sem prejuízos econômicos diretos aferíveis.

Antes disso, no entanto, o Pretório Excelso adotou posição intermediária entre a negativa total e a aceitação do dano moral puro compensável, de modo a entender que, em demandas indenizatórias por danos morais originadas de casos de homicídio, seria possível a estipulação de verba reparatória com intuito de compensar as vítimas agravadas.

Todavia, esta reparação não ocorria sob a alcunha de dano moral, mas sim de dano material, e seu escalonamento obedecia a uma interpretação estritamente patrimonial da legislação (art. 1.537 do CC1916), de modo a quantificar o dano na forma de prejuízo provável ou certo quanto à diminuição da renda familiar causada pela ausência do indivíduo falecido. Neste sentido foi o julgamento do RExt nº 33.429/DF, realizado em 08 de janeiro de 1957 pela Segunda Turma, cujo trecho do inteiro teor consta a seguir:

Não obstante, se fôr (sic) dado provimento ao recurso, parece-nos que deverá sê-lo, apenas, em parte, ou seja, para que se atribua aqueles (sic) a quem a morte da vítima privou de alimento, auxílio e educação uma indenização correspondente ao que a vítima percebia na ocasião do acidente⁷⁹.

É dizer, em outras palavras, que não havia a possibilidade de se atribuir indenização

⁷⁷ Artigo 1.537 – A indenização, no caso de homicídio, consiste:

I – No pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família.

II – Na prestação de alimentos às pessoas a quem o defunto os devia.

⁷⁸ GOMES, Luiz Roldão de Freitas. *I fondamenti e le prospettive della responsabilità civile nel diritto brasiliano*. Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, vol. 19, n. 71, jan./mar., 1995, p. 101.

⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 33.429/DF*. Relator: Ministro Ribeiro da Costa. Brasília, 24 jan. 1957. Inteiro teor do acórdão, p. 6. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=133947>>. Acesso em: 20 out. 2017.

quando não restava caracterizada qualquer contribuição econômica do falecido na renda global familiar; assim, a morte de menor que laborava e rendia frutos materiais à família, ainda que em patamar ínfimo, autorizava o arbitramento de indenização, conforme julgamento de Embargos no Recurso Extraordinário nº 55.811⁸⁰.

De igual modo, se o *de cuius* não laborava e, conseqüentemente, não prestava alimentos em favor de seus familiares, isto resultava na negativa de tutela por parte da Suprema Corte. É o caso do RExt nº 26.427/DF, relativo a morte de menor incapaz, ainda no ensino escolar básico, em que o relator se valeu desta circunstância para votar pelo desprovimento do recurso de seu genitor, que almejava indenização por dano moral pela morte do filho. Confira-se:

Tornou-se incontroverso que a vítima, por sua menoridade e simples condição de estudante, não podia prestar alimentos e os recebia, sim, da parte de seu progenitor, que é justamente o autor da demanda. Portanto, deixou de caracterizar-se, na forma assentada, prejuízo efetivo de ordem patrimonial, *ex vi* da legislação específica e a par da jurisprudência inalterável a respeito do assunto⁸¹.

Na oportunidade, três dos outros quatro julgadores acompanharam a posição do relator, na linha da argumentação acima, à exceção do Ministro Orozimbo Nonato, então presidente do STF (1956-1960), este responsável por sustentar no julgamento de vários recursos o entendimento no sentido oposto, sendo reconhecido como um dos grandes responsáveis por enfrentar os argumentos contrários à indenização do dano moral, à semelhança de Clóvis Beviláqua, Pontes de Miranda e outros⁸².

Este movimento foi, paulatinamente, ganhando força, vindo a produzir seus primeiros efeitos significativos na jurisprudência do Supremo Tribunal na segunda metade da década de 60.

⁸⁰ Tal julgado não foi localizado na pesquisa jurisprudencial cuja metodologia foi descrita anteriormente (vide tópico 3.2), tendo o conhecimento sobre seu teor se dado a partir de sua inclusão na fundamentação de precedentes que compuseram a pesquisa referida. Não obstante, informa-se que o mesmo consta na edição n. 35, tomo 1 da Revista Trimestral de Jurisprudência do STF, p. 199-200, disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/035_1.pdf>. Acesso em: 20 out. 2017.

⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 26.427/DF*. Relator: Macedo Ludolf – Convocado. Brasília, 11 ago. 1955. Inteiro teor do acórdão, p. 4. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=127480>>. Acesso em: 20 out. 2017.

⁸² RIOS, Arthur E. S. *Responsabilidade civil: os novos conceitos indenizáveis no Projeto Reale*. Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, vol. 10, n. 36, abr./jun., 1986, p. 78.

3.2.3 O reconhecimento do dano moral reparável de forma autônoma na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

No contexto dos casos envolvendo dano moral que foram julgados pelo STF no transcurso dos anos 60, verifica-se uma tendência crescente em favor da tese da reparabilidade desta espécie de dano, presente ocasionalmente em votos vencidos de ministros, a exemplo daqueles da lavra do já referido ex-presidente da corte Orozimbo Nonato.

Estas vozes dissonantes não lograram êxito em alterar a jurisprudência da Suprema Corte sobre o assunto por considerável período de tempo; isto só viria a ocorrer a partir de meados de 1966, com o julgamento do Recurso Extraordinário nº 59.940/SP⁸³, no qual, de forma pioneira, a Segunda Turma do Tribunal decidiu ser cabível o arbitramento de indenização por danos morais puros. Segundo Américo Luís Martins da Silva, tal acontecimento se deu em decorrência da forte influência da III Conferência Nacional de Desembargadores do Brasil (1965) no Judiciário como um todo, o qual passou, a partir deste evento, a reproduzir amplamente a tese da reparabilidade do dano moral⁸⁴.

Um dos principais argumentos expostos pelo Ministro Aliomar Baleeiro, relator do RExt citado, foi o de que o artigo 76 do Código Civil de 1916⁸⁵ possibilitava o ajuizamento de ação processual com base em interesse moral do titular ou de seus familiares⁸⁶, sem atrelá-lo a eventual interesse econômico. Desta forma, exigir que o dano moral produzisse efeitos patrimoniais negativos para garantir à vítima uma reparação representaria afronta à lei, ao se negar vigência ao dispositivo em questão.

Em voto-vista, o Ministro Pedro Chaves absorveu tal premissa para interpretar a figura do dano moral não mais como possível ensejador de prejuízos econômicos indenizáveis, mas sim enquanto agravo reparável de forma autônoma e com conotação própria. Não obstante, cabe observar que o Ministro referido, ao tratar da questão da liquidação da obrigação, na conclusão de seu voto, não cuidou de se afastar da mentalidade patrimonialista, ao opinar que o *quantum* da indenização poderia considerar o valor que os pais haviam despendido, com os filhos falecidos, até a data do óbito – o que não invalida a notoriedade da argumentação

⁸³ Vide BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, vol. 39, tomo 1, jan. 1967, p. 38-44. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/039_1.pdf>. Acesso em: 20 out. 2017.

⁸⁴ SILVA, Américo Luís Martins. *O dano moral e a sua reparação civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 242.

⁸⁵ Artigo 76 – Para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico, ou moral. Parágrafo único – O interesse moral só autoriza a ação quando toque diretamente ao autor, ou á sua família.

⁸⁶ BRASIL, *Revista Trimestral de Jurisprudência*, 1967, op. cit., p. 39.

referente à aceitação do dano moral em si.

A fundamentação deste voto-vista é, quiçá, mais intrinsecamente conectada ao panorama normativo e jurisprudencial da época do que o próprio voto do relator, porque busca destrinchar analiticamente os elementos do artigo 1.537 do Código Civil de 1916, de modo a por em xeque a interpretação que concluía pela impossibilidade de indenizações por danos morais à luz deste dispositivo legal. Diante disso, o Ministro conclui dizendo que:

Por todos êsses (sic) argumentos, acho que não se pode negar aos pais indenização pela morte dos filhos, embora menores e improdutivos, porque na pessoa dos filhos além de afeto e do amor, podem os pais pobres, que com sacrifícios e pesados labores criam e educam, sustentam e alimentam, ver também para o futuro a garantia de sua velhice, o amparo da solidariedade familiar, transformada no eventual direito a alimentos, obrigação consagrada pela lei⁸⁷.

Não nos cabe, contudo, criticar a premissa de que o direito foi reconhecido, neste caso, com base em uma lógica de proteção a uma futura pretensão de alimentos, pois é imprescindível recordar que este julgamento data de 14 de junho de 1966, momento em que não se havia construído adequadamente um contexto preciso de dano moral; assim, compreender este fundamento como insuficiente seria nada menos que interpretar anacronicamente o contexto da decisão.

Certo é que, para bem, houve pela primeira vez o reconhecimento do dano moral compensável de forma autônoma, inclusive com menção ao artigo 1.553 do CC1916 como ferramenta de cálculo do *quantum* por meio de arbitramento, sem as amarras, outrora impostas, do dimensionamento da lesão a partir de prejuízos materiais diretos ou prováveis. Desta forma, o Recurso Extraordinário interposto pelos genitores das vítimas recebeu provimento, constituindo-se em verdadeiro “marco na jurisprudência favorável à reparação do dano moral”⁸⁸.

Seguidamente a este precedente, o STF sustentou, de forma cada vez mais livre de dúvidas, a tese em questão, em diversos casos análogos, a partir dos fundamentos construídos no julgamento do comentado acórdão paradigma. A título de exemplo, podem ser indicados os seguintes julgados: RExt nº 59.111/CE, RExt nº 62.606/MA e Embargos de Divergência no RExt nº 64.771/RJ. Majoritariamente, tais casos dizem respeito à morte de filho menor que não contribuía em vida com a renda familiar, uma vez que, em situações envolvendo indivíduos que faziam parte da População Economicamente Ativa (PEA), aplicava-se, em tese, o raciocínio já existente de forma precedente em relação ao acórdão paradigma.

⁸⁷ Ibid., p. 44.

⁸⁸ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 1.020.

A reiteração do entendimento em questão, para aquele conjunto de casos (morte de filho menor sem renda própria), ensejou a edição da súmula nº 491 por parte do Pretório Excelso, segundo a qual “É indenizável o acidente que cause a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado”, fato que serviu para fortalecer a fundamentação de precedentes posteriores relativos à matéria.

Ademais, embora as súmulas tenham o condão de representar o entendimento da maioria dos componentes da Suprema Corte, uma vez que são aprovadas em sessão plenária, e que a súmula 491 se insira neste contexto de alargamento das hipóteses de danos morais considerados reparáveis – na linha do precedente paradigmático (REExt nº 59.940/SP) –, a pesquisa jurisprudencial realizada indicou um desacordo entre o acórdão paradigma e diversos recursos examinados posteriormente à aprovação da súmula, tais como o REExt nº 85.930/RJ, o REExt nº 87.389/RJ, dentre outros.

A persistência desta relativa imprevisibilidade no tocante à aceitação do dano moral no âmbito da jurisprudência do STF implicou na percepção, por parte da doutrina, da necessidade de se prever expressamente o dano moral no então projeto de Código Civil, o que ocorreu em dispositivo que viria a se converter no artigo 186 do Código, quando de sua promulgação⁸⁹.

Todavia, como já afirmado anteriormente, o projeto do Código de 2002 tramitou durante décadas nas duas casas do Congresso Nacional, o que fez com que se tornasse mais imediata a necessidade de inclusão do dano moral no corpo da Constituição, quando foram realizados os debates da Assembleia Nacional Constituinte. Com isto, objetivava-se rejeitar, definitivamente, qualquer tese em sentido contrário à reparabilidade do dano moral no Brasil.

3.2.4 A positivação na Constituição Federal de 1988 e a inserção do dano moral em terreno inóspito

Finalmente, veio a Constituição de 1988 e, com ela, a positivação da reparação por danos morais como direito fundamental dos indivíduos, na forma dos já referidos incisos V e X do artigo 5º de seu texto. Com isto, pôs-se fim de forma quase⁹⁰ definitiva a todos os

⁸⁹ RIOS, 1986, op. cit., p. 78.

⁹⁰ Observa-se, mesmo após a CRFB88 e o CC2002, a existência tímida de opositores da reparabilidade do dano moral, dentre os quais se pode citar, com finalidade meramente ilustrativa: PASSOS, José Joaquim Calmon. *O imoral nas indenizações por dano moral*. Revista Magister de Direito Civil e Processo Civil, v. 5, n. 26, set./out., 2008, p. 47-60.

questionamentos relativos ao cabimento deste tipo de indenização no Brasil, embora se tenha renovado, por via diversa, o freio arbitrário a pretensões legítimas de compensação por violações a bens e interesses imateriais, o que será objeto de análise mais adiante.

É certo que, desde tal inserção, o dano moral foi vislumbrado como categoria de proteção da dignidade da pessoa humana, esta situada em *locus* privilegiado no Texto Maior pelo constituinte, de modo a serem alargados os horizontes protetivos da pessoa, adicionando conteúdo ético a esta pretensão⁹¹. Assim, conforme indicado na seção 2.3.1, o dano moral é elemento que serve como elo entre a responsabilidade civil abstratamente considerada e o princípio da dignidade da pessoa humana, de modo que as violações a esta dignidade correspondem a uma das tentativas – talvez a mais bem sucedida – de se conceituar esta espécie de dano.

Não obstante o relevo constitucional outorgado à referida categoria normativa, tem-se que o dano moral foi alocado em um ordenamento jurídico afastado de um maior amadurecimento, por parte da doutrina e da jurisprudência, quanto a suas peculiaridades em relação aos danos patrimoniais, sendo imperioso ressaltar que, na ocasião da promulgação de nossa Constituição, em 05 de outubro de 1988, a menção ao dano moral era substancialmente acanhada no âmbito da legislação infraconstitucional.

Esta dificuldade em seu manejo, que vai desde a análise de seu cabimento em um caso concreto até a quantificação da indenização concernente, guarda correspondência com o cambaleante histórico de aceitação de sua reparabilidade, descrito até aqui. Na realidade, é possível afirmar que este fator, aliado à consideração de que o tempo do processo de seu reconhecimento foi relativamente curto, representa uma das circunstâncias centrais que obstaculiza o alcance de maior previsibilidade no trato desta categoria pelo Poder Judiciário.

Tal estado de coisas deságua na dificuldade de delimitação de uma definição do termo que se revele prevalecente no âmago da jurisprudência brasileira e que, principalmente, seja compatível com o espírito constitucional de proteção primaz aos direitos interligados à dignidade da pessoa humana, na medida em que se proliferam as tentativas de estabelecimento de um núcleo conceitual para os danos morais, o que eleva, sobremaneira, a complexidade de sua interpretação casuística.

⁹¹ MELO, Nehemias Domingos de. *Dano moral: problemática – do cabimento à fixação do quantum*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 64.

3.3 OS CONCEITOS CENTRAIS DE DANO MORAL NA PRÁTICA JURÍDICA CONTEMPORÂNEA

Diversas são as tentativas para definir o que é o dano moral. Se foram ultimadas as dúvidas quanto a seu cabimento no Brasil após 1988, o mesmo não se pode dizer com relação a sua conceituação.

Durante todo o período antecedente à promulgação de nossa presente Carta Magna, predominou uma concepção negativista o excludente dos danos à pessoa, definindo-os apenas como tudo aquilo que não é dano patrimonial, ou, em outras palavras, toda lesão de direito cujos efeitos não são patrimoniais⁹². Decerto, a referida concepção quase não contribui com a elucidação de um conceito normativo de dano moral, servindo tão somente para possibilitar a identificação de uma de suas características⁹³. Trata-se, portanto, de acepção consideravelmente “insubstancial e fragilizada, na medida em que amputa as demais possibilidades que surgem”⁹⁴ para os agentes do direito, pois não lhes fornece substrato teórico para facilitar a identificação dos interesses jurídicos merecedores de tutela.

É necessário, neste exercício de formação de um significado de dano moral próprio para nosso sistema jurídico, estabelecer pautas positivas⁹⁵ e, acima de tudo, condizentes com a ordem constitucional, sem o que tal categoria normativa consistiria em mero artifício retórico, despindo-se de sua carga valorativa de busca pela proteção da pessoa humana, insculpida no texto da Lei Maior.

Assim, a partir da notória insuficiência deste enunciado negativista e da maleabilidade da jurisprudência ao não empregar sentido próprio ao dano à pessoa, surgiram variadas proposições positivas quanto a sua natureza, algumas delas correlacionando o dano moral aos efeitos da lesão sofrida pela vítima, a ser necessariamente não patrimonial, conforme sustenta, por exemplo, Júlio de Mendonça Franco⁹⁶; outras, *a contrario sensu*, construindo uma noção associada ao bem ou interesse jurídico violado.

A nosso ver, quanto à proposta de dano moral como efeito não patrimonial de uma

⁹² DIAS, 2004, op. cit., p. 1.002.

⁹³ SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 261.

⁹⁴ RESEDÁ, Salomão. *A função social do dano moral*. São Paulo: Conceito Editorial, 2009, p. 129.

⁹⁵ BASSAN, Marcela Alcazas. *As funções da indenização por danos morais e a prevenção de danos futuros*. 145 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 6. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-24112009-133257/pt-br.php>>. Acesso em: 25 out. 2017.

⁹⁶ FRANCO, Júlio César Silva de Mendonça. *Danos morais: compensabilidade e quantificação*. 126 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estadual Paulista, Franca, 2008, p. 17. Disponível em: <https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/89871/franco_jcsm_me_fran.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 25 out. 2017.

lesão, verifica-se que não houve um afastamento teórico claro com relação ao conceito negativista ou excludente, embora não seja caracterizada, *a priori*, da mesma maneira.

Por conta disso, nossa atenção nas seções seguintes estará voltada para a segunda categoria, *i.e.*, das teorias que buscam estabelecer o conteúdo do dano examinado com foco no respectivo bem ou interesse merecedor de tutela pelo ordenamento, a ser, é verdade, de cunho existencial, tendo em vista que se refere à projeção do “ser” da pessoa humana⁹⁷. Não obstante esta compatibilidade, os modelos teóricos divergem quanto a quais seriam estes bens ou interesses que autorizariam a estipulação de indenização compensatória, bem como quanto à forma de identificar a violação.

Ademais, é importante atentar para o caráter premente desta discussão, uma vez que, dentre outras razões, o Superior Tribunal de Justiça, que detém a competência de dar a palavra final em termos de legislação infraconstitucional federal, não se propõe a estabelecer uma definição de dano moral em seus julgados, limitando-se a discutir aspectos relativos ao montante indenizatório e mantendo os acórdãos recorridos nos demais termos, conforme detectou pesquisa realizada no âmbito da UFPA em 2015⁹⁸.

Isto faz com que os Tribunais ditos intermediários acumulem para si esta atribuição de tentar conceituar tais danos, já que a ausência de entendimento sedimentado por parte do STJ abre margem para a multiplicação de possibilidades encontradas na jurisprudência destas cortes sobre o tema, retirando a previsibilidade necessária à garantia de segurança jurídica aos jurisdicionados.

3.3.1 A defesa da necessidade de constatação de estados anímicos

A primeira proposta a ser destacada é a do dano moral como alteração do estado anímico original da vítima, com o estímulo ou agravamento de sensações como dor, abalo, sofrimento etc. Nesta toada, Carlos Alberto Bittar defendia, em artigo publicado na década de 90, que tais danos “são aqueles que atingem a moralidade e a afetividade da pessoa, causando-lhe constrangimentos, vexames, dores, enfim, sentimentos e sensações negativas”⁹⁹.

⁹⁷ SESSAREGO, Carlos Fernández. *Hacia una nueva sistematización del daño a la persona*. Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, vol. 20, n. 75, jan./mar., 1996, p. 10.

⁹⁸ LEAL, Pastora do Socorro Teixeira; MOURA, Ruan Henrique Loureiro. *(Re)Configuração do Dano Moral e tutela da Dignidade da Pessoa Humana*. Relatório de Projeto de Pesquisa – Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciências Jurídicas, Belém, 2015, p. 4.

⁹⁹ BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais: tendências atuais*. Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial, vol. 19, n. 74, out./dez., 1995, p. 14.

Igualmente, para Antonio Jeová Santos, “o que caracteriza o dano moral é a consequência de algum ato que cause dor, angústia, aflição física ou espiritual ou qualquer padecimento infligido à vítima em razão de algum evento danoso”¹⁰⁰. Ou seja, para aqueles que defendem a definição em comento, tais sentimentos depreciativos do estado de ânimo da vítima são elementos indispensáveis para que se configure um dano moral, sem os quais não haverá que se falar em reparação ou compensação de qualquer espécie.

O grande problema da presente tentativa de conceituação consiste na impropriedade teórica que pratica ao confundir a lesão sofrida pela vítima com seus consequentes fáticos¹⁰¹, sendo certo que nem todo dano a bem imaterial ocasionará, necessariamente, a caracterização de abalo mental, podendo a utilização deste conceito levar à desqualificação de demandas legítimas como merecedoras de guarida pelo Poder Judiciário. Seria negar, por exemplo, a tutela aos bens existenciais para crianças e demais indivíduos sem discernimento mental completo, para os quais a comprovação de alteração da estrutura psíquica representaria verdadeira prova diabólica¹⁰².

Seguindo esta linha, Sergio Cavalieri Filho relata a existência de caso julgado pelo STJ¹⁰³, proveniente do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em que a Ministra Denise Arruda (relatora) votou para reverter provimento do acórdão originário, que negava indenização por dano moral a um recém-nascido que havia tido seu braço erroneamente amputado em procedimento médico, sob o argumento de que a criança não teria o intelecto necessário para compreender a falta que um braço lhe faria. A razão adotada pela magistrada para conceder a tutela judicial à vítima foi, precisamente, a desconsideração dos consequentes fáticos como elementos necessários para garantir a indenização por dano moral, destacando a importância de proteção da dignidade na atual ordem jurídico-constitucional¹⁰⁴, sem qualquer restrição.

Este exemplo demonstra com clareza a problemática latente que se estabelece a partir da utilização desta proposta de definição do dano moral pelos tribunais brasileiros, a qual,

¹⁰⁰ SANTOS, Antonio Jeová. *Dano moral indenizável*. 6ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 76.

¹⁰¹ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano moral e indenização punitiva*. 280 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2003, p. 50. Disponível em: <http://www.estacio.br/mestrado/direito/dissertacao/trabalhos/andre_andrade.pdf>. Acesso em: 27 out. 2017.

¹⁰² A este respeito, cf. RESEDÁ, 2009, op. cit., p. 135

¹⁰³ Não há, na obra em questão, referências quanto aos dados do processo. Todavia, pesquisa realizada no banco de jurisprudência do STJ, apenas entre acórdãos relatados pela Ministra Denise Arruda e com as palavras-chave <“erro médico” e braço>, teve como resultado um único julgado, qual seja o REsp nº 910.794/RJ, com data de julgamento em 21/10/2008 e publicação em 04/12/2008, o qual imagina-se ser o mesmo ao qual Cavalieri Filho fez referência.

¹⁰⁴ CAVALIERI FILHO, 2012, op. cit., p. 89-90.

embora rejeitada por miríade de doutrinadores¹⁰⁵, não desapareceu por completo do cotidiano jurisdicional pátrio, ainda sendo utilizada como fundamento de negativa de tutela a um sem número de casos.

Entretanto, fique claro que não se está afirmando que a alteração psíquica, se demonstrada, não é capaz de influir no *quantum* da indenização de modo a majorá-lo ou até mesmo minorá-lo; pelo contrário. Se entende, justamente, que em determinados casos, o Judiciário já vem aplicando esta lógica, mas se defende a necessidade de que tais critérios sejam postos de maneira clara como fundamentos determinantes de modulação do valor a ser indenizado.

É o caso, por exemplo, do REsp nº 1.395.250/SP, relatado pela Ministra Nancy Andrighi, cujo voto, acompanhado à unanimidade pelos demais integrantes da Terceira Turma, indicou a redução de verba indenizatória decorrente de morte de genitor em favor de filha, devido ao fato de ela, segundo o Tribunal de origem, conviver à distância com o pai falecido¹⁰⁶, o que decresceu o *quantum* em mais de 25% (de R\$270.000,00 como valor-base, chegou-se ao montante definitivo de R\$200.000,00, na análise do STJ).

Em linhas gerais, embora o conceito do dano moral como sofrimento e sentimentos afins não tenha desaparecido por completo, tem-se que foi substancialmente afastado pela doutrina com o enunciado nº 445 da V Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal, realizada em Brasília entre os dias 8 e 10 de novembro de 2011, segundo o qual “O dano moral indenizável não pressupõe necessariamente a verificação de sentimentos humanos desagradáveis como dor ou sofrimento”.

Se, mesmo antes da aprovação deste enunciado, já havia notável rejeição quanto a utilização do conceito comentado, após sua convalidação em sessão plenária, no dia 10 de novembro de 2011, é que não restaram maiores dúvidas quanto ao fato de ser amplamente majoritária a opinião dos estudiosos a respeito da insuficiência desta definição de dano moral.

¹⁰⁵ Neste sentido, Marcelo Barrientos Zamorano considera que o dano sensorialmente perceptível, invocado por esta primeira corrente, consiste tão somente em um tipo de dano moral, qualificando a adoção deste conceito como ultrapassada e desconforme, inclusive, à dogmática. Cf. ZAMORANO, Marcelo Barrientos. *Del daño moral al daño extrapatrimonial: la superación del pretium doloris*. Revista Chilena de Derecho, vol. 35, n. 1, 2008, p. 92. Disponível em: <<http://bit.ly/2o4nkj3>>. Acesso em: 04 nov. 2017.

¹⁰⁶ FAMPÁ, 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; SANTANA, Ágatha Gonçalves. (Org.). *Responsabilidade Civil no Século XXI e a construção do Direito de Danos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 150.

3.3.2 A violação a direitos da personalidade

Outra possibilidade de conceituação dos danos à pessoa consiste em sua delimitação enquanto violação a um dos direitos da personalidade¹⁰⁷. Deste modo, para esta vertente, a lesão a qualquer destes direitos, de maneira objetiva – sem necessidade de comprovação de alteração do estado anímico da vítima –, ensejará a responsabilização do lesante por dano moral¹⁰⁸.

O esforço de criação desta proposição parte, em larga medida, da constatação de insuficiência da corrente anterior, pois defende-se que, na atual sistemática civil-constitucional, “a tendência é não se falar mais de sofrimento, agravo moral, abalo etc”¹⁰⁹, uma vez que sua utilização ocasionava problemas como o que foi relatado na seção anterior, referente à proteção da dignidade humana de crianças e indivíduos sem discernimento mental completo.

Esta dignidade é dotada, no caso dos direitos da personalidade, de relevância ímpar, pois estes são qualificados como os atributos considerados essenciais da pessoa humana¹¹⁰, exigindo proteção especial, segundo Anderson Schreiber, nas relações entre particulares, não obstante encontrem fundamento constitucional e tutela também, por exemplo, no plano internacional¹¹¹. Portanto, é dizer que os direitos da personalidade representam ferramentas de concretização, em nosso plano jurídico interno, da tutela da dignidade da pessoa humana, fundamento da República (CF, artigo 1º, inc. III).

O Código Civil de 2002, embora tido como conservador e ortodoxo no que se refere a sua inadequação com a pauta axiológica da Carta Cidadã de 1988¹¹², avançou na tutela dos direitos da personalidade ao prevê-los em capítulo próprio, nos artigos 11 a 21, outorgando-lhes características como a intransmissibilidade e a irrenunciabilidade¹¹³, e incluindo rol exemplificativo de algumas de suas espécies, tais como a imagem (artigo 20, *caput*) e a

¹⁰⁷ ANTUNES, Júlia Caiuby de Azevedo. *A previsibilidade nas condenações por danos morais: uma reflexão a partir das decisões do STJ sobre relações de consumo bancárias*. Revista Direito GV, vol. 5, n. 1, São Paulo, Jan./Jun., 2009, p. 172. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v5n1/a09v5n1.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2017.

¹⁰⁸ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *Direitos da personalidade e dano moral coletivo*. Revista do TRT9, v. 36, n. 1, versão digital, p. 15, 2011. Disponível em: <<http://www.trt9.jus.br/portal/arquivos/2058469>>. Acesso em: 12 nov. 2017.

¹⁰⁹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e dignidade: da responsabilidade civil para a responsabilidade constitucional*. In: DELGADO, Mário Luiz. (Org.) Novo Código Civil: questões controvertidas – Responsabilidade Civil. São Paulo: Método, 2006, p. 567.

¹¹⁰ SCHREIBER, 2014, op. cit., p. 13.

¹¹¹ Ibid., p. 13.

¹¹² Vide tópico 3.1, referente à dicotomia entre danos morais e patrimoniais.

¹¹³ Artigo 11 do CC2002 – Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

privacidade (artigo 21). Citam-se, ainda, de modo complementar, aqueles previstos no artigo 5º, inciso X da Constituição – alguns dos quais também constam nos dispositivos mencionados do CC2002 –, como a intimidade e a honra.

Como dito, o rol do Código é exemplificativo, isto é, admite possibilidades para além do texto positivado, indicando a multiplicidade de projeções que o conceito de dignidade pode possuir para que seja salvaguardado o direito constitucional dos indivíduos de uma existência digna. Todavia, o que se observa é que, no trato da questão, o Poder Judiciário usualmente qualifica como lesão merecedora de reprimenda apenas aquelas oponíveis aos direitos indicados expressamente nos textos da Constituição Federal e do Código de 2002.

Um notável elemento de prova desta afirmação é a banalização de pretensões relevantes como o tempo útil do consumidor, cuja violação é quase sempre – senão na totalidade dos casos – considerada um mero dissabor ou aborrecimento, não indenizável, como se dá com situações de voos com atraso inferior a 8 horas duração¹¹⁴, as quais o STJ não considera se tratar de hipótese de dano moral compensável.

Não há dúvidas, a nosso ver, que a liberdade¹¹⁵ pode ser qualificada como bem inerente à condição digna de um indivíduo, delineando-se multiformemente em categorias como o dano ao projeto de vida – *e.g.*, um escultor que perde seus membros superiores, impedindo-lhe de dispor livremente sobre sua existência¹¹⁶ – e o dano à vida de relações, ou seja, o agravo à possibilidade de conviver livremente com os demais membros de uma comunidade, “comungando com seus pares a experiência humana, compartilhando pensamentos, sentimentos, emoções, hábitos [...] e afinidades”¹¹⁷.

A problemática relatada não tem, ressalte-se, relação de dependência afeta ao conceito de dano moral como violação aos direitos da personalidade em si; na realidade, a questão que se põe é quanto à antiquada compreensão, por parte do Judiciário, do conteúdo destes direitos unicamente como aqueles bens ínsitos na normativa constitucional e do Código Civil, excetuando pressupostos da dignidade igualmente importantes, como a liberdade.

Interpretar de forma limitada a categoria dos direitos da personalidade, *i.e.*, considerar que somente eles “dão ensejo ao dano ressarcível é aprisionar a conceituação do

¹¹⁴ VERBICARO; SILVA; LEAL, 2017, op. cit., p. 93.

¹¹⁵ Para uma análise mais aprofundada sobre a correlação entre a perda do tempo útil do consumidor e o direito à liberdade, confira-se MAIA, Maurilio Casas. *O dano temporal indenizável e o mero dissabor cronológico no mercado de consumo: quando o tempo é mais que dinheiro – é dignidade e liberdade*. Revista de Direito do Consumidor, vol. 92, mar./abr., 2014, versão e-book, p. 2 e ss.

¹¹⁶ SESSAREGO, 1996, op. cit., p. 14.

¹¹⁷ FROTA, Hidemberg Alves da. *Noções fundamentais sobre o dano existencial*. Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, v. 2, n. 22, set. 2013, p. 65. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/1939/95532>>. Acesso em: 18 nov. 2017.

dano moral, dando-lhe visão restritiva e angusta”¹¹⁸, o que compromete a proteção da dignidade da pessoa humana pela via do dano moral, esvaziando sua finalidade civil-constitucional em hipóteses de bens jurídicos que, embora também correlacionados a este direito geral de personalidade ou dignidade, são rechaçados por um Judiciário conservador mediante o emprego de barreiras como a mencionada figura do mero aborrecimento¹¹⁹.

3.3.3 Dano moral como ofensa à dignidade da pessoa humana

Diante deste cenário, sobretudo com relação à utilização inadequada do conceito de dano moral como lesão aos direitos da personalidade, surgiu uma terceira alternativa de conceituação do mesmo, com a pretensão de assimilar a objeção trazida acima, refinando a percepção apresentada na seção anterior e visando ampliar suas possibilidades de aplicação. É aquela que define o dano moral como uma lesão à dignidade da pessoa humana em sentido amplo ou, em outras palavras, à cláusula geral de tutela da pessoa humana insculpida no artigo 1º, inc. III de nossa Constituição. Assim, a violação aos direitos da personalidade positivados constitui-se tão somente como uma das possibilidades.

Sua justificativa central baseia-se na ideia de que “as situações existenciais enfrentadas pelo indivíduo em sua complexa experiência humana não comportam redução em textos legislativos descritivos (e, muito menos, típicos)”, conforme lição de Daniel Bucar e Daniele Chaves Teixeira¹²⁰, seguindo a linha da crítica exposta quanto à segunda definição de dano moral.

Maria Celina Bodin de Moraes é reputada como uma das autoras que mais cooperou com a propagação deste significado no Brasil, uma vez que advoga a tese de que o dano moral se caracteriza pela violação ao chamado substrato material da dignidade humana, este subdividido pela doutrinadora em seus respectivos postulados, a saber:

O substrato material da dignidade assim entendida pode ser desdobrado em quatro postulados: i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele; ii) mercedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado. São corolários desta elaboração os princípios jurídicos da

¹¹⁸ SANTOS, 2016, op. cit., p. 61.

¹¹⁹ VERBICARO; SILVA; LEAL, 2017, op. cit., passim.

¹²⁰ BUCAR, Daniel; TEIXEIRA, Daniele Chaves. *Prescrição e reparação do dano moral*. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianosvki et al. (Org.). *Direito Civil Constitucional: a ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014, p. 224.

igualdade, da integridade física e moral – psicofísica –, da liberdade e da solidariedade¹²¹.

Apesar de haver um elemento positivo sobrepujante nesta categorização, que é o da inclusão de valores como liberdade e igualdade, este primeiro esboço de conceituação também resta atrelado a um rol de violações que, embora afirme-se ser exemplificativo, pode, do ponto de vista prático das decisões, produzir os mesmos problemas que foram oportunamente narrados quanto ao segundo conceito. Com o fito de buscar deles se afastar, a autora estabelece que esta tutela da dignidade não se esgota, de maneira nenhuma, em previsões específicas, pois repeliria novas e futuras manifestações e exigências da pessoa¹²², as quais, se legítimas, atraem a figura do dano moral em caso de lesão.

A base desta construção teórica está associada ao ideário do jurista italiano Pietro Perlingieri, que qualifica a personalidade – em sentido similar àquele que se cunhou para a dignidade em nossa ordem constitucional – não como um direito, mas como o valor fundamental do ordenamento, que está na raiz de um leque aberto de situações existenciais a serem objeto de tutela¹²³. Tamanha é a força deste valor para o autor que o mesmo chega a sinalizar ser impossível que um juiz negue tutela a um indivíduo que requeira proteção a um aspecto de sua existência que não goze de previsão específica. A única hipótese de limitação das situações existenciais refere-se a quando elas afetam interesses tutelados de terceiros¹²⁴.

Parece-nos que este derradeiro conceito se acopla com mais justeza aos ditames de nossa Carta Magna que os anteriores, revelando-se, portanto, uma definição verdadeiramente civil-constitucional. Isto porque traduz com precisão a interlocução existente entre o princípio da dignidade da pessoa humana e a responsabilidade por danos, na medida em que concebe a reparação por dano moral como ferramenta de tutela dos bens relativos à existência digna, sem qualquer delimitação taxativa de suas hipóteses.

Esta tutela, cabe lembrar, foge à clássica regra da restituição das partes ao *status quo ante*, constituindo-se em abertura de horizontes para as novas funções da responsabilidade civil, pela própria condição normativa do dano moral.

¹²¹ MORAES, 2003, op. cit., p. 85.

¹²² Ibid., p. 121.

¹²³ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Trad.: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 155.

¹²⁴ Ibid., p. 156.

3.4 O REMODELAMENTO DAS FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL A PARTIR DO RECONHECIMENTO DO CARÁTER AUTÔNOMO DOS DANOS MORAIS

A presença do dano moral em nosso sistema jurídico inegavelmente provocou diversas mudanças no que tange à estrutura e à aplicação das normas relativas à responsabilidade civil. Possivelmente, a maior delas foi o impulso para que lentamente se passasse a reconhecer novas funções para a responsabilidade civil, a saber, as funções preventiva e punitiva, já caracterizadas no decorrer deste trabalho.

Atribui-se ao dano moral esta faceta por conta, especialmente, da flexibilidade de seu método de quantificação em comparação com o sistema adotado para os danos patrimoniais, pois possibilita aos juízes extensa margem de atuação para definir o montante da indenização, sem a existência de pontos limítrofes tal como ocorre na dosimetria do Direito Penal.

Parte da doutrina, diga-se de passagem, assente e, até mesmo, fomenta o discurso em prol de um caráter essencialmente punitivo em determinadas indenizações por danos morais. É o caso de Carlos Alberto Bittar, que considera que, enquanto a lógica dos danos materiais volta-se tão somente para a busca pela recomposição do patrimônio, objetiva-se, com a reparação dos danos morais, ir além do escopo meramente compensatório, aplicando-se uma sanção ao agente causador do dano, a fim de que não reitere a prática de atos lesivos aos direitos da pessoa de terceiros¹²⁵.

Não se cogita falar, neste cenário, em *punitive damages* na forma como concebidos na tradição anglo-saxônica, mas simplesmente função punitiva da responsabilidade civil, a qual, ao aderir ao prisma compensatório, faz com que a reparação do dano moral seja revestida deste caráter dúplice¹²⁶, notabilizado pela compensação da vítima e pela sanção em desfavor do lesante. Há defensores da ideia de que esta sanção possui, adicionalmente, um viés de prevenção, pois busca-se inserir a condenação dentro de um amplo complexo pedagógico para o desenvolvimento das relações sociais¹²⁷. Daí a correlação proclamada no capítulo anterior entre as funções preventiva e punitiva da indenização, metaforicamente compreendidas como duas faces de uma mesma moeda.

Evidentemente, esta defesa pela incorporação da função punitiva – ou preventiva, a depender do ponto de vista – nas indenizações por danos morais sofre críticas por variadas razões, muitas das quais associadas à ideia de incompatibilidade desta função com os axiomas

¹²⁵ BITTAR, 1995, op. cit., p. 15.

¹²⁶ ANDRADE, 2003, op. cit., p. 109.

¹²⁷ SILVA, 2005, op. cit., p. 62.

que disciplinam o uso das normas de responsabilidade civil no Brasil¹²⁸, especialmente o princípio da reparação integral.

Dentre as oposições mencionadas, uma, em particular, interesse vivamente aos objetivos deste estudo, já tendo sido objeto de exame preliminar quando da análise dos caracteres da função punitiva da responsabilidade civil¹²⁹: trata-se da possibilidade de que a indenização, excedendo o prisma meramente compensatório ou reparatório, promova o enriquecimento sem causa da vítima.

Atento às razões deste óbice, Diogo Machado de Melo entende que é possível rechaçar a oposição do enriquecimento sem causa da vítima nos casos em que parte da indenização – aquela concedida a título de punição – for destinada a entidades de fins sociais ou beneficentes¹³⁰, na forma do artigo 883, parágrafo único do CC2002¹³¹, dispositivo localizado no capítulo do Código que trata do pagamento indevido.

Não será indicado, ainda, o trato que se acredita que deve ser despendido à crítica em comento, face a necessidade de se acrescer, na argumentação, elementos relativos aos métodos de quantificação das indenizações no Brasil, exercício reservado ao capítulo posterior. Por ora, servimo-nos do interessante trabalho da lavra do professor Diogo Machado de Melo para dar enfoque a uma questão das mais relevantes neste trabalho.

Será que toda violação à dignidade da pessoa humana – *i.e.*, todo dano moral – atrai a função punitiva da responsabilidade civil? Ou, na realidade, apenas algumas de suas hipóteses? Neste último caso, que critérios ou parâmetros poderiam ser levados em conta para identificá-las?

O autor citado inicia a resposta a esses questionamentos fazendo referência às hipóteses em que há dolo por parte do lesante, ou mesmo culpa grave, o que define como sendo uma “falta grosseira, decorrente de um comportamento anormalmente deficiente”¹³². Tais casos, portanto, autorizam o arbitramento de indenização punitiva. Mais adiante, adiciona outras duas situações que, a seu ver, se enquadram na mesma lógica:

¹²⁸ A este respeito, para conhecimento da maior parte destas objeções, recomenda-se fortemente a leitura de BASSAN, 2009, op. cit., p. 71-78.

¹²⁹ Vide tópico 2.2.2.

¹³⁰ MELO, Diogo L. Machado de. *A função punitiva da reparação dos danos morais (e a destinação de parte da indenização para entidades de fins sociais – Artigo 883, parágrafo único do Código Civil)*. In DELGADO, Mário Luiz. (Org.) *Novo Código Civil: questões controvertidas – Responsabilidade Civil*. São Paulo: Método, 2006, p. 116-117.

¹³¹ Artigo 883 – Não terá direito à repetição aquele que deu alguma coisa para obter fim ilícito, imoral, ou proibido por lei.

Parágrafo Único – No caso deste artigo, o que se deu reverterá em favor de estabelecimento local de beneficência, a critério do juiz.

¹³² MELO, 2006, op. cit., p. 109.

O desestímulo do ofensor e a compensação não são incompatíveis. Vimos que a proteção dos atributos da pessoa tem posição de destaque em nosso ordenamento, devendo ser respeitada nas relações sociais. **Mas também não deve ser aceito que o ofensor, que age com propósito de prejudicar terceiros, ou com objetivo de extrair lucro de sua falta (*falta lucrativa*), bem como nos casos de danos de grande repercussão social, potencialmente causadores de lesões a um grande número de pessoas, fique impune. Nesses casos, entendemos ser possível a aplicação da reparação punitiva [...]**¹³³.
(Sem sublinhado no original)

Na mesma linha de raciocínio é o pensamento de Clayton Maranhão, que também admite o emprego de função punitiva nos “casos em que o violador obtenha lucro, mesmo após o ressarcimento integral do dano, ou então que demonstre indiferença para com a violação do direito alheio”¹³⁴, o que pode se configurar, *e.g.*, na ocorrência de lesões reiteradamente praticadas.

Desta maneira, percebe-se que, para estes doutrinadores, é possível vincular eventual alteração no *quantum* indenizatório a uma situação de favorecimento econômico indevido do lesante, o que se responde, para eles, com o emprego da função punitiva, ressalvada a posição de Diogo Machado de Melo quanto à necessidade de se destinar o montante de viés punitivo para entidade de natureza filantrópica.

Para que se verifique o grau de estabilidade e rigor teórico desta aproximação entre o lucro do ofensor e a função punitiva, é necessário, contudo, em caráter preliminar, examinar o modo por meio do qual se opera o procedimento de quantificação das indenizações por danos morais, bem como, principalmente, os critérios tidos como relevantes para modular o valor a ser estipulado, a fim de contrapor aquele que nos serve como objeto de análise com os demais.

¹³³ Ibid., p. 111.

¹³⁴ MARANHÃO, Clayton. *Observações sobre o ilícito, o dano e a tutela dos direitos fundamentais*. Revista Trimestral de Direito Civil, ano 1, v. 4, out./dez. 2000, p. 21.

4 A QUANTIFICAÇÕES DAS INDENIZAÇÕES POR DANOS MORAIS NO BRASIL

Como afirmado anteriormente, *a contrario sensu* do que ocorre em relação aos danos patrimoniais, não há, em relação ao dano moral, a atribuição de uma função reparatória para a indenização. Na realidade, o que se busca, na linha do que foi exposto, é compensar a vítima pelo agravo sofrido em sua esfera de bens, de modo a contrabalancear ou mitigar os efeitos deletérios da conduta do agressor¹³⁵. Deste modo, a partir da própria natureza destes bens, cuja projeção advém do exercício da dignidade da pessoa humana, é possível verificar a dificuldade em se estabelecer o *quantum* com o emprego da mesma técnica adotada para os danos materiais.

Isto porque, se para aqueles, o *quantum* indenizatório pode, em vasta gama de situações, não corresponder à real extensão do dano, no caso dos danos à pessoa este problema se intensifica. Em larga medida, este fator se dá pela impossibilidade de se dimensionar de forma precisa – ou sequer aproximada – um valor monetário para bens que não possuem natureza econômica.

Cabe lembrar que esta dificuldade de conversão dos danos morais em pecúnia consistia em um dos grandes óbices ao reconhecimento da reparabilidade destes danos, em face da impossibilidade de equivalência entre dor e dinheiro proclamada à época, conforme as lições de Artur Oscar de Oliveira Deda¹³⁶. Neste sentido, diante da paulatina aceitação do dano moral como figura indenizável de forma autônoma, tornou-se imperiosa a previsão de valores ou critérios próprios – diversos daqueles encontrados para os danos materiais –, de modo a possibilitar a fundamentação do *quantum* indenizatório nestes casos.

4.1 MODELOS DE QUANTIFICAÇÃO EXISTENTES

O cenário acima descrito serviu de campo para o florescimento de dois modelos distintos de quantificação das indenizações por danos morais, quais sejam: a) o tarifamento ou tarifação legal, calcado em um sistema fechado de valores e pretérito ao dano do caso concreto, e; b) o arbitramento equitativo pelo juiz, baseado em um sistema aberto de fixação do valor da

¹³⁵ BARRIOS, Luís Fernando Ternera; BARRIOS, Francisco Ternera. *Breves comentarios sobre el daño y su indemnización*. Opinión Jurídica, vol. 7, n. 13, jan./jun., 2008, p. 106. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-25302008000100005&lang=pt>. Acesso em> 13 dez. 2017.

¹³⁶ DEDA, 1977, op. cit., p. 21-24.

indenização e caracterizado por considerável atividade subjetiva exercida pelo julgador¹³⁷, que pode – ou não – estar vinculado a critérios específicos de quantificação em sua análise.

O histórico da absorção destes dois modelos pelo ordenamento jurídico brasileiro não obedece a ordem cronológica de simples assimilação. No Código Civil de 1916, como se verá adiante, é possível observar que tarifamento legal e arbitramento equitativo coexistiam no Capítulo II do Título VIII da Parte Especial, referente à liquidação das obrigações resultantes de atos ilícitos, indicando a ausência de preferência, naquele contexto, por parte do legislador.

Na atual ordem constitucional, contudo, fez-se clara opção pelo arbitramento equitativo na quantificação da maior parte destas indenizações, por razões a serem oportunamente expostas e discutidas. Mesmo a par desta constatação, toca-nos realizar breve análise no que diz respeito à presença da tarifação legal nas recentes legislações pátrias, notadamente por sua inclusão no texto da Lei nº 13.467 de 2017, amplamente conhecida como Reforma Trabalhista, o que indica tendência em sentido adverso às disposições contidas no Código Civil de 2002 e abraçadas por doutrina e jurisprudência.

4.1.1 O tarifamento legal

O tarifamento – ou tarifação – legal, como sua própria denominação indica, funda-se na previsão, por parte do legislador, “do montante da indenização correspondente a determinados eventos danosos”¹³⁸. A lógica que serve de pano de fundo, portanto, é a de se buscar outorgar uma rigorosa estabilidade ao processo de quantificação das indenizações por danos morais, reduzindo ao máximo ou tornando nula a participação do juiz na atividade de definir o *quantum*.

Paulo de Tarso Vieira Sanseverino relata que havia, no bojo do Código Civil de 1916, dois casos de tarifação legal¹³⁹, estes contidos no artigo 1.547, parágrafo único¹⁴⁰ e no artigo 1.550¹⁴¹, sendo relativos, respectivamente, aos ilícitos de injúria ou calúnia e de ofensa

¹³⁷ SANTANA, Héctor Valverde. *A fixação do valor da indenização por dano moral*. Revista de Informação Legislativa, ano 44, n. 175, jul./set., 2007, p. 27. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496907>>. Acesso em: 13 dez. 2017.

¹³⁸ SANSEVERINO, 2010, op. cit., p. 277.

¹³⁹ Ibid., p. 277.

¹⁴⁰ Artigo 1.547 – A indenização por injúria ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido.

Parágrafo Único – Se este não puder provar prejuízo material, pagar-lhe-á o ofensor o dobro da multa no grão máximo da pena criminal respectiva (art. 1.550).

¹⁴¹ A indenização por ofensa à liberdade pessoal consistirá no pagamento das perdas e danos que sobrevierem ao ofendido, e no de uma soma calculada nos termos do parágrafo único do art. 1.547.

à liberdade pessoal.

Operava-se o cálculo da indenização, nestes casos, tomando-se como base o valor da multa estipulada em razão do tipo penal respectivo, o que se tornou inviável com o advento do Código Penal de 1940. Este Código passou a utilizar sistema sancionatório diverso de seu antecedente, de modo que a cumulação de alguns de seus dispositivos com o artigo 1.547, parágrafo único do Código Civil de 1916 ensejaria multas no montante de até 10.800 (dez mil e oitocentos) salários mínimos¹⁴². Considerando o valor em questão absurdo, o STJ passou a se posicionar pela parcial negativa de vigência aos dispositivos do Código de 1916, recomendando a utilização do arbitramento equitativo, inclusive, para os casos envolvendo os artigos 1.547 e 1.550¹⁴³. Este posicionamento restou evidente, *e. g.*, na ocasião do julgamento do REsp nº 213.731/PR¹⁴⁴¹⁴⁵, datada de 06 de junho de 2000.

É válido ressaltar que, no decurso do século XX, houve variados diplomas normativos que previram o tarifamento legal em algum de seus dispositivos, tais como o Código Brasileiro de Telecomunicações (art. 84, §1º da Lei nº 4.117/1962)¹⁴⁶ e o Código Eleitoral (art. 243, §2º da Lei nº 4.737/1965)¹⁴⁷, este último fazendo remissão às regras de tarifação previstas nos artigos 81 a 88 daquele; ressalva-se, por oportuno, que ambos os dispositivos referidos se encontram revogados atualmente¹⁴⁸.

Todavia, é provável que a maior representação que se tenha deste modelo de quantificação das indenizações seja aquela do artigo 51 da Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/1967), que estabelece, em seus incisos I a IV¹⁴⁹, regras para o ajuste do *quantum* em hipóteses de danos

¹⁴² SANSEVERINO, 2010, *op. cit.*, p. 278.

¹⁴³ *Ibid.*, p. 278.

¹⁴⁴ Acórdão localizado mediante pesquisa no banco de jurisprudência do STJ, com a utilização do indexador “arbitramento” e a marcação do artigo 1.547 do Código Civil de 1916 como referência normativa, realizada em 13 de fevereiro de 2018.

¹⁴⁵ EMENTA: Indenização. Danos morais. Critérios para fixação. Não há critérios determinados e fixos para a quantificação do dano moral. Recomendável que o arbitramento seja feito com moderação e atendendo às peculiaridades do caso concreto.

A norma constante do artigo 1.547, parágrafo único do Código Civil supunha a cominação de sanção pecuniária específica para cada crime. Não se compatibiliza com o sistema dos dias-multas, que veio a ser adotado no Código Penal, em que a previsão é genérica, para todos os crimes.

(STJ, REsp nº 213.731/PR, 3ª Turma, Rel. Ministro Eduardo Ribeiro, jul. em 06/06/2000, publ. em 21/08/2000)

¹⁴⁶ Artigo 84 – Na estimação do dano moral, o Juiz terá em conta, notadamente, a posição social ou política do ofendido, a situação econômica do ofensor, a intensidade do ânimo de ofender, a gravidade e repercussão da ofensa.

§1º – O montante da reparação terá o mínimo de 5 (cinco) e o máximo de 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País.

¹⁴⁷ Artigo 243 – Não será tolerada propaganda:

§2º – No que couber aplicar-se-ão na reparação do dano moral, referido no parágrafo anterior, os artigos. 81 a 88 da Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962.

¹⁴⁸ SANTANA, 2007, *op. cit.*, p. 23-24.

¹⁴⁹ Artigo 51 – A responsabilidade civil do jornalista profissional que concorre para o dano por negligência, imprudência ou imprudência, é limitada, em cada escrito, transmissão ou notícia:

causados por jornalistas no exercício de sua profissão.

A disposição em comento recebeu diversas críticas por parte da doutrina, especialmente no contexto posterior à previsão da reparação por danos morais como direito fundamental, baseadas tanto na própria incompatibilidade existente entre o sistema de tabelamento e a axiologia da Constituição Federal de 1988¹⁵⁰, como também na consideração de que os valores determinados na Lei de Imprensa podem ser tidos como ínfimos¹⁵¹. A tais objeções fez coro o Superior Tribunal de Justiça, vindo a editar, em 28 de abril de 2004, a súmula 281, segundo a qual “A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa”, fato originado de diversos precedentes, tais como os Recursos Especiais de nº 168.945/SP e 513.057/SP¹⁵².

Na mesma linha, o STF, ao julgar a ADPF nº 130, declarou a inconstitucionalidade da Lei em questão, tendo como um dos elementos da fundamentação a proteção do direito à reparação por danos como direito fundamental, inclusive em casos de exercício abusivo do dever de informar¹⁵³.

Segundo Francisco Diego Moreira Batista, esta interpretação do STJ e do STF não significa que os mesmos rejeitaram por completo a tarifação, opondo-se tão somente a hipóteses previstas em lei específica e em face de uma determinada categoria, já que a interpretação das cortes, segundo ele, não veda o estabelecimento de critérios para fixação da indenização¹⁵⁴.

Não se está de acordo, entretanto, com o autor em questão, uma vez que, ao julgar o REsp nº 168.945/SP¹⁵⁵, referido anteriormente, o Superior Tribunal de Justiça entendeu,

I – a 2 salários-mínimos da região, no caso de publicação ou transmissão de notícia falsa, ou divulgação de fato verdadeiro truncado ou deturpado (art. 16, ns. II e IV).

II – a cinco salários-mínimos da região, nos casos de publicação ou transmissão que ofenda a dignidade ou decôro de alguém;

III – a 10 salários-mínimos da região, nos casos de imputação de fato ofensivo à reputação de alguém;

IV – a 20 salários-mínimos da região, nos casos de falsa imputação de crime a alguém, ou de imputação de crime verdadeiro, nos casos em que a lei não admite a exceção da verdade (art. 49, § 1º).

¹⁵⁰ BUCAR; TEIXEIRA, 2014, op. cit., p. 227.

¹⁵¹ DELGADO, Rodrigo Mendes. *O valor do dano moral: como chegar até ele*. 3ª ed. São Paulo: JH Mizuno Editora, 2011, p. 301-302.

¹⁵² A relação completa de precedentes que deram origem à súmula pode ser encontrada em <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011_21_capSumula281.pdf>.

Acesso em: 15 dez. 2017.

¹⁵³ SUPREMO julga Lei de Imprensa incompatível com a Constituição Federal. Portal do Supremo Tribunal Federal, Brasília, 30 abr. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/vernoticiadetalle.asp?idconteudo=107402>>. Acesso em: 15 dez. 2017.

¹⁵⁴ BATISTA, Francisco Diego Moreira. *Critérios para fixação dos danos extrapatrimoniais*. Revista de Direito (Viçosa), v. 7, n. 1, 2015, p. 117. Disponível em: <<http://www.seer.ufv.br/seer/revdireito/index.php/RevistaDireito-UFV/article/view/230/37>>. Acesso em: 15 dez. 2017.

¹⁵⁵ EMENTA: Processo Civil. Liquidação de sentença. Nulidade. Danos morais. Lei de Imprensa. Quantum indenizatório.

ainda, pela incompatibilidade do tarifamento legal das indenizações com o texto constitucional, em decorrência da premissa de que a métrica em matéria de danos morais deve ser o princípio da reparação integral, axioma cuja assimilação pelo ordenamento brasileiro impede a continuidade de aplicação dos dispositivos respectivos da Lei de Imprensa ou de quaisquer outros desta natureza. É o que se extrai de trecho do voto do relator, o Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, acompanhado unanimemente por seus pares:

É de se ressaltar que tais limites indenizatórios da lei especial não mais imperam, porquanto a jurisprudência desta Superior Corte já sedimentou a orientação de que, após o advento da Constituição de 1988, a reparação deve alcançar a extensão do dano, obedecido o princípio da razoabilidade¹⁵⁶.

Para melhor compreender este argumento de negativa de vigência à Constituição, cumpre-nos examinar atentamente os pressupostos relativos à reparação dos danos morais adotados pela recém-aprovada Reforma Trabalhista, exemplo palpitante e polêmico de legislação que possui a tarifação legal em seu âmago, na contramão da recente construção da temática no Brasil.

4.1.1.1 A Reforma Trabalhista e a tarifação das indenizações nas relações laborais

A Lei Federal nº 13.467, de 13 de julho de 2017, também conhecida como Reforma Trabalhista, veio para alterar de maneira drástica diversos dispositivos contidos na CLT, sendo extremamente criticada por seu caráter de “desarticulação do conjunto normativo de proteção aos direitos trabalhistas firmados na perspectiva do Sistema Internacional de Direitos Humanos”¹⁵⁷, bem como pela destacada ofensa a toda a estrutura normativa de proteção ao

I - A indenização por dano moral objetiva compensar a dor moral sofrida pela vítima, punir o ofensor e desestimular este e outros membros da sociedade a cometerem atos dessa natureza.

II - Segundo reiterados precedentes, o valor da indenização por dano moral sujeita-se ao controle desta Corte, recomendando-se que a sua fixação seja feita com moderação.

III - Conforme jurisprudência desta Corte, com o advento da Constituição de 1988 não prevalece a tarifação da indenização devida por danos morais.

[...]

V - Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

(STJ, REsp nº 168.945/SP, 3ª Turma, Relator Min. Antônio de Pádua Ribeiro, julg. em 06/09/2001, publ. em 08/10/2001) – sem destaques no original.

¹⁵⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 168.945/SP*. Relator: Antônio de Pádua Ribeiro. Brasília, 08 out. 2001. Inteiro teor do acórdão, p. 3-4. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMG&sequencial=39633&num_registro=199800221050&data=20011008&formato=PDF>. Acesso em: 15 dez. 2017.

¹⁵⁷ DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil: com comentários à Lei n. 13.467/2017*. São Paulo: Livraria dos Tribunais, 2017, p. 73.

trabalho humano ínsita na Constituição Federal de 1988¹⁵⁸.

Um dos pontos mais contestáveis da reforma foi o regramento diverso disposto para a reparação dos danos a bens existenciais do trabalhador, com a inclusão dos artigos 223-A a 223-G na CLT, que albergam pontos como: a) estreitamento do rol de legitimados a pleitear a tutela judicial¹⁵⁹; b) estabelecimento de leque taxativo de hipóteses de dano moral reparável (*numerus clausus*)¹⁶⁰ e, especialmente; c) tarificação do valor da indenização a este título, a qual tomaria em conta, em um primeiro momento, o salário contratual do empregado, conforme texto do artigo 223-G, §1º¹⁶¹, acrescido ao diploma legal referido.

A utilização do salário do ofendido como métrica para a quantificação da indenização foi – como não poderia deixar de ser – objeto de críticas ferrenhas por parte da doutrina e do Poder Judiciário¹⁶², baseadas na premissa de que considera a dor do pobre menor que a dor do rico¹⁶³, o que se revela incompatível com o princípio constitucional da igualdade, na medida em que concede trato discriminatório na proteção de bens e interesses que não apresentam qualquer correlação com o acúmulo salarial do ofendido.

Significa dizer, em outras palavras, que o dispositivo em comento buscou estabelecer verdadeira “hierarquia existencial” entre indivíduos com salários distintos, valendo-se de critério utilitarista no cálculo da indenização por dano moral, de modo que o valor da vida humana seja tomado por meio de análise de custo benefício¹⁶⁴, o que representa profunda

¹⁵⁸ Ibid., p. 73.

¹⁵⁹ Artigo 223-B – Causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares **exclusivas** do direito à reparação. (Destacado)

¹⁶⁰ Artigo 223-A cumulado com artigo 223-C, este com redação final dada pela Medida Provisória nº 808/2017. Artigo 223-A – Aplicam-se à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho apenas os dispositivos deste Título.

Artigo 223-C – A etnia, a idade, a nacionalidade, a honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, o gênero, a orientação sexual, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa natural.

¹⁶¹ Artigo 223-G, §1º – Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação:

I – ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido;

II – ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido;

III – ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido;

IV – ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido (texto original do dispositivo, alterado pela Medida Provisória de nº 808/2017, conforme exposto adiante).

¹⁶² A plenária da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, realizada pela ANAMATRA, manifestou entendimento no sentido da inconstitucionalidade da tarificação do dano moral a partir do salário do trabalhador. A este respeito, cf. <<https://www.anamatra.org.br/imprensa/noticias/25797-reforma-trabalhista-anamatra-divulga-integra-dos-enunciados-aprovados-na-2-jornada>>. Acesso em: 14 fev. 2018.

¹⁶³ SILVA, Homero Batista Mateus da. *Comentários à Reforma Trabalhista*. São Paulo: Revista dos Tribunais, versão eletrônica, 2017, p. 40.

¹⁶⁴ LIMA, Bruna Pinheiro; CAVALCANTE, Andreza Very; ALVES, Joana Pereira. *O novo parâmetro indenizatório por danos extrapatrimoniais e sua incompatibilidade com a ordem jurídica brasileira*. Revista Direitos, Trabalho e Política Social, vol. 4, n. 6, jan./jun., 2018, p. 214-217. Disponível em: <<http://revista91.hospedagemdesites.ws/index.php/rdtps/article/viewFile/110/83>>. Acesso em: 30 jan. 2018.

inadequação à tábua axiológica inscrita na Carta Magna de 1988, notadamente no que tange à mencionada isonomia.

A elevada carga de argumentos opostos à estrutura original do artigo 223-G motivou a alteração de sua redação, por meio da Medida Provisória nº 808, publicada na edição extra do Diário Oficial da União de 14 de novembro de 2017, alguns dias após a entrada em vigor dos dispositivos adicionados à CLT pelo texto da reforma. Em suma, o ponto de inovação da MP nº 808 foi a adoção do valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social como base para o cálculo das indenizações por danos morais¹⁶⁵.

Desta maneira, mesmo após a reforma da reforma via MP, persiste o mecanismo de tarifação legal nesta seara, doravante fundado em critério distinto. Não obstante este possa ser considerado um mal menor, ainda há incompatibilidade com o conteúdo normativo da Constituição Federal, uma vez que o tarifamento legal da indenização deixa de possibilitar a justa e completa reparação do dano ao ofendido¹⁶⁶, podendo tal dano se configurar em patamar superior ao limite estabelecido pela lei.

É este, precisamente, o problema central da tarifação legal. Restringir o *quantum* indenizatório a valores estabelecidos previamente à ocorrência do dano importa em negar a ideia de reparação plena dos danos morais¹⁶⁷, tendo em vista que a dimensão real do dano em cada caso não é conhecida pelo legislador, o que se dá apenas com o exame concreto das peculiaridades inerente ao cenário fático que se apresenta ao juiz, razão pela qual este deve ser considerado o mais apto para definir a monta a ser arbitrada.

A realidade é que a utilização do tarifamento encontra-se em descompasso com todo o aparato normativo referente à responsabilidade civil no Brasil, o qual se pauta por cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, fato este que facilita a atuação do jurista

¹⁶⁵ Artigo 223-G, §1º, com redação dada pela MP nº 808/2017 – Ao julgar procedente o pedido, o juízo fixará a reparação a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação:

I – para ofensa de natureza leve - até três vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social;

II – para ofensa de natureza média - até cinco vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social;

III – para ofensa de natureza grave - até vinte vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social; ou

IV – para ofensa de natureza gravíssima - até cinquenta vezes o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

¹⁶⁶ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Reforma Trabalhista: análise crítica da Lei 13.467/2017 (material complementar)*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 4. Disponível em: <<https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/28f9805c01b1a1ef848a30e0e63fa5c3.pdf>>. Acesso em: 30 jan. 2018.

¹⁶⁷ SANTOS, 2016, op. cit., p. 137.

no sentido de realizar interpretação sistemática dos dispositivos normativos¹⁶⁸.

Segundo Nehemias Domingos de Melo, o emprego da tarifação viola a equidade, já que, indo ao encontro do que foi apresentado acima, considera se tratar de uma ilegítima limitação dos poderes do juiz para aplicação da justiça ao caso concreto, podendo sua pertinente argumentação ser sintetizada nos seguintes termos:

Além disso, como poder atribuir a cada um o que efetivamente seja de seu direito, se este mesmo direito estará previamente tarifado? Como considerar as peculiaridades de cada caso de tal sorte a que se possa sentenciar com uma perfeita dosimetria do valor indenizatório? Ademais, como harmonizar o preconizado na Constituição, que estabelece a reparação proporcional ao agravo de forma integral e sem limitações, com um sistema tarifado?¹⁶⁹¹⁷⁰

Há, por outro lado, autores favoráveis ao tarifamento, por julgarem válida e apropriada a redução dos poderes do magistrado a partir de sua utilização, como é o caso de Américo Luís Martins da Silva¹⁷¹, para quem se trata de medida pertinente no intuito de evitar abusos e excessos no momento da quantificação, de modo a coibir o que chama de indústria do dano moral.

Este discurso da indústria do dano moral, cabe ressaltar, vem sendo recentemente desmistificado no bojo da produção científica nacional¹⁷², havendo pesquisas cujos resultados indicam que a porcentagem de vítimas que recebem valores volumosos é ínfima. Nesta senda, mencione-se que esta foi uma das conclusões de pesquisa realizada entre 2009 e 2010, sob a chancela do Ministério da Justiça¹⁷³, a qual detectou que, entre todos os julgados do ano de 2008 de Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais Federais e Tribunais Regionais do Trabalho, apenas 3% (três por cento) das indenizações concedidas alcança ou ultrapassa R\$100.000,00 (cem mil reais), enquanto mais da metade (52% – cinquenta e dois por cento) está abaixo de R\$10.000,00 (dez mil reais).

¹⁶⁸ FAMPA, Daniel Silva; LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. *As cláusulas gerais e o aprimoramento da interpretação sistemática no Direito Civil brasileiro*. Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva, vol. 3, n. 1, jan./jun., 2017, p. 28. Disponível em: <<http://www.indexlaw.org/index.php/direitocivil/article/view/1841/pdf>>. Acesso em: 02 fev. 2018.

¹⁶⁹ MELO, 2004, op. cit., p. 167.

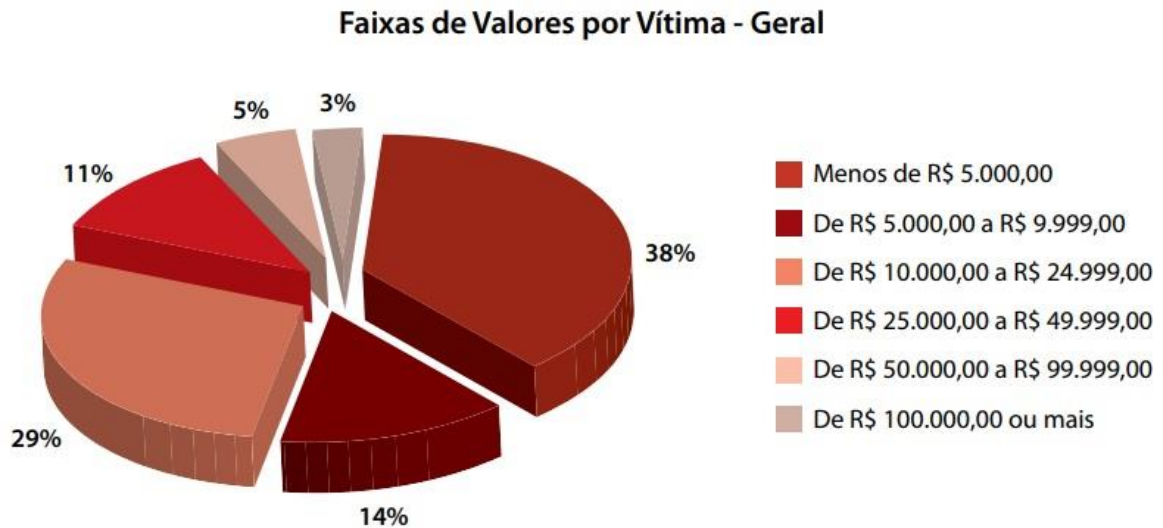
¹⁷⁰ Para outras objeções consistentes ao uso do tarifamento legal, conferir SANTOS, 2016, op. cit., p. 133 e ss; RESEDÁ, 2009, op. cit., p. 192-198.

¹⁷¹ SILVA, 2005, op. cit., p. 388-389.

¹⁷² Sobre o tema, indica-se fortemente a leitura de VERBICARO, Dennis; 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, 2017, p. 75-99.

¹⁷³ A pesquisa contou com a participação de equipe de investigadores da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, sob a coordenação da prof. Flavia Portella Püschel.

Figura 3 – Valores indenizatórios por demanda julgada procedente no ano de 2008



Fonte: Ministério da Justiça, Série Pensando o Direito, vol. 37 – A quantificação do dano moral no Brasil, 2011, p. 16.

O gráfico apresentado indica, para o lapso temporal recortado, que o discurso da indústria do dano moral não encontra comprovação empírica na prática jurisprudencial, e que serve, na essência, como elemento de contenção de legítimas demandas pela tutela de bens atrelados à dignidade humana, ensejando a proliferação de decisões que as rejeitam mediante o emprego de figuras como o mero aborrecimento, de modo a buscar justificar a concessão de valores indenizatórios aviltantes ou até mesmo negar a proteção a estes bens imateriais¹⁷⁴.

Fica evidente, nesta toada, que o argumento da indústria do dano moral não serve para fundamentar a fixação de valores indenizatórios por meio do tarifamento, o que se dá, de início, pela própria ausência de confirmação deste fenômeno na realidade brasileira. Além disso, se a preocupação dos defensores da tarifação é com a garantia de estabilidade ao sistema de reparação e segurança jurídica aos litigantes, sobreleva notar que a previsão de critérios objetivos de quantificação atende com destreza a este desiderato, balizando a atuação dos juízes e minimizando as chances de arbítrio excessivo, o que, como se verá, é possível que ocorra no arbitramento equitativo.

Percebe-se, por tudo isso, que o presente modelo de quantificação analisado é, com justeza, extremamente combatido por parcela considerável da comunidade jurídica

¹⁷⁴ VERBICARO; SILVA; LEAL, 2017, op. cit., p. 95-96.

especializada no tema do dano moral, em decorrência de sua avultada incompatibilidade com a disciplina constitucional da tutela da pessoa humana e pela impossibilidade de se proceder, a partir de sua utilização, a um genuíno juízo de equidade para o caso concreto, no cerne de uma racionalidade sistemática (civil-constitucional) para a responsabilidade civil.

4.1.2 O arbitramento equitativo pelo juiz

No Brasil, salvo as hipóteses de tarifação retro mencionadas, a quantificação das indenizações é amplamente feita mediante arbitramento equitativo. É dizer que há uma autorização legal para que os juízes fixem o *quantum* conforme a indicação de determinados critérios, sem que haja, no entanto, qualquer outorga de um poder arbitrário ao julgador, que deve sempre pautar o procedimento em questão à luz de um juízo de equidade¹⁷⁵.

No contexto de ressignificação dos pressupostos da responsabilidade civil e de sua cada vez mais notável vinculação ao imperativo ético existencial representado pela dignidade da pessoa humana, cabe ao juiz um protagonismo no exercício de garantia dos direitos fundamentais no âmago das relações privadas¹⁷⁶, em contraposição ao papel discreto – ao menos em termos comparativos – que exercia no cenário de primazia da subsunção. Esta tarefa torna-se possível, no âmbito da responsabilidade civil por danos morais, através do arbitramento equitativo.

Em termos positivos, a gênese do arbitramento encontra-se no artigo 1.553 do Código Civil de 1916, que assim determinava: “Nos casos não previstos neste capítulo, se fixará por arbitramento a indenização”. Tal dispositivo, apesar de não possuir correspondente no Código Civil posterior, serviu para que doutrina e jurisprudência fundamentassem variadas posições a respeito do cálculo do *quantum* em casos de danos morais¹⁷⁷.

No Código Civil de 2002, o dispositivo que mais se aproxima do fundamento para o uso do arbitramento equitativo é o artigo 953, parágrafo único, relativo a ofensas contra a honra, que assim dispõe: “Se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, equitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso”. Assim, não obstante se trate de disposição topograficamente alocada no tratamento de violações

¹⁷⁵ SANSEVERINO, 2010, op. cit., p. 282.

¹⁷⁶ FACHIN, Luiz Edson. *Direito Civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 153-154.

¹⁷⁷ SCHREIBER, Anderson. *Arbitramento do dano moral no novo Código Civil*. Direito, Estado e Sociedade, n. 20, jan./jul., 2002, p. 21.

a bem jurídico específico, há quem defenda, como Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, que pode ser aplicada analogamente para os demais casos de danos à pessoa, por conta da falta de norma geral expressa no interior do Código¹⁷⁸.

Outro possível argumento, nos mesmos termos, seria pelo uso do artigo 946 do Código Civil de 2002, que indica que “Se a obrigação for indeterminada, e não houver na lei ou no contrato disposição fixando a indenização devida pelo inadimplente, apurar-se-á o valor das perdas e danos na forma que a lei processual determinar”. Para Anderson Schreiber, esta suposta substituição do artigo 1.553 da legislação civil anterior pelo referido dispositivo não contribui para o amadurecimento sobre o tema, uma vez que a lei processual, segundo este autor, nada acrescenta¹⁷⁹.

De fato, esta discussão, que pode soar demasiadamente abstrata e pueril, assim o é pela timidez com que o legislador lidou com a questão neste diploma legal em particular, subjazendo-se a um estado de apatia ainda mais acentuado do que o presente na vigência do Código de 1916, o qual, minimamente, possuía norma para regradar de forma ampla o dano moral.

Esta falta de estabelecimento de critérios impulsionou o pensamento de vários juristas no caminho de se apreciar a razoabilidade e a proporcionalidade como limites gerais de atuação do juiz; assim, Gerardo Villanacci considera que o casamento entre elas no trato da quantificação ocorre na medida em que a razoabilidade é aproveitada para qualificar os interesses que merecem a tutela do ordenamento, enquanto que a proporcionalidade, após esta etapa inicial, serve de elemento de mensuração quantitativa do valor a ser determinado a título de reparação¹⁸⁰, cabendo para balizar critérios específicos, se for o caso.

É dizer, portanto, que o arbitramento consiste em sistema aberto de quantificação, cabendo ao julgador valer-se de parâmetros contidos na doutrina, na norma e na jurisprudência¹⁸¹, em complemento à análise das peculiaridades do caso, para fixar a indenização de forma adequada à compensação dos danos suportados¹⁸². Não cabe nesta

¹⁷⁸ SANSEVERINO, 2010, op. cit., p. 281.

¹⁷⁹ SCHREIBER, 2002, op. cit., p. 22-23.

¹⁸⁰ VILLANACCI, Gerardo. *Rilevanza e bilanciamento degli interessi nella qualificazione e quantificazione del danno*. Revista Brasileira de Direito Civil, vol. 4, n. 2, abr./jun., 2015, p. 103.

¹⁸¹ Carlos Nelson Konder faz alerta para a necessidade de se evitar que o arbitramento não esteja vinculado a critérios anteriores à causa, o que deve ser combatido tanto quanto o uso do tarifamento legal, segundo ele. Neste sentido, indica que a ausência de parâmetros é um dos fatores que ocasiona a discrepância judicial que já se verificava, desde a época de publicação de seu trabalho (2001), na dinâmica do *quantum* por violação a bem moral. Cf. KONDER, Carlos Nelson. *Crítérios para reparação do dano moral*. Direito, Estado e Sociedade, n. 18, jan./jul., 2001, p. 57.

¹⁸² BERLINI, Luciana Fernandes. *Responsabilidade civil: desafios e parâmetros de fixação dos danos morais*. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianosvki et al. (Org.). *Direito Civil Constitucional: a ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014, p. 299.

modalidade, portanto, a definição prévia de montante a ser indenizado, tal como pode se dar no tarifamento, pois apenas diante do caso concreto é que o juiz poderá definir com exatidão o *quantum*¹⁸³¹⁸⁴.

4.2 CRITÉRIOS DE QUANTIFICAÇÃO FREQUENTEMENTE UTILIZADOS

Há notória variedade de critérios propostos para a quantificação das indenizações por danos morais nas cortes brasileiras. Muito além da extensão do dano – que é analisada em relação a danos materiais –, os julgadores valem-se de parâmetros como a condição econômica do ofensor, as peculiaridades do cenário fático e até mesmo critérios que podem ser considerados punitivos, *e.g.* o grau de culpa do ofensor e o caráter pedagógico-punitivo das condenações. Chega-se a adotar, inclusive, componentes demasiadamente abstratos, que apenas elevam a dificuldade de concluir a real motivação do juiz na estipulação do *quantum*, como a menção à razoabilidade.

Esta diversidade de elementos que circunda a fundamentação dos julgados é acompanhada pela miríade de propostas em sede de doutrina, que usufrui da falta de critérios no bojo do Código Civil para apresentar, a partir de diferentes razões, os parâmetros que considera válidos no enfrentamento do desafio em questão. Tal ausência de trato legislativo pelo Código, cabe lembrar, não é comum ao ordenamento como um todo, uma vez que havia a disciplina da matéria, por exemplo, no Código Brasileiro de Telecomunicações (artigo 84, *caput* e §2º da Lei nº 4.117/1962¹⁸⁵, revogado pelo Decreto-Lei nº 235/1967), tendência que foi seguida pela CLT, com a inclusão do artigo 223-G pela já citada Reforma Trabalhista¹⁸⁶.

¹⁸³ *Ibid.*, p. 299.

¹⁸⁴ Todavia, isto não significa que o juiz não deve seguir, sempre que possível, a jurisprudência solidificada sobre a matéria que estiver sob sua análise. Pelo contrário, em um sistema processual precedentalista inaugurado pelo advento do Código de Processo Civil de 2015, fortes são as razões para que o juiz apenas sustente posição diversa no caso de entender que se trata de hipótese de *distinguishing*, isto é, quando não houver equivalência entre o quadro fático do caso concreto e aquele do julgado dito paradigma; ou, ainda, quando a posição paradigmática estiver superada. Nas demais situações, deve o juiz decidir em conformidade com o entendimento pregresso, sob pena de a decisão ser considerada não fundamentada, à luz do seguinte dispositivo do CPC:

Artigo 489, §1º – Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

¹⁸⁵ Artigo 84 – Na estimação do dano moral, o Juiz terá em conta, notadamente, a posição social ou política do ofendido, a situação econômica do ofensor, a intensidade do ânimo de ofender, a gravidade e repercussão da ofensa.

§2º – O valor da indenização será elevado ao dôbro quando comprovada a reincidência do ofensor em ilícito contra a honra, seja por que meio fôr.

¹⁸⁶ CLT, artigo 223-G – Ao apreciar o pedido, o juiz considerará:

Investigação realizada por pesquisadores da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo¹⁸⁷ inventariou 1.044 acórdãos do ano de 2008 de 5 Tribunais de Justiça Estaduais (TJRS, TJSP, TJSE, TJPA e TJMS), 5 Tribunais Regionais do Trabalho (TRT2, TRT4, TRT8, TRT20 e TRT24) e dos 5 Tribunais Regionais Federais (TRF1, TRF2, TRF3, TRF4 e TRF5).

A escolha das cortes levou em conta a facilidade de acesso ao conteúdo jurisprudencial em sua base de dados virtual, bem como sua macrorregião geográfica, de modo a compreender 1 Tribunal por categoria para cada uma das regiões. Já o recorte temporal justificou-se pela impossibilidade de análise de acórdãos de mais de um ano, em decorrência do tempo e dos recursos destinados à pesquisa¹⁸⁸.

Um dos objetivos buscados foi de identificar quais critérios são adotados pelos tribunais mencionados na fundamentação dos julgados que envolvam discussão sobre quantificação em casos de dano moral. Desta forma, o relatório da pesquisa lista três tabelas com o fito de apresentar os resultados alcançados, organizadas conforme a natureza da corte da qual emana o acórdão – se de TJ, de TRF ou de TRT.

-
- I – a natureza do bem jurídico tutelado;
 - II – a intensidade do sofrimento ou da humilhação;
 - III – a possibilidade de superação física ou psicológica;
 - IV – os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão;
 - V – a extensão e a duração dos efeitos da ofensa;
 - VI – as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral;
 - VII – o grau de dolo ou culpa;
 - VIII – a ocorrência de retratação espontânea;
 - IX – o esforço efetivo para minimizar a ofensa;
 - X – o perdão, tácito ou expresso;
 - XI – a situação social e econômica das partes envolvidas;
 - XII – o grau de publicidade da ofensa.

¹⁸⁷ Trata-se do volume nº 37 da série Pensando o Direito, cuja organização pertence ao Ministério da Justiça. A investigação foi coordenada pela Prof.^a Dr.^a Flavia Portella Püschel.

¹⁸⁸ PÜSCHEL et al, 2011, op. cit., p. 14-15.

Figura 4 – Critérios de quantificação utilizados por 5 Tribunais de Justiça (TJRS, TJSP, TJSE, TJPA e TJMS) no ano de 2008

Critérios	Ocorrências
Enriquecimento sem causa	206
Extensão do dano	195
Posição da vítima	110
Posição do agressor	64
Capacidade econômica da vítima	54
Capacidade econômica do ofensor	64
Adicional de periculosidade/ insalubridade	1
Indenização de outras fontes	6
Razoabilidade	67
Equidade	41
Proporcionalidade	34
Critério material	13
Culpa concorrente da vítima	7
Indústria do dano moral	3
Função punitiva	66
Função pedagógica	45
Função preventiva	63
Simple violação do direito	72
Grau de culpa do ofensor	52
Ganhos obtidos	1
Circunstâncias fáticas	43
Lapso temporal entre o ilícito e a propositura da ação	8
Práticas atenuantes por parte do ofensor	3
Conduta das partes antes e depois	19

Fonte: Ministério da Justiça, Série Pensando o Direito, vol. 37 – A quantificação do dano moral no Brasil, 2011, p. 25.

Sobre a figura exposta, algumas considerações são necessárias. Primeiramente, tem-se que parte dos critérios não goza de explicação acerca do sentido em que foi empregado nos julgados, como se dá com aquele intitulado “simple violação do direito” (4º mais recorrente); a descrição de cada uma das categorias, segundo informado no relatório¹⁸⁹, consta em uma versão analítica do mesmo, a qual não está, entretanto, disponível publicamente.

Em segundo, tem-se que o uso reduzido de um determinado parâmetro não significa necessariamente que a ele é dada menor importância em relação aos demais, pois há critérios que dependem da configuração fática da demanda (*e.g.* “culpa concorrente” – no 19º lugar) para

¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 24, conforme nota de rodapé nº 3 da referência.

serem mencionados, enquanto que outros podem ter sido utilizados em todos os casos (ex.: “extensão do dano” – 2º mais adotado), por se referirem a questões comuns a todos eles.

Como terceira inferência, a constatação de que alguns dos elementos de fundamentação têm considerável amplitude, podendo englobar requisitos específicos, vide, respectivamente, “função punitiva” (em 6º posto) e “grau de culpa do ofensor” (ocupa a 11ª posição), uma vez que este é frequentemente utilizado com escopo sancionatório, conforme se discutirá mais adiante.

Por fim, é imperioso aduzir, como o próprio relatório destaca, que os precedentes do período recortado indicam forte tendência de adoção de critérios de natureza punitiva, ensejando a conclusão de que, a despeito das controvérsias doutrinárias sobre a correlação entre responsabilidade civil e punição, a jurisprudência vem aceitando a possibilidade de utilizar o *quantum* como ferramenta de sanção ao agressor, embora isto não tenha resultado em verbas condenatórias vultosas¹⁹⁰. É dizer, em outras palavras, que a função punitiva da responsabilidade civil no Brasil é uma realidade já há algum tempo¹⁹¹ – ao menos na prática judicial –, e que vem servindo para contribuir no processo de definição de valores em matéria de dano moral.

Esta conclusão se estende à apreciação da tabela de critérios dos julgados de Tribunais Regionais Federais, conforme a tabela abaixo:

¹⁹⁰ Ibid., p. 24.

¹⁹¹ A afirmação em questão se sustenta não apenas com base na pesquisa examinada, mas também em outras razões, de cunho teórico (cf. seção 3.4, denominada “O remodelamento das funções da responsabilidade civil a partir do reconhecimento do caráter autônomo dos danos morais”) e jurisprudencial, estas últimas apresentadas oportunamente no decorrer desta seção e daquela que a sucede.

Figura 5 – Critérios de quantificação utilizados pelos Tribunais Regionais Federais no ano de 2008

Critérios	Ocorrências
Enriquecimento sem causa	175
Extensão do dano	153
Posição da vítima	91
Posição do agressor	54
Capacidade econômica da vítima	65
Adicional de periculosidade/ insalubridade	7
Indenizações de outras fontes	10
Razoabilidade	157
Equidade	90
Proporcionalidade	85
Critério material	10
Culpa concorrente da vítima	10
Indústria do dano moral	2
Função punitiva	124
Função pedagógica	70
Função preventiva	101
Simple violação do direito	150
Grau de culpa do ofensor	80
Ganhos obtidos	0
Circunstância fáticas	116
Lapso temporal entre o ilícito e a propositura da ação	40
Práticas atenuantes por parte do ofensor	2
Condutas das partes antes e depois	15

Fonte: Ministério da Justiça, Série Pensando o Direito, vol. 37 – A quantificação do dano moral no Brasil, 2011, p. 27-28.

Verifica-se que há equivalência entre boa parte dos parâmetros mais comuns nas decisões de TJs e TRFs, com a “vedação ao enriquecimento sem causa” como mais recorrente em ambas as figuras. Além deste, é possível notar que “extensão do dano”, “razoabilidade”, “posição da vítima”, “simple violação do direito”, “função punitiva” e “função preventiva” estão presentes entre os 10 mais citados nos dois cenários.

Outrossim, resta evidente, em relação a julgados de TRF, uma distribuição mais homogênea dos critérios do que aquela encontrada na conjuntura dos TJs. Enquanto naquela os dois critérios dominantes (“vedação ao enriquecimento sem causa” e “extensão do dano”) estavam substancialmente acima dos demais em número de ocorrências, no caso da presente a

discrepância é mais sutil. As razões para tanto não foram explicitadas pelo relatório, embora seja possível levantar como hipóteses – não excludentes entre si –: (a) adoção indiscriminada da mesma fundamentação para julgados diferentes, a partir de modelos de acórdãos previamente elaborados e repetidos à exaustão; (b) anseio de uniformização da jurisprudência sobre o tema por parte de um determinado tribunal.

Outro ponto importante é a recorrente alusão feita à “razoabilidade”, que aparece no 5º posto do ranking relativo a Tribunais de Justiça dos Estados, com 67 ocorrências, e na vice-liderança em julgados de Tribunais Regionais Federais, com 157 menções, apenas 18 a menos que a “vedação ao enriquecimento sem causa”, melhor colocada. Isto proporciona uma preocupação relativa à possível existência de fundamentação deficiente em determinados acórdãos, tendo em vista que este critério pode assumir múltiplas dimensões, inclusive sendo usado de modo genérico e abstrato para reduzir o esforço argumentativo do julgador no momento da decisão, embora não seja utilizado de modo isolado, segundo o relatório¹⁹².

Figura 6 – Critérios de quantificação utilizados por 5 Tribunais Regionais do Trabalho (TRT2, TRT4, TRT8, TRT20 e TRT24) no ano de 2008

Critérios	Ocorrências
Enriquecimento sem causa	122
Extensão do dano	249
Posição da vítima	102
Posição do agressor	85
Capacidade econômica da vítima	73
Capacidade econômica do ofensor	186
Adicional de periculosidade/ insalubridade	29
Indenizações de outras fontes	44
Razoabilidade	177
Equidade	76
Proporcionalidade	77
Critério material	48
Culpa concorrente da vítima	35
Industria do dano moral	7
Função punitiva	124
Função pedagógica	142
Função preventiva	143
Simple violação do direito	109
Grau de culpa do ofensor	131
Ganhos obtidos	1
Circunstância fáticas	155
Lapso temporal entre o ilícito e a propositura da ação	59
Práticas atenuantes por parte do ofensor	10
Condutas das partes antes e depois	32

Fonte: Ministério da Justiça, Série Pensando o Direito, vol. 37 – A quantificação do dano moral no Brasil, 2011, p. 30.

¹⁹² Ibid., p. 28.

A configuração do último quadro, referente aos Tribunais Regionais do Trabalho, serve para reforçar a maior parte das conclusões anteriormente apresentadas, à exceção de alguns resultados, exclusivos deste terceiro levantamento. De início, vê-se, ao contrário dos panoramas anteriores, a escolha da “capacidade econômica do ofensor” como um dos fundamentos mais adotados para quantificação das indenizações (2º mais citado); nos julgados de Tribunais Estaduais, esta categoria ocupava apenas a 8ª posição, ao passo que sequer está presente em acórdãos de Tribunais Regionais Federais.

Caminha na direção contrária, no entanto, o emprego da “vedação ao enriquecimento sem causa”, parâmetro que, de mais citado nas tabelas anteriores, está ora situado apenas na décima colocação, com número de ocorrências inferior à metade das que foram feitas à “extensão do dano”, que consta na liderança.

Este estudo, não obstante tenha sido destinado ao exame de lapso temporal reduzido (1 ano), permite a aferição de algumas das tendências das cortes brasileiras no manejo recente das indenizações por danos morais, uma vez que se identificou que cortes de diferentes competências compartilham em seus acórdãos, em medida similar, os mesmos critérios de quantificação, destacadas as ressalvas apontadas anteriormente.

Na literatura nacional, há exemplos escassos de investigações sobre a quantificação em matéria de dano moral que exploram pesquisa jurisprudencial para apresentar suas conclusões. Dentro deste rol restrito, além do estudo do Ministério da Justiça já exibido, consta artigo originado de pesquisa financiada pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro e desenvolvido no âmbito da PUC/RJ. O levantamento em questão, executado por Igor Costa Couto e Isaura Salgado Silva sob a coordenação da prof. Maria Celina Bodin de Moraes, teve como objeto as decisões do STJ entre os anos de 2008 e 2011 em que houve alteração no valor do *quantum* indenizatório.

Trata-se de estudo relevante pelo próprio papel de destaque que ocupa este tribunal na hierarquia do Poder Judiciário brasileiro, tendo a missão constitucional de “dar a palavra final” sobre toda a legislação infraconstitucional pátria, de modo a garantir seu cumprimento e uniformizar a jurisprudência a este respeito, na forma do artigo 105, inciso III ¹⁹³ da Constituição Federal.

¹⁹³ Artigo 105 – Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

III – julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;
b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal;
c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

A análise, que teve um espaço amostral de 345 acórdãos, encontrou dificuldade no que toca à aplicação da súmula nº 7 da corte¹⁹⁴ em alguns julgados, pois, mesmo em casos em que se procedeu a sua utilização, houve, ainda assim, o enfrentamento da questão da quantificação, com uma análise abstrata das peculiaridades do caso.

Segundo os autores, esta circunstância pode ser encontrada no inteiro teor do REsp nº 910.794/RJ, no qual o Ministro Luiz Fux se expressa em trecho de seu voto indicando que analisou o conjunto probatório antes do julgamento, o que faz a partir da seguinte frase: “Vi inclusive algumas fotos, que não deveria ter visto, porque nosso julgamento deve ser eminentemente técnico”¹⁹⁵.

O caso em questão, processado e julgado pela 1ª Turma do STJ, é apenas um de vários que fazem expressa menção à súmula 7 em sua ementa; contudo, é possível argumentar que, para que se chegue a um nível desejável de argumentação no que se refere a um *quantum* que possa ser considerado verdadeiramente equitativo, é necessário examinar questões de fato, tornando problemática a referência à súmula nestes feitos. Este importante elemento será objeto de atenção mais à frente, quando da análise da incorporação do método bifásico pelo Superior Tribunal de Justiça.

Com relação aos critérios mais frequentes encontrados pelos investigadores em sua amostra, foram listados os sete mais recorrentes¹⁹⁶ como sendo: a) a extensão do dano; b) a culpabilidade do ofensor; c) a eventual culpa concorrente da vítima; d) a capacidade econômica do ofensor; e) as condições pessoais da vítima; f) o caráter pedagógico-punitivo das indenizações e; g) a razoabilidade. Percebe-se, portanto, que os parâmetros adotados pelo STJ são comuns àqueles usualmente empregados pelas demais cortes brasileiras, de acordo com a pesquisa financiada pelo Ministério da Justiça e apresentada anteriormente.

A menção reiterada a estes elementos em ambos os estudos inspira a conclusão de que são aqueles de maior utilização – juntamente com a “vedação ao enriquecimento sem causa” – na jurisprudência do Poder Judiciário brasileiro de maneira geral, com destaque acentuado para um ou outro conforme o tribunal analisado. Cabe destacar que, para os fins deste trabalho, é essencial que se delimite o sentido comumente a eles atribuído, com ênfase naqueles cuja compreensão contribuirá de modo substancial no decorrer do capítulo posterior, a saber:

¹⁹⁴ Súmula 7 do STJ – A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

¹⁹⁵ COUTO, Igor Costa; SILVA, Isaura Salgado; MORAES, Maria Celina Bodin de. *A quantificação do dano moral segundo o Superior Tribunal de Justiça*. *Civilistica.com*, ano 2, n. 1, jan./jun., 2013, p. 4. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Couto-e-Silva-civilistica.com-a.2.n.1.2013.pdf>>. Acesso em: 05 fev. 2018.

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 5.

(1) culpabilidade do ofensor; (2) o caráter pedagógico-punitivo das indenizações e; (3) a vedação ao enriquecimento sem causa.

4.2.1 A extensão do dano

A utilização da extensão do dano como critério de quantificação em matéria de danos morais implica em grande problemática do ponto de vista conceitual. Isto porque interpretar este parâmetro de forma distinta do modo destinado aos danos patrimoniais revela-se cuidado indispensável ao julgador, uma vez que o cálculo matemático proposto pela teoria da diferença, expressão do princípio da reparação integral no que toca aos danos patrimoniais, não apresenta qualquer utilidade quando se trata de bens correlacionados à dignidade humana da vítima¹⁹⁷. Para estes bens, o critério em comento costuma ser associado ao que se convencionou intitular de “gravidade do fato em si”, sendo um dos critérios adotados pelo STJ na aplicação de seu método bifásico, conforme será tratado adiante.

A gravidade do fato em si pode ser decomposta em dois elementos. O primeiro é, sem qualquer força de expressão, a própria gravidade do fato, o que se delimita usualmente conforme o bem jurídico violado e/ou a indicação de circunstâncias fáticas que denotem esta condição. Inserida neste conjunto de circunstâncias está o que o STJ chama de intensidade do sofrimento¹⁹⁸, ideia já propagada por parte da doutrina há algum tempo¹⁹⁹, embora por alguns denominada de magnitude do dano²⁰⁰.

Pode-se afirmar, quanto à análise da extensão do dano pelo Superior Tribunal de Justiça em julgados recentes, que a modulação do valor em decorrência deste parâmetro usualmente guarda forte relação com o bem jurídico objeto de violação²⁰¹, sendo considerado

¹⁹⁷ MENDONÇA, Diogo Naves. *Análise econômica da responsabilidade civil: o dano e a sua quantificação*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 86.

¹⁹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.197.294/AM*. Relator: Ministro Paulo de Tarso Vieira Sanseverino. Brasília, 23 out. 2012. Inteiro teor do acórdão, p. 22-23. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1190622&num_registro=201001040970&data=20121030&formato=PDF>. Acesso em: 07 fev. 2018 – Acórdão referido em FAMPA; SILVA, 2017, op. cit., p. 145-146.

¹⁹⁹ Ver, por exemplo, SANTOS, 2016, op. cit., p. 155-156, bem como CAVALIERI FILHO, 2012, op. cit., p. 105.

²⁰⁰ A este respeito, confira-se KONDER, 2001, op. cit., p. 55.

²⁰¹ A título de curiosidade, acrescente-se que há levantamento jurisprudencial relativo à apropriação do método bifásico pelo STJ – a ser destrinchado na seção posterior – que demonstra que, no conjunto de julgados em que houve menção ao critério da gravidade do fato em si, há preponderância de demandas relativas ao direito à vida ou aos agravos decorrentes de sua violação (80% do total da amostra). Isto evidencia que, em se tratando desta espécie de dano, a corte referida costuma elevar o valor indenizatório com base neste elemento. Neste sentido, cf. FAMPA; SILVA, 2017, op. cit., p. 145-146.

critério de majoração na maioria das hipóteses de dano-morte²⁰². É o caso do REsp nº 959.780/ES, no qual o relator, o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, propôs o arbitramento de *quantum* superior àquele estipulado pelo Tribunal de origem devido ao falecimento da vítima, que deixou esposo e quatro filhos, sendo um deles absolutamente incapaz. Invocou, para tanto, o critério da gravidade do fato em si, de modo a elevar a monta indenizatória de 400 (quatrocentos) para 500 (quinhentos) salários mínimos, posicionamento compartilhado unanimemente pelos demais integrantes da Terceira Turma do Superior Tribunal.

Percebe-se, nesta senda, que além de considerar o direito lesado em si, a corte toma em conta o prolongamento do gravame tanto em termos temporais como na afetação da esfera jurídica de terceiros; *i.e.*, quanto maior for considerado o lapso temporal de continuação do dano e maior o número de indivíduos por ele afetados, mais urgente será a necessidade de se estabelecer *quantum* superior àquele determinado em outros casos.

4.2.2 A eventual culpa concorrente da vítima

A culpa concorrente²⁰³, assim definida como a participação decisiva da vítima no resultado danoso, “tem sido reiteradamente reconhecida como causa de diminuição do valor indenizatório”²⁰⁴. Esta redução do *quantum*, até pouco tempo atrás, dava-se na proporção de 50% (cinquenta por cento) do valor arbitrado, conforme relata Mirna Cianci²⁰⁵ em relação ao julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 979.804/RS pelo STJ²⁰⁶.

²⁰² Segundo o estudo indicado na nota de rodapé anterior, em apenas 12,5% dos casos de dano-morte (um julgado do total de oito) o valor do *quantum* não foi elevado por conta da gravidade do fato em si. FAMPÁ; SILVA, 2017, op. cit., p. 145-146.

²⁰³ Embora este tenha sido o termo consagrado na doutrina majoritária e na jurisprudência, cabe destacar que representa uma atecnia no aspecto conceitual da culpa, sendo mais adequado falar em causa ou causas concorrentes, já que “a combinação entre as participações do agente e da vítima no resultado evento danoso não se dá no plano da culpabilidade, mas no plano da causalidade”, conforme 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, ano 8, vol. 29, jan./mar., 2007, p. 25.

²⁰⁴ CIANCI, Mirna. *O valor da reparação moral*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 150.

²⁰⁵ *Ibid.*, p. 151.

²⁰⁶ EMENTA: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – AGRAVO REGIMENTAL – FUNDAMENTOS INSUFICIENTES PARA REFORMAR A DECISÃO AGRAVADA – QUANTUM INDENIZATÓRIO – MATÉRIA DE FATO – INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ – AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. A agravante não trouxe argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada, razão que enseja a negativa do provimento ao agravo regimental. 2. Averiguar a correção do valor fixado a título de indenização por danos morais importa, necessariamente, no revolvimento da matéria fática já analisada pelo Tribunal a quo, o que é defeso ao Superior Tribunal de Justiça por força da Súmula 7/STJ. 3. **É plenamente razoável e proporcional a diminuição do valor fixado a título de danos morais em 50% (cinquenta por cento), devido à verificação de culpa concorrente das vítimas.** Agravo

Decerto, a redução na base de 50% de maneira intransigente foi combatida pela doutrina²⁰⁷, sob o argumento central de que a “tabelização” deste percentual revelaria total inobservância às singularidades do caso, uma vez que se deixaria de analisar as circunstâncias específicas do caso concreto, tal como a própria intensidade de participação da vítima no resultado danoso, cuja proporção é fundamental para delimitar o grau de alteração do valor indenizatório. Em suma, um exame que diz respeito ao nexo de causalidade.

O Código Civil brasileiro prevê a possibilidade de se quantificar a indenização tomando como base a culpa concorrente da vítima, na forma de seu artigo 945, segundo o qual “Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano”.

Trata-se de fundamento normativo que faz com que este critério seja, possivelmente, um dos que goza de aceitação mais pacífica no bojo da civilística pátria²⁰⁸. Sua ampla admissão culminou, inclusive, em sua previsão expressa como um dos critérios da 2ª fase do método bifásico do STJ – atualmente um dos mais estáveis procedimentos de quantificação em relação aos danos à pessoa no âmbito jurisprudencial –, o que reforça a conclusão de sua inarredável influência na estipulação do *quantum* (quando estiver configurada).

4.2.3 A capacidade econômica das partes e a vedação ao enriquecimento sem causa

Outro critério de quantificação muito recorrente é a observância à capacidade econômica do ofensor, a fim de buscar de modo mediato a dissuasão de condutas danosas similares por parte do mesmo ou de terceiros, exprimindo a lógica preventiva da responsabilidade civil²⁰⁹²¹⁰. Em linhas gerais, consiste na lógica de serem imputados valores

regimental improvido (STJ, AgRg no REsp nº 979.804/RS, Relator Min. Humberto Martins, 2ª Turma, julgado em 11/11/2008, publicado em 02/12/2008 – sem destaques no original).

²⁰⁷ CIANCI, 2013, op. cit., p. 153.

²⁰⁸ Laís Gomes Bergstein e Claudia Lima Marques afirmam que tal critério, a despeito de sua previsão no Código Civil, não deve ser aplicado em lides consumeristas, uma vez que consideram que o CDC (*ex vi* art. 12, §3º, III e art. 14, §3º, II) limita a atividade do intérprete no sentido de este considerar tão somente casos de culpa exclusiva do consumidor ou de terceiros, quando houver. Cf. BERGSTEIN, Laís Gomes; MARQUES, Claudia Lima. *Socialização de riscos e reparação integral do dano no Direito Civil e do Consumidor no Brasil*. In: RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves; CARREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco (org.). VI Encontro Internacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – Novas Perspectivas do Direito: diálogos ou disjunções entre o Direito Público e o Direito Privado, p. 214.

²⁰⁹ RESEDÁ, 2009, op. cit., p. 214.

²¹⁰ Héctor Valverde Santana é um dos que defendem que o critério em tela, além deste escopo de prevenção, proporciona também o caráter punitivo das indenizações. A este respeito, cf. SANTANA, 2007, op. cit., p. 35.

mais elevados a agentes com maior capacidade econômica, enquanto que aqueles com situação financeira reduzida deverão arcar com indenizações menores²¹¹.

Tal parâmetro está expressamente previsto na CLT, no já comentado artigo 223-G – especificamente no inciso XI –, que foi incluído pela Reforma Trabalhista, embora com rótulo diverso; é que o dispositivo em questão indica que, ao apreciar o pleito indenizatório por dano moral, o juiz deverá considerar “a situação social e econômica das partes envolvidas”, isto é, não apenas do ofensor, como também da vítima.

A redação do artigo em questão dá vazão ao posicionamento de juristas²¹² que entendem que considerar o porte do patrimônio da vítima é necessário para evitar seu locupletamento indevido, no sentido de que a atribuição de indenização de valor elevado em favor de vítima com baixa renda caracterizaria o enriquecimento sem causa. Adicionalmente, é de bom alvitre ressaltar que a lógica ora contraposta serviu para fundamentar, em primeiro plano, a redação original do artigo 223-G, §1º da CLT, incluído pela Lei nº 13.467/2017, que previa o salário do ofendido como critério delimitador da indenização, o que foi objeto de alteração pela outrora reportada Medida Provisória nº 808, de 14 de novembro de 2017²¹³.

Percebe-se, no entanto, que esta lógica afronta substancialmente o conteúdo da Constituição, pela grave violação ao princípio da isonomia²¹⁴, uma vez que diferencia de modo indevido o acesso dos indivíduos ao direito fundamental à plena reparação pelos danos sofridos, com base em sua renda. Significaria dizer, em outras palavras, que a dignidade de um rico teria mais valor que a de um pobre²¹⁵. Neste sentido é o raciocínio de Anderson Schreiber, que afirma o seguinte:

Todavia, a preocupação com o enriquecimento sem causa é inadequada à compensação propriamente dita do dano moral. Isto porque se o valor da indenização corresponde e se limita ao dano sofrido não há enriquecimento sem causa; causa da indenização é o próprio dano. O arbitramento do dano moral, a princípio, consiste exclusivamente em estipular o valor do dano, ao qual deve corresponder o valor da indenização. Não há que se trazer à discussão o princípio do enriquecimento sem causa, a não ser que, por algum motivo, a indenização fique além (ou aquém) do valor do prejuízo²¹⁶.

Na mesma linha é o pensamento de Fátima Zanetti, que se ampara na constatação de que o recebimento por um indivíduo de uma compensação pecuniária – que é advinda da

²¹¹ COUTO; SILVA; MORAES, 2013, op. cit., p. 6.

²¹² Ver, por todos, SANTOS, 2016, op. cit., p. 156-158; CAVALIERI FILHO, 2012, op. cit., p. 106.

²¹³ Vide comentários na seção 4.1.1.1.

²¹⁴ CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Tendências da Responsabilidade Civil no Direito Contemporâneo*. In DELGADO, Mário Luiz. (Org.) *Novo Código Civil: questões controvertidas – Responsabilidade Civil*. São Paulo: Método, 2006, p. 600.

²¹⁵ SANTANA, 2007, op. cit., p. 35.

²¹⁶ SCHREIBER, 2002, op. cit., p. 25.

experimentação de um dano à sua dignidade – se constitui em acréscimo patrimonial lícito²¹⁷, sem qualquer violação à regra do artigo 884, *caput* do Código Civil²¹⁸, referente ao enriquecimento sem causa. Há que se concordar com esta afirmação, pois o “enriquecimento sem causa”, quando houver, é em favor do agressor, nos casos em que acresce indevidamente seu patrimônio a partir da lesão de bem jurídico alheio.

A dificuldade no trato da vedação ao enriquecimento sem causa passa pela trajetória trôpega de sua importação para o espectro de regulação da responsabilidade civil. Tratando-se de categorias ou ferramentas jurídicas assentadas em princípios distintos²¹⁹, natural seria que o diálogo entre ambas as figuras fosse feito de forma ponderada, isto é, sem quaisquer distorções em seus núcleos conceituais, a fim de prezar pela coerência do sistema, no sentido de garantir um significado unívoco à vedação ao enriquecimento sem causa²²⁰. Não é, contudo, o que se pode afirmar de nosso cenário.

Se se atentar para a dicção do artigo 884, *caput* do Código de 2002²²¹, facilmente se perceberá a discrepância entre seus termos redacionais e a forma como o instituto do enriquecimento sem causa é invocado para justificar inadequadas concepções no bojo de demandas indenizatórias. O dispositivo citado afirma que, ao se configurar o enriquecimento sem causa por parte de um indivíduo, este deverá restituir o excedente indevidamente auferido àquele que sofreu o decréscimo patrimonial; não há, conseqüentemente, qualquer equivalência com a minoração do *quantum* a este título em sede de danos morais, uma vez que, mesmo nos casos em que este parâmetro é invocado, a vítima nada restitui ao agressor, pois nada retirou dele indevidamente.

²¹⁷ ZANETTI, Fátima. *A problemática da fixação do valor da reparação por dano moral: um estudo sobre os requisitos adotados pela doutrina e jurisprudência tendo em vista a natureza e a função pedagógico-punitiva do instituto*. São Paulo: LTr, 2009, p. 119.

²¹⁸ Mencionado previamente na seção 2.2.2.

²¹⁹ O brocardo que melhor representa o alicerce da reparação por danos é o *neminem laedere* (“não lesar a outros”), enquanto a máxima fundamental da vedação ao enriquecimento sem causa é o *suum cuique tribuere*, isto é, “dar a cada um o que lhe é devido”, conforme SILVA, Rodrigo da Guia. *Contornos do enriquecimento sem causa e da responsabilidade civil: estudo a partir da diferença entre lucro da intervenção e lucros cessantes*. Civilistica.com, ano 5, n. 2, jul./dez., 2016, p. 5-6. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2017/01/Silva-civilistica-com-a.5.n.2.2016.pdf>>. Acesso em: 09 fev. 2018.

²²⁰ Há, para Maria Cândida Kroetz, uma zona de confluência entre enriquecimento sem causa e responsabilidade civil, compatível com o ordenamento, em casos nos quais a ofensa a um dado direito, decorrente de um mesmo comportamento, simultaneamente demandar reparação de danos e restituição de enriquecimento. Igualmente, a autora faz referência à necessidade de “restituição do lucro resultante de uma intromissão na esfera jurídica alheia”, *i. e.*, o chamado lucro da intervenção, objeto de análise mais à frente. A este respeito, confira-se KROETZ, Maria Cândida do Amaral. *Enriquecimento sem causa no Direito Civil brasileiro contemporâneo e recomposição patrimonial*. 207 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005, p. 85. Disponível em: <https://www.ucc.ie/academic/law/restitution/archive/brazil/Enriquecimento_sem_causa.pdf>. Acesso em: 09 fev. 2018.

²²¹ Novamente: “Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários”.

A linha que serve, em tese, para demarcar as fronteiras entre tais categorias, ou seja, indicar de forma clara suas peculiaridades e o entrelace entre ambas a partir de determinadas condições, apenas pode ser conhecida detalhadamente mediante uma definição apropriada do paralelo existente entre lucro da intervenção, enriquecimento sem causa e responsabilidade civil, tarefa reservada para o capítulo final deste trabalho.

4.2.4 As condições pessoais da vítima

A inspiração para a adoção das “condições pessoais da vítima” advém do revogado artigo 84 da Lei nº 4.117/1962 (Código Brasileiro de Telecomunicações)²²², anteriormente citado, que estabelece critérios para quantificação da indenização por danos morais, embora limitados a patamares mínimos e máximos por meio de tarifação²²³. Refere-se, em suma, à projeção do dano levando-se em consideração a posição social ou política do ofendido, bem como quaisquer outras circunstâncias fáticas a ele relacionadas que possam variar de acordo com seus atributos.

Para explicar esta definição, Judith Martins-Costa utiliza dois exemplos, cada qual relacionado a uma das significações acima. O primeiro consiste na tutela da vida privada de um ocupante de cargo público eletivo; para a autora, o resguardo de sua privacidade é mitigado pelas exigências do interesse público, que demandam, quanto a ele, “maior dose de ‘transparência’”²²⁴. Parece-nos, todavia, sem entrar no mérito da conclusão da autora de proteção mitigada aos direitos da personalidade de pessoas públicas, que a problemática não diz respeito à quantificação do dano em si, mas a suas hipóteses de cabimento; é dizer, em outras palavras, que não se trata de controvérsia a respeito do *quantum debeat*, mas sim, de forma preponderante, sobre o *an debeat*.

A segunda aplicação exposta se refere à lesão permanente na mão de um pianista e de um cantor de ópera, opinando a autora que se verifica uma discrepância nas repercussões do dano para cada um deles²²⁵, o que invoca a aplicação do critério da condição pessoal das partes para majorar o valor da indenização devida ao pianista, já que se presume que o prolongamento do dano, em seu caso, será substancialmente superior à situação do cantor. É até possível

²²² KONDER, 2001, op. cit., p. 53.

²²³ Vide seção 4.1.1.

²²⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *Dano moral à brasileira*. Revista do Instituto de Direito Brasileiro, ano 3, nº 9, 2014, p. 7112. Disponível em: <goo.gl/4z3r1J>. Acesso em: 10 fev. 2018.

²²⁵ Ibid., p. 7112.

sustentar, se houver a perda definitiva da capacidade laborativa do pianista, que o mesmo foi vítima de um dano ao projeto de vida – espécie de dano moral *lato sensu* atinente à perda da liberdade de autodeterminação, *i.e.*, à projeção do ser em prol das finalidades buscadas pelo indivíduo –, na linha da construção teórica de Carlos Fernández Sessarego²²⁶.

Esta alternativa de utilização do critério goza, a nosso ver, de menor controvérsia teórica em relação à anterior; apesar disso, não é exagero questionar a independência do parâmetro. Isto porque é exequível afirmar que as condições pessoais da vítima podem ser vistas como desdobramento da extensão do dano, seja como parâmetro decorrente dos dois demais – “natureza do bem ou interesse jurídico lesado” e “intensidade do sofrimento” – ou enquanto uma terceira vertente autônoma.

Não se está a questionar a relevância desta circunstância no contexto da quantificação, mas tão somente se discutindo a imprescindibilidade de se considerá-la um critério à parte. De toda forma, não nos é dado negar que consiste em elemento relevante quando da análise das peculiaridades de um caso concreto, sendo fator de modulação do *quantum* indenizatório nestas situações.

4.2.5 A razoabilidade

A formação da recente jurisprudência dos Tribunais brasileiros em diversas matérias tem como ponto comum a recorrente alusão à razoabilidade na fundamentação dos julgados. Este importante componente, embora seja frequentemente usado de modo indiscriminadamente arbitrário e “acrítico”²²⁷, tem como precípua finalidade a otimização da justiça no caso concreto, com a mitigação de excessos provenientes da estrita aplicação de dispositivos normativos por meio da subsunção²²⁸, visando à completude do ordenamento.

Significa dizer, nas palavras de Gustavo Tepedino, que “por ser o sistema jurídico maior que o direito positivo, a razoabilidade servirá de elo de conexão (sic) entre os vários

²²⁶ SESSAREGO, 1996, op. cit., p. 14.

²²⁷ Segundo Gustavo Tepedino, há multiplicidade de significados atribuídos à razoabilidade, ora referindo-a como boa-fé objetiva, ora como reação ao abuso de direito, ora como equidade, ou mesmo como justiça no caso concreto a partir da experiência pessoal do magistrado. Não se pode deixar de observar que, não obstante o propósito do Judiciário seja, em tese, o aprimoramento da prestação jurisdicional, o comprometimento da segurança jurídica é evidente, conforme atesta o próprio autor. Vide TEPEDINO, Gustavo. *A razoabilidade e a sua adoção à moda do jeito*. Revista Brasileira de Direito Civil, vol. 8, n. 2, abr./jun., 2016, p. 6.

²²⁸ TEPEDINO, Gustavo. *A razoabilidade na experiência brasileira*. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (org.). Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional / IV Congresso do IBDCivil – Da dogmática à efetividade do Direito Civil. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 32.

matizes e tendências que, compondo a bagagem cultural do intérprete, terão como norte os princípios, a ideologia e os valores do sistema”²²⁹. Nesta linha, trata-se de técnica hermenêutica a serviço da coerência sistemática, permitindo ao juiz que se afaste da subsunção em determinados casos²³⁰.

O grande problema reside, tal qual já afirmado²³¹, na utilização desta técnica como mero artifício retórico, com o condão de se estabelecer como *ratio decidendi*²³² preponderante de uma decisão, o que é uma realidade no tratamento das indenizações por danos morais no Brasil, inclusive quanto a julgados relativamente recentes do STJ²³³²³⁴. Este fenômeno, que não é exclusivo quanto ao emprego da razoabilidade²³⁵, torna-se particularmente problemático na seara do arbitramento do *quantum*, na medida em que diversas expressões análogas ao termo – bom senso, moderação, prudência, lógica do razoável etc – fazem com que o julgador dispense indevidamente esclarecimentos conceituais²³⁶.

O resultado disto, como se verá mais adiante – na seção relativa ao método bifásico do STJ –, é que, ao tomar a razoabilidade como fundamento determinante e bastante em si, o Judiciário acaba, na verdade, rechaçando o uso dos demais critérios existentes ou mesmo utilizando-os apenas no desiderato de legitimar posições subjetivas dos magistrados. Em suma, deixa-se de lado critérios certamente mais objetivos do que a referência solitária à

²²⁹ Ibid., p. 36.

²³⁰ Ibid., p. 35.

²³¹ Vide seção 2.2.2.

²³² “A norma jurídica criada e contida na fundamentação do julgado compõe o que se chama de *ratio decidendi*, as razões de decidir”, cf. DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento* – vol. 1. 17ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 159.

²³³ Diogo Naves Mendonça acompanha esta posição ao analisar o inteiro teor do acórdão do Resp nº 899.869/MG, julgado pela 3ª Turma do Superior Tribunal em 13 de fevereiro de 2007, no qual o Ministro Humberto Gomes de Barros baseia a estipulação do *quantum* em expressões marcadamente subjetivas como “a meu sentir” para, ao final, justificar que o valor arbitrado não fere a razoabilidade. Cf. MENDONÇA, 2012, op. cit., p. 89-90. Apenas a título de curiosidade, cabe destacar que foram aplicados os indexadores “<dano\$ e mora\$ e razoabilidade> no banco de jurisprudência do STJ em pesquisa realizada no dia 23 de fevereiro de 2018, tendo sido encontrados 3 acórdãos de repetitivos, 5.392 acórdãos, 97.888 decisões monocráticas e 26 de informativos de jurisprudência. Logicamente, estas cifras expressivas não indicam, para a totalidade dos casos, o emprego isolado da razoabilidade como fundamento, mas servem para demonstrar o grau de recorribilidade que se faz a este termo no conjunto de precedentes sobre o dano moral.

²³⁴ No mesmo sentido da nota acima, ver comentários sobre os Recursos Especiais nº 1.164.402/MT e nº 1.224.407/PR em BUCAR; TEIXEIRA, 2014, op. cit., p. 227.

²³⁵ Há, segundo Daniel Sarmiento, notável quantidade de estudiosos do Direito Público – particularmente do Direito Administrativo – que costumam aplicar irrestritamente o princípio da supremacia do interesse público para a sobreposição a direitos fundamentais de particulares; sobreleva notar, conforme suas palavras, que nem tudo o que é chamado de interesse público verdadeiramente o é, sendo, por vezes, interesse estritamente estatal (no sentido de gestão) camuflado de público, e que, a partir dese rótulo, restringe legítimos interesses individuais. A saída, segundo o autor, é reconhecer que não se trata de princípio absoluto, e que, mesmo em casos nos quais haja indiscutível interesse público, é essencial sopesá-lo com a natureza do interesse privado em questão, sob pena de reduzir nosso estado constitucional a uma república infalivelmente utilitarista. SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 33-93 (Cap. 2 – Interesses Públicos vs. Interesses Privados na perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional).

²³⁶ COUTO; SILVA; MORAES, 2013, op. cit., p. 8.

razoabilidade, o que, paradoxalmente, esvazia ou minimiza sobremaneira as possibilidades de justiça para o caso concreto (em termos de quantificação).

4.2.6 O caráter punitivo-pedagógico das indenizações

Dos dados expostos pela pesquisa do Ministério da Justiça sobre a quantificação em matéria de danos morais, infere-se que o caráter punitivo ou pedagógico das indenizações é um dos critérios mais reportados pelos Tribunais analisados²³⁷. Conforme oportunamente se discutiu²³⁸, há “intrínseca relação da indenização punitiva com os danos morais”²³⁹ na experiência brasileira, algo que se afirma preponderantemente quanto ao contexto judicial, uma vez que não é possível sustentar a existência de consenso – nem algo remotamente próximo a isso – na doutrina especializada.

Contudo, não se pode confundir esta confluência com a doutrina anglo-saxônica dos *punitive damages*²⁴⁰, a qual tem características próprias – expostas na seção 2.2.2 – e substancialmente distintas da lógica da indenização punitiva no Brasil. Ademais, apresenta requisitos objetivos e subjetivos específicos que orientam as práticas do júri e da Suprema Corte americana, inclusive no que atine aos critérios de quantificação. Segundo Pastora do Socorro Teixeira Leal e Alexandre Pereira Bonna, tais critérios impõem, dentre outros, o dever de examinar:

- se a conduta evidenciou indiferença ou demasiado desrespeito à saúde ou segurança dos outros;
- se a vítima era financeiramente vulnerável. Alerta-se que há outros tipos de vulnerabilidade, como técnica, informacional, fática e sociocultural, de modo que se aconselha a análise completa da existência de vulnerabilidade;
- [...]
- se o ofensor tinha a consciência do perigo, estando subjetivamente ciente do

²³⁷ Em Tribunais de Justiça, a menção à “função punitiva” ocupa a 6ª posição, enquanto a “função pedagógica” está no 12º posto; já na Justiça Federal, o 5º e o 12º lugares, respectivamente; finalmente, em sede de Tribunais Regionais do Trabalho, o ranking reserva, na mesma ordem, a 8ª e a 9ª colocações. Se considerarmos tais elementos como um só critério, levando em conta que a *ratio* pode ser a mesma para ambos os parâmetros – conforme se discutirá no presente tópico –, teríamos a 3ª posição em TJs (111 ocorrências) e a 1ª tanto em julgados de TRFs (194 menções) quanto naqueles oriundos de TRTs (266 registros), cf. PÜSCHEL et al, 2011, op. cit., p. 25-30. Ressalte-se que este é apenas um exercício especulativo no intuito de demonstrar que, independentemente da projeção ora apresentada, se trata de lógica recorrente na fundamentação de acórdãos da matéria pelo Poder Judiciário Brasileiro.

²³⁸ Confira-se, neste sentido, a seção 3.4 deste trabalho.

²³⁹ BONNA, Alexandre Pereira. *Danos em massa e os punitive damages*. 161 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Pará, Belém, 2015, p. 119. Disponível em: <<http://ppgd.propesp.ufpa.br/ARQUIVOS/dissertacoes/DANOS%20EM%20MASSA%20E%20OS%20PUNITIVE%20DAMAGES.pdf>>. Acesso em: 13 fev. 2018.

²⁴⁰ Termo comumente trazido como “indenização punitiva”.

risco e da previsibilidade de ocorrência de danos por meio de sua conduta;
 - se o ofensor se portou com indiferença perante as vítimas, e, mesmo após saber da existência de danos, não tomou providências preventivas;
 - se o comportamento do réu foi marcado por uma escolha do ponto de vista econômico em detrimento da segurança e qualidade;²⁴¹

Torna-se possível afirmar, a partir deste e de outros estudos, que existe certa compatibilidade entre os requisitos dos *punitive damages* acima apontados e o modo de absorção das indenizações punitivas pelas cortes brasileiras, não obstante suas distinções conceituais, sendo este fenômeno observado com cuidado pela doutrina já há algum tempo.

Nesta toada, Judith Martins-Costa e Mariana Pargendler, em artigo publicado no ano de 2005, sustentam que a jurisprudência pátria, ao acolher a função punitiva, usualmente combina dois, e, por vezes, três critérios distintos na fixação do *quantum* do dano moral, a saber: (1) o grau de culpa do ofensor; (2) a condição econômica do responsável pela lesão; e (3) o enriquecimento obtido com o fato ilícito²⁴². Em recente comentário acerca do tema, Francisco Lima Rodrigues e Gésio de Lima Veras afirmam que o uso de tais parâmetros acaba por mascarar a incorporação da função punitiva no Brasil²⁴³, o que se levaria a efeito pela redução do ônus argumentativo do juiz, que não teria que contrapor os múltiplos argumentos contrários à referida função, bastando embuti-la nos três componentes listados.

Esta posição do Judiciário, se tomada como proposição verdadeira, leva a uma aparente dicotomia, na medida em que ele, a um só tempo, opõe óbices à adoção de premissas correlacionadas aos *punitive damages* (AgRg no Ag 850273/BA, REsp 401358/PB, REsp 210101/PR), sem deixar, contudo, de reconhecer que a indenização deve buscar desestimular o ofensor a cometer a mesma falta novamente (AgRg no REsp nº 1373969/RS, REsp nº 1171826/RS, AgRg no Ag nº 1378431/SP)²⁴⁴.

Como dito, a oposição é apenas aparente, uma vez que, a nosso ver, para que se reconheça uma função de punição ou de desestímulo de condutas lesivas no Brasil, não é necessário recorrer a elementos do instituto dos *punitive damages*, pois se trata de solução tópica, despojada de inserção em uma estrutura sistemática, algo mais comum quando se analisa

²⁴¹ LEAL, Pastora do Socorro Teixeira Leal; BONNA, Alexandre Pereira. *Requisitos objetivos e subjetivos dos punitive damages: critérios à aplicação no direito brasileiro*. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (org.). *Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional / IV Congresso do IBDCivil – Da dogmática à efetividade do Direito Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2017b, p. 630-631.

²⁴² MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005, op. cit., p. 23.

²⁴³ RODRIGUES, Francisco Luciano Lima; VERAS, Gésio de Lima. *Dimensão funcional do dano moral no direito civil contemporâneo*. *Civilistica.com*, ano 4, n. 2, abr./jun., 2015, p. 15. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/12/Rodrigues-e-Veras-civilistica.com-a.4.n.2.20151.pdf>>. Acesso em: 13 fev. 2018.

²⁴⁴ BONNA, 2015, op. cit., p. 117.

o contexto jurídico de países de *common law*²⁴⁵.

Se, por um lado, esta racionalidade casuística pode sofrer diversas objeções quanto a este viés assistemático, por outro, deve-se registrar que a doutrina dos *punitive damages* goza de desenvolvimento substancialmente mais maduro do que o arbitramento de indenizações punitivas no Brasil, que carece de rigor quanto ao procedimento de quantificação. Algumas razões podem servir para explicar a disparidade existente, sendo talvez uma das principais o fato de, no contexto estadunidense, haver clara delimitação acerca do montante da indenização que tem finalidade compensatória e da parcela residual que se reveste de natureza punitiva; em nosso ordenamento, salvo decisões isoladas, há uma única verba, que é composta de ambas as espécies de indenização²⁴⁶, o que gera grandes dificuldades ao exame do estado do arte do tema em âmbito jurisprudencial.

Sobreleva notar, contudo, que há elemento comum em quantidade considerável das decisões que se valem deste propósito punitivo-pedagógico no procedimento de quantificação da indenização: a referência à finalidade de desestímulo de condutas futuras que ocasionem gravames semelhantes, em manifesta interlocução entre as funções punitiva e preventiva da responsabilidade civil.

Neste sentido, deve-se reconhecer que punição e desestímulo traduzem objetivo em comum, uma vez que aquela busca promover um incentivo negativo ao agressor em relação à conduta praticada, algo que vem se aplicando no curso de lides indenizatórias tanto em sede de danos morais coletivos quanto no que diz respeito a danos morais individuais²⁴⁷. Daí se falar em um critério unitário, intitulado “caráter punitivo-pedagógico das indenizações”, mas que se refere precisamente à lógica apresentada de contenção de novos ilícitos.

É evidente, por outro lado, que nem sempre o parâmetro em apreço reproduz necessariamente tal anseio de desencorajamento, podendo ser utilizado estritamente com cunho sancionatório, de modo alheio à inibição de lesões futuras. Uma das possibilidades dessa modulação se apresenta nos casos de majoração do *quantum* pelo elevado grau de culpa do ofensor, critério a ser estudado a seguir.

²⁴⁵ BASSAN, 2009, op. cit., p. 52.

²⁴⁶ BONNA, 2015, op. cit., p. 120.

²⁴⁷ Salomão Resedá, em sua obra “A função social do dano moral”, apresenta alguns exemplos de ambas as categorias. Em relação à tutela coletiva, registra o acórdão do Recurso Ordinário nº 00096.2005.061.23.00 (TRT23); já para o segundo caso, faz menção ao acórdão nº 71001528520 do TJRS, à apelação cível nº 218.336 do TRF2, dentre outros, cf. RESEDÁ, 2009, op. cit., p. 301-304.

4.2.7 A culpabilidade do ofensor

Outro parâmetro frequentemente considerado é o exame do grau de culpabilidade do ofensor na prática do dano²⁴⁸, também presente no método bifásico do Superior Tribunal de Justiça, e que autoriza, em casos de culpa grave ou dolo, a majoração do *quantum* indenizatório, permitindo-se sua redução em casos de culpa leve. Não há na jurisprudência do STJ, nem mesmo no caso pioneiro em que houve a aplicação do método em comento (REsp nº 959.780/ES), uma delimitação da *ratio* que justifica a utilização deste critério, o que torna confusa sua evocação nos julgados recentes da corte.

Resta evidente, como se verá adiante, que não fica claro, na grande maioria dos acórdãos que se apropriam do método bifásico, se a culpabilidade está sendo mencionada com o fito de se demonstrar o preenchimento dos pressupostos do dever de reparar, ou se, na realidade, no afã de se elevar o valor da condenação. A gênese do problema remete ao desenvolvimento precário deste critério em âmbito doutrinário, inclusive quanto à tese de doutorado do Ministro Paulo de Tarso Vieira Sanseverino²⁴⁹, autor da proposta. Não obstante, o que se pode afirmar é que há clara finalidade sancionatória com a análise desta circunstância, afirmando o julgador que nela

[...] estampa-se a função punitiva da indenização do dano moral, pois a situação passa a ser analisada na perspectiva do ofensor, valorando-se o elemento objetivo que norteou sua conduta para elevação (dolo intenso) ou atenuação (culpa leve) do seu valor, evidenciando-se claramente a sua natureza penal, em face da maior ou menor reprovação de sua conduta ilícita²⁵⁰.

Diante da escassez de elementos no plano normativo – em sentido amplo – que

²⁴⁸ Há quem entenda, como Judith Martins-Costa e Mariana Pargendler, que se trata de critério incompatível com casos de imputação objetiva da responsabilidade civil, posição da qual se discorda, tendo em vista que a finalidade almejada com sua aplicação transcende o desiderato de compensação da vítima, conforme se verá no decorrer desta seção. Nesta linha, temos como considerável a diferença existente entre a identificação da obrigação de reparar e o arbitramento do *quantum*, questões que não se confundem; assim, mesmo nos casos em que a culpa não é elemento essencial para configuração do dever de indenizar, ela pode se traduzir em circunstância apta a modular o valor da condenação em danos morais, no sentido adotado, inclusive, pelo STJ, algo a ser trabalhado na seção seguinte. Sobre a posição das autoras, vide MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005, op. cit., p. 23.

²⁴⁹ A apresentação dos parâmetros que o autor julga convenientes para se quantificar a indenização carece de justificação teórica; não há referência clara quanto ao método utilizado por Sanseverino para chegar ao conjunto de circunstâncias que propõe, o que é mitigado por uma breve definição no acórdão referido. Neste sentido, confira-se SANSEVERINO, 2010, op. cit., p. 313.

²⁵⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 959.780/ES*. Relator: Ministro Paulo de Tarso Vieira Sanseverino. Brasília, 26 abr. 2011. Inteiro teor do acórdão, p. 14. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1056109&num_registro=200700554919&data=20110506&formato=PDF>. Acesso em: 17 abr. 2017 – Acórdão referido em FAMPÁ; SILVA, 2017, op. cit., p. 145-146.

servam de base para o critério²⁵¹, Salomão Resedá entende que uma possível alternativa de fundamentação do mesmo é a interpretação extensiva do artigo 944, parágrafo único do Código Civil de 2002, que prevê a redução equitativa da indenização em caso de excessiva desproporção entre culpa e dano, em hipóteses nas quais o agente atuar com culpa leve e houver dano de grande magnitude. Para o autor, portanto, o dispositivo cede margem para a sua aplicação também na situação oposta, *i.e.*, a de culpa grave (ou dolo) na ocorrência de um dano diminuto²⁵².

A título meramente informativo, cabe destacar que esta preocupação com condutas imbuídas de dolo ou culpa extremada já se encontra mais solidificada em outros ordenamentos, havendo dispositivo no Código Civil Italiano que prevê a nulidade de qualquer cláusula contratual que exclua ou limite a responsabilidade de um devedor por dolo ou culpa grave²⁵³, qualquer que seja o bem jurídico violado. Igualmente, tem-se o grau de intenção do agente como critério legal expresso de quantificação em lides consumeristas na Argentina – em se tratando de danos morais –, à luz do artigo 49 de sua Lei nº 24.240²⁵⁴, de 22 de setembro de 1993.

No Brasil, por outro lado, o esforço doutrinário em prol da alocação da culpabilidade do ofensor como critério de quantificação ainda caminha timidamente. Isto se dá, sobretudo, pela flagrante atribuição de uma função punitiva para a reparação neste particular, o que é amplamente combatido por parte da doutrina e da jurisprudência, pelas razões já indicadas.

Situa-se, na contramão, o pensamento de autores que consideram que esta é exatamente uma das exceções à aplicação primaz da regra contida no artigo 944, *caput* do Código Civil – dimensão estritamente reparatória da indenização –, a exemplo da construção

²⁵¹ Registre-se que esta afirmação refere-se às hipóteses em que o parâmetro serve para majorar a indenização, pois, nos casos de redução por culpa leve, é possível recorrer ao artigo 944, parágrafo único do Código Civil, *in verbis*: Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

²⁵² RESEDÁ, 2009, op. cit., p. 211.

²⁵³ Artigo 1.229 (Cláusula de exoneração de responsabilidade), 1ª parte – É nulo qualquer acordo que exclua ou limite preventivamente a responsabilidade do devedor por dolo ou culpa grave (E' nullo qualsiasi patto che esclude o limita preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o per colpa grave (1490, 1579, 1681, 1694, 1713, 1784, 1838, 1900).

No original: Art. 1229 Clausole di esonero da responsabilità – E' nullo qualsiasi patto che esclude o limita preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o per colpa grave (1490, 1579, 1681, 1694, 1713, 1784, 1838, 1900).

²⁵⁴ ARTICULO 49. — Aplicación y graduación de las sanciones. En la aplicación y graduación de las sanciones previstas en el artículo 47 de la presente ley se tendrá en cuenta el perjuicio resultante de la infracción para el consumidor o usuario, la posición en el mercado del infractor, la cuantía del beneficio obtenido, **el grado de intencionalidad**, la gravedad de los riesgos o de los perjuicios sociales derivados de la infracción y su generalización, la reincidencia y las demás circunstancias relevantes del hecho (sem destaques no original).

argumentativa de Diogo Machado de Melo, acompanhada por Clayton Maranhão, conforme manifestado nas linhas derradeiras da seção 3.4 deste trabalho. Tais autores, segundo o que foi atestado na oportunidade, pugnam que é necessário revestir a indenização de um caráter punitivo em casos nos quais haja deliberado prejuízo causado pelo agente²⁵⁵, ou quando sua conduta revelar indiferença quanto ao bem jurídico objeto de violação²⁵⁶.

É um critério, portanto, que vai ao encontro da tendência já referida de alargamento das funções da responsabilidade civil pela via do dano moral, apontada mais uma vez na seção anterior sob o rótulo do “caráter punitivo-pedagógico das indenizações”. Na realidade, a culpabilidade do ofensor vai além da mera semelhança, sendo, muito mais, uma projeção deste ideal (especialmente na primeira vertente). Assim, não é exagero afirmar que se trata de critério que dá tom e forma à dimensão punitiva da reparação por danos morais, ensejando novamente a infalível conclusão de que o Judiciário brasileiro absorveu amplamente a função punitiva no contexto das indenizações por danos morais.

4.3 OS PARÂMETROS UTILIZADOS PELO STJ EM SEU MÉTODO BIFÁSICO

O método bifásico, originariamente proposto pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino – à época desembargador do TJRS –, consiste em raro exemplo de estudo propositivo acerca da temática da quantificação das indenizações por danos à pessoa. Não se tem notícias na literatura nacional de outra apresentação do tema que busque estabelecer um método de quantificação, o que já torna louvável, por si só, o esforço empregado pelo autor neste propósito, muito embora haja alguns pontos nebulosos em sua construção, bem como diversas inconsistências em sua aplicação pelo STJ, conforme se discutirá a seguir.

Algo curioso a se destacar é que sua tese de doutorado, que engendrou o método²⁵⁷, não trata da quantificação ou de seus critérios correlatos como objeto central, o que talvez explique (mas não justifique) a falta de um desenvolvimento de fôlego do cotejo entre os parâmetros existentes na literatura, de modo a explicar por qual razão alguns deles foram eleitos para constar no método. O único registro que existe no trabalho a este respeito é a referência à já consagrada obra “Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais”

²⁵⁵ MELO, 2006, op. cit., p. 111.

²⁵⁶ MARANHÃO, 2000, op. cit., p. 21.

²⁵⁷ A construção da ideia teve lugar em sua tese de doutorado no âmbito da UFRGS, intitulada “O princípio da reparação integral no Código Civil de 2002 e sua concretização no dano-morte” (2007), posteriormente dando origem à obra “Princípio da reparação integral: indenização no Código Civil”, lançada em 2010.

(2003), de autoria da professora Maria Celina Bodin de Moraes, que indica os critérios que fazem parte do método como aqueles mais adequados²⁵⁸. Nesta senda, Sanseverino limitou-se a aderir à posição da autora irrestritamente.

Feita esta consideração preliminar, cabe aduzir que a proposta recebe esta designação de método bifásico porque opera o procedimento de aferição do *quantum* a partir de duas fases autônomas. A primeira delas consiste no arbitramento de um valor básico ou inicial da indenização, considerando-se apenas o bem ou interesse jurídico violado, devendo ser definido com base em julgados prévios relativos ao mesmo dano (grupo de casos).

Em outras palavras, é dizer que haverá um valor básico para hipóteses de agravo à honra, outro para dano-morte, e assim sucessivamente. Busca-se garantir, com esta etapa, uma “razoável igualdade de tratamento para casos semelhantes”²⁵⁹, ora consubstanciada pela lógica dos precedentes, que se inseriu definitivamente no ordenamento a partir do Código de Processo Civil de 2015.

Vencida esta etapa inicial, a 2ª fase dará lugar à modulação do valor provisório em decorrência da análise das circunstâncias peculiares do caso concreto, presentes nos 4 (quatro) critérios indicados por Sanseverino: a) a gravidade do fato em si; b) a culpabilidade do agente; c) a culpa concorrente da vítima e; d) a condição econômica das partes.

Segundo o autor, a conjugação das duas fases do método é o que efetivamente possibilita um arbitramento equitativo da indenização²⁶⁰. Ele afirma, inclusive, que a sistemática proposta já havia sido aplicada pelo STJ na ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 710.879/MG – que trata de dano-morte –, relatado pela Ministra Nancy Andriahi em sessão da Terceira Turma, em que se utilizou a seguinte expressão: “Com base nos precedentes encontrados referentes a hipóteses semelhantes e consideradas as peculiaridades do processo, fixa-se em sessenta mil reais para cada um dos recorrentes, o valor da compensação por danos morais”.

No entanto, ao se proceder à leitura do inteiro teor do acórdão no site do Tribunal, verificou-se o enorme grau de superficialidade com que (não) se examinou os elementos fáticos da demanda. Não obstante o trecho acima destacado da ementa, percebeu-se que não houve a análise de qualquer das particularidades da causa, havendo tão somente referências ao *quantum* arbitrado pela corte em outros casos, o que representa a postura geralmente adotada pelo Judiciário no trato da questão, algo que não mudou substancialmente com a absorção do método

²⁵⁸ SANSEVERINO, 2010, op. cit., p. 283.

²⁵⁹ Ibid., p. 288.

²⁶⁰ Ibid., p. 289.

pelo STJ, conforme se verá.

Forte nas premissas propostas, Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, que se tornou Ministro do Superior Tribunal em agosto de 2010²⁶¹, valeu-se do método bifásico já no primeiro caso em que analisou a quantificação da indenização por dano moral, como relator, em sessão de julgamento: o REsp nº 959.780/ES, julgado pela 3ª Turma em 26 de abril de 2011.

A configuração fática consiste no abalo fatal de uma mulher no interior do Espírito Santo, vindo seu marido a propor demanda indenizatória em face do condutor. A corte de segunda instância, o TJES, havia condenado o réu a pagar o montante de R\$10.000,00 (dez mil reais) a título de danos morais, além de outras parcelas, insurgindo-se o autor contra o valor arbitrado, o que deu ensejo ao Recurso Especial. Entendendo estarem preenchidos os requisitos de admissibilidade e o dissídio jurisprudencial apontado, o relator conheceu do recurso em questão.

Na análise do mérito, o Ministro Sanseverino contextualizou sua posição a partir de larga introdução quanto às nuances da reparação por dano moral, fazendo comentários sobre o contraponto entre tarifação legal e arbitramento equitativo para, após isto, defender o emprego do método bifásico na estipulação do *quantum*.

Especificamente a este respeito, sustentou que o valor da 1ª fase a ser considerado em casos de dano-morte deveria ser de 400 (quatrocentos) salários mínimos, por concluir em pesquisa preliminar que o valor arbitrado no respectivo grupo de casos, em sua maior parte, oscila entre 300 (trezentos) e 500 (quinhentos) salários mínimos. No que se refere às circunstâncias da 2ª fase, o julgador valorou as peculiaridades conforme o seguinte:

Na *segunda fase*, para a fixação definitiva da indenização, ajuste-se às **circunstâncias particulares do caso**, deve-se considerar, em primeiro lugar, a **gravidade do fato em si**, pois a vítima, nascida em 03/08/1960 (e-STJ, fl. 21), faleceu com 43 anos de idade, deixando o esposo e quatro filhos, sendo um deles absolutamente incapaz. A **culpabilidade do agente** foi reconhecida pelo acórdão recorrido, que afirmou a ocorrência de culpa leve no evento danoso. A ausência de prova de **culpa concorrente da vítima** foi afirmada pela própria sentença. Finalmente, não há elementos acerca da **condição econômica** das duas partes.

Assim, torno definitiva a indenização no montante equivalente a 500 salários mínimos.

O que se depreende do trecho em questão, portanto, é que a única condição que efetivamente serviu para modificar o *quantum* indenizatório foi a gravidade do fato em si, invocada em decorrência da idade que a esposa do recorrente tinha no momento do óbito, bem

²⁶¹ Informação extraída do sítio eletrônico do Tribunal, disponível em: <http://www.stj.jus.br/web/verCurriculoMinistro?parametro=1&cod_matriculamin=0001205>. Acesso em: 15 fev. 2018.

como pelo fato de ter o convívio interrompido com esposo e quatro filhos, sendo um absolutamente incapaz. Não fica inteiramente claro se este elemento da condição de incapaz de um dos filhos foi igualmente considerado uma circunstância grave.

O resultado final do julgamento foi de provimento do Recurso Especial, posição sustentada pelo Ministro relator que foi acompanhada unanimemente pelos demais membros da Turma, nos estritos termos de sua manifestação. Cabe acrescentar que, a despeito da quantidade excessiva de termos supostamente periféricos trazidos na fundamentação do voto²⁶², trata-se de verdadeiro e relevante precedente em matéria de quantificação das indenizações por danos morais no Brasil.

Infortunadamente, diversos problemas podem ser identificados na aplicação do método bifásico em casos posteriores a este *leading case*. Pesquisa publicada recentemente²⁶³ catalogou os 15 julgados do STJ nos quais houve utilização do método para aferição do *quantum*, compreendidos entre 26 de abril de 2011 (acórdão do REsp nº 959.780/ES) e 28 de março de 2017 (acórdão do REsp nº 1.487.046/MT). O estudo de seus acórdãos enseja a conclusão de que há sérias dificuldades em se estabelecer uma aplicação uniforme do método e uma análise adequada dos elementos que propõe.

Um exemplo disso pode ser encontrado no acórdão do AgRg no REsp nº 1.493.022/PE, da lavra do próprio Ministro Sanseverino. Nele, o valor da 1ª fase foi estipulado em 400 salários mínimos, por se tratar de hipótese de dano-morte. Ao sopesar as circunstâncias particulares da 2ª fase, o relator considerou se tratar de fato grave, o que teria o condão de majorar o *quantum*, em decorrência do primeiro critério (“gravidade do fato em si”), já que não houve o preenchimento de nenhuma circunstância apta a minorá-lo. Não obstante, o entendimento dos julgadores foi unânime no sentido de reduzir a monta condenatória de 400 (quatrocentos) para 300 (trezentos) salários mínimos, sem que as razões para tanto tenham sido explicadas no acórdão²⁶⁴.

²⁶² Em análise da interlocução entre responsabilidade civil e precedente judicial a partir do julgado em tela, André Luiz Arnt Ramos coloca-se de acordo com a premissa afirmada, mas busca problematizar a tradicional dicotomia entre *ratio decidendi* (parte vinculante de um precedente) e *obiter dictum* (parte não vinculante), de modo a sustentar a necessidade de se reconhecer a autoridade outorgada, por exemplo, à incompatibilidade entre o modelo da tarifação legal e o direito brasileiro. A contribuição deste argumento reside na forçosa conclusão de que a relevância do julgamento do REsp nº 959.780/ES vai além da mera absorção do método bifásico pelo STJ, havendo outros pontos do inteiro teor merecedores de igual consideração, como aquele relativo ao tarifamento. A este respeito, confira-se RAMOS, André Luiz Arnt. *Reparação civil e precedente judicial: reflexões preliminares a partir da leitura do REsp nº 959.780/ES*. In: FACHIN, Luiz Edson et al. (Coord.). *Jurisprudência civil brasileira: métodos e problemas*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 224 e 229-230.

²⁶³ FAMPA; SILVA, *A quantificação das indenizações por danos morais e o método bifásico na jurisprudência do STJ*, 2017, op. cit., p. 145-146.

²⁶⁴ *Ibid.*, p. 149-150.

Outro caso que merece destaque, embora talvez seja menos problemático que o anterior, é o AgRg no REsp nº 1.533.178/RJ, também relatado pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, igualmente referente a um dano-morte. A contradição encontrada neste julgado está na 1ª fase do método (ao contrário do exemplo antecedente), uma vez que o valor indicado para esta etapa foi de 300 (trezentos) salários mínimos, destoando-se assim, de todos os demais casos – inclusive do mesmo relator –, nos quais se arbitrava provisoriamente 400 (quatrocentos) salários mínimos. Novamente, as causas desta discrepância não constam no inteiro teor do acórdão²⁶⁵.

De forma geral, um dos maiores óbices é o de que não se delimita de forma clara o quanto cada critério da 2ª fase contribui para o aumento ou a redução da verba indenizatória, algo comum a todos os julgados. Isto dificulta a compreensão adequada dos fundamentos adotados pela corte para modular o *quantum*, algo que teria grande serventia no contexto de decisões posteriores em condições fáticas similares, permitindo-se, genuinamente, a concretização de um juízo de equidade.

Estas e outras inconsistências nos permitem perceber que a aplicação do método ainda esbarra em uma miríade de desafios, consubstanciados na inferência de que o mesmo vem servindo para legitimar o que já se fazia em um contexto de extrema arbitrariedade, com o apelo irrefreável à razoabilidade e à proporcionalidade como fundamentos preponderantes de quantificação²⁶⁶.

Apesar das limitações apontadas, cabe reconhecer que o método bifásico é uma realidade para o Judiciário brasileiro²⁶⁷, sobretudo para o Superior Tribunal de Justiça, o que torna a análise de suas premissas tarefa essencial para que se compreenda a forma como os juízes decidem em demandas indenizatórias, notadamente no que se refere à delimitação do valor da indenização.

²⁶⁵ Ibid., p. 149.

²⁶⁶ Neste sentido encontra-se uma das conclusões da pesquisa citada: “A título ilustrativo, cabe acrescentar que, dentre os julgados coletados, foi considerável o número de acórdãos em que o relator, após fazer o raciocínio apresentando a incidência ou não dos critérios da segunda fase, conclui que, diante disso, ‘é razoável a condenação no valor X’. Tal fato se torna possível em virtude de os ministros não se preocuparem em delimitar o quanto cada critério da segunda fase gera de alteração ao valor estabelecido na primeira fase, possibilitando as inconsistências apontadas ao longo do trabalho”. Ibid., p. 152.

²⁶⁷ EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL – Ação indenizatória – Transbordamento de esgoto na residência do autor em razão de entupimento na rede coletora e no ramal de ligação, de responsabilidade da Sabesp – Fixação do quantum indenizatório através do método bifásico, estabelecido pelo STJ como parâmetro para aferição da indenização por danos morais (REsp 1.332.366-MS) – Arbitramento equitativo, à luz da razoabilidade e proporcionalidade – Valor fixado na sentença majorado – Recurso parcialmente provido (TJSP, Apelação nº 1000240-75.2015.8.26.0315, Relator Des. Eduardo Gouvêa, 7ª Câmara de Direito Público, julgado em 16/10/2017, publicado em 17/10/2017). Acórdão localizado mediante pesquisa no banco de jurisprudência do TJSP, com a utilização do indexador <<“método bifásico”>>, realizada em 16 de fevereiro de 2018.

4.3.1 As dificuldades relativas à aplicação da súmula 7 do STJ

Um ponto de relevo quanto ao estudo do dano moral na jurisprudência do STJ consiste no contraponto das circunstâncias particulares do caso concreto (2ª fase do método) com a aplicação da súmula 7 da corte, que assim estabelece: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”. O enunciado basicamente quer indicar que a análise das questões fáticas se encerra no Tribunal *a quo*, reservando-se ao Superior Tribunal tão somente as controvérsias no plano normativo, *i.e.*, as questões de direito.

É imperioso que se reconheça, contudo, que a referência à súmula 7 em questões envolvendo reavaliação do *quantum* indenizatório por danos morais é especialmente questionável, razão pela qual Salomão Resedá formula as seguintes indagações:

Como seria possível o exame dos recursos especiais envolvendo danos morais, se o instituto por si só já demanda uma análise de elementos dos mais diversos possíveis? Como poderia o Tribunal reduzir ou aumentar o montante determinado em primeiro, ou segundo grau, sem se isentar de adentrar o universo probatório?²⁶⁸

De fato, é plausível considerar que a avaliação adequada das circunstâncias que compõem a etapa derradeira do método bifásico depende de um olhar atencioso às peculiaridades fáticas da demanda. Em face desta contundente objeção, o STJ firmou entendimento no sentido de que a alteração do montante indenizatório não representa, necessariamente, uma imersão no âmbito probatório da causa²⁶⁹, de modo que é possível a revisão do *quantum* quando este se mostrar irrisório ou exorbitante²⁷⁰.

²⁶⁸ RESEDÁ, 2009, op. cit., p. 216.

²⁶⁹ Ibid., p. 218.

²⁷⁰ EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. INADMISSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7/STJ. DANOS MORAIS. VALOR DA INDENIZAÇÃO. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA N. 282/STF. DECISÃO MANTIDA. 1. O recurso especial não comporta o exame de questões que impliquem revolvimento do contexto fático-probatório dos autos (Súmula n. 7 do STJ). 2. No caso concreto, o Tribunal de origem concluiu pela ausência de culpa exclusiva ou concorrente da vítima, bem como pela comprovação dos danos materiais. Alterar esse entendimento demandaria reexame das provas produzidas nos autos, vedado em recurso especial. **3. Só em hipóteses excepcionais, quando irrisório ou exorbitante o valor da indenização por danos morais arbitrado na origem, a jurisprudência desta Corte permite o afastamento do referido óbice, para possibilitar a revisão.** No caso, o valor estabelecido pelo Tribunal de origem não se mostra excessivo, a justificar sua reavaliação em recurso especial. 4. A simples indicação dos dispositivos legais tidos por violados, sem que o tema tenha sido enfrentado pelo acórdão recorrido, obsta o conhecimento do recurso especial, por falta de prequestionamento (Súmula n. 282/STF). 5. Agravo interno a que se nega provimento (STJ, AgInt no AREsp nº 1.144.648/PR, Relator Min. Antonio Carlos Ferreira, 4ª Turma, julgado em 08/02/2018, publicado em 23/02/2018 – sem destaques no original). Acórdão localizado mediante pesquisa no banco de jurisprudência do STJ, com a utilização dos indexadores <arbitr\$ mora\$> e a marcação da súmula 7 do STJ como referência normativa, realizada em 16 de fevereiro de 2018.

O problema é que não há registros de ocasiões em que o Tribunal tenha indicado o que poderia ser aprioristicamente considerado como ínfimo ou excessivo, o que concede um desmesurado grau de discricionariedade aos julgadores no crivo de admissibilidade dos recursos, pela obediência devida em favor da súmula 7. Por conta deste fator, torna-se imprevisível saber se um determinado recurso envolvendo análise de quantificação será ou não conhecido, comprometendo-se a segurança jurídica.

Aliado a isto, observa-se que o Superior Tribunal de Justiça fica submetido ao contingente fático que tenha sido tratado pelos Tribunais de origem. Em outras palavras, se não houver manifestação expressa no acórdão a respeito de uma das circunstâncias da 2ª fase do método bifásico, o STJ não irá valorá-la, mesmo que se trate de condição que possa elevar ou reduzir drasticamente o *quantum* definitivo da indenização.

E existe, ainda, outra questão tormentosa. Imaginemos uma situação em que haja implícito reconhecimento de culpa concorrente da vítima pelo Tribunal de origem, embora tal instância não tenha considerado esta particularidade para fins de redução do montante arbitrado a título de danos morais, o que gerou recurso especial da parte demandada.

Diante disso, o Superior Tribunal terá, necessariamente, que examinar os pormenores da relação danosa; isto se quiser realizar um arbitramento verdadeiramente equitativo. Do contrário (o que provavelmente acontecerá), a corte superior negará provimento ao recurso interposto pelo réu ou, no melhor dos cenários, aplicará o método bifásico, mas atendo-se com maior firmeza ainda ao valor do grupo de casos (1ª fase).

Os riscos de um tabelamento judicial são evidentes, e se se combate com robustez o tarifamento legal, da mesma forma deve-se evitar que o controle do valor da condenação esteja adstrito à posição subjetiva dos ministros da corte superior. Não se pode permitir que a vaga e imprecisa alusão à “razoabilidade” dê lugar a novas formas de arbitrariedade, que apenas sirvam para encobrir este juízo particular, disfarçando-o de razão legítima para o arbitramento equitativo. O manejo inadequado dos critérios de quantificação representa, neste contexto, mais uma das formas de banalizar a compensação dos danos morais, contribuindo com a redução das possibilidades de tutela da pessoa humana no plano normativo interno.

5 O LUCRO DO OFENSOR COMO ELEMENTO DE MODULAÇÃO DO *QUANTUM* COMPENSATÓRIO

O lucro obtido pelo ofensor, conforme visto no capítulo anterior, não está entre os critérios tradicionalmente utilizados para se quantificar as indenizações por danos morais. Há duas possíveis razões a serem invocadas para explicar esta ausência, quais sejam: a) sua eventual inadequação ao aparato normativo da responsabilidade civil, estando talvez mais correlacionado ao instituto do enriquecimento sem causa e; b) a atribuição de uma natureza sancionatória ao parâmetro, o que faria com que incidissem sobre ele todas as críticas à função punitiva.

Tomando como guia as mencionadas objeções, tem-se como objetivo final neste trabalho verificar (1) em que medida o critério do lucro do ofensor é compatível com o sistema de reparação civil, compreendendo de que maneira o mesmo se articula com as dimensões reparatória, preventiva e punitiva da responsabilidade por danos e com os demais critérios de quantificação existentes. Além disso, almeja-se (2) detectar em que condições ele pode ser utilizado pelo julgador no momento do arbitramento, isto é, se em qualquer situação de proveito econômico ou se apenas quando configurados determinados requisitos no caso concreto.

Cabe destacar que esta temática é particularmente relevante no contexto social da pós-modernidade, sobretudo pela proliferação de um espírito individualista tanto na vida econômica quanto na ordem política, caracterizado pelo consumismo em larga escala e pela competitividade desenfreada²⁷¹. Disto emana que os seres humanos têm sua dignidade esgarçada, pois passam a ser classificados por sua capacidade de consumir e pela forma como o fazem²⁷², isto é, seu modo de existência passa a ser condicionado por conjunturas estritamente de mercado.

Na mesma direção caminha o desenrolar das relações trabalhistas²⁷³, que passam a se estruturar em torno de uma (cada vez mais) precária proteção dos direitos fundamentais do trabalhador, doravante com o aval de um legislador ordinário que deixa de observar disposições

²⁷¹ SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. 24ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2015, p. 47-49.

²⁷² *Ibid.*, p. 71.

²⁷³ De acordo com Leo Huberman, a década de 70 dá lugar à projeção de um ideário neoliberal que se sustenta no pensamento de autores como Friedrich August von Hayek e Milton Friedman, vindo seus adeptos a argumentarem no sentido de que seria necessário “quebrar” o poderio das associações de trabalhadores e reduzir os impostos sobre as atividades produtivas e o capital, a fim de viabilizar o livre mercado. Esta infeliz conveniência é, segundo o autor, o que diferencia tal vertente de pensamento daquela à qual se filiavam os pensadores liberais clássicos, que se opunham ao intervencionismo estatal quase que de forma absoluta. A este respeito, leia-se HUBERMAN, Leo. *História da riqueza do homem: do feudalismo ao século XXI*. Tradução de Waltensir Dutra. 22ª ed. Rio de Janeiro: LTC, 2010, p. 275-276.

constitucionais basilares de nosso ordenamento²⁷⁴.

Para enfrentar adequadamente esta problemática, é preciso questionar a clássica separação entre mercado e direito, da qual se servia o legislador do Código Civil de 1916 para justificar uma intervenção mínima nas relações entre particulares, a fim de que se reconheça não apenas a consagrada ideia de eficácia horizontal dos direitos fundamentais, como também o caráter político das dinâmicas entabuladas pelos agentes de mercado. Nesta linha são as lições de Luiz Edson Fachin, que destaca que “desde o capitalismo industrial a economia deixa de estar fora do domínio do sistema jurídico-político”²⁷⁵, indicando a crescente imersão do mercado (enquanto *persona*) nas questões de Estado, de tal modo que se chegue a conceber o capital como valor supremo e como pessoa ficta²⁷⁶.

Em decorrência do composto fenomênico narrado, surge, como um dos reflexos mais proeminentes, o chamado *dumping social*, caracterizado pela ocorrência de “práticas econômicas abusivas que maculam a livre concorrência”²⁷⁷. Ao trocar em miúdos esta definição, Pastora do Socorro Teixeira Leal propõe seu alargamento, a fim de que abranja a noção de contenção de custos econômicos que advém do sacrifício de bens e interesses individuais e sociais²⁷⁸, isto é: a velha lógica de internalização dos ganhos e externalização dos prejuízos.

Esta figura, embora inicialmente utilizada no Direito Comercial²⁷⁹, ganha novos contornos na contemporaneidade com a exploração da atividade econômica às custas do estado de vulnerabilidade de, *e.g.*, trabalhadores e consumidores, em casos como: a) a premeditada má prestação de serviço aos consumidores²⁸⁰; b) a divulgação de propaganda enganosa; c) a redução de indivíduos a condição análoga à de escravo; d) o descumprimento de normas de higiene do meio ambiente laboral e de segurança e medicina do trabalho²⁸¹; e) dentre outros.

As situações em tela – que serão pontualmente mencionadas no decorrer do

²⁷⁴ Apenas a título exemplificativo, menciona-se o advento da Reforma Trabalhista e seus desdobramentos, alguns dos quais sendo objeto de breve análise na seção 4.1.1.1 desta dissertação.

²⁷⁵ FACHIN, Luiz Edson. *Entre duas modernidades: a constituição da persona e o mercado*. Revista de Direito Brasileira, ano 1, vol. 1, jul./dez., 2011, p. 104-105 e 108. Disponível em: <<http://www.rdb.org.br/ojs/index.php/rdb/article/view/54/53>>. Acesso em: 18 fev. 2018.

²⁷⁶ COMPARATO, Fábio Konder. *Capitalismo: civilização e poder*. Estudos Avançados, vol. 25, n. 72, 2011, p. 256. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v25n72/a20v25n72.pdf>>. Acesso em: 18 fev. 2018.

²⁷⁷ LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. *Os “novos danos” à pessoa humana decorrentes de práticas abusivas*. In: MARANHÃO, Ney; TUPINAMBÁ, Pedro Tourinho (Coord.) O mundo do trabalho no contexto das reformas: análise crítica – homenagem aos 40 anos da AMATRA 8. São Paulo: LTr, 2017b, p. 307.

²⁷⁸ *Ibid.*, p. 307.

²⁷⁹ *DUMPING social: indenização deve ser requerida pelo ofendido*. Portal do Tribunal Superior do Trabalho, Brasília, 25 jan. 2013. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/dumping-social-indenizacao-deve-ser-requerida-pelo-ofendido>. Acesso em: 18 fev. 2018.

²⁸⁰ LEAL, 2017b, op. cit., p. 307.

²⁸¹ DUMPING..., 2013, op. cit.

presente capítulo – apresentam uma similitude fática quanto às condições da vítima: há, em todas as hipóteses, um locupletamento indevido do ofensor que se dá a partir da exploração ou do agravamento do estado de vulnerabilidade dos ofendidos. É dizer que tais práticas refletem, em muitos casos, um intuito racional de maximização do lucro que decorre da violação de direitos de indivíduos vulneráveis²⁸².

Todavia, o problema do *dumping social* não se esgota nessa esfera individual, pois, como dito, o dano repercute na sociedade, seja na forma de um prejuízo direto à concorrência paritária ou, ainda, na lesão a bem jurídico de titularidade transindividual, caracterizando um dano moral coletivo. A dúplici projeção de ofensas desta natureza é um elemento que precisa ser levado em conta no contexto das controvérsias que serão abordadas no decorrer deste capítulo.

O alargamento do polo passivo da relação danosa, com multiplicidade de sujeitos concreta ou potencialmente afetados por uma mesma prática, é um fenômeno que já vem chamando a atenção do Poder Judiciário, que trata da questão recorrendo a interpretações próprias de critérios de quantificação. Pode-se afirmar que tal preocupação se materializa, no âmbito do método bifásico do STJ, na adoção do parâmetro da “gravidade do fato em si”, invocado no julgamento do REsp nº 1.332.366/MS por ter se verificado que “a total falta de zelo com a segurança da atividade exercida pelo recorrido acaba por colocar em risco um

²⁸² Esta questão já chama a atenção, há algum tempo, dos teóricos da chamada Análise Econômica do Direito, embora a preocupação neste particular não seja com o indivíduo considerado relevante em si mesmo, mas sim visando a um equilíbrio das relações de mercado. O debate tem sua gênese no conceito de externalidades negativas, que muito bem representam a lógica de externalização das perdas outrora mencionada, consistindo basicamente no cometimento de atos danosos em desfavor de sujeitos que não tenham qualquer relação contratual com o agressor. O dilema que controverte os adeptos da Análise Econômica pode ser sintetizado no seguinte problema: como lidar com o fato de o agente lesante utilizar em sua atividade um insumo pelo qual não paga e que não é adquirido pela via do mercado? Basta pensar no exemplo de um padeiro que gera prejuízos a um médico vizinho pelo emprego de máquinas altamente ruidosas em sua atividade laboral. Há consenso entre os teóricos desta vertente no sentido de que o padeiro está se apropriando indevidamente de um bem jurídico alheio (meio ambiente sonoro salubre) que não é adquirido por meio de qualquer relação contratual. A divergência reside na resposta dada ao problema, pois, para Arthur Pigou, por exemplo, o Estado deve intervir para impor o pagamento de taxas e impostos àqueles que produzem estas externalidades (PIGOU, Arthur C. *The Economics of Welfare*. 4ª ed. London: Macmillan & Co, 1932, p. 192). Para Ronald Coase, por outro lado, a intervenção estatal deve ocorrer apenas na medida necessária para eliminar os custos de transação entre os envolvidos, para que possam negociar, por conta própria, uma solução (COASE, Ronald. *A firma, o mercado e o direito*. Tradução de Heloisa Gonçalves Barbosa. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016, p. 105-106). Decerto, enquanto esta última proposta destoa por completo da métrica igualitária que deve permear as relações entre particulares no Brasil, aquela, tida como uma das mais “intervencionistas” e inovadoras, ainda está fundamentalmente distante do que será indicado nas conclusões deste capítulo. É por esta razão que, no curso deste trabalho, não foram adotados os referenciais da Análise Econômica do Direito como matrizes teóricas de análise do objeto central. Não obstante, recomenda-se a leitura, para breve exposição comentada dos posicionamentos centrais existentes neste segmento, de ACCIARRI, Hugo A. *Elementos da análise econômica do direito de danos*. Tradução de Marcia Carla Pereira Ribeiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 21-49.

número indeterminado de pessoas”²⁸³.

O caso em questão versava sobre a morte por afogamento de uma criança de 5 (cinco) anos de idade em um clube, constatando-se, no caso, que a agremiação recreativa não observou normas básicas de segurança, tais como a disposição de numerário adequado de funcionários treinados para o socorro de associados em caso de acidentes. Este fator foi interpretado como decisivo para a configuração do evento morte.

Este exemplo serve para comprovar o quanto o manejo da quantificação por danos morais tem padecido de um subjetivismo aflorado por parte dos ministros do STJ. Isto porque, dentre todos os julgados da corte que se apropriam do método bifásico para delimitação da indenização, apenas neste REsp nº 1.332.366/MS é que se atribuiu este significado à “gravidade do fato em si”. Nos demais, os julgadores dão vazão a outras possibilidades de conceituação do termo, atrelando-as de forma preponderante à ideia de extensão do dano²⁸⁴.

O contexto caótico exposto, como visto no capítulo anterior, não é exclusivo deste critério, sendo verdadeiras exceções aqueles que se apresentam com roupagem conceitual claramente definida, eventualmente acompanhando alguma vertente doutrinária – o que é mais excepcional ainda.

Diante deste cenário de elevada insegurança jurídica, em que os parâmetros são ocasionalmente invocados sem qualquer rigor teórico e sem certa coerência com decisões anteriores, por que haveria de se falar em mais uma alternativa de quantificação, isto é, o lucro do ofensor? Não seria mais adequado lidar com a questão de modo alheio à tormentosa disciplina do *quantum*, desenvolvendo-se a resposta a partir, por exemplo, da previsão de *punitive damages*?

Decerto, os *punitive damages*

podem romper com a iníqua equação pautada pelo resultado de uma relação custo/benefício do seu comportamento em detrimento dos direitos dos consumidores, trabalhadores e de todas as vítimas inseridas no contexto dos danos em massa, impedindo o ofensor de se beneficiar ou lucrar com o dano causado ou de encontrar na sanção meramente compensatória um preço conveniente²⁸⁵.

Entretanto, proclamar pura e simplesmente a estipulação de *punitive damages* traria

²⁸³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.332.366/MS*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 10 nov. 2016. Inteiro teor do acórdão, p. 14. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1553448&num_registro=201201381772&data=20161207&formato=PDF>. Acesso em: 20 fev. 2018 – Acórdão referido em FAMPA; SILVA, 2017, op. cit., p. 145-146.

²⁸⁴ Vide seção 4.2.1.

²⁸⁵ BONNA, 2015, op. cit., p. 84.

consigo a necessidade de enfrentar as habituais objeções formuladas em face de soluções de *lege ferenda*, tarefa que valeria, por si só, um trabalho de fôlego em nível de pós-graduação, não estando nos pretensos domínios desta investigação.

Neste sentido, é certo que ainda se carece de alternativas consideradas como de *lege lata* no desiderato de inibição de condutas lesivas no Brasil, especialmente aquelas que ofendem bens e interesses frutos do exercício da dignidade humana. Logo, ao se vislumbrar o critério do lucro do ofensor como possível categoria de análise, parte-se da premissa de que, se reconhecida sua viabilidade no plano teórico, não há incompatibilidade no plano normativo que justifique que o ignoremos. Afirma-se isto não por haver qualquer previsão legal que disponha direta ou indiretamente sobre ele, mas sim pelas reconhecidas exigências de desenvolvimento conceitual do dano moral, preterido pelo legislador do Código Civil de 2002.

Contudo, para que seja possível identificar o grau de aderência do parâmetro do lucro do ofensor com a matriz finalística da reparação por danos, urge examinar, em caráter preliminar, seu paralelo com a figura do lucro da intervenção, representativa da conexão de sentidos existente entre o enriquecimento sem causa e a responsabilidade civil.

5.1 O PARALELO EXISTENTE COM O LUCRO DA INTERVENÇÃO

A ideia de lucro do ofensor tal como exposta no presente capítulo possui grande similitude com figura ainda pouco difundida no Brasil, mas de inegável relevância para o manejo de problemas correlatos àqueles evidenciados no bojo deste trabalho. Trata-se do lucro da intervenção, qualificado como o “lucro obtido a partir do uso, consumo, fruição ou alienação de bens, trabalho e direitos alheios”²⁸⁶, e que apresenta diferenças sutis com a conjuntura do lucro do ofensor, objeto central de nossa atenção.

É o caso, por exemplo, da exploração indevida da imagem de uma atriz famosa por parte de uma sociedade empresarial, que eleva drasticamente seus percentuais de venda a partir da infração cometida. Nestas condições, há, para Carlos Nelson Konder e Patrick Saar, tanto um lucro quanto um dano, este representado pela utilização indevida da imagem da vítima e pelos demais prejuízos morais em sentido amplo²⁸⁷.

²⁸⁶ LINS, Thiago. *O lucro da intervenção e o direito à imagem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 15.

²⁸⁷ KONDER, Carlos Nelson; SAAR, Patrick. *A relativização do duplo limite e da subsidiariedade nas ações por enriquecimento sem causa*. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (org.). *Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional / IV Congresso do IBDCivil – Da dogmática à efetividade do Direito Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 149.

Diante desta definição, qual seria a diferença, então, entre o lucro do ofensor tal como tratado e o instituto do lucro da intervenção? A resposta para esta pergunta deve tomar como ponto de partida o fato de ser este último geralmente alocado na seara do chamado enriquecimento sem causa, por alguns entenderem que há inadequação de sua parte com o princípio da reparação integral estampado no artigo 944, *caput* do Código Civil de 2002, que limita a indenização à extensão do dano.

Neste sentido, Rodrigo da Guia Silva considera que qualquer indenização que seja superior à extensão do dano pode ser vislumbrada como reflexo da função punitiva da responsabilidade civil, o que sustenta ser incompatível com nosso ordenamento, pela necessidade de previsão legal acerca de qualquer pena, mesmo para além dos limites dogmáticos do Direito Penal²⁸⁸. Por conta disso, conclui que o lucro da intervenção não deve integrar os domínios regulatórios da responsabilidade civil, sendo enquadrado dogmaticamente no âmbito do enriquecimento sem causa²⁸⁹.

Ao se examinar este argumento, deve-se considerar inicialmente que a doutrina costuma atribuir finalidades diversas aos institutos da responsabilidade civil e do enriquecimento sem causa. Enquanto para aquela se imputa a função primária de compensação dos danos sofridos pela vítima, por meio deste se busca restaurar um equilíbrio patrimonial perdido²⁹⁰.

Além disso, outra diferença marcante é de que não se exige no enriquecimento sem causa que haja um empobrecimento do ofendido²⁹¹, pois os requisitos impostos pelo artigo 884 do Código de 2002 seriam apenas três outros, não abrangendo a proteção da vítima: a) deve haver enriquecimento; b) esse enriquecimento deve ter sido obtido à custa de outrem; e c) tal enriquecimento deve se revelar sem justa causa²⁹². E mesmo que o segundo requisito possa aparentar ostentar um viés correlativo entre lesante e lesado, *i.e.*, uma equivalência entre o lucro daquele e o dano deste, existem situações em que supostamente isto não ocorre, como na violação de direitos reais por meio do uso ou fruição de coisa alheia sem a autorização do proprietário²⁹³.

A crítica ao estabelecimento dogmático do lucro da intervenção no âmbito da responsabilidade busca uma justificativa em situações nas variadas distinções fáticas entre a

²⁸⁸ SILVA, 2016, op. cit., p. 8-9.

²⁸⁹ Ibid., p. 17-18.

²⁹⁰ LINS, 2016, op. cit., p. 23.

²⁹¹ SILVA, 2016, op. cit., p. 14.

²⁹² Ibid., p. 11.

²⁹³ KROETZ, 2005, op. cit., p. 96-97.

vantagem do ofensor e o dano suportado pelo ofendido. Em linhas gerais, pode-se afirmar que se apenas houvesse hipóteses em que a vantagem é inferior ao dano, o modelo se adequaria plenamente, inclusive, à lógica clássica de restituição ao *status quo ante*. Por outro lado, quando a vantagem for superior ao dano, tem-se aí um problema já levantado, o de que deslocar o proveito para o patrimônio da vítima violaria as disposições do artigo 944 do Código Civil²⁹⁴.

Carlos Nelson Konder apresenta duas estratégias que vêm sendo adotadas para tentar contornar estas dificuldades de interlocução. A primeira delas é considerar o lucro da intervenção um “lucro cessante presumido”, ampliando-se o conceito desta categoria²⁹⁵ para envolver proveitos que o ofendido poderia ter futuramente com um bem jurídico de sua própria titularidade. É uma proposta que pode dar cabo dos problemas de adequação à responsabilidade civil em matéria de danos patrimoniais.

Por outro lado, embora bens extrapatrimoniais admitam excepcional utilização com fins de enriquecimento de seu titular – tal como na cessão voluntária e parcial de alguns direitos da personalidade –, não nos parece possível justificar que uma intervenção indevida nos predicados existenciais da pessoa humana possa irrestritamente ser considerada um lucro cessante para a vítima, pois para isso seria necessário considerar que esta voluntariamente desejaria dispor de sua esfera jurídica com esta finalidade, uma lógica incompatível com miríade dos exemplos que apresentamos na seção anterior, como na redução de um indivíduo a condições análogas à de escravo.

A segunda estratégia seria o reconhecimento de novas funções para a responsabilidade civil, notadamente pela via da função punitiva, que autorizaria que ilícitos lucrativos sejam sancionados pelo agente²⁹⁶, sem prejuízo de eventual reparação restitutória ou compensatória do lesado.

Sem que se discorde dos termos desta saída, o que será melhor examinado mais a frente, cumpre-nos destacar que ambas as propostas têm algo em comum: consideram que não há espaço para qualificar o lucro do ofensor ou o lucro da intervenção como figura harmonizável com a função reparatória da responsabilidade civil. Para aferir a validade desta premissa, é essencial que recorramos mais uma vez à construção teórica da função reparatória desde seu nascedouro.

²⁹⁴ KONDER, Carlos Nelson. *Dificuldades de uma abordagem unitária do lucro da intervenção*. Revista de Direito Civil Contemporâneo, vol. 13, n. 4, out./dez., 2017, p. 236-237.

²⁹⁵ *Ibid.*, p. 237.

²⁹⁶ *Ibid.*, p. 237-238.

5.2 O CRITÉRIO DO LUCRO DO OFENSOR EM UMA PERSPECTIVA REPARATÓRIA

Em análise perfunctória, pode parecer que a utilização do critério do lucro do ofensor nada tem a ver com a função reparatória da responsabilidade civil, estando substancialmente associado a uma lógica dissuasória ou meramente sancionatória. Contudo, há, sim, alguma relação entre os mencionados critério e função, de modo que não é possível compreender o lucro do ofensor exclusivamente a partir de uma perspectiva punitiva (ou preventiva).

De maneira geral, o tema do proveito econômico obtido pelo agressor pode ser encontrado no estudo de obras clássicas sobre a reparação de danos, embora não seja expressado como um critério de quantificação das indenizações. A título ilustrativo, cabe uma menção à contribuição de Aristóteles no sentido de alocar os atos danosos de finalidade lucrativa como manifestação de atos de injustiça, invariavelmente atribuído a alguma espécie particular de maldade²⁹⁷. O autor afirma que esta finalidade de locupletamento é o que torna o ato injusto em si – no contexto analisado –, como na hipótese de um homem que comete adultério tendo como anseio o acúmulo de lucro²⁹⁸.

A referência ao ideário aristotélico não é aleatória. Conforme se afirmou no capítulo inicial deste trabalho, suas formulações a respeito das chamadas trocas involuntárias entre os indivíduos, que se traduzem na noção de justiça corretiva, serviram de alicerce para a consolidação do paradigma reparatório como finalidade precípua da responsabilidade civil. E aqui usa-se o vocábulo reparação em sua acepção mais conservadora – em termos históricos –, ou seja, referindo-se à tentativa de restituir as partes ao *status quo ante*, sempre que isto for possível (dimensão restitutória).

Na linha do que foi exposto outrora sobre esta projeção da função reparatória, cumpre ressaltar, novamente, que ela busca propiciar a eliminação do mal infringido à vítima a partir de uma situação injusta, alcançando-se a justiça entre as partes “quando uma certa quantidade de recursos for transferida de uma parte (réu-ofensor) para a outra (autor-ofendido)”²⁹⁹, de modo a restaurar o equilíbrio relacional precedente ao dano.

²⁹⁷ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Eudoro de Souza. 4ª ed. Coleção “Os Pensadores” – vol. 2. São Paulo: Nova Cultural, 1991, p. 100.

²⁹⁸ *Ibid.*, p. 100.

²⁹⁹ BARBIERI, Catarina Helena Cortada. *Fundamentos teóricos da responsabilidade civil*. 143 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 71-72. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-27022009-105040/pt-br.php>>. Acesso em: 24 fev. 2018.

Esta quantidade de recursos – ou seja, o valor da indenização – não é definida de maneira arbitrária e injustificada, devendo tomar como base não apenas o prejuízo suportado pela vítima, como também o “excesso do ganho” obtido pelo ofensor³⁰⁰, que deve ser transferido ao ofendido para que se reestabeleça a igualdade aritmética³⁰¹ inicial entre as partes³⁰². É este, precisamente, o ponto que importa para nossa análise.

Embora a responsabilidade civil seja uma ferramenta de salvaguarda da dignidade da pessoa humana no plano interno, e se busque de modo prioritário, especialmente pela via do dano moral, promover a tutela da vítima, deve-se reconhecer que a construção teórica da justiça corretiva e do princípio da reparação integral não nos permite deixar de lado a vantagem do ofensor como critério capaz de orientar o arbitramento da indenização.

Em outras palavras, significa dizer que a incorporação deste parâmetro no cálculo da indenização não vai de encontro à função reparatória da responsabilidade civil. Pelo contrário, contribui com sua concretização, na medida em que se situa como elemento de necessária atenção pelo jurista de hoje, notadamente pelo contexto de proliferação de danos descrito na fase inaugural deste capítulo.

Uma possível indagação pode ser formulada diante desta conclusão: como sustentar a adequação do critério do lucro do ofensor à justiça corretiva e a função reparatória, considerando sua relação peculiar com os danos morais?

A resposta para tal objeção subdivide-se em dois elementos, o primeiro exigindo que se retome uma das premissas apresentadas na seção referente ao entrelace entre compensação e função reparatória³⁰³. Trata-se da inferência de que não há desconformidade conceitual entre compensação e reparação, uma vez aquela, adstrita aos danos morais, pode ser enxergada como modulação desta. A incompatibilidade reside, na verdade, entre compensação e restituição ao *status quo ante*, sendo cada qual uma face da ideia de reparação.

Em complemento, é imperioso ressaltar que as hipóteses de obtenção de lucro do

³⁰⁰ A mensuração do *quantum* com base no proveito do agressor não se confunde com as situações em que a indenização é modulada por um benefício da vítima. É isto mesmo: há quem defenda que existem casos em que o ofendido sofre não apenas um dano, mas também recebe uma vantagem decorrente do ilícito, o que se materializa no instituto da *compensatio lucri cum damno*, cf. VILLANACCI, ano, op. cit., p. 113 e PIRES, Thatiane Cristina. Vorteilsausgleichung: a *compensatio lucri cum damno* na responsabilidade civil alemã. 88 f. Trabalho de Conclusão (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016, p. 13 e ss. Disponível em: <<http://bit.ly/2FhLAIr>>. Acesso em: 24 fev. 2018.

³⁰¹ É essencial ter em mente que Aristóteles associa a justiça corretiva nas transações voluntárias e involutárias a um senso de igualdade aritmética entre as partes, o que significa que não importam fatores como a índole do agressor na análise da reparação (se é bom ou ruim; se já cometeu ou não adultério etc), mas tão somente o caráter delitivo de sua conduta. Neste sentido, vide ARISTÓTELES, 1991, op. cit., p. 104.

³⁰² BARBIERI, 2008, op. cit., p. 72.

³⁰³ Vide tópico 2.2.4.

agente a partir da violação à dignidade humana da vítima atraem a incidência das duas projeções da reparação retro mencionadas (compensação e restituição). Isto porque apenas se fala em dimensão compensatória em relação ao ofendido, tendo em vista que a indenização decorrente da lesão não tem o condão de eliminar o mal a ele infligido, mas tão somente compensá-lo pela perda. No caso do agressor, por outro lado, deve-se reconhecer que é possível que se lhe restitua à condição em que se encontrava anteriormente à lesão, dando vazão à dimensão restitutória.

A interlocução entre estas dimensões pode aparentar um problema no que se refere à quantificação da indenização, semelhante àquele referente à teoria do duplo limite em sede de enriquecimento sem causa. Fala-se na controvérsia que surge pela necessidade de harmonizar duas alternativas distintas de delimitação do *quantum*: a) a monta da qual se locupletou indevidamente o ofensor e; b) a extensão do dano sofrido pela vítima.

Basta imaginar um caso em que o agente tenha enriquecido na proporção de 10, sendo o dano da vítima referente a um bem jurídico moral usualmente valorado entre 3 e 7, a depender de circunstâncias fáticas diversas (*e.g.*, culpabilidade do ofensor, condições pessoais das partes etc.). Em tal caso, qual deve ser (e por que) o valor fixado pelo magistrado a título de indenização: 3, 7, 10 ou outro montante?

Uma tentativa viável de resposta a esta questão depende da articulação do critério do lucro do ofensor com as demais funções da responsabilidade civil, razão pela qual tal tarefa só será exercida nas seções posteriores. Por ora, no âmbito da discussão a respeito da função reparatória, nosso objetivo é destacar uma posição que não deve ser considerada viável sob o prisma funcional da responsabilidade por danos: a de que considerar o proveito econômico do ofensor viola o paradigma reparatório e promove o enriquecimento sem causa da vítima.

Entendemos, pelas razões já apontadas, que há uma impropriedade na referência ao instituto do enriquecimento sem causa de modo a justificar a rejeição ao lucro do ofensor como critério, pois, pela própria condição de incomensurabilidade dos danos morais, e a impossibilidade de se lhes atribuir valor econômico aprioristicamente, não há como afirmar que a delimitação do *quantum* pelo proveito do agressor ofende a reparação integral e a função reparatória da responsabilidade civil de maneira geral.

Reconhecida a compatibilidade entre o critério do lucro do ofensor e a lógica da reparação, deve-se acrescentar que, ao contrário do que ocorre no Brasil, a sistematização teórica desta ideia é substancialmente mais madura em países de *common law*. Nestes, a preocupação com ganhos indevidos oriundos de práticas danosas se manifesta nos institutos do *disgorgement* e dos *restitutionary damages*, que apresentam forte equivalência conceitual e, sobretudo, teleológica (destinam-se à proteção das partes no âmbito dos contratos e,

eventualmente, na tutela da propriedade).

O *disgorgement*, atualmente muito difundido nos Estados Unidos e na Inglaterra³⁰⁴, caracteriza-se precisamente pela retirada dos ganhos que o ofensor auferiu de forma indevida às expensas do ofendido³⁰⁵, não se constituindo em sanção civil punitiva, mas em remédio restitutório³⁰⁶. Difere, portanto, dos *punitive damages*, embora ambos contrastem com o mecanismo das indenizações compensatórias³⁰⁷.

É uma categoria jurídica para a qual ainda não se vislumbra forte aceitação jurisprudencial³⁰⁸, mas que vem ganhando destaque como alternativa de enfrentamento ao problema, com a licença da expressão, do “enriquecimento sem causa” daqueles que lucram às custas de bens jurídicos de terceiros.

Não obstante consista em elemento de caráter essencialmente reparatório, é exequível compreendê-lo também como expressão da função punitiva da responsabilidade civil, tendo em vista que se alicerça na premissa moral de que “a ninguém é dado lucrar com os próprios atos ilícitos”³⁰⁹, o que equivale, *mutatis mutandis*, ao brocardo: “a ninguém é dado beneficiar-se da torpeza dos próprios atos”.

A disciplina do *disgorgement* caminha em paralelo com a figura dos *restitutionary damages*, amplamente similar ao nosso lucro da intervenção. A prova disto é que Ernest Weinrib, em importante artigo publicado sobre o tema, dá como exemplo paradigmático a apropriação indevida de direitos de propriedade, casos em que, segundo ele, todo o lucro oriundo da intervenção indevida deve ser direcionado à vítima³¹⁰. Contudo, esta posição não

³⁰⁴ FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2017, op. cit., p. 280.

³⁰⁵ WEINRIB, Ernest J. *Punishment and disgorgement as contract remedies*. Chicago-Kent Law Review, vol. 78, 2003, p. 55. Disponível em: <<https://scholarship.kentlaw.iit.edu/cklawreview/vol78/iss1/5>>. Acesso em: 25 fev. 2018.

³⁰⁶ ROSENVALD, Nelson. *Você conhece o Disgorgement?* Nelson Rosenvald, Belo Horizonte, 10 nov. 2015. Disponível em: <<https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2015/11/10/Voc%C3%AA-conhece-o-Disgorgement>>. Acesso em: 25 fev. 2018.

³⁰⁷ WEINRIB, 2003, op. cit., p. 55.

³⁰⁸ GROSSKOPF, Ofer; MEDINA, Barak. *Remedies for Wrongfully-Issued Preliminary Injunctions: The Case for Disgorgement of Profits*. Seattle University Law Review, vol. 32, n. 4, 2009, p. 914. Disponível em: <<https://digitalcommons.law.seattleu.edu/sulr/vol32/iss4/2/>>. Acesso em: 25 fev. 2018.

³⁰⁹ “[...] one should not profit from one’s wrong”, cf. WEINRIB, 2003, op. cit., p. 73.

³¹⁰ “Como já notado, a apropriação indevida de propriedade alheia é o exemplo paradigmático de um delito que enseja danos restitutivos. Como os direitos de propriedade conferem a seus titulares a faculdade de lidar com a coisa de modo exclusivo, incluídos os frutos desta utilização, quaisquer ganhos resultantes da apropriação indevida de bens estão necessariamente sujeitos à restituição” (tradução livre).

No original: “As has often been noted, the misappropriation of another's property is the paradigmatic example of a tort that gives rise to restitutionary damages. Because property rights give proprietors the exclusive right to deal with the thing owned, including the right to profit from such dealings, any gains resulting from the misappropriation of property are necessarily subject to restitution”. WEINRIB, Ernest J. *Restitutionary damages as corrective justice*. Theoretical Inquiries in Law, vol. 1, n. 1, 2000, p. 12. Disponível em: <<http://www7.tau.ac.il/ojs/index.php/til/article/view/177/154>>. Acesso em: 25 fev. 2018.

pode ser considerada dominante na doutrina especializada, pois, dentre os que aceitam a possibilidade de restituição do lucro – que também não é majoritária –, há quem defenda que a receita tida como indevida deve ser repartida entre agressor e ofendido³¹¹, entendimento com o qual não coadunamos por conta do estímulo que tal solução produz para a reiteração de práticas delituosas, argumento que será melhor explorado na seção seguinte.

De maneira geral, a aplicabilidade do *disgorgement* e dos *restitutionary damages* na conjuntura normativa dos países de *common law* não oferece elementos que possam condicionar a previsão de respostas para a questão central examinada neste trabalho. O fato de tais institutos estarem inseridos no panorama político anglo-saxônico faz com que as premissas que deles se originem não sejam pensadas para lidar com a problemática a partir de um referencial distinto, qual seja, o dos danos morais. Isto porque são moldados para lidar com prejuízos de ordem patrimonial, usualmente relativos a infrações contratuais.

Portanto, a apresentação resumida de algumas das nuances de *disgorgement* e *restitutionary damages* não teve como finalidade justificar sua eventual aplicação no Brasil. Na realidade, o que se quer enfatizar é que a preocupação com o lucro indevido do ofensor constitui ponto de análise mais profunda em outros ordenamentos há algum tempo, não obstante a dignidade da pessoa humana da vítima não ocupe posição de primazia no debate existente, o que revela prioridades discrepantes com aquelas eleitas em nossa ordem jurídico-política.

Mesmo diante desta inadequação axiológica, há de se reconhecer que tal construção teórica aporta a uma conclusão que pode ratificar o que discutimos nesta seção: impor ao agressor que restitua o equivalente às vantagens econômicas que logrou acumular por meio da lesão, sejam elas mediatas ou imediatas³¹², não está em descompasso com a vertente restitutória da função reparatória da responsabilidade civil, tendo em vista que se deve buscar a restituição de ambas as partes ao *status quo ante*, e não apenas da vítima.

É claro que, até aqui, os argumentos apresentados levaram em conta um modelo de relação jurídica de compreensão simplificada, calcado em uma bilateralidade ofensor-ofendido, e que não se assemelha, à primeira vista, com os caracteres das sociedades de massa. Todavia, ainda que isto seja levado em consideração, é factível sustentar que pode haver uma dimensão individual do dano mesmo no bojo de relações que se estruturam em torno de direitos

³¹¹ Ver, e.g., DAGAN, Hanoch. *Restitutionary damages for breach of contract: an exercise in private law theory*. *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 1, n. 1, 2000, p. 147-154. Disponível em: <<http://www7.tau.ac.il/ojs/index.php/til/article/view/181/158>>. Acesso em: 26 fev. 2018.

³¹² “Ademais, no *disgorgement*, não apenas se quer privar o agente dos ganhos realizados, como também pelas despesas economizadas (*expense saved*), com a versão completa dos valores indevidamente obtidos a expensas da vítima”, cf. FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2017, op. cit., p. 281.

transindividuais, o que será analisado com maior atenção mais à frente.

5.3 O CRITÉRIO DO LUCRO DO OFENSOR EM UMA PERSPECTIVA PREVENTIVA E PUNITIVA

A correlação havida entre o critério do lucro do ofensor e os vieses punitivo e preventivo do dever de reparação pode ser facilmente visualizada na análise de dois dos critérios de quantificação mais presentes na jurisprudência brasileira: o caráter punitivo-pedagógico das indenizações e o grau de culpabilidade do ofensor³¹³. Esta associação se torna possível pelo remodelamento das funções contemporâneas da responsabilidade civil a partir do dano moral, conforme oportunamente discutido.

Nesta linha de raciocínio, vale a lembrança de que, para Judith Martins-Costa e Mariana Pargendler, o “enriquecimento obtido com o fato ilícito” é vislumbrado como um critério punitivo no arbitramento³¹⁴, pois é por meio dele e de outros parâmetros que o Poder Judiciário vem manifestando concordância com a atribuição de um caráter sancionatório para as indenizações, o que leva a efeito pela majoração do *quantum* em determinados casos.

Na mesma toada, Diogo de Machado de Melo³¹⁵ e Clayton Maranhão³¹⁶ indicam que as hipóteses de lucro do ofensor com o dano configuram uma exceção à regra do artigo 944, *caput* do Código Civil, atraindo a incidência da função punitiva. Para o primeiro, todavia, é necessário que haja intenção de locupletamento indevido por parte do agressor, casos que qualifica como “faltas lucrativas”.

Esta conclusão que formulam acompanha um dos requisitos a ser levado em conta pelo intérprete do direito para aferir o cabimento (ou não) dos *punitive damages* na realidade estadunidense, que é examinar “se o comportamento do réu foi marcado por uma escolha do ponto de vista econômico em detrimento da segurança e qualidade”³¹⁷. Significa dizer que se autoriza a utilização do instituto quando se verificar que o agressor deliberadamente buscou maximizar seus ganhos às custas das vítimas, inclusive em relações contratuais³¹⁸.

Fica claro, por meio destes registros, que a doutrina costuma “encarar” o lucro do

³¹³ Vide seções 4.2.6 e 4.2.7.

³¹⁴ MARTINS-COSTA; PARGENDLER, 2005, op. cit., p. 23.

³¹⁵ MELO, 2006, op. cit., p. 109.

³¹⁶ MARANHÃO, 2000, op. cit., p. 21.

³¹⁷ LEAL; BONNA, 2017b, op. cit., p. 631.

³¹⁸ DODGE, William. *The case for punitive damages in contracts*. Duke Law Journal, n. 4, 1999, p. 641 e ss. Disponível em: <<http://bit.ly/2I72Izc>>. Acesso em: 27 fev. 2018.

ofensor como um parâmetro punitivo de quantificação, pela necessária reprovabilidade a condutas que busquem extrair proveito econômico a partir da violação de bens e interesses jurídicos de terceiros. O raciocínio comum aos defensores da ideia em questão é o de que tais comportamentos não devem ser tolerados pelo ordenamento, merecendo forte reprimenda pela via do *quantum* indenizatório, este podendo, inclusive, se sobrepor à extensão do dano³¹⁹.

A posição que sustentamos, à luz do que foi tratado na seção anterior, é de que somente nestes casos de eventual dolo ou culpa grave³²⁰ é que se torna possível afirmar que há um caráter punitivo atribuível ao critério do lucro do ofensor. Para as demais hipóteses, por outro lado, o que se tem é a manifestação da função reparatória da responsabilidade civil, ou pela via restitutória em relação ao ofensor, ou no desiderato de compensação da vítima.

Quanto ao aspecto punitivo no primeiro conjunto de casos (dolo e culpa grave), é importante registrar duas questões. A primeira – já exposta neste trabalho, mas que merece ser retomada neste momento – é de que (1) a punição é recorrentemente considerada um instrumento de dissuasão de condutas lesivas, ou seja, algo que materializa a função preventiva da responsabilidade civil, essencialmente com relação a ilícitos futuros. Forte nessa premissa se encontra toda e qualquer decisão que venha a adotar fundamentos como “caráter punitivo-pedagógico da indenização” ou “efeito dissuasório” para majorar o *quantum* da indenização.

Isto indica que a punição não é tida como um fim em si mesmo, mas como desdobramento necessário da prevenção de danos futuros, o que se torna absolutamente indispensável para evitar que seja vantajoso lesionar.

Por sinal, esta é a *ratio* que deu ensejo, no contexto estadunidense, à aceitação dos *punitive damages*, no emblemático caso *Grimshaw v. Ford Motor Company* (1972). Nele, a montadora foi condenada ao pagamento de indenização punitiva pelo fato de deliberadamente ter deixado de investir em requisitos essenciais de segurança de seu modelo Ford Pinto, o que fez por calcular que os custos de prevenção corresponderiam a \$137.000.000,00 (cento e trinta e sete milhões de dólares), enquanto que os custos de reparação de danos às vítimas (morte, lesão corporal, danos patrimoniais etc.) equivaleriam a aproximadamente \$49.000.000,00 (quarenta e nove milhões de dólares).

Com base na operação em comento, a ré optou por ignorar a necessidade de

³¹⁹ MARANHÃO, 2000, op. cit., p. 21.

³²⁰ A culpa grave (especialmente a título de negligência), no âmbito dos *punitive damages*, se acopla a um dos requisitos a serem observados pelo júri, a saber: “se o ofensor se portou com indiferença perante as vítimas, e, mesmo após saber da existência de danos, não tomou providências preventivas”, cf. LEAL; BONNA, 2017b, op. cit., p. 631. Tal parâmetro também pode ser considerado para qualificar a culpa grave no contexto brasileiro, como em casos nos quais o agressor racionalmente demonstra indiferença para com a violação de direitos alheios, cf. MARANHÃO, 2000, op. cit., p. 21.

adequação de seu modelo às exigências de segurança da época, o que causou a explosão de um dos veículos que comercializou, resultando na morte de uma passageira e na lesão corporal de outro. Por conta disso, foi condenada pelo júri, em 1º grau, ao pagamento de mais de \$3.000.000,00 (três milhões de dólares) como indenização compensatória e \$125.000.000,00 (cento e vinte e cinco milhões de dólares) a título de indenização punitiva, tendo esta última parcela sofrido redução para \$3.500.000,00 (três milhões e quinhentos mil dólares) em sede de apelação³²¹.

Desafortunadamente, o raciocínio estritamente economicista demonstrado pela demandada não pode, de modo algum, ser tido como uma exceção. A sobreposição do patrimônio em relação a bens morais faz parte da tomada racional de decisões de miríade dos atores econômicos que desenvolvem atividade empresarial no Brasil, como por exemplo em casos da extrapolação da carga horária de labor permitida para um trabalhador, no intuito de maximizar a produção do setor, ou mesmo a veiculação de propaganda enganosa, com fins de captação ilícita de clientela.

Neste último contexto, é imprescindível atentar para o recente caso do REsp nº 1.487.046/MT (na origem, ACP nº 0018983-97.2007.8.11.0041), julgado pela Quarta Turma do STJ em 28 de março de 2017, e que diz respeito à prática de propaganda enganosa por parte de posto de gasolina em Cuiabá/MT. O referido estabelecimento, embora ostentasse a marca comercial da Petrobrás, comercializava combustíveis de outras distribuidoras, atraindo indevidamente a fidelidade de incontáveis consumidores que abasteciam seus veículos no posto demandado por acreditarem que se tratava de produto de sua confiança.

Há, em hipóteses como esta, a notória representação do *dumping social*, na medida em que os efeitos danosos da conduta não se encerram na violação do dever de confiança em relação aos consumidores lesados, mas alcançam, igualmente, os empreendimentos concorrentes, que são “punidos” com a redução de suas receitas ao agirem em conformidade com a lei, atingindo um número inferior de vendas.

Esta é, aliás, a segunda questão a ser registrada, *i.e.*, a de que (2) há uma característica comum à maior parte – senão a totalidade – dos casos de lucro proposital do ofensor no curso da atividade empresarial: são danos que, para além da projeção individual em desfavor de ofendido “direto”, apresentam também uma dimensão coletiva, no que se refere a todos os indivíduos que possam vir a ser afetados em sua esfera jurídica, como a concorrência,

³²¹ LEGGETT, Christopher. *The ford pinto case: the valuation of life as it applies to the negligence-efficiency argument.* Law e Valuation, 1999. Disponível em: <<http://users.wfu.edu/palmitar/Law&Valuation/Papers/1999/Leggett-pinto.html>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

uma categoria profissional, os consumidores e até, eventualmente, a coletividade como um todo.

Isto porque a própria violação da livre concorrência já pode ser considerada um grave prejuízo à coletividade, uma vez que se trata de exigência inarredável para a constituição de uma sociedade verdadeiramente pautada na justiça social³²². Basta pensar em uma empresa que sonegue impostos, provocando com isso a redução das receitas estatais a serem aplicadas na prestação de direitos fundamentais como saúde e educação. O alastramento dos efeitos de sua conduta é tão grande que não é possível – nem remotamente – aferir todos os indivíduos negativamente afetados.

O curioso é que o STJ, ao julgar o Recurso Especial mencionado, não levou em conta esta condicionante em momento algum na análise das etapas do método bifásico. Mesmo considerando que houve comprovado proveito econômico de R\$90.000,00 (noventa mil reais) à época, e que se tratava de conduta que atraía vários critérios de majoração do *quantum* – inclusive alheios ao método –, arbitrou o valor da indenização em tão somente R\$20.000,00 (vinte mil reais), por observar que o ofensor detinha capacidade econômica mediana e por considerar a quantia razoável. Não é tarefa fácil compreender os porquês da posição assumida pela corte, especialmente porque o valor da 1ª fase para estes casos, segundo consta no próprio teor, oscila entre R\$50.000,00 (cinquenta mil reais) e R\$500.000,00 (quinhentos mil reais). Confira-se trecho da conclusão do voto do relator, acompanhado unanimemente pelos demais:

Assim, em primeira fase, verifica-se que julgados desta Corte, ao reconhecerem dano moral coletivo em razão de injusta violação de direitos básicos dos consumidores (de informação adequada, de escolha consciente, de proteção contra a publicidade enganosa ou abusiva), consideraram razoável a fixação de valores entre R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), o que tem o condão de traduzir a relevância do interesse transindividual lesado [...].

Por sua vez, em segunda fase, observadas as nuances do caso concreto (conduta dolosa causadora de dano de abrangência local; ofensor de capacidade econômica mediana; incontroverso proveito econômico no importe de R\$ 90.000,00 - noventa mil reais; recalcitrância no descumprimento do dever de informação adequada; e significativa reprovabilidade social da lesão), **considero razoável e adequado à função do dano moral coletivo o arbitramento da quantia de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais)** [...] ³²³.

³²² CF, art. 170 – A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: IV – livre concorrência;

³²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.487.046/MT*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 28 mar. 2017. Inteiro teor do acórdão, p. 36. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1553708&num_registro=201202275676&data=20170516&formato=PDF>. Acesso em: 28 fev. 2018 – Acórdão referido em FAMPA; SILVA, 2017, op. cit., p. 145-146.

Tal decisão serve para ratificar a importância do reconhecimento do lucro do ofensor como necessário critério de quantificação, sem o quê são praticamente esvaziadas as possibilidades de prevenção de futuras condutas lesivas semelhantes à do caso, pois é certo que, para o posto de gasolina infrator, a decisão do STJ revelou-se extremamente vantajosa no aspecto econômico, uma vez que não teve que restituir quase 80% (oitenta por cento) da quantia que obteve de forma indevida.

Isto reforça a conclusão de que o parâmetro do lucro indevido, em casos de dolo e culpa grave, exige a estipulação de parcela punitiva no bojo da indenização, sob pena de se estimular o mercado de danos, negando a função preventiva da responsabilidade civil. A lógica pode ser compreendida no seguinte exemplo: suponhamos que um agente acumule ilicitamente R\$1.000,00 (mil reais) a partir da lesão de direitos de determinada vítima; há múltiplas possibilidades que podem ocorrer após a conduta gravosa que não representem a compensação pelo dano sofrido. Citam-se algumas delas: a) o ofendido pode optar por não ingressar com a demanda indenizatória; b) em ajuizando a ação, esta pode ser extinta sem resolução do mérito por alguma razão, desestimulando-se o autor a promover novo ingresso; c) sendo julgada com resolução do mérito, o juiz pode não reputar procedentes os pedidos da exordial; d) sendo reputados procedentes os pedidos, o valor da indenização pode ser inferior a R\$1.000,00 (mil reais), invocando o magistrado a razoabilidade para fundamentar *quantum* na base de R\$500,00 (quinhentos reais); e) dentre outras.

Qualquer das situações descritas possibilita ao ofensor lucrar com seu próprio ato torpe, sendo um proveito integral nas três primeiras hipóteses e parcial na última, o que evidencia que a análise de custo-benefício frequentemente apontará na direção da infra legalidade, estimulando a prática de ilícitos de sua parte.

Acrescentemos agora a informação de que os mesmos R\$1.000,00 (mil reais) foram adquiridos às custas de 5 (cinco) vítimas diferentes, todas elas tendo o mesmo bem jurídico violado. Neste cenário, embora reduza-se drasticamente a possibilidade de que o lucro seja integralmente mantido – já que dificilmente alguma vítima não será reparada –, é provável que o agressor preserve para si alguma parcela oriunda do locupletamento indevido, o que se torna mais verossímil à medida em que aumenta o número de vítimas.

Diante disso, é necessário enfrentar um possível questionamento: se o direito à compensação pelos R\$1.000,00 (mil reais), eventualmente acompanhado por parcela adicional de finalidade punitiva, pertence igualmente a todas as vítimas, como proceder quanto à estipulação do *quantum* em demanda ajuizada por apenas uma delas, sem que se tenha

conhecimento de elementos essenciais a respeito da situação dos demais ofendidos (se ingressarão em juízo, se já ingressaram e tiveram o pleito atendido, se ingressaram e tiveram a pretensão negada etc.)? E mais: como lidar com o fato de que há direitos cuja determinação do rol de seus titulares é extremamente dificultosa ou impossível, a exemplo dos direitos difusos? São questões de grande relevo, cuja delimitação será melhor compreendida no decorrer da seção final deste capítulo.

Ainda sobre o caso do posto de gasolina, é intrigante que se verifique que a posição do STJ não se justifica sequer pela via do método bifásico, expressamente referido pelo relator como sistemática adotada para fins de quantificação, uma vez que, mesmo sendo reconhecida a gravidade do fato em si e a elevada culpabilidade do ofensor, o valor do *quantum* foi estabelecido em patamar ínfimo.

O que gera ainda mais incredulidade é que o Superior Tribunal de Justiça, além de contradizer o próprio método, também vai de encontro a posições vencedoras em outros julgados de sua lavra, nos quais reconhece a possibilidade de indenizações punitivas no afã de desestimular condutas deliberadamente danosas. É o que ocorre no REsp nº 1.136.676/RS, que versa sobre a proteção de direitos autorais em um caso de pirataria, no qual a relatora, a Ministra Nancy Andrighi, afirma que

A mera compensação financeira mostra-se não apenas conivente com a conduta ilícita, mas estimula sua prática, tornando preferível assumir o risco de utilizar ilegalmente os programas, pois, se flagrado e processado, o infrator se verá obrigado, quanto muito, a pagar ao titular valor correspondente às licenças respectivas³²⁴.

Seguindo esta linha de raciocínio, a Ministra votou pela condenação do demandado ao pagamento de indenização equivalente a 10 (dez) vezes o valor de mercado de cada um dos softwares utilizados sem a devida licença por parte do titular, recebendo a chancela irrestrita de seus pares. O entendimento adotado neste julgado é mais um que serve para comprovar que o STJ aceita atribuir propósito punitivo às indenizações, embora não sejam claras as razões que explicam em quais circunstâncias isto é admitido.

De qualquer forma, não há razão para negar que o parâmetro do lucro do ofensor autoriza o emprego de função punitiva, o que se dá nas hipóteses de dolo ou culpa grave, algo que encontra aderência com o método bifásico de quantificação. Isto se dá por meio do critério

³²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.136.676/RS*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 17 jun. 2010. Inteiro teor do acórdão, p. 8. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=983677&num_registro=200901647802&data=20100629&formato=PDF>. Acesso em: 01 mar. 2018 – Acórdão referido em FARIAS; ROSENVALD; BRAGA NETTO, 2017, op. cit., p. 282.

da culpabilidade do ofensor, uma vez que, em tese, tais elementos anímicos do agente ensejam a majoração do valor da indenização, por configurarem um grau de culpa elevado e passível de reprimenda.

Reconhecer a validade da função punitiva nestes casos, anuindo com a ampliação do espectro funcional da responsabilidade civil, não significa ir de encontro ao aparato normativo que rege a reparação de danos, classicamente infenso ao escopo sancionatório ou preventivo. Pelo contrário, representa uma adequação de sentido ao mandamento constitucional de tutela do ser humano em suas projeções existenciais, não se podendo mais visar apenas a resposta *ex post* ao dano, especialmente em se tratando de condutas que fazem parte de um processo racional de tomadas de decisão, que objetiva a maximização do lucro em detrimento da dignidade humana.

5.4 A PROTEÇÃO DA ESFERA JURÍDICA DA VÍTIMA ENTRE A TUTELA PROCESSUAL INDIVIDUAL E A COLETIVA

Demonstrada a pertinência e o cabimento do critério do lucro do ofensor nas indenizações por danos morais em abstrato, cabe-nos perquirir sua compatibilidade com relações jurídicas pautadas em direitos coletivos em sentido amplo, ou seja, os direitos difusos, os direitos coletivos *stricto sensu* e os direitos individuais homogêneos. Estas categorias gozam de conceituação legal no Código de Defesa do Consumidor, especificamente no artigo 81, parágrafo único³²⁵.

Neste sentido, os direitos difusos são compreendidos como aqueles cujos titulares são indetermináveis, estando ligados por circunstâncias de fato. A este respeito, pode-se fazer referência ao direito constitucional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (CF, art. 225, *caput*³²⁶), que alcança, inclusive, as futuras gerações.

³²⁵ Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

³²⁶ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Os direitos coletivos *stricto sensu* diferem-se dos difusos na medida em que admitem determinação de seus titulares, referindo-se, nos termos do CDC, a um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária a partir de uma determinada relação jurídica. É o que ocorre, *e.g.*, no caso de uma associação de pais de uma escola que se opõe judicialmente ao reajuste abusivo nas parcelas prestacionais, hipótese na qual, se deferida a tutela, a decisão aproveitará não apenas os participantes da associação, mas todos aqueles que possuem relação com o estabelecimento de ensino³²⁷.

Já os direitos individuais homogêneos são aqueles cuja tutela coletiva é facultativa, uma vez que são materialmente divisíveis em relação a seus titulares, pois cada um destes poderá reclamar individualmente sua proteção na esfera judicial. Basta imaginar a situação de uma empresa do ramo minerário que deixa de pagar o montante referente ao adicional de insalubridade a seus mineiros, situação que permite o ajuizamento de reclamações trabalhistas individuais, mas que igualmente autoriza a intervenção de legitimados a propor ação coletiva. Diferem das categorias, portanto, no que tange à fruição dos efeitos da tutela judicial, assim exposto por Dennis Verbicaro em comentário voltado para as relações de consumo:

A principal diferença entre os interesses individuais homogêneos e os demais, refere-se ao fato de que, nestes, é possível a fruição individual dos efeitos da sentença coletiva, a partir da fase de liquidação e cumprimento da decisão, quando serão apurados os danos concretos aos consumidores, o que não será possível no coletivo em sentido estrito, nem nos difusos, em razão da própria indivisibilidade do objeto da tutela [...] ³²⁸.

Diante do reconhecimento legal de tais categorias, persiste a pergunta: em que medida é admissível a aplicação do critério do lucro do ofensor quando forem violados direitos coletivos *lato sensu*, ainda que a ação pertinente seja movida na via individual? A saída para essa indagação será determinada conforme a respectiva classe do interesse jurídico do caso concreto, *i.e.*, se difuso, coletivo em sentido estrito ou individual homogêneo.

No caso dos primeiros, há, certamente, uma incongruência em se permitir o critério do lucro do ofensor em sede de demandas individuais, uma vez que, tendo em vista a indeterminação de titulares do bem violado, a condenação não poderia compensar uma vítima individual na proporção real do interesse atingido. Nestes casos, portanto, apenas a tutela coletiva justificaria a adoção do parâmetro.

Já em se tratando de direitos coletivos ou individuais homogêneos, considerando-se que os titulares são determinados ou determináveis, não entendemos haver qualquer

³²⁷ VERBICARO, Dennis. *A tutela processual dos interesses individuais homogêneos no âmbito da relação de consumo e suas controvérsias*. Revista do Mestrado em Direito UCB, vol. 11, n. 1, jan./jun., 2017b, p. 210.

³²⁸ *Ibid.*, p. 211.

incompatibilidade com o parâmetro em questão. Isto porque, se delimitado o montante do lucro do ofensor, este pode ser repartido igualmente entre os sujeitos afetados. Decerto, esta divisão depende de arbitramento judicial em fase de liquidação de sentença ou de comprovação acerca do quantitativo de vítimas, especialmente em casos de danos a direitos coletivos, para que a definição da parcela a ser repassada à vítima não possa servir de contraponto à tutela de outros ofendidos que venham a ingressar com demanda indenizatória.

É evidente que a tutela coletiva é a opção ideal nestes casos, por exercer “uma força contra majoritária em relação aos detentores dos meios de produção”³²⁹, concentrando as pretensões individuais em apenas um feito e indicando a dimensão plural do dano para o juiz. Entretanto, o cabimento de ação coletiva em tais situações não deve excluir a possibilidade de tutela individual, que pode ser operada em condições semelhantes, já que, mesmo em sede de tutela coletiva, não é possível dispensar a necessidade de aferição do quantitativo de vítimas para que se partilhe a indenização entre os sujeitos afetados³³⁰.

Outrossim, a título de curiosidade, vale a menção de que o projeto de Código de Processo Civil trazia interessante inovação a respeito do manejo destes interesses na via processual, o chamado incidente de coletivização de demandas, que possibilitava a conversão de ação individual em coletiva a partir de requerimento do Ministério Público ou da Defensoria Pública. Lamentavelmente, o artigo 333³³¹ do projeto, que dispunha a este respeito, foi vetado pela então presidente da República Dilma Rousseff, acompanhando posição da Ordem dos Advogados do Brasil.

Atentos ao conjunto de elementos que compõem esta seção e as antecedentes, podemos propor uma tentativa de resposta ao problema apresentado na seção 5.2, referente ao dano a bem jurídico usualmente valorado entre 3 e 7, por meio do qual o agente enriquece em

³²⁹ VERBICARO, Dennis. *A tutela processual coletiva do consumidor a partir da atuação concertada dos legitimados ativos*. Revista Jurídica Cesumar (Mestrado), vol. 17, n. 3, set./dez., 2017a, p. 770.

³³⁰ Exceção a esta conclusão seriam os casos em que o proveito econômico da decisão é direcionado a fundo coletivo de reparação, previsto no artigo 13 da Lei nº 7.347/85 (VERBICARO, 2017b, op. cit., p. 211), também denominada de Lei da Ação Civil Pública. Tal medida, embora seja pertinente em alguns casos de direitos coletivos, desconsidera que há uma projeção individual do dano – mesmo em danos coletivos *stricto sensu* –, e que negar a compensação individual das vítimas pode representar uma incompatibilidade com a dimensão compensatória da função primária de reparação.

³³¹ Art. 333. Atendidos os pressupostos da relevância social e da dificuldade de formação do litisconsórcio, o juiz, a requerimento do Ministério Público ou da Defensoria Pública, ouvido o autor, poderá converter em coletiva a ação individual que veicule pedido que:

I - tenha alcance coletivo, em razão da tutela de bem jurídico difuso ou coletivo, assim entendidos aqueles definidos pelo art. 81, parágrafo único, incisos I e II, da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e cuja ofensa afete, a um só tempo, as esferas jurídicas do indivíduo e da coletividade;

II - tenha por objetivo a solução de conflito de interesse relativo a uma mesma relação jurídica plurilateral, cuja solução, por sua natureza ou por disposição de lei, deva ser necessariamente uniforme, assegurando-se tratamento isonômico para todos os membros do grupo.

10 unidades. Nestas circunstâncias, qual deve ser o valor fixado a título de indenização por danos morais: 3, 7, 10 ou outra monta?

Por exigências da justiça corretiva aristotélica, devemos considerar que, em abstrato, o *quantum* deve corresponder a 10 unidades, podendo sofrer modulações a partir de determinadas condicionantes. A primeira condicionante é o estado anímico do agressor ao praticar a conduta; se este causou o dano imbuído de dolo ou culpa grave, é permitida a elevação do *quantum* para montante superior a 10, em conformidade com o critério do grau de culpabilidade do ofensor, presente no método bifásico de quantificação do STJ.

A segunda condicionante corresponde a hipóteses de danos a direitos, bens e interesses de natureza transindividual ou individual homogênea. Neste particular, se estivermos diante de uma demanda coletiva, o parâmetro poderá ser adotado irrestritamente em todos os casos. Em caso de tutela individual, por outro lado, não se torna possível sua utilização em demandas envolvendo direitos difusos, pelas razões oportunamente apresentadas. Finalmente, quanto à tutela de direitos coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, sustenta-se que o arbitramento da indenização deve se dar na proporção de $10/n$, desde que possível determinar, ao menos de forma aproximada, o número de titulares do direito respectivo, variável que equivale ao “n” da representação exposta.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo formulou, ao longo do desenvolvimento dos capítulos, diversas conclusões. Dentre as principais delas, cabe destacar inicialmente que para compatibilizar a função reparatória da responsabilidade civil com o tratamento concedido à figura do dano moral, é necessário compreendê-la a partir de sua dimensão compensatória, uma vez que tais danos são categoria jurídica inconciliável com a ideia de restituição do ofendido ao *status quo ante*.

Ademais, é forçoso reconhecer a relevância destes danos no contexto de proteção primaz da dignidade humana na ordem constitucional brasileira, por se constituir em via de concretização dos predicados existenciais da pessoa nas relações entre particulares. Rompe-se, decididamente, com quaisquer teses contrárias à sua reparabilidade, lógica presente no contexto anterior a 1988, e que progressivamente abandona o ideário da civilística, apesar do trato tímido que o Código Civil de 2002 outorgou à matéria.

Deste modo, no sentido de garantir a máxima tutela de bens e interesses morais, deve-se considerar o dano moral como sendo toda lesão injusta à dignidade da pessoa humana, assim considerada como uma cláusula geral de tutela da pessoa, de modo a ampliar o leque de direitos cuja violação autoriza reprimenda pela via do dano moral. A atribuição de um caráter autônomo a ele, por sinal, torna o sistema de reparação civil mais receptivo em uma perspectiva funcional, servindo de ferramenta para que os juízes deem vazão aos paradigmas punitivo e preventivo da responsabilidade por danos.

Isto acaba por aumentar o nível de complexidade do processo de quantificação das indenizações neste particular, por serem variados os critérios propostos no afã de estabelecer um *quantum* justo em uma dupla perspectiva: a) adequado a casos pretéritos semelhantes e; b) harmônico com as peculiaridades do caso concreto.

Precisamente com base nestes dois vieses, o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino propôs, em sede doutrinária, o chamado método bifásico de quantificação, que acabou por ser incorporado pela jurisprudência do STJ, e que busca estabelecer parâmetros de modo a reduzir minimamente o arbítrio dos juízes nesta tarefa. O método em questão consolida a conclusão de que a jurisprudência brasileira tem atribuído escopo punitivo e preventivo às indenizações por danos morais, o que tem lugar em critérios como o grau de culpabilidade do ofensor, conforme indicado pelo próprio autor da proposta.

Apresentados tais elementos, a investigação partiu para a análise particular do critério do lucro do ofensor, considerando que as hipóteses fáticas que atraem sua incidência

não são isoladas, fazendo parte, em miríade de casos, de um processo de tomada racional de decisões de atores de mercado, que violam direitos para se locupletar indevidamente às custas da esfera jurídica de terceiros. Estas lesões usualmente possuem projeções que transcendem o estatuto existencial da vítima, representando também – no mínimo – uma ofensa a concorrentes que atuam sob o manto da legalidade, configurando o chamado *dumping social*.

Em face da tormentosa dificuldade – quiçá impossibilidade – de tratar os fenômenos sociais abordados à luz da construção teórica do instituto do lucro da intervenção, o trabalho avançou para o exame das interlocuções entre o critério do lucro do ofensor e as funções contemporâneas da responsabilidade civil, para aportar a uma resposta à pergunta de pesquisa indicada na introdução.

Neste sentido, encontra-se talvez a conclusão mais relevante a que se chegou: a de que o parâmetro do lucro do ofensor é validado pela formulação conceitual da função reparatória, não sendo necessário que se recorra às funções punitiva ou preventiva para justificar sua aplicabilidade no direito brasileiro. Desta maneira, o critério se associa, na perspectiva do ofensor, à dimensão restitutória da função reparatória, enquanto se opera em favor da vítima a dimensão compensatória.

Sem prejuízo, o critério pode dialogar com os aspectos sancionatório e dissuasório da responsabilidade por danos, a partir de sua conexão com o critério do grau de culpabilidade do ofensor, uma vez que, quando o lucro for obtido em caráter doloso ou em estado de culpa grave, será possível estipular indenização em patamar superior ao lucro em si, a fim de desestimular a prática de condutas lesivas análogas.

Uma ressalva importante deve ser destacada: concluímos que, em casos que envolvam direitos difusos, apenas será possível a utilização do critério em sede de ações coletivas, tendo em vista que, em decorrência da indeterminação do rol de titulares, não será possível repassar integralmente o proveito auferido pelo agressor à vítima que ingresse em demanda individual, o que poderia constituir óbice para a tutela de outros ofendidos em contendas paralelas presentes ou futuras. Faz-se a ressalva que não se está a defender que, em tais situações, o lucro deve continuar a integrar o patrimônio do ofensor; trata-se, na verdade, de questão em aberto, a ser desenvolvida possivelmente em trabalhos posteriores.

Já no que se refere a direitos coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, é cabível a aplicação do parâmetro, sendo essencial, contudo, que a indenização destinada à vítima a este título compreenda a necessária repartição da receita ilícita entre os indivíduos afetados com a conduta danosa.

Portanto, em linhas gerais, conclui-se que o critério do lucro do ofensor é

compatível com o ordenamento jurídico pátrio e, especialmente, com as funções contemporâneas da responsabilidade civil, ostentando, per si, caráter reparatório, não sendo necessário que se admita a função punitiva ou a preventiva no Brasil para que seja aplicado em indenizações por danos morais, o que não limita o *quantum* nesta proporção em casos de dolo e culpa grave do agente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Universidade Estácio de Sá**: Dano moral e indenização punitiva. 280 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2003. Disponível em: <http://www.estacio.br/mestrado/direito/dissertacao/trabalhos/andre_andrade.pdf>. Acesso em: 27 out. 2017.

ANTUNES, Júlia Caiuby de Azevedo. A previsibilidade nas condenações por danos morais: uma reflexão a partir das decisões do STJ sobre relações de consumo bancárias. **Revista Direito GV**, vol. 5, n. 1, São Paulo, Jan./Jun., 2009, p. 169-183. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v5n1/a09v5n1.pdf>>. Acesso em: 12 nov. 2017.

ARGENTINA. **Ley nº 24.240**, de 22 setiembre de 1993. Disponível em: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/638/texact.htm>>. Acesso em: 11 fev. 2018.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Eudoro de Souza. 4ª ed. Coleção “Os Pensadores” – vol. 2. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

BARBIERI, Catarina Helena Cortada. **Universidade de São Paulo**: Fundamentos teóricos da responsabilidade civil. 143 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 71-72. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-27022009-105040/pt-br.php>>. Acesso em: 24 fev. 2018.

BARRIOS, Luís Fernando Ternera; BARRIOS, Francisco Ternera. Breves comentarios sobre el daño y su indemnización. **Opinión Jurídica**, vol. 7, n. 13, jan./jun., 2008, p. 97-112. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-25302008000100005&lang=pt>. Acesso em: 13 dez. 2017.

BASSAN, Marcela Alcazas. **Universidade de São Paulo**: As funções da indenização por danos morais e a prevenção de danos futuros. 145 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-24112009-133257/pt-br.php>>. Acesso em: 25 out. 2017.

BATISTA, Francisco Diego Moreira. Critérios para fixação dos danos extrapatrimoniais. **Revista de Direito (Viçosa)**, v. 7, n. 1, 2015, p. 103-135. Disponível em: <<http://www.seer.ufv.br/seer/revdireito/index.php/RevistaDireito-UFV/article/view/230/37>>. Acesso em: 15 dez. 2017.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Trad.: Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

BERGSTEIN, Laís Gomes; MARQUES, Claudia Lima. Socialização de riscos e reparação integral do dano no Direito Civil e do Consumidor no Brasil. In: RIBEIRO, Luiz Gustavo Gonçalves; CARREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco (org.). **VI Encontro Internacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito** – Novas Perspectivas do Direito: diálogos ou disjunções entre o Direito Público e o Direito Privado, p. 195-219.

BERLINI, Luciana Fernandes. Responsabilidade civil: desafios e parâmetros de fixação dos danos morais. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianosvki et al. (Org.). **Direito Civil Constitucional**: a ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014, p. 291-302.

BITTAR, Carlos Alberto. Reparação civil por danos morais: tendências atuais. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, vol. 19, n. 74, out./dez., 1995, p. 13-18.

BONNA, Alexandre Pereira. **Universidade Federal do Pará**: Danos em massa e os punitive damages. 161 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Pará, Belém, 2015. Disponível em: <<http://ppgd.proesp.ufpa.br/ARQUIVOS/dissertacoes/DANOS%20EM%20MASSA%20E%20OS%20PUNITIVE%20DAMAGES.pdf>>. Acesso em: 13 fev. 2018.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direitos de personalidade e dignidade: da responsabilidade civil para a responsabilidade constitucional. In: DELGADO, Mário Luiz. (Org.) **Novo Código Civil**: questões controvertidas – Responsabilidade Civil. São Paulo: Método, 2006, p. 557-582.

BRASIL. Conselho de Justiça Federal. **V Jornada de Direito Civil**, Brasília, 2012. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil/VJornadadireitocivil2012.pdf/view>>. Acesso em: 07 nov. 2017.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 16 ago. 2017.

_____. Decreto nº 2.681/1912, de 07 de dezembro de 1912. **Diário Oficial da União**. Brasília, 1912. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2681_1912.htm>. Acesso em: 05 out. 2017.

_____. Decreto-Lei nº 5.452/1943, de 1º de maio de 1943. **Diário Oficial da União**. Brasília, 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm>. Acesso em: 17 set. 2017.

_____. Lei nº 3.071/1916, de 1º de janeiro de 1916. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L3071impresao.htm>. Acesso em: 21 ago. 2017.

_____. Lei nº 4.117/1962, de 27 de agosto de 1962. **Diário Oficial da União**. Brasília, 1962. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4117.htm>. Acesso em: 13 set. 2017.

_____. Lei nº 4.737/1965, de 15 de julho de 1965. **Diário Oficial da União**. Brasília, 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4737.htm>. Acesso em: 13 set. 2017.

_____. Lei nº 5.250/1967, de 09 de fevereiro de 1967. **Diário Oficial da União**. Brasília, 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVil_03/leis/L5250.htm>. Acesso em: 13 set. 2018.

_____. Lei nº 8.078/1990, de 11 de setembro de 1990. **Diário Oficial da União**. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 16 ago. 2017.

_____. Lei nº 10.406/2002, de 10 de janeiro de 2002. **Diário Oficial da União**. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 16 ago. 2017.

_____. Lei nº 13.105/2017, de 16 de março de 2015. **Diário Oficial da União**. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 15 dez. 2017.

_____. Lei nº 13.467/2017, de 13 de julho de 2017. **Diário Oficial da União**. Brasília, 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113467.htm>. Acesso em: 27 jan. 2018.

_____. Medida Provisória nº 808/2017, de 14 de novembro de 2017. **Diário Oficial da União**. Brasília, 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Mpv/mpv808.htm>. Acesso em: 27 jan. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.144.648/PR. Relator: Antonio Carlos Ferreira. Brasília, 23 fev. 2018. **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1673167&num_registro=201701871597&data=20180223&formato=PDF>. Acesso em: 26 nov. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 168.945/SP. Relator: Antônio de Pádua Ribeiro. Brasília, 08 out. 2001. **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMG&sequencial=39633&num_registro=199800221050&data=20011008&formato=PDF>. Acesso em: 15 dez. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 213.731/PR. Relator: Ministro Eduardo Ribeiro. Brasília, 21 ago. 2000. **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199900411803&dt_publicacao=21-08-2000&cod_tipo_documento=>>. Acesso em: 13 dez. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 959.780/ES. Relator: Ministro Paulo de Tarso Vieira Sanseverino. Brasília, 06 mai. 2011. **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1056109&num_registro=200700554919&data=20110506&formato=PDF>. Acesso em: 17 abr. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.136.676/RS. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 29 jun. 2010. **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=983677&num_registro=200901647802&data=20100629&formato=PDF>. Acesso em: 01 mar. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.197.284/AM. Relator: Ministro Paulo de Tarso Vieira Sanseverino. Brasília, 30 out. 2012. **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1190622&num_registro=201001040970&data=20121030&formato=PDF>. Acesso em: 07 fev. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.332.366/MS. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 07 dez. 2016. **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1553448&num_registro=201201381772&data=20161207&formato=PDF>. Acesso em: 20 fev. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.359.250/SP. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 27 nov. 2013. **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1284306&num_registro=201301244400&data=20131127&formato=PDF>. Acesso em: 08 fev. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.487.046/MT. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 16 mai. 2017. **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1553708&num_registro=201202275676&data=20170516&formato=PDF>. Acesso em: 28 fev. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 7. Brasília, 03 jul. 1990. **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%277%27\).sub.#TIT1TEMA0](http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%277%27).sub.#TIT1TEMA0)>. Acesso em: 01 fev. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 281. Brasília, 13 mai. 2004. **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_21_capSumula281.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 11.786/MG. Relator: Ministro Ozonimbo Nonato. Brasília, 19 jan. 1951. **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=116970>>. Acesso em: 08 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 22.629/RN. Relator: Ministro Luiz Gallotti. Brasília, 28 jan. 1954. **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=123932>>. Acesso em: 08 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 26.427/DF. Relator: Macedo Ludolf – Convocado. Brasília, 11 ago. 1955. **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=127480>>. Acesso em: 16 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 33.429/DF. Relator: Ministro Ribeiro da Costa. Brasília, 24 jan. 1957. **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=133947>>. Acesso em: 16 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, vol. 35, tomo 1, jan. 1966. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/035_1.pdf>. Acesso em: 20 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, vol. 39, tomo 1, jan. 1967. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/039_1.pdf>. Acesso em: 20 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 491. Brasília, 10 dez. 1969. **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=491.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 21 out. 2017.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 1000240-75.2015.8.26.0315. Relator: Desembargador Eduardo Gouvêa. São Paulo, 17 out. 2017. **Diário da Justiça Eletrônico**. Disponível em: <goo.gl/sMaVrT>. Acesso em: 16 fev. 2018.

BUCAR, Daniel; TEIXEIRA, Daniele Chaves. Prescrição e reparação do dano moral. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianosvki et al. (Org.). **Direito Civil Constitucional: a ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014, p. 223-246.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Trad.: António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro. 3ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Tendências da Responsabilidade Civil no Direito Contemporâneo. In DELGADO, Mário Luiz. (Org.) **Novo Código Civil: questões controvertidas – Responsabilidade Civil**. São Paulo: Método, 2006, p. 583-606.

CIANCI, Mirna. **O valor da reparação moral**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

COASE, Ronald. **A firma, o mercado e o direito**. Tradução de Heloisa Gonçalves Barbosa. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. Capitalismo: civilização e poder. **Estudos Avançados**, vol. 25, n. 72, 2011, p. 256. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v25n72/a20v25n72.pdf>>. Acesso em: 18 fev. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2017**: ano-base 2016, Brasília/DF, 2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/904f097f215cf19a2838166729516b79.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2017.

CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.) **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 31-56.

COUTO, Igor Costa; SILVA, Isaura Salgado; MORAES, Maria Celina Bodin de. A quantificação do dano moral segundo o Superior Tribunal de Justiça. **Civilistica.com**, ano 2, n. 1, jan./jun., 2013, p. 1-17. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/Couto-e-Silva-civilistica.com-a.2.n.1.2013.pdf>>. Acesso em: 05 fev. 2018.

DAGAN, Hanoch. Restitutionary damages for breach of contract: an exercise in private law theory. **Theoretical Inquiries in Law**, vol. 1, n. 1, 2000, p. 115-154. Disponível em: <<http://www7.tau.ac.il/ojs/index.php/til/article/view/181/158>>. Acesso em: 26 fev. 2018.

DEDA, Artur Oscar de Oliveira. A controvérsia teórica sobre a reparabilidade dos danos morais. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, vol. 1, n. 1, jul./set., 1977, p. 15-27.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil**: com comentários à Lei n. 13.467/2017. São Paulo: Livraria dos Tribunais, 2017.

DELGADO, Rodrigo Mendes. **O valor do dano moral**: como chegar até ele. 3ª ed. São Paulo: JH Mizuno Editora, 2011.

DIAS, Eduardo Rocha. Situações jurídicas existenciais e jusfundamentalidade. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianosvki et al. (Org.). **Direito Civil Constitucional**: a resignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014, p. 31-49.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento – vol. 1. 17ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

DODGE, William. The case for punitive damages in contracts. **Duke Law Journal**, n. 4, 1999, p. 629-699. Disponível em: <<http://bit.ly/2I72Izc>>. Acesso em: 27 fev. 2018.

DUMPING social: indenização deve ser requerida pelo ofendido. **Portal do Tribunal Superior do Trabalho**, Brasília, 25 jan. 2013. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/dumping-social-indenizacao-deve-ser-requerida-pelo-ofendido>. Acesso em: 18 fev. 2018.

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Responsabilidade civil ou direito de danos? Breves reflexões sobre a inadequação do modelo tradicional sob o prisma do Direito Civil Constitucional. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianosvki et al. (Org.). **Direito Civil Constitucional: a ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014, p. 303-314.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito Civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

_____. Entre duas modernidades: a constituição da persona e o mercado. **Revista de Direito Brasileira**, ano 1, vol. 1, jul./dez., 2011, p. 101-110. Disponível em: <<http://www.rdb.org.br/ojs/index.php/rdb/article/view/54/53>>. Acesso em: 18 fev. 2018.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianosvki. Um projeto de Código Civil na contramão da Constituição. **Revista Trimestral de Direito Civil**, ano 1, v. 4, out./dez. 2000, p. 243-263.

FAMPA, Daniel Silva; LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. As cláusulas gerais e o aprimoramento da interpretação sistemática no Direito Civil brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva**, vol. 3, n. 1, jan./jun., 2017, p. 17-32. Disponível em: <<http://www.indexlaw.org/index.php/direitocivil/article/view/1841/pdf>>. Acesso em: 02 fev. 2018.

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; SANTANA, Ágatha Gonçalves. (Org.). **Responsabilidade Civil no Século XXI e a construção do Direito de Danos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 133-154.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Novo Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2017.

FONSECA, Aline Klayse dos Santos; LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. Aplicação de sanções preventivas na responsabilidade civil para a máxima tutela dos direitos fundamentais nas relações privadas. In: OLIVEIRA, José Sebastião de; SILVA, Nilson Tadeu Reis Campos (org.). **XXV Congresso do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – Direito Civil Contemporâneo III**. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/iw7x844x/6tc83SrW51e9xn56.pdf>>. Acesso em: 14 ago. 2017.

FRANCO, Júlio César Silva de Mendonça. **Universidade Estadual Paulista: danos morais – compensabilidade e quantificação**. 126 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estadual Paulista, Franca, 2008. Disponível em: <https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/89871/franco_jcsm_me_fran.pdf?sequen ce=1&isAllowed=y>. Acesso em: 25 out. 2017.

FROTA, Hidemberg Alves da. Noções fundamentais sobre o dano existencial. **Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 2, n. 22, set. 2013, p. 62-78. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/1939/95532>>. Acesso em: 18 nov. 2017.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Reforma Trabalhista**: análise crítica da Lei 13.467/2017 (material complementar). 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 4. Disponível em: <<https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/28f9805c01b1a1ef848a30e0e63fa5c3.pdf>>. Acesso em: 30 jan. 2018.

GODOY, Altamar Pasin de. Dano moral e a sua consagração no direito brasileiro. **Revista Jurídica Cesumar Mestrado**, v. 3, n. 1, 2003, p. 223-238.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. I fondamenti e le prospettive della responsabilità civile nel diritto brasiliano. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, vol. 19, n. 71, jan./mar., 1995, p. 98-109.

GROSSKOPF, Ofer; MEDINA, Barak. Remedies for Wrongfully-Issued Preliminary Injunctions: The Case for Disgorgement of Profits. **Seattle University Law Review**, vol. 32, n. 4, 2009, p. 914. Disponível em: <<https://digitalcommons.law.seattleu.edu/sulr/vol32/iss4/2/>>. Acesso em: 25 fev. 2018.

HUBERMAN, Leo. **História da riqueza do homem**: do feudalismo ao século XXI. Tradução de Waltensir Dutra. 22ª ed. Rio de Janeiro: LTC, 2010.

ITÁLIA. Il Codice Civile Italiano, del 16 marzo 1942. **Gazzetta Ufficiale**, n. 79, del 4 aprile 1942. Disponível em: <http://www.jus.unitn.it/cardozo/obiter_dictum/codciv/Codciv.htm>. Acesso em: 11 fev. 2018.

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**, ano 8, vol. 29, jan./mar., 2007, p. 3-34.

_____. Critérios para reparação do dano moral. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 18, jan./jul., 2001, p. 47-58.

_____. Dificuldades de uma abordagem unitária do lucro da intervenção. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, vol. 13, n. 4, out./dez., 2017, p. 231-248.

KONDER, Carlos Nelson; SAAR, Patrick. A relativização do duplo limite e da subsidiariedade nas ações por enriquecimento sem causa. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (org.). **Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional / IV Congresso do IBDCivil – Da dogmática à efetividade do Direito Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 147-156.

KROETZ, Maria Cândida do Amaral. **Universidade Federal do Paraná**: Enriquecimento sem causa no Direito Civil brasileiro contemporâneo e recomposição patrimonial. 207 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005. Disponível em: <https://www.ucc.ie/academic/law/restitution/archive/brazil/Enriquecimento_sem_causa.pdf>. Acesso em: 09 fev. 2018.

LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. Dano moral: (re)configuração de um conceito. In: LEAL, Pastora do Socorro Teixeira; SANTANA, Ágatha Gonçalves. (Org.) **Responsabilidade Civil**

no século XXI e a construção do Direito de Danos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017a, p. 173-198.

_____. LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. Os “novos danos” à pessoa humana decorrentes de práticas abusivas. In: MARANHÃO, Ney; TUPINAMBÁ, Pedro Tourinho (Coord.) **O mundo do trabalho no contexto das reformas: análise crítica – homenagem aos 40 anos da AMATRA 8.** São Paulo: LTr, 2017b, p. 300-313.

_____. Responsabilidade Civil: inovações normativas, desafios e perspectivas. In: LEAL, Pastora do Socorro Teixeira. (Org.) **Direito Civil Constitucional e outros estudos em homenagem ao Prof. Zeno Veloso: uma visão luso-brasileira.** São Paulo: Atlas, 2014, p. 461-498.

LEAL, Pastora do Socorro Teixeira; BONNA, Alexandre Pereira. A fundamentação ética dos *punitive damages* e do dever de prevenir danos. **Revista Fides**, Natal, v. 8, n. 1, jan./jun. 2017a.

_____. Requisitos objetivos e subjetivos dos *punitive damages*: critérios à aplicação no direito brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (org.). **Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional / IV Congresso do IBDCivil – Da dogmática à efetividade do Direito Civil.** Belo Horizonte: Fórum, 2017b, p. 617-632.

LEAL, Pastora do Socorro Teixeira; MOURA, Ruan Henrique Loureiro. **Universidade Federal do Pará: (Re)Configuração do Dano Moral e tutela da Dignidade da Pessoa Humana.** 2015. 9 f. Relatório de Projeto de Pesquisa – Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciências Jurídicas, Belém, 2015.

LEGGETT, Christopher. The ford pinto case: the valuation of life as it applies to the negligence-efficiency argument. **Law e Valuation**, 1999. Disponível em: <<http://users.wfu.edu/palmitar/Law&Valuation/Papers/1999/Leggett-pinto.html>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

LIMA, Bruna Pinheiro; CAVALCANTE, Andreza Very; ALVES, Joana Pereira. O novo parâmetro indenizatório por danos extrapatrimoniais e sua incompatibilidade com a ordem jurídica brasileira. **Revista Direitos, Trabalho e Política Social**, vol. 4, n. 6, jan./jun., 2018, p. 201-223. Disponível em: <<http://revista91.hospedagemdesites.ws/index.php/rdtps/article/viewFile/110/83>>. Acesso em: 30 jan. 2018.

LINS, Thiago. **O lucro da intervenção e o direito à imagem.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

LÔBO, Paulo. Constitucionalização do Direito Civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 141, p. 99-110, 1999.

LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da Precaução e evolução da Responsabilidade Civil.** São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MAIA, Maurilio Casas. O dano temporal indenizável e o mero dissabor cronológico no mercado de consumo: quando o tempo é mais que dinheiro – é dignidade e liberdade. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 92, mar./abr., 2014, versão e-book.

MARANHÃO, Clayton. Observações sobre o ilícito, o dano e a tutela dos direitos fundamentais. **Revista Trimestral de Direito Civil**, ano 1, v. 4, out./dez. 2000, p. 17-22.

MARTINS-COSTA, Judith. Dano moral à brasileira. **Revista do Instituto de Direito Brasileiro**, ano 3, n. 9, 2014, p. 7073-7122. Disponível em: <https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2014/09/2014_09_07073_07122.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2018.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e Abusos da Função Punitiva: *punitive damages* e o Direito Brasileiro. **Revista CEJ**, Brasília, n. 28, p. 15-32, jan./mar. 2005.

MELO, Diogo L. Machado de. A função punitiva da reparação dos danos morais (e a destinação de parte da indenização para entidades de fins sociais – Artigo 883, parágrafo único do Código Civil). In DELGADO, Mário Luiz. (Org.) **Novo Código Civil: questões controvertidas – Responsabilidade Civil**. São Paulo: Método, 2006, p. 85-124.

MELO, Nehemias Domingos de. **Dano moral: problemática – do cabimento à fixação do quantum**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

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

MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. **Direito, Estado e Sociedade** (Impresso), v. 29, p. 233-258, 2006. Disponível em: <<http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/view/295/267>>. Acesso em: 14 ago. 2017.

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

NORONHA, Fernando. Responsabilidade civil: uma tentativa de ressystematização. **Revista de Direito Civil, Agrário, Imobiliário e Empresarial**, vol. 17, n. 64, abr./jun., 1993, p. 12-46.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento**, Rio de Janeiro, 1992. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em: 12 ago. 2017.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Trad.: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PIGOU, Arthur C. **The Economics of Welfare**. 4ª ed. London: Macmillan & Co, 1932.

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, p. 17-36, jul./dez. 2007.

_____. Funções e princípios justificadores da responsabilidade civil e o art. 927, § único do Código Civil. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 91-107, mai. 2005.

PÜSCHEL, Flavia Portella et al. **A quantificação do Dano Moral no Brasil**: Justiça, segurança e eficiência. Série Pensando o Direito, Brasília, vol. 37, 2011. Disponível em: <http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/37Pensando_Direito1.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2018.

RAMOS, André Luiz Arnt. Reparação civil e precedente judicial: reflexões preliminares a partir da leitura do REsp nº 959.780/ES. In: FACHIN, Luiz Edson et al. (Coord.). **Jurisprudência civil brasileira**: métodos e problemas. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 219-232.

REIS, Clayton. O dano moral. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, vol. 8, n. 28, abr./jun., 1984, p. 64-81.

_____. **Os novos rumos da indenização do dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

RESEDÁ, Salomão. A função sancionatória da responsabilidade civil: uma nova realidade frente aos danos morais. **Revista Direito Unifacs – Debate Virtual**, n. 205, jul., 2017, p. 1-31.

_____. **A função social do dano moral**. São Paulo: Conceito Editorial, 2009.

RIOS, Arthur E. S. Responsabilidade civil: os novos conceitos indenizáveis no Projeto Reale. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, vol. 10, n. 36, abr./jun., 1986, p. 68-82.

RODRIGUES, Francisco Luciano Lima; VERAS, Gésio de Lima. Dimensão funcional do dano moral no direito civil contemporâneo. **Civilistica.com**, ano 4, n. 2, abr./jun., 2015, p. 1-24. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/12/Rodrigues-e-Veras-civilistica.com-a.4.n.2.20151.pdf>>. Acesso em: 13 fev. 2018.

ROSENVALD, Nelson. **Você conhece o Disgorgement?** Nelson Rosenvald, Belo Horizonte, 10 nov. 2015. Disponível em: <<https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2015/11/10/Voc%C3%AA-conhece-o-Disgorgement>>. Acesso em: 25 fev. 2018.

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**, ano 44, n. 175, jul./set., 2007, p. 21-40. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496907>>. Acesso em: 13 dez. 2018.

SANTOS, Antonio Jeová. **Dano moral indenizável**. 6ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. Direitos da personalidade e dano moral coletivo. **Revista do TRT9**, v. 36, n. 1, versão digital, 2011. Disponível em: <<http://www.trt9.jus.br/porta/arquivos/2058469>>. Acesso em: 12 nov. 2017.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**: do pensamento único à consciência universal. 24ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2015.

SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais**: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHREIBER, Anderson. Arbitramento do dano moral no novo Código Civil. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 20, jan./jul., 2002, p. 16-38.

_____. **Direito Civil e Constituição**. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. **Direitos da personalidade**. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SERPA, Pedro Ricardo e. **Universidade de São Paulo**: Indenização punitiva. 386 f. Dissertação (Mestrado em Direito), Programa de Pós-Graduação em Direito, São Paulo, 2011. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-15052012-102822/pt-br.php>. Acesso em: 08 set. 2017.

SESSAREGO, Carlos Fernández. Hacia una nueva sistematización del daño a la persona. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, vol. 20, n. 75, jan./mar., 1996, p. 5-16.

SILVA, Américo Luís Martins. **O dano moral e a sua reparação civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SILVA, Clóvis V. do Couto e. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, vol. 2, jan./mar. 2015, p. 333-348. Disponível em: <https://www.academia.edu/14328352/O_CONCEITO_DE_DANO_NO_DIREITO_BRASILEIRO_E_COMPARADO_CLOVIS_DO_COUTO_E_SILVA_>. Acesso em: 17 out. 2017.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à Reforma Trabalhista**. São Paulo: Revista dos Tribunais, versão eletrônica, 2017.

SILVA, Rodrigo da Guia. Contornos do enriquecimento sem causa e da responsabilidade civil: estudo a partir da diferença entre lucro da intervenção e lucros cessantes. **Civilistica.com**, ano 5, n. 2, jul./dez., 2016, p. 1-25. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2017/01/Silva-civilistica.com-a.5.n.2.2016.pdf>>. Acesso em: 09 fev. 2018.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SUPREMO julga Lei de Imprensa incompatível com a Constituição Federal. **Portal do Supremo Tribunal Federal**, Brasília, 30 abr. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/vernoticiadetalle.asp?idconteudo=107402>>. Acesso em: 15 dez. 2017.

TEPEDINO, Gustavo. A razoabilidade e a sua adoção à moda do jeitão. **Revista Brasileira de Direito Civil**, vol. 8, n. 2, abr./jun., 2016, p. 6-8.

_____. A razoabilidade na experiência brasileira. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (org.). **Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional / IV Congresso do IBDCivil** – Da dogmática à efetividade do Direito Civil. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 27-36.

VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. **Universidade Federal do Paraná: A construção da responsabilidade civil preventiva no direito civil contemporâneo**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2012, 349 p. Disponível em: <<http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/28243/R%20-%20T%20-%20THAIS%20GOVEIA%20PASCOALOTO%20VENTURI.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 14 ago. 2017.

_____. **Universidade Federal do Paraná: A responsabilidade civil e sua função punitivo-pedagógica no direito brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Programa de Pós-Graduação em Direito, Curitiba, 2006, 234 p. Disponível em: <<http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/35934/R%20-%20D%20-%20THAIS%20GOVEIA%20PASCOALOTO%20VENTURI.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 14 ago. 2017.

VERBICARO, Dennis. A tutela processual coletiva do consumidor a partir da atuação concertada dos legitimados ativos. **Revista Jurídica Cesumar (Mestrado)**, vol. 17, n. 3, set./dez., 2017a, p. 741-772.

_____. A tutela processual dos interesses individuais homogêneos no âmbito da relação de consumo e suas controvérsias. **Revista do Mestrado em Direito UCB**, vol. 11, n. 1, jan./jun., 2017b, p. 207-236.

VERBICARO, Dennis; 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, 2017, p. 75-99.

VILLANACCI, Gerardo. Rilevanza e bilanciamento degli interessi nella qualificazione e quantificazione del danno. **Revista Brasileira de Direito Civil**, vol. 4, n. 2, abr./jun., 2015, p. 101-124.

WEINRIB, Ernest J. Punishment and disgorgement as contract remedies. **Chicago-Kent Law Review**, vol. 78, 2003, p. 55-103. Disponível em: <<https://scholarship.kentlaw.iit.edu/cklawreview/vol78/iss1/5>>. Acesso em: 25 fev. 2018.

_____. Restitutionary damages as corrective justice. **Theoretical Inquiries in Law**, vol. 1, n. 1, 2000, p. 1-37. Disponível em: <<http://www7.tau.ac.il/ojs/index.php/til/article/view/177/154>>. Acesso em: 25 fev. 2018.

ZAMORA, Jorge Luis Fabra. 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.

ZAMORANO, Marcelo Barrientos. Del daño moral al daño extrapatrimonial: la superación del *pretium doloris*. **Revista Chilena de Derecho**, vol. 35, n. 1, 2008, p. 85-106. Disponível em: <<http://bit.ly/2o4nkj3>>. Acesso em: 04 nov. 2017.

ZANETTI, Fátima. **A problemática da fixação do valor da reparação por dano moral**: um estudo sobre os requisitos adotados pela doutrina e jurisprudência tendo em vista a natureza e a função pedagógico-punitiva do instituto. São Paulo: LTr, 2009.

APÊNDICE A – RELAÇÃO DE JULGADOS DO STF COLETADOS EM PESQUISA JURISPRUDENCIAL

(Listados em ordem crescente de cronologia conforme a data de julgamento)

AC 7526, Relator(a): Min. OROZIMBO NONATO

Julgamento: 03/11/1942, Coletânea de Acórdãos, nº 336, página 149

AC 8210, Relator(a): Min. WALDEMAR FALCAO

Julgamento: 18/01/1944, Coletânea de Acórdãos, nº 403, página 147

RE 11841, Relator(a): Min. BARROS BARRETO

Julgamento: 09/06/1947, Coletânea de Acórdãos, nº 593, página 30

RE 12039, Relator(a): Min. LAFAYETTE DE ANDRADA

Julgamento: 06/08/1948, Coletânea de Acórdãos, nº 810, página 74

RE 17141/BA, Relator(a): Min. LUIZ GALLOTTI

Julgamento: 10/07/1950, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação: 10/08/1950

RE 11786/MG, Relator(a): Min. OROZIMBO NONATO

Julgamento: 07/11/1950, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: 19/01/1951

RE 19272/DF, Relator(a): Min. MÁRIO GUIMARÃES

Julgamento: 25/09/1952, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação: 15/01/1953

RE 11974/MG, Relator(a): Min. ROCHA LAGOA

Julgamento: 12/05/1953, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: 28/01/1954

RE 22816/SP, Relator(a): Min. NELSON HUNGRIA

Julgamento: 08/06/1953, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação: 24/12/1953

RE 22629/RN, Relator(a): Min. LUIZ GALLOTTI

Julgamento: 27/07/1953, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação: 28/01/1954

RE 22993/DF, Relator(a): Min. OROZIMBO NONATO

Julgamento: 31/07/1953, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: 27/05/1954

RE 11786/MG, Relator(a): Min. RIBEIRO DA COSTA

Julgamento: 03/08/1953, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação: 03/06/1954

RE 21346/SP, Relator(a): Min. MÁRIO GUIMARÃES

Julgamento: 03/12/1953, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação: 03/06/1954

RE 26427/DF, Relator(a): Min. MACEDO LUDOLF

Julgamento: 21/09/1954, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: 11/08/1955

RE 26327/DF, Relator(a): Min. RIBEIRO DA COSTA

Julgamento: 27/01/1955, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: 10/06/1955

RE 28161/PA, Relator(a): Min. LAFAYETTE DE ANDRADA

Julgamento: 13/09/1955, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: 17/05/1956

RE 24711/MG, Relator(a): Min. HAHNEMANN GUIMARÃES

Julgamento: 13/09/1955, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: 26/07/1956

RE 29232/RJ, Relator(a): Min. LAFAYETTE DE ANDRADA

Julgamento: 13/12/1955, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: 28/06/1956

RE 33429/DF, Relator(a): Min. RIBEIRO DA COSTA

Julgamento: 08/01/1957, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: 24/01/1957

RE 25061/MG, Relator(a): Min. ANTONIO MARTINS VILAS BOAS

Julgamento: 11/10/1957, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: 28/11/1957

RE 35558/DF, Relator(a): Min. RIBEIRO DA COSTA

Julgamento: 10/12/1957, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: 30/01/1958

RE 29447/DF, Relator(a): Min. AFRÂNIO COSTA

Julgamento: 25/11/1958, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: 29/01/1959

RE 42723/MG, Relator(a): Min. NELSON HUNGRIA

Julgamento: 13/08/1959, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação: 03/09/1959

RE 42981/DF, Relator(a): Min. ANTONIO MARTINS VILAS BOAS

Julgamento: 20/10/1959, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: 03/12/1959

RE 42723 EI/MG, Relator(a): Min. HENRIQUE D'AVILLA - CONVOCADO

Julgamento: 08/01/1960, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação: 16/01/1960

RE 29447 EI/RJ, Relator(a): Min. BARROS BARRETO

Julgamento: 25/07/1960, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação: 26/10/1960

RE 42981 EI/RJ, Relator(a): Min. NELSON HUNGRIA

Julgamento: 12/08/1960, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação: 14/12/1960

RE 55646/GB, Relator(a): Min. EVANDRO LINS

Julgamento: 28/09/1965, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação: 02/02/1966

AI 35147/GB, Relator(a): Min. PRADO KELLY

Julgamento: 15/04/1966, Órgão Julgador: Terceira Turma, Publicação: 26/05/1967

RE 46668/SP, Relator(a): Min. OSWALDO TRIGUEIRO

Julgamento: 18/05/1966, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação: 19/12/1966

AI 38478/RJ, Relator(a): Min. EVANDRO LINS

Julgamento: 13/06/1966, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação: 30/11/1966

RE 59111/CE, Relator(a): Min. DJACI FALCAO

Julgamento: 15/05/1967, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação: 10/08/1967

RE 63087/SP, Relator(a): Min. EVANDRO LINS
Julgamento: 05/12/1967, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: 08/03/1968

RE 59509/SP, Relator(a): Min. GONÇALVES DE OLIVEIRA
Julgamento: 05/04/1968, Órgão Julgador: Terceira Turma, Publicação: 29/08/1969

RE 61293/PI, Relator(a): Min. BARROS MONTEIRO
Julgamento: 22/04/1968, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação: 07/06/1968

RE 55192/MG, Relator(a): Min. OSWALDO TRIGUEIRO
Julgamento: 28/11/1968, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação: 14/03/1969

RE 62606/MA, Relator(a): Min. THOMPSON FLORES
Julgamento: 17/04/1969, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: 27/06/1969

RE 63479 ED/RJ, Relator(a): Min. THOMPSON FLORES
Julgamento: 29/08/1969, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: 26/09/1969

RE 60361/PA. Relator(a): Min. ELOY DA ROCHA
Julgamento: 13/10/1969, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: 29/12/1969

RE 64771 EDv/RJ, Relator(a): Min. AMARAL SANTOS
Julgamento: 29/10/1970, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação 19/02/1971

RE 71884/CE, Relator(a): Min. LUIZ GALLOTTI
Julgamento: 21/05/1971, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação: 20/08/1971

RE 71465/GB, Relator(a): Min. ELOY DA ROCHA
Julgamento: 11/10/1971, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: 08/06/1973

RE 71128/GB, Relator(a): Min. ANTONIO NEDER
Julgamento: 08/05/1972, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: 16/06/1972

RE 73788/GB, Relator(a): Min. THOMPSON FLORES
Julgamento: 12/06/1972, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: 11/08/1972

RE 75814/AM, Relator(a): Min. BARROS MONTEIRO
Julgamento: 23/04/1973, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: 01/06/1973

RE 76909/RS, Relator(a): Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE
Julgamento: 05/12/1973, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação: 17/05/1974

RE 77113/SP, Relator(a): Min. RODRIGUES ALCKMIN
Julgamento: 11/12/1973, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação: 26/04/1974

RE 75814/AM, Relator(a): Min. ALIOMAR BALEEIRO
Julgamento: 12/12/1973, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação:27/09/1974

RE 71706/SP, Relator(a): Min. THOMPSON FLORES
Julgamento: 08/03/1974, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: 19/04/1974

- RE 75627/GB, Relator(a): Min. RODRIGUES ALCKMIN
Julgamento: 14/05/1975, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação: 13/06/1975
- RE 78789/SP, Relator(a): Min. RODRIGUES ALCKMIN
Julgamento: 23/05/1975, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação: 10/10/1975
- RE 79372/RJ, Relator(a): Min. RODRIGUES ALCKMIN
Julgamento: 23/05/1975, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação: 10/10/1975
- RE 81562/RJ, Relator(a): Min. CUNHA PEIXOTO
Julgamento: 28/11/1975, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação: 27/02/1976
- RE 81008/RJ, Relator(a): Min. BILAC PINTO
Julgamento: 09/12/1975, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação: 07/05/1976
- RE 83379/RJ, Relator(a): Min. CORDEIRO GUERRA
Julgamento: 12/12/1975, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: 02/04/1976
- RE 83296/RJ, Relator(a): Min. THOMPSON FLORES
Julgamento: 20/02/1976, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: 08/07/1976
- RE 81717/RJ, Relator(a): Min. BILAC PINTO
Julgamento: 23/03/1976, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação: 08/07/1976
- RE 83132/RJ, Relator(a): Min. BILAC PINTO
Julgamento: 23/03/1976, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação: 08/07/1976
- RE 84474/RJ, Relator(a): Min. CORDEIRO GUERRA
Julgamento: 24/03/1976, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: 20/05/1977
- RE 84674/RJ, Relator(a): Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE
Julgamento: 26/03/1976, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: 08/07/1976
- RE 83870/RJ, Relator(a): Min. THOMPSON FLORES
Julgamento: 02/04/1976, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: 21/05/1976
- RE 83374/RJ, Relator(a): Min. BILAC PINTO
Julgamento: 11/05/1976, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação: 08/07/1976
- RE 83766/RJ, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES
Julgamento: 17/05/1976, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: 16/08/1976
- RE 80876/RJ, Relator(a): Min. THOMPSON FLORES
Julgamento: 18/05/1976, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: 08/07/1976
- RE 84675/RJ, Relator(a): Min. BILAC PINTO
Julgamento: 17/08/1976, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação: 10/09/1976
- RE 82466/RJ, Relator(a): Min. RODRIGUES ALCKMIN

Julgamento: 31/08/1976, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação: 12/11/1976

RE 85493/RJ, Relator(a): Min. THOMPSON FLORES

Julgamento: 12/11/1976, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: 13/12/1976

RE 84734/RJ, Relator(a): Min. RODRIGUES ALCKMIN

Julgamento: 16/11/1976, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação: 31/12/1976

RE 84745/RJ, Relator(a): Min. RODRIGUES ALCKMIN

Julgamento: 16/11/1976, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação: 13/12/1976

RE 84244/RJ, Relator(a): Min. RODRIGUES ALCKMIN

Julgamento: 16/11/1976, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação: 13/12/1976

RE 85803/PR, Relator(a): Min. THOMPSON FLORES

Julgamento: 03/12/1976, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: 11/03/1977

RE 83875/RJ, Relator(a): Min. ELOY DA ROCHA

Julgamento: 03/05/1977, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação: 20/05/1977

AI 69372 AgR/RJ, Relator(a): Min. RODRIGUES ALCKMIN

Julgamento: 13/05/1977, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação: 03/06/1977

RE 84746/RJ, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES

Julgamento: 02/09/1977, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: 17/10/1977

RE 85862/RJ, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES

Julgamento: 20/09/1977, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: 07/11/1977

RE 84718/PR, Relator(a): Min. THOMPSON FLORES (Presidente)

Julgamento: 26/10/1977, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação: 29/05/1978

RE 85448/RJ, Relator(a): Min. CUNHA PEIXOTO

Julgamento: 10/11/1977, Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: 12/12/1977

RE 88028/RJ, Relator(a): Min. SOARES MUÑOZ

Julgamento: 14/03/1978, Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: 07/04/1978

RE 85234/RJ, Relator(a): Min. LEITAO DE ABREU

Julgamento: 29/04/1978, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: 16/06/1978

RE 85930/RJ, Relator(a): Min. RAFAEL MAYER

Julgamento: 29/05/1978, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação: 03/07/1979

RE 88143/RJ, Relator(a): Min. SOARES MUNOZ

Julgamento: 10/08/1978, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação: 01/09/1978

RE 83168/RJ, Relator(a): Min. SOARES MUNOZ

Julgamento: 10/08/1978, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação: 01/09/1978

- RE 85147/RJ, Relator(a): Min. THOMPSON FLORES
Julgamento: 13/03/1979, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação: 19/04/1979
- RE 85770/RJ, Relator(a): Min. THOMPSON FLORES
Julgamento: 13/03/1979, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação: 06/04/1979
- RE 87389/RJ, Relator(a): Min. DÉCIO MIRANDA
Julgamento: 20/03/1979, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: 27/04/1979
- RE 90646/RJ, Relator(a): Min. DJACI FALCÃO
Julgamento: 03/04/1979, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: 11/05/1979
- RE 85127/RJ, Relator(a): Min. SOARES MUNOZ
Julgamento: 03/04/1979, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação: 19/04/1979
- RE 91034/RJ, Relator(a): Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE
Julgamento: 15/05/1979, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação: 01/06/1979
- RE 90708/RJ, Relator(a): Min. DJACI FALCÃO
Julgamento: 25/05/1979, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: 17/08/1979
- RE 86548/RJ, Relator(a): Min. LEITAO DE ABREU
Julgamento: 29/05/1979, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: 03/07/1979
- RE 85393/RJ, Relator(a): Min. SOARES MUÑOZ
Julgamento: 29/05/1979, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação: 18/06/1979
- RE 91782/RJ, Relator(a): Min. THOMPSON FLORES
Julgamento: 16/11/1979, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação: 30/11/1979
- RE 91782/RJ, Relator(a): Min. THOMPSON FLORES
Julgamento: 16/11/1979, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação: 30/11/1979
- RE 83978/RJ, Relator(a): Min. ANTONIO NEDER
Julgamento: 03/06/1980, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação: 01/07/1980
- RE 88407/RJ, Relator(a): Min. THOMPSON FLORES
Julgamento: 07/08/1980, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação: 06/03/1981
- RE 91502/RJ, Relator(a): Min. LEITAO DE ABREU
Julgamento: 09/09/1980, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: 17/10/1980
- RE 91588/RJ, Relator(a): Min. LEITAO DE ABREU
Julgamento: 14/10/1980, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: 19/12/1980
- RE 92778 EDv-AgR/PR, Relator(a): Min. LEITAO DE ABREU
Julgamento: 13/11/1980, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação: 13/02/1981
- RE 93169/RJ, Relator(a): Min. RAFAEL MAYER
Julgamento: 18/11/1980, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação: 19/12/1980

RE 93169/RJ, Relator(a): Min. RAFAEL MAYER
Julgamento: 18/11/1980, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação: 19/12/1980

RE 93488/RJ, Relator(a): Min. SOARES MUNOZ
Julgamento: 10/02/1981, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação: 27/02/1981

RE 93065/PR, Relator(a): Min. DÉCIO MIRANDA
Julgamento: 09/10/1981, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: 06/11/1981

RE 84635/RJ, Relator(a): Min. FIRMINO PAZ
Julgamento: 13/10/1981, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: 03/11/1981

RE 95266/RJ, Relator(a): Min. CORDEIRO GUERRA
Julgamento: 30/10/1981, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: 20/11/1981

RE 95906/RJ, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA
Julgamento: 02/03/1982, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação: 08/04/1983

RE 95103/RJ, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA
Julgamento: 07/05/1982, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação: 25/11/1983

ACO 299 AgR/MT, Relator(a): Min. CORDEIRO GUERRA
Julgamento: 12/08/1982, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Publicação: 05/11/1982

RE 97488/RJ, Relator(a): Min. DJACI FALCAO
Julgamento: 13/08/1982, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: 03/09/1982

RE 97448/RJ, Relator(a): Min. DÉCIO MIRANDA
Julgamento: 21/09/1982, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: 15/10/1982

RE 99571/ES, Relator(a): Min. RAFAEL MAYER
Julgamento: 14/10/1982, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação: 02/12/1983

RE 98059/RJ, Relator(a): Min. SOARES MUÑOZ
Julgamento: 22/10/1982, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação: 12/11/1982

RE 82930/RJ, Relator(a): Min. ALDIR PASSARINHO
Julgamento: 26/11/1982, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: 13/05/1983

RE 98942/RJ, Relator(a): Min. SOARES MUNOZ
Julgamento: 03/12/1982, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação: 17/12/1982

RE 99322/RJ, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES
Julgamento: 03/02/1983, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: 22/04/1983

RE 100187/RJ, Relator(a): Min. ALDIR PASSARINHO
Julgamento: 03/06/1983, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: 12/08/1983

RE 99788/RJ, Relator(a): Min. RAFAEL MAYER

Julgamento: 03/06/1983, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação: 01/07/1983

RE 100290/RJ, Relator(a): Min. DJACI FALCAO

Julgamento: 28/06/1983, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: 19/08/1983

RE 100270/RJ, Relator(a): Min. ALDIR PASSARINHO

Julgamento: 02/08/1983, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: 02/09/1983

RE 100320/RJ, Relator(a): Min. RAFAEL MAYER

Julgamento: 19/08/1983, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação: 30/09/1983

RE 75729/PR, Relator(a): Min. ALDIR PASSARINHO

Julgamento: 09/09/1983, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: 27/10/1983

RE 100783/SP, Relator(a): Min. DÉCIO MIRANDA

Julgamento: 21/10/1983, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: 18/11/1983

RE 97097/RJ, Relator(a): Min. OSCAR CORREA

Julgamento: 25/10/1983, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação: 25/11/1983

RE 100821/SP, Relator(a): Min. OSCAR CORREA

Julgamento: 28/11/1983, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação: 16/12/1983

RE 101294/RJ, Relator(a): Min. DJACI FALCÃO

Julgamento: 10/02/1984, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: 16/03/1984

RE 99501/SP, Relator(a): Min. FRANCISCO REZEK

Julgamento: 28/02/1984, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: 30/03/1984

RE 101708/RJ, Relator(a): Min. DÉCIO MIRANDA

Julgamento: 10/04/1984, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: 11/05/1984

RE 103791/RJ, Relator(a): Min. ALDIR PASSARINHO

Julgamento: 26/10/1984, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: 07/12/1984

RE 102971/RJ, Relator(a): Min. FRANCISCO REZEK

Julgamento: 15/03/1985, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: 12/04/1985

RE 102481/BA, Relator(a): Min. FRANCISCO REZEK

Julgamento: 26/03/1985, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: 03/05/1985

RE 105157/SP, Relator(a): Min. OCTAVIO GALLOTTI

Julgamento: 20/09/1985, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação: 18/10/1985

RE 106926/RJ, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA

Julgamento: 22/11/1985, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação: 05/09/1986

RE 108487/RJ, Relator(a): Min. DJACI FALCAO

Julgamento: 25/02/1986, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: 14/03/1986

RE 108708/RJ, Relator(a): Min. RAFAEL MAYER
Julgamento: 25/04/1986, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação: 16/05/1986

RE 109083/RJ, Relator(a): Min. CARLOS MADEIRA
Julgamento: 05/08/1986, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: 29/08/1986

RE 109233/MA, Relator(a): Min. OCTAVIO GALLOTTI
Julgamento: 12/08/1986, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação: 19/09/1986

RE 111786/RJ, Relator(a): Min. OSCAR CORREA
Julgamento: 28/11/1986, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação: 06/02/1987

RE 111223/RJ, Relator(a): Min. CARLOS MADEIRA
Julgamento: 13/02/1987, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: 20/03/1987

RE 112622/RJ, Relator(a): Min. ALDIR PASSARINHO
Julgamento: 27/02/1987, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: 27/03/1987

RE 112720/RJ, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES
Julgamento: 07/04/1987, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação: 15/05/1987

RE 113705/MG, Relator(a): Min. OSCAR CORRÊA
Julgamento: 30/06/1987, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação: 21/08/1987

RE 113936/RJ, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES
Julgamento: 04/09/1987, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação: 23/10/1987

RE 114270/RJ, Relator(a): Min. OCTAVIO GALLOTTI
Julgamento: 18/09/1987, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação: 09/10/1987

RE 114804/RJ, Relator(a): Min. OSCAR CORREA
Julgamento: 06/11/1987, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação: 04/12/1987

AI 122721 AgR/SP, Relator(a): Min. OCTAVIO GALLOTTI
Julgamento: 11/12/1987, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação: 18/03/1988

RE 116005/RJ, Relator(a): Min. DJACI FALCAO
Julgamento: 10/05/1988, Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação: 10/06/1988

RE 105139/RJ, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES
Julgamento: 16/08/1988, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação: 23/09/1988