

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

Faculdade de Direito

Programa de Pós-Graduação

A FUNÇÃO PUNITIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO SISTEMA JURÍDICO

BRASILEIRO: ensaio sobre a força do ativismo judicial

Jordhana Maria de Vasconcellos Valadão Cardoso Costa Gomes

Belo Horizonte

2020

Jordhana Maria de Vasconcellos Valadão Cardoso Costa Gomes

**A FUNÇÃO PUNITIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO SISTEMA JURÍDICO
BRASILEIRO: ensaio sobre a força do ativismo judicial**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutora em Direito.

Linha de pesquisa: História, Poder e Liberdade

Área de estudo: Direito e Justiça

Orientador: Prof. Dr. Giordano Bruno Soares Roberto

Belo Horizonte

2020

Gomes, Jordhana Maria de Vasconcellos Valadão Cardoso Costa
G633f A função punitiva da responsabilidade civil no sistema jurídico
brasileiro: ensaio sobre a força do ativismo judicial / Jordhana Maria de
Vasconcellos Valadão Cardoso Costa Gomes. — 2020.

Orientador: Giordano Bruno Soares Roberto.
Tese (doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais,
Faculdade de Direito.

1. Direito civil – Teses 2. Responsabilidade (Direito) – Teses
3. Dano moral – Indenização 4. Poder judiciário e questões políticas
I. Título

CDU(1976) 347.513

Ficha catalográfica elaborada pelo bibliotecário Junio Martins Lourenço CRB 6/3167.



DEFESA DE TESE DE DOUTORADO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: DIREITO E JUSTIÇA
BEL^a. JORDHANA MARIA DE VASCONCELLOS VALADÃO CARDOSO COSTA
GOMES

Aos dezanove dias do mês de fevereiro de 2020, às 14h00m, no Salão Nobre da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, reuniu-se, em sessão pública, a Banca Examinadora constituída de acordo com o art. 73 do Regulamento do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, e das Normas Gerais de Pós-Graduação da Universidade Federal de Minas Gerais, integrada pelos seguintes professores: Prof. Dr. Giordano Bruno Soares Roberto (orientador da candidata/UFMG); Prof. Dr. Fabio Queiroz Pereira (UFMG); Profa. Dra. Carla Vasconcelos Carvalho (UFMG); Prof. Dr. Gustavo Pereira Leite Ribeiro (UFLA) e Prof. Dr. Bruno Torquato de Oliveira Naves (Dom Helder Câmara), designados pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, para a defesa de Tese de Doutorado da **Bel^a. JORDHANA MARIA DE VASCONCELLOS VALADÃO CARDOSO COSTA GOMES**, matrícula nº **2015650347**, intitulada: **"A FUNÇÃO PUNITIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO: ENSAIO SOBRE A FORÇA DO ATIVISMO JUDICIAL"**. Os trabalhos foram iniciados pelo Presidente da mesa e orientador da candidata, Prof. Dr. Giordano Bruno Soares Roberto, que, após breve saudação, concedeu a candidata o prazo máximo de 30 (trinta) minutos para fins de exposição sobre o trabalho apresentado. Em seguida, passou a palavra ao Prof. Dr. Fabio Queiroz Pereira, para o início da arguição, nos termos do Regulamento. A arguição foi iniciada, desta forma, pelo Prof. Dr. Fabio Queiroz Pereira, seguindo-se-lhe, pela ordem, os Professores Doutores: Carla Vasconcelos Carvalho, Gustavo Pereira Leite Ribeiro, Bruno Torquato de Oliveira Naves e Giordano Bruno Soares Roberto. Cada examinador arguiu a candidata pelo prazo máximo de 30 (trinta) minutos, assegurando a mesma, igual prazo para responder às objeções cabíveis. Cada examinador atribuiu conceito a candidata, em cartão individual, depositando-o em envelope próprio. Recolhidos os envelopes, procedeu-se a apuração, tendo se verificado o seguinte resultado:

Prof. Dr. Giordano Bruno Soares Roberto (orientador da candidata/UFMG)

Conceito:.....*APROVADO*.....

Prof. Dr. Fabio Queiroz Pereira (UFMG)

Conceito:.....*APROVADO*.....

Profa. Dra. Carla Vasconcelos Carvalho (UFMG)

Conceito: *Aprovado*.....

Prof. Dr. Gustavo Pereira Leite Ribeiro (UFLA)

Conceito: *Aprovado*.....

Prof. Dr. Bruno Torquato de Oliveira Naves (Dom Helder Câmara)

Conceito: *APROVADA*.....

A Banca Examinadora considerou a candidata...*APROVADA*..... Nada mais havendo a tratar, o Professor Doutor Giordano Bruno Soares Roberto, Presidente da Mesa e Orientador da candidata, agradecendo a presença de todos, declarou encerrada a sessão. De tudo, para constar, eu, Saul Bernardo Aragão Santana, Servidor Público Federal lotado no PPG Direito da UFMG, mandei lavrar a presente Ata, que vai assinada pela Banca Examinadora e com o visto da candidata.

BANCA EXAMINADORA:


Prof. Dr. Giordano Bruno Soares Roberto (orientador da candidata/UFMG)


Prof. Dr. Fabio Queiroz Pereira (UFMG)


Profa. Dra. Carla Vasconcelos Carvalho (UFMG)


Prof. Dr. Gustavo Pereira Leite Ribeiro (UFLA)


Prof. Dr. Bruno Torquato de Oliveira Naves (Dom Helder Câmara)



FACULDADE DE DIREITO UFMG

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UFMG

Jordhana M. de V. C. Costa Gomes.

- **CIENTE:** Jordhana Maria de Vasconcellos Valadão Cardoso Costa Gomes
(Doutoranda)

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Av. João Pinheiro, 100 - 11º andar - Centro - Belo Horizonte - MG – Brasil - 30130-180
Fone: (31) 3409.8635 - E-mail: info.pos@direito.ufmg.br – <https://pos.direito.ufmg.br>

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

Faculdade de Direito

Programa de Pós-Graduação

A tese intitulada A FUNÇÃO PUNITIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO: ENSAIO SOBRE A FORÇA DO ATIVISMO JUDICIAL, de autoria de JORDHANA MARIA DE VASCONCELLOS VALADÃO CARDOSO COSTA GOMES, foi considerada _____ pela banca examinadora constituída pelos seguintes professores:

Prof. Dr. Giordano Bruno Soares Roberto
(UFMG – Orientador)

Prof. Dr. _____
(_____)

Belo Horizonte, 19 de fevereiro de 2020.

AGRADECIMENTOS

O temor em esquecer alguém, a dificuldade em mostrar às pessoas queridas a relevância que possuem em nossa vida, a fragilidade de tentar definir em palavras e regressivamente a significância das pessoas em nossa trajetória fazem desta, sem dúvida alguma, a parte mais difícil do desenvolvimento de uma tese. Então, para não causar mágoas e não trair meus próprios sentimentos, serei sucinta e essencial, com o agradecimento aos indispensáveis.

Antes de tudo, agradeço a Deus, por me guiar sempre e me carregar no colo toda vez que é preciso. Não me abati diante das dificuldades e não desisti, apesar de todos os revezes enfrentados, por ter fé e acreditar que, de certa forma, o melhor ainda estaria por vir. Reservado.

Com muita saudade e como jamais poderia deixar de ser, ao meu Pai (*in memoriam*), por ter sido o meu primeiro, o principal e o mais apaixonado admirador. Graças a ele, muito do que sou foi possível e menos doloroso.

Em destaque e de forma mais que profunda, à razão de tudo: Amália e Celina. Minhas Marias, o marco do amor incondicional e motivos de quaisquer e todos os agradecimentos. Graças a vocês, minhas filhas amadas, muito embora com medo e culpa constantes, descobri o meu melhor lado, as minhas melhores qualidades e, pela primeira vez, percebi, com segurança e certeza, que seria capaz de qualquer coisa. Por vocês, sempre, óbvio.

Em especial, ao meu marido, minha mãe, irmã, sobrinhos e afilhados pelo privilégio da doce e respeitosa convivência, pelo amor diário e, principalmente, por serem esteio de tudo. Vocês me fazem sentir especial e indispensável e isso é indescritível. É a verdadeira sorte da vida.

Ao meu orientador, professor Giordano Bruno Soares Roberto, da Faculdade de Direito da UFMG, por ajudar na manutenção do respeito à academia e pela gentileza, tranquilidade, disposição, paciência e maestria em tudo o que faz. Obrigada, Professor. Sem essas suas características, eu jamais teria chegado até aqui. Elas encorajam e proporcionam equilíbrio à árdua, solitária e, muitas vezes, injusta tarefa de “produzir”.

Enfim, a todos vocês, a quem deixo este trabalho como forma de humilde contribuição e verdadeiro agradecimento.

RESUMO

A adoção prática da função punitiva da responsabilidade civil, mesmo sendo contrária aos ditames legais, é fato comprovado no sistema jurídico brasileiro contemporâneo. Por meio de pesquisa jurisprudencial e também a partir de análises de trabalhos acadêmicos relevantes sobre o assunto, comprova-se que, muito embora não haja nenhum respaldo técnico satisfatório, a função punitiva da responsabilidade civil tem pautado várias decisões exaradas pelos tribunais do país. As ideias de sanção, prevenção e educação pelo exemplo, mormente no que tange aos danos morais, permeiam os fundamentos decisórios dos procedimentos indenizatórios levados à apreciação do Poder Judiciário, não só quanto à apreciação do dano em si, mas também, e sobretudo, quanto a sua quantificação no caso concreto. A aplicação mais tradicional para tanto parece ser a má importação de conceitos oriundos de legislações alienígenas em que os danos punitivos são realidades pertinentes e condizentes com o aparato legislativo respectivo. No entanto, o que se comprova com estudos mais aprofundados sobre o tema é que a explicação mais adequada para a adoção da função punitiva no sistema brasileiro deriva de uma crescente postura ativista dos magistrados. O ativismo judicial, no fim das contas, se mostra como o grande esteio de toda essa realidade punitiva da responsabilidade civil atualmente. O desejo do Poder Judiciário em, sozinho, suprir as lacunas fiscalizatórias das autoridades competentes, as reiterações cada vez mais comuns das más e desidiosas prestações de serviço, a hipossuficiência natural dos consumidores, atreladas ao surgimento de inúmeras e variadas tecnologias e todas as demais complexidades da sociedade civil contemporânea fazem com que não reste outra alternativa aos magistrados, senão fazer justiça com as próprias mãos; impondo, por meio da obrigação de indenizar, verdadeiras penas civis pelas condutas ilícitas e, por consequência, reprováveis, praticadas pelos ofensores respectivos. Como resultado, percebem-se cada vez mais frequentes indenizações que em nada se assemelham às hipóteses de reparações como tradicionalmente são classificadas e entendidas. Situação que não pode se manter, não só porque cheia de impropriedades técnicas, mas também por ser fonte de insegurança jurídica. Até porque, neste sistema normativo, existem vários elementos que tornam inapropriada a adoção dessa função punitiva da responsabilidade civil, como se conclui nesta tese. Em última análise, não podem as indenizações figurar como instrumentos para intervenções injustificadas do Poder Público nas relações privadas.

Palavras-chave: Direito Civil. Responsabilidade Civil. Função Punitiva. Ativismo judicial.

ABSTRACT

The practical adoption of the punitive function of civil liability, even contrary to the legal dictates, is a fact proven in the contemporary Brazilian legal system. Through jurisprudential research and also from analyzes of relevant academic papers on the subject, it is proved that, although there is no satisfactory technical support, the punitive function of civil liability has guided several decisions issued by our courts. The ideas of sanction, prevention and education by example, especially with regard to moral damages, permeate the decisive grounds of the indemnity procedures brought to the appreciation of the Judiciary, not only as to the appreciation of the harm itself, but also, and above all, as regards its quantification in the present case. The most traditional application for this seems to be the bad importation of concepts from alien legislation in which punitive damages are pertinent realities and consistent with the respective legislative apparatus. However, what is proven by more in-depth studies on the subject is that the most adequate explanation for the adoption of the punitive function in the Brazilian system derives from a growing activist stance of our magistrates. Judicial activism, after all, turns out to be the mainstay of all this punitive reality of civil liability today. The desire of the judiciary alone to fill the supervisory gaps of the competent authorities, the increasingly common reiterations of poor and misleading services, the natural hyposufficiency of consumers, linked to the emergence of numerous and varied technologies and all the other complexities. from contemporary civil society, they make no alternative to magistrates but to do justice with their own hands; imposing, through the obligation to indemnify, real civil penalties for unlawful and, consequently, reprehensible conduct, practiced by the respective offenders. As a result, the number of indemnities that are in no way resembling the hypotheses of reparations as traditionally classified and understood is increasingly common. This situation cannot be maintained, not only because it is full of technical improprieties, but also because it is a source of legal uncertainty. This is because, in our legal system, there are several elements that make the adoption of this punitive function of civil liability inappropriate, as this thesis concludes. In the final analysis, indemnities cannot appear as instruments for unjustified interventions by the Government in private relations.

Keywords: Civil Law. Law of torts. Punitive damages. Judicial activism.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Ag	– Agravo
Ag Rg	– Agravo Regimental
AI	– Agravo de Instrumento
Apel.	– Apelação
art.	– artigo
CCB/2002	– Código Civil de 2002
CDC	– Código de Defesa do Consumidor
CPC/2015	– Código de Processo Civil de 2015
CR/1988	– Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
EUA	– Estados Unidos da América
inc.	– inciso
REsp	– Recurso Especial
STJ	– Superior Tribunal de Justiça
UFMG	– Universidade Federal de Minas Gerais

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1 CONSIDERAÇÕES SOBRE A FUNÇÃO PUNITIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO: CONSTATAÇÃO DE SUA EXISTÊNCIA PRÁTICA.....	15
1.1 A expressão <i>punitive damages</i> na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça	16
1.2 A expressão <i>função punitiva/danos morais</i> na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.....	19
1.3 A presunção de dano na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.....	23
1.4 A presunção da obrigação de indenizar na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.....	25
2 CONSIDERAÇÕES TEÓRICAS SOBRE FUNÇÃO PUNITIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL: CONCEITO, ELEMENTOS E SENTIDOS E A MANEIRA COMO TEM SIDO APLICADA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO.....	30
2.1 Conceito, elementos e sentidos da responsabilidade civil.....	30
2.2 Função reparatória da responsabilidade civil e danos morais: novas perspectivas de ação punitiva	33
2.3 O duplo caráter da função punitiva: teoria da pena privada, do desestímulo e as diferenças entre punição e prevenção	46
3 ESTUDO PORMENORIZADO: OS <i>PUNITIVE DAMAGES</i>. ORIGEM, ELEMENTOS E APLICAÇÃO – EUA X BRASIL: IMPROPRIEDADES DA ADOÇÃO DA FUNÇÃO PUNITIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO	52
3.1 Diferenças da responsabilidade civil e dos <i>punitive damages</i> na <i>common law</i>	53
3.1.1 Aplicação prática dos <i>punitive damages</i> nos EUA.....	58
3.1.2 Peculiaridades legislativas dos <i>punitive damages</i> nos EUA.....	61
3.2 Conexões com a legislação brasileira.....	64

4 O SISTEMA PRÁTICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL COMO FRUTO DO ATIVISMO JUDICIAL: ANÁLISE JURISPRUDENCIAL POR REGIÃO.....	70
4.1 Dimensões sobre a prevenção de riscos ligada à responsabilidade civil	70
4.2 Motivo da aplicação da função punitiva da responsabilidade civil por danos morais no Brasil: o ativismo judicial	74
4.3 Ativismo judicial e função punitiva da responsabilidade civil em julgados da Região Norte	83
4.3.1 Tribunal do Estado do Pará	83
4.3.1.1 <i>Caso 1 – danos morais por difamação, injúria e calúnia em meio de comunicação de largo alcance: “dano moral puro”</i>	<i>83</i>
4.3.1.2 <i>Caso 2 – danos morais por violação da honra por inclusão indevida em cadastro de inadimplentes.....</i>	<i>85</i>
4.3.2 Tribunal de Justiça do Estado de Tocantins	86
4.3.2.1 <i>Caso 1 – danos morais por recusa do plano de saúde em cobrir tratamento médico indispensável</i>	<i>86</i>
4.3.2.2 <i>Caso 2 – danos morais por transporte fúnebre realizado por carro diverso..</i>	<i>87</i>
4.4 Ativismo judicial e função punitiva da responsabilidade civil em julgados da Região Nordeste	89
4.4.1 Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe	89
4.4.1.1 <i>Caso 1 – danos morais por interrupção de serviços de internet de usuário adimplente</i>	<i>89</i>
4.4.1.2 <i>Caso 2 – ausência de danos morais por retenção de celular de aluno feita por professor em sala de aula</i>	<i>91</i>
4.4.2 Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas	92
4.4.2.1 <i>Caso 1 – danos morais por implante de silicone malsucedido</i>	<i>93</i>
4.4.2.2 <i>Caso 2 – danos morais por má prestação de serviços hospitalares que ocasionaram óbito de menor.....</i>	<i>94</i>
4.5 Ativismo judicial e função punitiva da responsabilidade civil em julgados da Região Centro-Oeste	96
4.5.1 Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso	96
4.5.1.1 <i>Caso 1 – danos morais por atraso em entrega de unidades para habitação..</i>	<i>96</i>
4.5.1.2 <i>Caso 2 – ausência de danos morais por noivado rompido um ano antes do casamento.....</i>	<i>98</i>

4.5.2 Tribunal de Justiça do Distrito Federal.....	100
4.5.2.1 <i>Caso 1 – ausência de danos morais por insuficiência de informações sobre procedimento cirúrgico</i>	<i>100</i>
4.5.2.2 <i>Caso 2 – danos morais por óbito de animal de estimação após procedimentos veterinários negligentes.....</i>	<i>101</i>
4.6 Ativismo judicial e função punitiva da responsabilidade civil em julgados da Região Sudeste	102
4.6.1 Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais	102
4.6.1.1 <i>Caso 1 – danos morais por contaminação de produtos alimentares</i>	<i>102</i>
4.6.1.2 <i>Caso 2 – danos morais pela rescisão unilateral em contrato imobiliário</i>	<i>104</i>
4.6.2 Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.....	106
4.6.2.1 <i>Caso 1 – danos morais por ausência de aviso sobre contemplação em sorteio de consórcio imobiliário</i>	<i>106</i>
4.6.2.2 <i>Caso 2 – danos morais por má prestação de serviço de fornecimento de água por concessionária</i>	<i>106</i>
4.7 Ativismo judicial e função punitiva da responsabilidade civil em julgados da Região Sul.....	108
4.7.1 Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.....	108
4.7.1.1 <i>Caso 1 – danos morais após ataque de animal de estimação solto na rua... 108</i>	<i>108</i>
4.7.1.2 <i>Caso 2 – danos morais por cobranças indevidas e irregulares feitas por condomínio</i>	<i>110</i>
4.7.2 Tribunal de Justiça do Estado do Paraná	111
4.7.2.1 <i>Caso 1 – danos morais por atraso na entrega de produtos adquiridos on-line.....</i>	<i>111</i>
4.7.2.2 <i>Caso 2 – danos morais por bloqueio indevido de valores depositados em conta corrente</i>	<i>112</i>
4.8 Considerações sobre os casos analisados e conclusões sobre o ativismo judicial e a função punitiva da responsabilidade civil no Brasil.....	113
CONCLUSÕES.....	128
REFERÊNCIAS	131
Livros, artigos e notícias	131
Julgados.....	140

INTRODUÇÃO

O tema da responsabilidade civil, justamente por ser tão abrangente e indispensável às relações jurídicas, sempre foi objeto de muito debate. Hoje, porém, ao contrário de antigamente, quando conceitos, elementos e requisitos eram, a todo tempo, questionados, revisitados e debatidos, a controvérsia sobre o instituto refere-se a seus critérios de aplicação ou, em uma tentativa inócua de definição, sobre as incertezas e mutabilidades que recaem sobre ele toda vez que é contextualizado judicialmente.

Para muitos estudiosos, a responsabilidade civil tem se tornado, cada vez mais, um terreno movediço, traiçoeiro e enigmático. Sintetizada pela expressão “indústria do dano moral”, a ideia que permeia o instituto é a de profunda incerteza, seja pela existência de decisões completamente diferentes para situações idênticas, seja pelas tentativas variadas, de certa forma frustradas e, em grande parte, exageradas de definição dos danos, sobretudo dos danos morais ou, ainda, pela falta de critérios objetivos para sua aplicação. O fato é que, como já incorporado pelo senso comum, a indenização, para muitos, é fonte de renda e não mais medida de reparação de prejuízos, tamanha a abrangência e variedade com que tem sido aplicada.

A incorporação de novos e diferentes danos, as cada vez mais desidiosas prestações de serviços por parte dos fornecedores, atreladas às mazelas naturais das relações de consumo e, de igual modo, às consequências da dependência tecnológica fazem com que a responsabilidade civil seja, também, campo de repreensão de condutas e não meramente reparação de resultados danosos. Essa faceta da responsabilidade, tradicionalmente tratada e difundida como sistema de reparação de danos, se transformou, gradativa e rapidamente, em sistema de punição de ilícitos.

O descaso reiterado e comum dos prestadores de serviço, o temor da repetição, a intolerância e a discordância com certas práticas, o desânimo e descrença com as políticas governamentais de fiscalização e legislativas e as inúmeras e semelhantes reclamações indenizatórias em relação aos mesmos fatos parecem incutir nos magistrados um misto de revolta, impaciência e desejo de repreensão. As decisões indenizatórias, em grande parte, demonstram-se como verdadeiras aplicações de pena e, quase nunca, como exclusivamente reparadoras. Aliás, muito pelo contrário, em quase todas elas a noção de presunção do dano é sempre levantada, defendida e aplicada. A verificação da existência do dano é, pois, sempre alçada a segundo plano, já que coibir e recriminar a conduta que gerou o dano é muito mais importante do que a real existência de seus efeitos. É, portanto, como se o Poder Judiciário, por

meio de suas decisões acerca da responsabilidade civil, estivesse dando um basta a tudo aquilo de errado que lhe incomoda e lhe causa repúdio ou temor.

É, por isso, indubitável a necessidade de verificar a origem de toda essa questão. Apurada a existência real da função punitiva da responsabilidade civil, mormente no que concerne à aplicação dos danos morais no Direito brasileiro contemporâneo, duas questões relacionam-se diretamente a tal verificação e merecem atenção. A primeira se refere à gênese de tudo isso e, a segunda, à fundamentação teórica que lastreia o tema em tempos atuais.

A pesquisa parte, portanto, da necessidade de explicar a presença da função punitiva da responsabilidade civil no sistema jurídico brasileiro contemporâneo e, para tanto, se baseia na premissa de que tal presença não se justifica apenas pela importação de ideias do sistema jurídico da *common law*, mas, também e sobretudo, por conta do que ficou denominado como ativismo judicial, isto é, da tentativa cada vez mais pujante do Poder Judiciário de suprir lacunas e omissões dos demais Poderes.

Após as devidas conceituações, contextualizações e explicações, o que se buscará é obter resposta à seguinte indagação: como justificar a aplicação e a existência da função punitiva da responsabilidade civil no Direito brasileiro contemporâneo? Para respondê-la, toma-se como hipótese que essa existência e aplicação não se explicam apenas pela má internalização de conceitos e ideias norte-americanas, mas dependem também da força do ativismo judicial entre nós. Afinal, como os conceitos relacionados à temática para o Direito anglo-americano são completamente diferentes dos brasileiros, hipoteticamente o que parece justificar a função punitiva é uma postura ativista dos magistrados que se espalhou não só no campo da responsabilidade civil, mas por todo o Direito. E, nesse ponto, merece destaque o ineditismo do trabalho que, de maneira pioneira, fundamenta esses novos paradigmas da responsabilidade civil no protagonismo dos magistrados a partir da demonstração das inadequações da importação da teoria dos *punitive damages*.

Para isso, quatro capítulos parecem suficientes: (i) o primeiro terá o objetivo de provar que o sistema jurídico brasileiro, pelo menos em termos práticos, opera como se existisse uma função punitiva para a responsabilidade civil; (ii) o segundo buscará demonstrar que o sistema jurídico brasileiro adota a ideia de função punitiva de modo vago, impreciso e confuso; (iii) o terceiro apontará que esse sistema, ao adotar a função punitiva, utiliza elementos do sistema jurídico dos Estados Unidos da América (EUA), sem deter os pressupostos para tal; e (iv) o quarto capítulo trará a demonstração de que o sistema jurídico brasileiro, ao adotar a função punitiva, manifesta a força do ativismo judicial entre nós.

1 CONSIDERAÇÕES SOBRE A FUNÇÃO PUNITIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO DIREITO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO: CONSTATAÇÃO DE SUA EXISTÊNCIA PRÁTICA

Com o objetivo central de provar que a função punitiva da responsabilidade civil só está tão presente no sistema jurídico atual por conta do fenômeno do ativismo judicial, neste primeiro capítulo do trabalho o que se deseja, como primeiro passo, é demonstrar a existência prática de tal função. Para isso, será utilizada a pesquisa jurisprudencial.

Pesquisas em bancos de dados científicos revelam uma longa lista de trabalhos acadêmicos sobre problemas ligados à responsabilidade civil. Nesta tese, por sua vez, o que se pretende, frise-se, é apontar entendimentos e fundamentações para a adoção da função punitiva da responsabilidade civil no Direito Civil brasileiro contemporâneo e não defendê-la ou sugerir-la, como vários trabalhos fizeram.

O fato é que, atualmente, os Tribunais pátrios têm se manifestado contra as condutas do ofensor e não especificamente sobre os requisitos de concessão da indenização. Muitas vezes, sob a máscara do dano *in re ipsa*¹, pressupõem não só o prejuízo da vítima, mas também divagam sobre a reprovabilidade da conduta do ofensor. Não analisam nem a real existência do dano nem o liame deste com a conduta alegada.

Quase todas as decisões se destinam à análise detida da conduta do suposto autor do evento danoso² e raramente examinam com tanto afinco os demais elementos indispensáveis à configuração da responsabilidade civil. Ao que parece, a simples leitura das decisões sobre esse tema já demonstra que o sistema de responsabilidade civil do Direito brasileiro contemporâneo está se tornando um sistema de punição do ilícito e deixando de se caracterizar como meramente reparador, sobretudo no que tange aos danos morais.

Aliás, sobre a classificação do pagamento de danos morais como uma sanção a condutas ilícitas, nota-se, de antemão, que a estipulação do *quantum* respectivo também se apoia muito

¹ Os danos *in re ipsa* são danos presumidos, ou seja, independem de comprovação da violação a algum direito de personalidade.

² Em termos gerais, a jurisprudência pátria tem se apoiado nas fundamentações de danos *in re ipsa* para sancionar mais de dez práticas comuns e muito corriqueiras no mundo dos fatos. Práticas essas que, além de exporem todo e qualquer tipo de pessoa às suas consequências, quando experimentadas representam muito mais que meros dissabores, mas verdadeiros infortúnios indesejados, tais como: (i) suspensão indevida de fornecimento de energia elétrica ou água em virtude de cobranças antigas; (ii) falta de notificação do devedor na inscrição de seu nome em órgãos de proteção ao crédito ou inscrição indevida; (iii) exposição não autorizada de conteúdo sobre pessoas na internet ou qualquer meio de comunicação; (iv) clonagem de cartão de crédito; (v) retenção do salário de correntista para pagamento de débitos com o banco; (vi) descontos em contas bancárias sem autorização do cliente; (vii) desvio de dados pessoais de clientes por trabalhadores de empresas de telefonia ou TV a cabo; (viii) bloqueio de linhas telefônicas móveis por falta de pagamento; (ix) corte de energia elétrica por tempo excessivo; (x) bagagem extraviada em voos; (xi) cancelamentos de voos .

nessa ideia e, em muitos casos, se justifica fundamentalmente por meio do reconhecimento do caráter “punitivo”, “pedagógico”, “desencorajador” ou “corretor” do instituto.

Para testar a aludida hipótese, entretanto, a pesquisa jurisprudencial foi indispensável. Deseja-se, pois, esmiuçar e comprovar que os fundamentos decisórios que justificam a adoção da ideia de punição a partir do dano moral são frutos de condutas judiciais ativistas.

1.1 A expressão *punitive damages* na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

Para compreender a classificação do pagamento de danos morais como uma sanção a condutas ilícitas, apoia-se em pesquisa realizada junto ao sítio oficial do Superior Tribunal de Justiça (STJ), cujo campo de busca foi preenchido com a expressão de origem *punitive damages*³, encontrando sete acórdãos. Todos eles, de alguma forma, reconheceram a existência da função punitiva da responsabilidade civil no Direito Brasileiro; ora fundamentando toda a decisão em sua ideia, ora apenas utilizando-a como fundamento de intensidade para a concessão de indenização e respectiva fixação de *quantum*.

O primeiro acórdão, por exemplo, muito embora tenha minorado indenização anteriormente fixada pelo órgão inferior, o fez sem refutar a existência da função punitiva dos danos morais no Direito Brasileiro, mas, tão somente porque, embasando-se no binômio capacidade de quem paga (ofensor) e necessidade de quem recebe (vítima), reconheceu que tal função não deve ser irrestrita (e, repita-se, não impossível, proibida ou inexistente), para não ferir a proibição do enriquecimento sem causa expressamente previsto no Diploma Civil, *in verbis*:

A aplicação irrestrita das *punitive damages* encontra óbice regulador no ordenamento jurídico pátrio que, anteriormente à entrada do Código Civil de 2002, vedava o enriquecimento sem causa como princípio informador do direito e após a novel codificação civilista, passou a prescrevê-la expressamente, mais especificamente, no art. 884 do Código Civil de 2002. O critério que vem sendo utilizado por essa Corte Superior na fixação do valor da indenização por danos morais, considera as condições pessoais e econômicas das partes, devendo o arbitramento operar-se com moderação e razoabilidade, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de forma a não haver o enriquecimento indevido do ofendido, bem como que sirva para desestimular o ofensor a repetir o ato ilícito.⁴

³ *Punitive damages* é um conceito extraído do direito norte-americano que tem como configuração se tornar uma aplicação de punição ao agente do evento danoso e não se restringindo meramente à função reparatória.

⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no Ag 850273/BA*. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 2006/0262377-1 Relator Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP) (8185) Órgão Julgador T4 - Quarta Turma. Data do julgamento: 03/08/2010. Data da publicação/fonte; DJE 24/08/2010.

Nessa esteira de raciocínio, inclusive valendo-se dos mesmos trechos acima citados, o segundo acórdão encontrado assim procedeu: reconheceu a existência da função punitiva dos danos morais, mas, desde que limitada pela vedação pátria do enriquecimento indevido.⁵

De igual forma, o terceiro acórdão, baseando-se, repetindo e valendo-se, *ipsis litteris* – é bom enfatizar – dos mesmos fundamentos do primeiro, isto é, refutando aplicação irrestrita dos *punitive damages*, reconheceu que uma das facetas do dano moral é, sem dúvida alguma, uma ideia de castigo e punição. Inclusive, indicou o reconhecimento da adoção e cada vez maior disseminação doutrinária disso, justamente porque, segundo a decisão, a dificuldade em estabelecer *quantum* indenizatório pelo pleito do dano moral é grande. Nesse sentido:

Há, como bastante sabido, na ressarcibilidade do dano em destaque, de um lado, uma expiação do culpado e, de outro, uma satisfação à vítima.

Como fixar a reparação?; quais os indicadores?

Por certo, devido à influência do direito norte-americano muitas vezes invocase pedido na linha ou princípio dos "punitive damages". "Punitive damages" (ao pé da letra, repita-se o óbvio, indenizações punitivas) diz-se da indenização por dano, em que é fixado valor com objetivo a um só tempo de desestimular o autor à prática de outros idênticos danos e a servir de exemplo para que outros também assim se conduzam.

Ainda que não muito farta a doutrina pátria no particular, têm-se designado as "punitive damages" como a "teoria do valor do desestímulo" posto que, repita-se, com outras palavras, a informar a indenização, está a intenção punitiva ao causador do dano e de modo que ninguém queira se expor a receber idêntica sanção. No caso do dano moral, evidentemente, não é tão fácil apurá-lo. Ressalte-se, outrossim, que a aplicação irrestrita das "punitive damages" encontra óbice regulador no ordenamento jurídico pátrio que, anteriormente à entrada em vigor do Código Civil de 2002, vedava o enriquecimento sem causa como princípio informador do direito e após a novel codificação civilista, passou a prescrevê-la expressamente, mais especificamente, no art. 884 do Código Civil de 2002.

Assim, o critério que vem sendo utilizado por esta Corte na fixação do valor da indenização por danos morais, considera as condições pessoais e econômicas das partes, devendo o arbitramento operar-se com moderação e razoabilidade, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de forma a não haver o enriquecimento indevido do ofendido e, também, de modo que sirva para desestimular o ofensor a repetir o ato ilícito.⁶

O quarto acórdão⁷ usa dos mesmos argumentos, com as mesmas palavras utilizadas acima, para majorar indenização concedida a filhas de vítima fatal de acidente automobilístico.

⁵ Vide: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp 704224/MG*. Agravo Regimental no Recurso Especial 2004/0160065-5. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Órgão Julgador T3 – Terceira Turma. Data do Julgamento: 05/03/2009. Data da Publicação/Fonte: DJe 20/03/2009.

⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 401358/PB* Recurso Especial: 2001/0169166-0. Rel. Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF 1ª região). Órgão Julgador: Quarta Turma. Data do Julgamento: 05/03/2009. Data da Publicação/Fonte: DJe 16/03/2009.

⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 210101/PR* Recurso Especial 1999/0031519-7. Rel. Min. Carlos Fernando Mathias (juiz federal convocado do TRF 1ª Região), Quarta Turma, julgado em 20/11/2008, DJe 09/12/2008.

Assim, reconhecendo o preenchimento dos requisitos da responsabilidade civil, quando da apreciação do valor dos danos morais correspondentes, restou reconhecida a função punitiva dos danos morais, limitada à ideia de justiça da recompensa, a qual, como já dito, é sempre pautada no binômio “possibilidade financeira ofensor x necessidade financeira da vítima”.

O quinto⁸ acórdão não fez diferente. Com as mesmas palavras dos outros, minorou indenização concedida em instância inferior a familiares de falecida que teve fotos de si divulgadas indevidamente em periódico de grande circulação.

O penúltimo⁹ acórdão se ancorou em doutrina específica sobre a aplicação e adoção da função punitiva dos danos morais no país, qual seja, “Usos e Abusos da função punitiva – *punitive damages* e o Direito Brasileiro”, de Judith Martins-Costa e Mariana Souza Pargendler¹⁰, e, com as mesmas palavras dos anteriores, manteve fixação de danos morais a viúva e filho de vítima fatal de atropelamento.

O último dos sete acórdãos encontrados tem fundamentação diferente, mas também no sentido de reconhecer a função punitiva da responsabilidade civil. Refere-se, pois, a recurso especial interposto contra acórdão que não reconheceu que, apesar de o juízo *a quo* ter admitido a devolução do valor indevidamente cobrado de condomínio residencial, deixou de aplicar o art. 42 do Código de Defesa do Consumidor¹¹, por entender que seria o ente despersonalizado fornecedor do serviço às unidades habitacionais, motivo pelo qual deveria ser afastada a relação consumerista. E, ao reformar a decisão *a quo*, o acórdão analisado fundamentou-se em doutrina intitulada “A repetição do indébito em dobro no caso de cobrança indevida de dívida oriunda de relação de consumo como hipótese de aplicação dos *punitive damages* no Direito Brasileiro”¹². Segundo o acórdão:

[...] Ademais cabe referir que o aresto não perquiriu acerca da boa-fé da CEDAE na cobrança e não há nenhum outro argumento que justifique a aplicação do artigo 42 do CODECOM.

⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 913131/BA*. Recurso Especial: 2006/0267437-2. Rel. Min. Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF 1ª região). Órgão Julgador: Quarta Turma. Data do Julgamento: 16/09/2008. Data da Publicação/Fonte: DJe 06/10/2008.

⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 447431/MG* Recurso Especial 2002/0085231-8. Voto-vista Ministro Carlos Alberto Menezes. Rel. Min. Ari Pargendler, Segunda Seção, julgado em 28/03/2007, DJ 16/08/2007, p. 285.

¹⁰ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (*punitive damages* e o Direito brasileiro). *Revista CEJ*, Brasília: CEJ, v. 9, n. 28, p. 15-32, 2005. Disponível em: <https://revistacej.cjf.jus.br/revcej/article/view/643>. Acesso em: 12 dez. 2019.

¹¹ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. [Código de Defesa do Consumidor]. *Diário Oficial da União*, 12 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 10 dez. 2019.

¹² ALMEIDA, Luiz Cláudio Carvalho de. A repetição do indébito em dobro no caso de cobrança indevida de dívida oriunda de relação de consumo como hipótese de aplicação dos *punitive damages* no Direito Brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 54, p. 161-172, 2005.

Nesse sentido, cabe a lição de Luiz Cláudio Carvalho de Almeida: “A justificativa admitida pela lei para eximir o fornecedor de tal sanção deve referir-se a fato que exclua o nexo de causalidade entre sua conduta e o dano suportado pelo consumidor, sendo irrelevante a análise da presença de investigação a esse respeito na maioria dos acórdãos proferidos na jurisprudência pátria. A irrelevância da presença do dolo ou culpa para se concluir pelo dever de indenizar prende-se à constatação de que o sistema de proteção do consumidor é todo baseado em critérios objetivos de aferição de atendimento à chamada teoria da qualidade. Assim sendo, a sanção em tela tem função pedagógica e inibidora de condutas lesivas ao consumidor, tendo em vista em maior grau o interesse social no controle das imperfeições do mercado do que propriamente o interesse particular do consumidor individualmente considerado. Permite-se, assim, vislumbrar no dispositivo legal em comento hipótese de aplicação dos chamados *punitive damages* (indenizações com finalidade punitiva) do Brasil”.¹³

Assim, torna-se clara a inferência de que, ao analisar questões referentes ao *quantum* indenizatório, a jurisprudência pátria, aqui representada pelo STJ, pauta-se pelo reconhecimento da função punitiva do dano, mas não de forma irrestrita e, sim, de acordo com parâmetros práticos de justiça, os quais, entre outros aspectos, recaem muito mais sobre a análise dos elementos particulares do caso concreto do que sobre a extensão do dano em si. Os magistrados se preocupam, portanto, não só em ressarcir o dano causado, como também em punir seu causador e coibi-lo de reiteração. No entanto, frise-se, o fazem tomando como pano de fundo as reais e peculiares necessidades de quem paga e quem recebe no caso concreto.

1.2 A expressão *função punitiva/danos morais* na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

A existência da função punitiva como fundamento e fruto de reconhecimento da jurisprudência pátria fica ainda mais evidente quando, em vez de *punitive damages*, foi utilizado como critério de pesquisa a expressão “Função punitiva. Danos morais”, junto ao campo de pesquisa jurisprudencial mantido pelo sítio oficial do STJ.

Ao todo, dezesseis acórdãos foram encontrados a partir desse parâmetro investigativo. E, assim como outrora, todos os dezesseis assumiram o caráter punitivo do dano moral.¹⁴

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 650791/RJ* Recurso Especial 2004/0051054-8. Rel. Min. Castro Meira. Órgão Julgador: T2 - Segunda Turma. Data do julgamento 06/04/2006. Data da publicação/Fonte DJ 20/04/2006 p. 139.

¹⁴ Aqui, é preciso esclarecer: procurou-se um critério objetivo de pesquisa, justamente por se tratar de pesquisa empírica. Para, portanto, ser verdadeira, objetiva e transparente, optou-se por critérios que fossem claramente sínteses do que se buscava, tais como as expressões *punitive damages* e função punitiva; o que, por outro lado, não se manifesta como o mais interessante porque, como visto, revelador de resultados extremamente limitados. É, pois, certo que a função punitiva aparece em diversas decisões como fundamento, mas, nem sempre, nominadamente como o critério escolhido sugere. Ressalte-se que em muitas decisões a discussão não é pautada pela expressão punição, mas, sim, pelas ideias de grau de culpabilidade, capacidade econômica do ofensor etc.

O primeiro deles, ao tratar de demanda que versava sobre dano moral coletivo, foi categórico ao reconhecer não só a função punitiva dessa modalidade de dano, como também sua consecutiva função inibitória, *in verbis* e reiteradamente:

O reconhecimento do dano moral coletivo cumpre, por outro lado, funções específicas, com a finalidade precípua de punição do responsável pela lesão e de inibição da prática ofensiva e, apenas como consequência, a redistribuição do lucro obtido de forma ilegítima pelo ofensor à sociedade.

[...]

A jurisprudência desta Corte adota essa orientação, ao asseverar que “a condenação em reparar o dano moral coletivo visa punir e inibir a injusta lesão da esfera moral de uma coletividade, preservando, em *ultima ratio*, seus valores primordiais” (REsp 1303014/RS, Quarta Turma, DJe 26/05/2015, sem destaque no original).

[...]

No dano moral coletivo, a função punitiva – sancionamento exemplar ao ofensor – é, pois, aliada ao caráter preventivo – de inibição da reiteração da prática ilícita – e ao princípio da vedação do enriquecimento ilícito do agente, a fim de que o eventual proveito patrimonial obtido com a prática do ato irregular seja revertido em favor da sociedade.¹⁵

Do mesmo modo, a segunda decisão, quando da definição do *quantum* indenizatório do caso concreto, foi taxativa ao aduzir que o STJ possui o entendimento de que dano moral apresenta “tríplice função: compensatória, isto é, a de mitigar o sofrimento da vítima; punitiva, qual seja, a de sancionar o infrator pelo ilícito cometido; e preventiva, para dissuadir o cometimento de novos ilícitos”¹⁶. Parágrafo este repetido pela quarta¹⁷ decisão encontrada.

– vide: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 687709/MG. Rel. Min. João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 25/03/2008, DJe 05/05/2008; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 799989/PR. Rel. Min. João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 26/08/2008, DJe 08/09/2008; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1022103/RN. Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 17/04/2008, DJe 16/05/2008; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 565924/RS. Rel. Min. Jorge Scartezini, Quarta Turma, julgado em 21/10/2004, DJ 17/12/2004, p. 561; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 763531/RJ. Rel. Min. Carlos Fernando Mathias (juiz federal convocado do TRF 1ª Região), Segunda Turma, julgado em 25/03/2008, DJe 15/04/2008. Não obstante, por se tratar de trabalho acadêmico e científico, o critério se torna satisfatório, na medida em que adequadamente corrobora cabalmente com o que se deseja demonstrar: a real existência – prática – da admissão e aplicação da função punitiva da responsabilidade civil no Direito brasileiro contemporâneo.

¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1737412/SE Recurso Especial 2017/0067071-8. Rel. Ministra Nancy Andrighi. Órgão Julgador: T3 - Terceira Turma. Data do Julgamento: 05/02/2019. Data da Publicação/Fonte: DJe 08/02/2019.

¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 52676/AM. Recurso Ordinário em MS: 2016/0321086-1. Rel. Min. Og Fernandes. Órgão Julgador: T2 – Segunda Turma. Data do Julgamento: 15/03/2018. Data da Publicação /Fonte: DJe 21/03/2018.

¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1440721/GO Recurso Especial 2014/0050110-0. Rel. Ministra Maria Isabel Galotti. Órgão Julgador: T4 – Quarta Turma. Data do Julgamento: 11/10/2016. Data da Publicação/Fonte: DJe 11/11/2016. RT vol. 976 p. 489.

A seu turno, a terceira¹⁸ decisão encontrada a partir deste segundo critério de pesquisa, assim como a quinta¹⁹, a oitava²⁰, a nona²¹, a décima²², a décima primeira²³, a décima segunda²⁴ e a décima sexta²⁵ mantiveram valor de indenização por acreditarem estar suficiente e atender função punitiva. Nessa mesma esteira de raciocínio, a sétima e a décima terceira decisões resolveram majorar o valor indenizatório, a saber, respectivamente:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO (ARTIGO 544 DO CPC) - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS DECORRENTES DA UTILIZAÇÃO INCONSENTIDA DE IMAGEM EM PORTAL DA INTERNET - DECISÃO MONOCRÁTICA CONHECENDO DO AGRAVO DOS AUTORES PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL, MAJORANDO O QUANTUM INDENIZATÓRIO ARBITRADO NA ORIGEM. INSURGÊNCIA DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA RÉ.

1. Indenização por dano moral majorada para R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para cada autor, uma vez constatada a flagrante irrisoriedade do *quantum* fixado em R\$ 3.500,00 (três mil e quinhentos reais) na instância ordinária. Hipótese em que reconhecido o abalo extrapatrimonial decorrente da utilização inconsentida de foto de vítima de agressão e seu marido, bem como da identificação de ambos em portal eletrônico de notícias. Garantia da função pedagógico-punitiva da reparação. Enriquecimento sem causa das vítimas não configurado. Observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

2. Agravo regimental desprovido.²⁶

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. MORTE DE MÃE E FILHA POR

¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1680714/ES* Recurso Especial: 2017/0137091-6. Rel. Min. Herman Benjamin. Órgão Julgador: T2 – Segunda Turma. Data do Julgamento: 21/09/2017. Data da Publicação/Fonte: DJe 09/10/2017.

¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp 1241655/SC*. Agravo Regimental no Recurso Especial: 2011/0046980-9. Relator: Ministro Og Fernandes. Órgão Julgador: T2 – Segunda Turma. Data do Julgamento: 13/09/2016. Data da Publicação/Fonte: DJe 20/09/2016.

²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp 1428488/SC*. Agravo Regimental no Recurso Especial: 2014/0002196-1. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Órgão Julgador: T3 – Terceira Turma. Data do Julgamento: 27/05/2014. Data da Publicação/Fonte: DJe 11/06/2014.

²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AREsp 467193/RJ*. Agravo Regimental No Agravo Em Recurso Especial: 2014/0016316-6. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Órgão Julgador: T3 – Terceira Turma. Data do Julgamento: 18/03/2014. Data da Publicação/Fonte: DJe 28/03/2014.

²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp 1373969/RS*. Agravo Regimental no Recurso Especial: 2013/0100228-4. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Órgão Julgador: T3 – Terceira Turma. Data do Julgamento: 28/05/2013. Data da Publicação/Fonte: DJe 19/06/2013.

²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AREsp 305316/SP*. Agravo Regimental no Agravo ao Recurso Especial: 2013/0055253-0. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Órgão Julgador: T3 – Terceira Turma. Data do Julgamento: 14/05/2013. Data da Publicação/Fonte: DJe 10/06/2013.

²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AREsp 46590/SP*. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial: 2011/0206082-4. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Órgão Julgador: T3 – Terceira Turma. Data do Julgamento: 18/10/2011. Data da Publicação/Fonte: DJe 07/11/2011.

²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 656375/RJ*. Recurso Especial: 2004/0059895-7. Rel. Min. José Delgado. Órgão Julgador. T1 – Primeira Turma. Data do Julgamento: 09/03/2006. Data da Publicação/Fonte: DJ 27/03/2006 p. 170.

²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AREsp 595676/MG*. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. 2014/0259309-9. Relator: Ministro Marco Buzzi. Órgão Julgador: T4 - Quarta Turma. Data do Julgamento: 09/06/2015. Data da Publicação/Fonte: DJe 15/06/2015.

CHOQUE. QUEDA DE FIO ELÉTRICO. CONCESSIONÁRIA. FORÇA MAIOR OU CASO FORTUITO. DANO MORAL DEVIDO AO IRMÃO E ESPOSO SUPÉRSTITES. VALOR INSUFICIENTE PARA COIBIR NOVAS FALHAS NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. DESPROPORÇÃO DO DANO EM RELAÇÃO AO SOFRIMENTO. MAJORAÇÃO NECESSÁRIA.

1. [...]

2. Quando a função punitiva dos danos morais não é respeitada e o valor arbitrado está em desproporcionalidade com o sofrimento experimentado, mostra-se necessário majorar o *quantum* da compensação. Precedentes. [...]²⁷

O sexto julgado²⁸ também reconheceu a função punitiva do instituto, já que, ao julgar questão envolvendo pedido de indenização por aflição e sofrimento por negativa de cobertura de tratamento médico por plano de saúde, explicou que a “indenização por danos morais, ainda que tenha sido deferida medida liminar para a cobertura médica pleiteada, conserva a função pedagógico-punitiva de desestimular o ofensor a repetir a falta”²⁹.

Por fim, a décima quarta³⁰ e a décima quinta³¹ decisões, apesar de listadas como resultantes do critério de pesquisa indicado pela expressão “Função punitiva. Danos morais”, não enfrentaram o mérito da questão em si. A primeira, porque se tratava de agravo em recurso especial, desprovido aos fundamentos de que “não é possível o reexame de fatos e provas em recurso especial”, apoiando-se no argumento de que, conseqüentemente, “não se conhece de recurso especial quando o acórdão está em consonância com a jurisprudência pacífica do STJ”. A segunda porque concernente a questões relativas à regularidade de aplicação da taxa SELIC a valores que deveriam ser reembolsados à correntista de instituição financeira, não dizendo respeito à natureza propriamente dita da indenização daí oriunda.³²

²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1171826/RS* Recurso Especial 2009/0230259-2. Rel. Min. Nancy Andrighi. Órgão Julgador: T3 - Terceira Turma. Data do Julgamento: 17/05/2011. Data da Publicação/Fonte: DJe 27/05/2011.

²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no AREsp 862868/CE*. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial: 2016/0031713-7. Relator: Ministro Moura Ribeiro. Órgão Julgador: T3 – Terceira Turma. Data do Julgamento: 16/06/2016. Data da Publicação/Fonte: DJe 23/06/2016.

²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no AREsp 862868/CE*. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial: 2016/0031713-7. Relator: Ministro Moura Ribeiro. Órgão Julgador: T3 – Terceira Turma. Data do Julgamento: 16/06/2016. Data da Publicação/Fonte: DJe 23/06/2016.

³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp 704224/MG*. Agravo Regimental no Recurso Especial 2004/0160065-5. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Órgão Julgador T3 – Terceira Turma. Data do Julgamento: 05/03/2009. Data da Publicação/Fonte: DJe 20/03/2009.

³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 447431/MG* Recurso Especial 2002/0085231-8. Voto-vista Ministro Carlos Alberto Menezes. Rel. Min. Ari Pargendler, Segunda Seção, julgado em 28/03/2007, DJ 16/08/2007, p. 285.

³² Nas palavras de um dos julgadores: “Não examino a questão da natureza da indenização, se tem, ou não, caráter punitivo porque entendo não ser necessário neste feito. O que se vai decidir é o critério em que se fará a devolução. De fato, o especial, como antes assinalado, terminou por pedir, depois de fazer incursão sobre o tema da preclusão, que tais valores sejam corrigidos pela mesma taxa praticada pelo Recorrido, conforme demonstrado na perícia oficial”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 447431/MG* Recurso Especial 2002/0085231-8. Voto-vista Ministro Carlos Alberto Menezes. Rel. Min. Ari Pargendler, Segunda Seção, julgado em 28/03/2007, DJ 16/08/2007, p. 285).

1.3 A presunção de dano na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

Ao que se pode inferir, a função punitiva do dano moral, muito embora não seja doutrinária e legislativamente tão clara e indubitável, é, pois, realidade fática na prática forense; tanto para reconhecimento da existência de dano moral nos casos concretos quanto, e sobretudo, para a respectiva quantificação.

Seguindo as referências de pesquisa indicadas pelo próprio site do STJ, campo de resgate de teses na base das jurisprudências, as primeiras decisões que discutiram e reconheceram a função sancionatória da responsabilidade civil em âmbito do Direito Brasileiro o fizeram com fundamento na reprovabilidade da conduta e em contexto de discussão acerca de valor de indenização e são datadas anteriormente ao advento do diploma civil atual.³³ Desde os anos 2000, quando da discussão sobre a legitimidade ou não do STJ em revisar valores indenizatórios estipulados em instâncias inferiores, o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira já se manifestava claramente no sentido de admitir o grau de culpabilidade do agente ofensor como um dos critérios para fixação do valor dos danos morais em um caso concreto, *in verbis*:

O valor da indenização por dano moral sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça, sendo certo que, na fixação da indenização a esse título, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível sócio-econômico do autor e, ainda, ao porte econômico do réu, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso.³⁴

Nessas razões, foi seguido por vários colegas. No julgamento do Recurso Especial (REsp) nº 269407 – RJ, julgado e publicado em 2001, por exemplo, os Ministros Cesar Asfor Rocha, Ruy Rosado de Aguiar e Aldir Passarinho Júnior, ao analisarem valor de indenização devida a um Delegado de Polícia que teve sua imagem publicada por três vezes indevidamente em escândalos de corrupção, foram bastante categóricos ao firmar entendimento ao fundamento de que o valor sugerido em instância inferior não se revelava inapropriado face à reiteração da conduta dolosa e inaceitável por parte do ofensor e principalmente face à reprovabilidade de tal

³³ Vide: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1300187/MS*. Rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 17/05/2012, DJe 28/05/2012; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 162545/RJ*. Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 05/06/2001, DJ 27/08/2001, p. 326; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 00269407/RJ*. Recurso Especial 2000/0076221-0. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Órgão Julgador: T4 – Quarta Turma. Data do Julgamento: 28/11/2000. Data da Publicação/Fonte: DJ 19/03/2001.

³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 243093/RJ*. Recurso Especial: 1999/0118316-2. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Órgão Julgador: T4 – Quarta Turma. Data do Julgamento: 14/03/2000. Data da Publicação/Fonte: DJ 18/09/2000 p. 135.

agir³⁵, vez que ela não somente se revelava como repetitiva, mas, também, lesava direitos de personalidade da vítima de maneira grave e bastante repreensível. Sobre isso, Ruy Rosado de Aguiar assim se justificou:

Srs. Ministros, também tenho um posicionamento conhecido na Turma, que diverge em parte dessa constante redução dos valores da indenização. Penso que cada caso é um caso, e o deste autor, ora recorrido, é diferente daqueles outros que estavam incluídos na chamada lista negra. O autor era o Superintendente da Polícia Federal, que apareceu como sendo o chefe do bando; a fotografia dele foi estampada no jornal; o cargo dele é que era visado. Foi posto quase como sendo o responsável pela corrupção que envolvia aqueles outros policiais. Como isso não é verdade, é difícil avaliar a ofensa que decorre daí, o dano moral que esse cidadão sofreu. Mas, certamente, esses quinhentos salários não são um exagero do ponto de vista de quem recebe e de quem vai ter de pagar. Trata-se de uma companhia jornalística que seguidamente ofende os outros, ganhando sobre a honra que tira das pessoas. Então, no momento em que se vai fixar uma indenização para o superintendente regional da polícia, apontado, fotografado, objeto de manchete, como sendo um funcionário corrupto – isso dito mais de uma vez – não vejo razão para premiar quem vive desse negócio e não se intimida de atropelar a honra alheia.³⁶

Razão pela qual, não é de se espantar, repita-se, a forma que a função punitiva da responsabilidade civil tem sido, contemporaneamente, cada vez mais incorporada – para não falar, de maneira existente e inquestionável – pela prática dos Tribunais e, conseqüentemente, defendida e divulgada pela doutrina. O grau de reprovabilidade de condutas tem sido um dos requisitos mais importantes para a definição e quantificação de indenizações nos casos concretos apreciados pelos magistrados nacionais e a existência de fundamentos em relação à desaprovação sobre a regularidade e razoabilidade da conduta do ofensor, por conseguinte, cada

³⁵ Senão vejamos: (i) voto do Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha: “A verdade é que há reiteração de ofensas em três oportunidades, num contexto também muito prejudicial ao recorrido; outros colegas já foram contemplados com o valor de duzentos salários mínimos; e, há, ainda, um dado que eu não tinha atinado, até então, que é o lucro que o recorrido tem com matérias como essas que foram lançadas e que alcançaram a honra do recorrido. Na verdade, fica muito difícil para a parte cobrar danos materiais; tem que ficar vinculado aos danos morais; salvo uma pessoa que tem uma atividade artística, que pode cobrar o dano à imagem”; (ii) voto do Sr. Ministro Aldir Passarinho: “Sr. Presidente, a primeira vez em que se trouxe um caso deste a julgamento, havia fixado, como Relator, quatrocentos salários mínimos. Cedi às ponderações da Turma de que num outro precedente, do qual não havia participado, a fixação fora de duzentos salários mínimos. Então, aquiesci em razão da orientação já firmada por este Colegiado, em hipótese então idêntica, de falsas imputações feitas a diversos policiais federais em matéria jornalística. Mas, ainda que relativo ao mesmo evento, aqui foram não apenas uma, mas três as publicações, e o destaque foi maior, e, inclusive, com dano à imagem, uma vez que facilmente se pode associar a figura da pessoa, em foto publicada a uma acusação negativa. Nesse contexto, parece-me que quinhentos salários mínimos, como foi fixado na Instância a quo, representa razoável indenização, sem excesso”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 00269407/RJ*. Recurso Especial 2000/0076221-0. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Órgão Julgador: T4 – Quarta Turma. Data do Julgamento: 28/11/2000. Data da Publicação/Fonte: DJ 19/03/2001).

³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 00269407/RJ*. Recurso Especial 2000/0076221-0. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Órgão Julgador: T4 – Quarta Turma. Data do Julgamento: 28/11/2000. Data da Publicação/Fonte: DJ 19/03/2001. (grifos nossos).

vez mais comum. Por outro lado, a extensão do dano e sua real existência se mostram cada vez menos importantes na análise da situação material *sub judice*.

Simple pesquisas jurisprudenciais como as realizadas acima demonstram que não só desde muito existe essa tendência em punir condutas e não meramente reparar prejuízos, mas que atualmente a presunção de danos é quase que completamente disseminada e indistintamente aplicada. De tão clarividente a ilicitude de determinadas condutas, bem como suas repetições indesejadas no mundo dos fatos, a demonstração do dano em si toma menos importância. Nessa linha de raciocínio atual, o dano existe e, portanto, sua comprovação prescinde de prova. Afinal, determinadas condutas soam tão ruins e repreensíveis que quaisquer esforços em comprovar seus resultados são dispensáveis, já que esses mesmos resultados são, repita-se, consequenciais e ululantes.

Assim, a criação, defesa e pacificação do conceito de danos presumidos na jurisprudência é, pois, prova cabal da falta de exclusividade da função reparadora da responsabilidade civil no Direito Brasileiro atual. Pela reiteração de condutas consideradas injustas, prejudiciais e, em certa medida, socialmente repreendidas, o STJ, seguido das demais instâncias, resolveu dispensar ou facilitar a comprovação do prejuízo emergente, presumindo a existência de dano – já que óbvio em sua compreensão –, a partir dos fatos narrados no caso concreto, ou melhor, a partir da conduta realizada em determinadas circunstâncias.

1.4 A presunção da obrigação de indenizar na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

Em outras palavras, por meio da repreensão de condutas ofensivas e, mormente, pelo repúdio ao percebê-las reiteradas e largamente aplicadas, decidiram criar uma obrigação de indenizar pressuposta para todos aqueles que eventualmente as cometessem, como se, no fim das contas, desejassem punir os realizadores desses fatos corriqueiros, mas extremamente desagradáveis e populares, no sentido de poderem atingir qualquer cidadão comum.

Entre essas situações, se encontram: (i) as que envolvam inscrição indevida de nomes em cadastros restritivos de crédito, as quais, segundo o STJ, têm o condão, por si sós, de macular honra do inscrito indevidamente, pois, “a própria inclusão ou manutenção equivocada configura o dano moral *in re ipsa*, ou seja, dano vinculado à própria existência do fato ilícito, cujos resultados são presumidos”³⁷; (ii) as de extravio de talões de cheque seguido de uso indevido

³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AI 1379761/SP*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. STJ. Data de publicação: 30/03/2011.

que acarrete a inscrição indevida do titular nos tais cadastros de restrição ao crédito, pois, segundo o STJ, cabe ao banco a responsabilidade pela deficiência do serviço prestado, também configurando dano *in re ipsa*, acarretando com que não se faça “necessária a prova do prejuízo, que é presumido e decorre do próprio fato e da experiência comum”³⁸; (iii) as que decorrem de atrasos de voos, ou, ainda, por venda de passagens para além da capacidade do voo, o chamado *overbooking*. Ao analisar casos assim, o STJ aduz que “o dano moral decorrente de atraso de voo prescinde de prova, sendo que a responsabilidade de seu causador opera-se *in re ipsa*”³⁹; (iv) as que envolvem a oferta de cursos superiores sem a devida autorização do Ministério da Educação. Por exemplo, alunos que concluíram o curso de Arquitetura e Urbanismo da Universidade Católica de Pelotas e não puderam exercer a profissão por falta de diploma reconhecido pelo MEC tiveram o dano moral presumido reconhecido pelo STJ em 2009⁴⁰; (v) as relacionadas a equívocos em atos administrativos, tendo o STJ, em 2003, entendido que os danos morais por eles provocados são presumíveis. No caso analisado, por erro de registro do órgão de trânsito, um homem teve de pagar uma multa indevida. A multa de trânsito indevidamente cobrada foi considerada pela 3ª turma, no caso, como indenizável por danos morais e o órgão foi condenado ao pagamento de dez vezes esse valor. A decisão significava um precedente para “que os atos administrativos sejam realizados com perfeição, compreendendo a efetiva execução do que é almejado”⁴¹; (vi) as alusivas à inclusão indevida e equivocada de nomes de médicos em guia orientador de plano de saúde também geram, no entendimento do STJ, o dano presumido. Segundo o ministro relator do caso, Luis Felipe Salomão, “a própria utilização indevida da imagem com fins lucrativos caracteriza o dano, sendo dispensável a demonstração do prejuízo material ou moral”⁴²; (vii) as concernentes a casos de violência contra a mulher ocorridos em contexto doméstico e familiar, com jurisprudência do STJ no sentido de ser possível a fixação de valor mínimo de indenização a título de dano moral, desde que haja pedido expresso da acusação ou da parte ofendida, ainda que sem especificação do *quantum*, novamente entendendo a Corte que essa indenização independe de instrução probatória específica sobre a ocorrência do dano moral, pois se trata de

³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1087487/MA*. Rel. Min. Sidnei Beneti. Data da publicação: 04/08/2009.

³⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 299532/SP* Recurso Especial 2001/0003427-6 Rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador Convocado Do Tj/Ap). STJ. Data de publicação: 23/11/2009.

⁴⁰ Vide BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 631204/RS* Recurso Especial 2004/0023234-8) Rel. Min. Castro Filho. STJ. Data de publicação: 23/11/2009.

⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 608918/RS*. Rel. Min. José Delgado. STJ. Data da publicação: 21/06/2004.

⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1020936/ES*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. STJ. Data da publicação: 22/02/2011.

dano *in re ipsa*⁴³, manifestando o relator dos recursos especiais, ministro Rogerio Schietti Cruz, que o simples pedido expresso na denúncia seria bastante para que o juiz sentenciante fixe o valor reparatório, “não sendo exigível produção de prova específica para aferição da profundidade e/ou extensão do dano”, vez que “o merecimento à indenização é ínsito à própria condição de vítima de violência doméstica e familiar. O dano, pois, é *in re ipsa*”; (viii) as pertinentes à apresentação antecipada de cheques pré-datados, em que, mesmo ausente a comprovação dos prejuízos sofridos com tal conduta, o STJ entende ser devida a indenização por danos morais, pelo simples fato de tais danos serem pressupostos à própria prática da apresentação antecipada.⁴⁴

Assim, não é demais a conclusão de que essa ideia de danos presumidos defendida e amplamente difundida em âmbito jurisprudencial nada mais é do que prova cabal da expressiva tendência em admitir a função punitiva da responsabilidade civil no Direito Brasileiro. É, pois, em última análise, forma de valorar condutas, dando maior conotação de repúdio ao que é ilícito e, por conseguinte, impondo sanções pelas suas práticas.

Por fim, apenas a título de complementação, menciona-se que, em termos gerais e não mais especificamente sobre o STJ, a jurisprudência pátria tem se apoiado nas fundamentações de danos *in re ipsa* para sancionar mais de dez práticas comuns e muito corriqueiras no mundo dos fatos, às quais todas as pessoas estão expostas e que, quando experimentadas, no desenrolar da vida em sociedade, representam muito mais que um mero dissabor, mas verdadeiros infortúnios indesejados, tais como: (i) suspensão indevida de fornecimento de energia elétrica ou água em virtude de cobranças antigas⁴⁵; (ii) falta de notificação do devedor na inscrição de

⁴³ A tese foi elaborada pela Terceira Seção do STJ ao analisar recursos especiais repetitivos (Tema 983) que discutiam a possibilidade da reparação de natureza cível por meio de sentença condenatória nos casos de violência doméstica. A decisão foi tomada de forma unânime. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Tema 983*. “Nos casos de violência contra a mulher praticados no âmbito doméstico e familiar, é possível a fixação de valor mínimo indenizatório a título de dano moral, desde que haja pedido expresso da acusação ou da parte ofendida, ainda que não especificada a quantia, e independentemente de instrução probatória”. Disponível em: http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=983&cod_tema_final=983. Acesso em: 12 dez. 2019).

⁴⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 370*. “Caracteriza dano moral a apresentação antecipada de cheque pré-datado”. Rel. Min. Fernando Gonçalves, em 16/2/2009.

⁴⁵ Vide: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1171428/RS*. Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 24/02/2010; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 845296/RS*. Recurso Especial 2006/0108662-6. Rel. Min. Carlos Fernando Mathias (juiz convocado do TRF 1ª Região), Segunda Turma, julgado em 17/04/2008, DJe 12/05/2008; PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. *Ap. Cível 4217243 PE*. 0088639-89.2013.8.17.0001 PE. Relator: Alberto Nogueira Virgínio. Data de Julgamento: 10/10/2018. 2ª Câmara Cível, Data de publicação: 31/10/2018; ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. *Recurso Inominado 0003123-72.2015.8.08.0069 ES*. Rel. Des. Murilo Ribeiro Ferreira, Data de Julgamento: 03/10/2016, Colegiado Recursal, 2º Gabinete, Turma Sul.

seu nome em órgãos de proteção ao crédito ou inscrição indevida⁴⁶; (iii) exposição não autorizada de conteúdo sobre pessoas na internet ou qualquer meio de comunicação⁴⁷; (iv) clonagem de cartão de crédito⁴⁸; (v) retenção do salário de correntista para pagamento de débitos com o banco⁴⁹; (vi) descontos em contas bancárias sem autorização do cliente⁵⁰; (vii) desvio de dados pessoais de clientes por trabalhadores de empresas de telefonia ou TV a cabo; (viii) bloqueio de linhas telefônicas móveis por falta de pagamento⁵¹; (ix) corte de energia elétrica por tempo excessivo⁵²; (x) bagagem extraviada em voos⁵³; (xi) cancelamentos de voos⁵⁴.

⁴⁶ Vide: SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. *Ag. Int. 0308396-27.2015.8.24.0064* TJSC. Relator: 3º Vice-presidente da Câmara de Agravos Internos em Recursos Constitucionais e Conflitos de Competência. Data de Julgamento: 07/12/2018;

⁴⁷ Vide: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1679465/SP*. Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 13/03/2018, DJe 19/03/2018; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1660168/RJ*. Rel. Ministra Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 08/05/2018, DJe 05/06/2018; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1559264/RJ*. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Segunda Seção, julgado em 08/02/2017, DJe 15/02/2017.

⁴⁸ Vide: SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Ap. Cível 1107270-04.2016.8.26.0100* TJSP. Rel. Des. Jairo Oliveira Júnior, DJ: 30/05/2018, 15ª Câmara de Direito Privado. Data de Publicação: 30/05/2018; MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Ap. Cível 10106160038712001* TJMG. Rel. Des. Marcos Lincoln, Data de Julgamento: 11/04/2018. Data de Publicação: 16/04/2018; DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Recurso Inominado 070142113.2017.8.070.003* TJDF. Rel. Des. Soníria Rocha Campos D'Assunção, DJ: 03/08/2018, 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF. DJe: 16/08/2018.

⁴⁹ Vide: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1021578/SP*. Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 16/12/2008, DJe 18/06/2009; BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. *Ap. Cível 0549663-81.2016.8.05.0001* Trânsito em julgado: 13 dez. 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/t66ax8j>. Acesso em: 15 dez. 2019; RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Ap. Cível 70075916452* TJRS. Relator: Otávio Augusto de Freitas Barcellos. Data de Julgamento: 25/04/2018. Décima Quinta Câmara Cível. Data de Publicação: 03/05/2018.

⁵⁰ Vide: RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Ap. Cível 70078735289* TJRS. Relator: Jucelana Lurdes Pereira dos Santos. Data de Julgamento: 13/09/2018. Décima Sexta Câmara Cível. Data de Publicação: 19/09/2018; RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Ap. Cível 0266769-77.2009.8.19.0004* TJRJ. Relator: Maria Henriqueta do Amaral Fonseca Lobo. Data de Julgamento: 09/12/2011. Sétima Câmara Cível. Data de Publicação: 13/12/2011.

⁵¹ Vide: SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Ap. Cível 1016184-39.2016.8.26.0071*. TJSP, Rel. Des. Heraldo de Oliveira, data de julgamento: 6/9/2017, 13ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 6/9/2017; DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Ap. Cível 07248430-08.2017.8.07.0016*. Rel. Des. Soníria Rocha Campos D'Assunção, DJ: 17/08/2018, 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF. DJe: 24/08/2018.

⁵² Vide: RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Ap. Cível 70078152063* TJRS. Relator: Eduardo Kraemer. Data de Julgamento: 08/08/2018. Nona Câmara Cível. Data de Publicação: 09/08/2018; RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Ap. Cível 70077984656* TJRS. Relator: Eduardo Kraemer. Data de Julgamento: 12/09/2018. Nona Câmara Cível. Data de Publicação: 17/09/2018.

⁵³ Vide: MARANHÃO. Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. *Ap. Cível 0147662015* MA 0003054.44.2013.8.10.0040 TJMA. Relator: Lourival de Jesus Serejo Sousa. Data de Julgamento: 31/03/2016. Terceira Câmara Cível. Data de Publicação: 01/06/2016; SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. *Ap. Cível 031453138.2015.8.24.0005* TJSC. Relator: Cláudia Lambert de Faria. Quinta Câmara de Direito Civil. Data de Julgamento: 15/05/2018; RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Ap. Cível 050332445.2014.8.19.0001* TJRJ. Relator: JDS Isabela Pessanha Chagas. Data de Julgamento: 18/12/2017. Vigésima Quinta Câmara Cível Consumidor. Data de Publicação: 19/12/2017.

⁵⁴ Vide: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1303014/RS*. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Data de Julgamento: 18/12/2014. Quarta Turma. Data de Publicação: 26/05/2015; RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de

Uma vez firmada a concepção de que a jurisprudência brasileira admite e propaga a utilização dos danos morais com função punitiva, no próximo capítulo, serão definidos seu conceito, elementos e sentido, indicando a forma como essa função vem sendo utilizada.

2 CONSIDERAÇÕES TEÓRICAS SOBRE FUNÇÃO PUNITIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL: CONCEITO, ELEMENTOS E SENTIDOS E A MANEIRA COMO TEM SIDO APLICADA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO

2.1 Conceito, elementos e sentidos da responsabilidade civil

Histórica e tradicionalmente analisado, o instituto da responsabilidade civil, pelo menos no Brasil, se demonstra, indubitavelmente, como um sistema de reparação de dano. Ao que tudo indica, quase que a unanimidade de juristas admite a função compensatória do instituto como uma de suas mais importantes funções.

De acordo com Pessoa Jorge⁵⁵, o termo responsabilidade civil pode assumir dois significados distintos: (i) a suscetibilidade de imputar a um específico agente determinado ato e seus efeitos; e (ii) a possibilidade de fazer sujeitar-se alguém ou alguma coisa às consequências de certo comportamento. Do início de sua conceitualização até o presente momento, então, a responsabilidade civil é instituto jurídico que se ancora sob três pilares básicos: (i) culpa; (ii) dano e (iii) nexo de causalidade entre a conduta culposa e o dano. Desde esse princípio conceitual, portanto, para a configuração da responsabilidade civil faz-se necessário o preenchimento simultâneo e integral desses três requisitos.⁵⁶

Por culpa entende-se a realização de um ato ilícito, isto é, ato pautado pelo abuso de direito ou pela negligência, imperícia ou imprudência e que não se enquadre em hipóteses de legítima defesa, exercício regular de direito reconhecido ou que cause deterioração ou destruição de coisa alheia, ou lesão a pessoa, com intuito de remover perigo iminente⁵⁷. Por

⁵⁵ JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 55.

⁵⁶ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 9 nov. 2019).

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

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 188. Não constituem atos ilícitos: I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente. Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo. (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 9 nov. 2019).

dano, tem-se como pano de fundo a ideia de prejuízo de ordem material ou moral, o qual, além disso, também pode ser classificado como real – dano emergente – ou representado por aquilo que se deixa de ganhar – lucros cessantes. Em qualquer caso, esses prejuízos devem ser consequências diretas do ato ilícito praticado pelo sujeito ofensor.

Porém, mesmo diante desses três requisitos, tradicionalmente duas correntes sobre o assunto parecem ter o mesmo peso quanto ao embasamento do dever de indenizar: teoria da responsabilidade civil subjetiva e teoria da responsabilidade civil objetiva. Conforme o fundamento que se dê à responsabilidade, a culpa poderá ou não ser considerada como elemento da obrigação de reparar o dano.

Diz-se responsabilidade subjetiva aquela que, além do dano, ato e o nexo causal entre eles, exige, ainda, uma conduta culposa por parte do ofensor para ser comprovada. Por outro lado, diz-se responsabilidade objetiva aquela que, ao contrário da subjetiva, não se importa com a comprovação da intenção ou forma de agir do agente, mas, tão somente, com a evidência de sua consequência, o dano, e o liame causal entre tal consequência e o agir do sujeito ofensor, já que parte do pressuposto de que a conduta do agente é de risco e como tal, deve tolerar, de maneira abrangente, todas as derivações desse risco. É, pois, teoria que fundamenta a obrigação de indenizar no dano e não na culpa.

Até onde se sabe, ambas as teorias coexistem no Direito pátrio, o qual, adotando o sistema dualista, toma como regra para as relações particulares a responsabilidade subjetiva e, para as relações de direito público, a objetiva, pautada pelo risco e não pela culpa. Em relação à aplicação da teoria objetiva às relações particulares, o direito brasileiro admitiu sua aplicação somente em casos devidamente estipulados como tais pela legislação positiva⁵⁸, como bem elucidou Miguel Reale:

Responsabilidade subjetiva, ou responsabilidade objetiva? Não há que fazer essa alternativa. Na realidade, as duas formas de responsabilidade se conjugam e se dinamizam. Deve ser subjetiva como norma, pois o indivíduo deve ser responsabilizado, em princípio, por sua ação ou omissão, culposa ou

⁵⁸ Art. 927, CCB/2002 - Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. 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. (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 9 nov. 2019). Art. 37, § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. (BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: 1988. [Atual. 18 fev. 2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 8 maio 2019).

dolosa. Mas isto não exclui que, atendendo à estrutura dos negócios, se leve em conta a responsabilidade objetiva. Este é um ponto fundamental.⁵⁹

O problema, deste modo, ou melhor, a urgência sobre esse assunto, não reside no fundamento da responsabilidade, no dano ou na culpa, já que, ao que parece, isso já está pacificado. O sistema dualista de responsabilidade – objetiva e subjetiva –, é bom frisar, consegue garantir que todos os prejuízos tenham igual chance de serem indenizados à medida que, como bem explicou Facchini Neto, tanto um (culpa) como o outro (dano) “devem ser encarados não propriamente como fundamentos da responsabilidade civil, mas sim como meros processos técnicos de que se pode lançar mão para assegurar às vítimas o direito à reparação dos danos injustamente sofridos”, já que, segundo ele, “onde a teoria subjetiva não puder explicar e basear o direito a indenização, deve-se socorrer da teoria objetiva. Isto porque, numa sociedade realmente justa, todo dano deve ser reparado”.⁶⁰

Em verdade, superadas as controvérsias históricas quanto à adoção da culpa como fundamento da responsabilidade civil, sabe-se que, hodiernamente, o que impera, pelo menos em termos privados, é a noção subjetiva da responsabilidade civil, isto é, a regra que impõe necessidade de comprovação conjuntiva e integral dos três requisitos: culpa, dano e nexos.

É fato, portanto, que o que se propaga unanimemente, desde manuais até as bibliografias mais específicas sobre o assunto, é a noção de que a função primordial e, para alguns deles, até exclusiva da responsabilidade civil, no Direito Brasileiro, é reparadora e não punitiva.⁶¹

Aliás, sobre isso, a legislação não deixa dúvidas. O artigo 927, *caput*, do Código Civil (CCB/2002), norma principal que trata da matéria, é totalmente autoexplicativo, ao indicar que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”⁶². Isto é, ao pautar-se, além do ato ilícito e do nexos de causalidade, também no elemento dano, como um dos requisitos indispensáveis à configuração do dever de indenizar e, portanto, como medida de extensão para a quantificação do instituto, transparece que a finalidade da responsabilidade civil não seria outra, senão a tentativa de ressarcimento ou compensar tal dano.

A lógica usada pelo legislador pátrio é simples: ocorrido dano ou prejuízo, o responsável pela ação abusiva, negligente, imperita ou imprudente – desde que comprovadamente assim – deve repará-los de imediato.

⁵⁹ REALE, Miguel. *Instituições de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. v. 3. p. 507.

⁶⁰ FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo Código. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Porto Alegre, v. 76, n. 1, p. 17-63, jan./mar. 2010. p. 61-62.

⁶¹ Vide nota de rodapé número 10 - acima descrita.

⁶² BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 9 nov. 2019.

Em tempos atuais, portanto, após a inquestionável consolidação e aplicação da Teoria da Responsabilidade Civil, ou melhor, da ideia de necessidade de reparação de eventos danosos causados por outrem, sejam enquadrados como oriundos de condutas de risco⁶³, sejam originados da culpa individual ou coletiva de pessoas determinadas⁶⁴, a relação entre responsabilidade e dano deve ser vista, sempre, como inseparável, além de se constituir, em última *ratio*, como a obrigatoriedade de se responder por esse. Por esse motivo, concluiu com excelência João Baptista Villela: “na teoria da responsabilidade civil, o que se procura obter, em última análise, é a restauração de uma igualdade destruída; qualquer que seja o fundamento que se lhe dê – culpa ou risco – é a um resultado igualitário-reconstitutivo que se objetiva”⁶⁵.

2.2 Função reparatória da responsabilidade civil e danos morais: novas perspectivas de ação punitiva

Quando, porém, se adentra a seara dos danos morais mais especificamente, a análise da responsabilidade civil parece, sempre, padecer de critérios objetivos e se transformar em dúvidas e inseguranças. Seja forma objetiva ou subjetiva de responsabilizar, o dano moral, quando aventado, sempre se revela ou: (i) de difícil definição e, dessa forma, muitas vezes acaba sendo pressuposto para evitar maiores complexidades quanto à sua verificação; ou (ii) como já sabido, de difícil quantificação.

O dano moral é instituto consolidado na legislação, inclusive, com *status* constitucional, mas, por ser totalmente dependente da casuística e conjuntura, requer um maior dispêndio probatório em termos processuais. Além disso, conceitualmente falando, também sofre de certa indefinição, o que se traduz, em última análise, em maneiras diversificadas de aceitação e

⁶³ Geralmente, originados pela forma objetiva da responsabilidade civil, a qual desprovida da necessidade de comprovação de risco ou culpa, teve boa aceitação pela jurisprudência e sociedade. No regime jurídico atual, ambos os tipos de responsabilidade – subjetiva e objetiva – coexistem, embora a primeira seja considerada um retrocesso, já que, tradicionalmente, defende-se a ideia de que a culpa e sua discussão estimulam os sentimentos de moral e justiça. Assim, acabar com a necessidade de sua comprovação seria minar a lealdade e boa-fé. Segundo a doutrina moderna, ninguém desejaria mais observar tais valores já que, independentemente disso, recairia sobre si a obrigatoriedade de indenização. A tendência atual é, portanto, a de extirpar a responsabilidade objetiva, sob pena de violação às conquistas sociais mais importantes em termos de regulamentação das relações entre privados (limitação da autonomia da vontade, flexibilização do *pacta sunt servanda*, boa-fé, função social dos contratos, dentre outras).

⁶⁴ Geralmente, originados pela forma subjetiva da responsabilidade civil, a qual, ainda é a regra do ordenamento pátrio e tem como pressupostos de constituição: dano, ato ilícito e nexo de causalidade.

⁶⁵ VILLELA, João Baptista. *Para além do lucro e do dano: efeitos especiais benéficos do risco* – Repertório IOB de Jurisprudência, São Paulo, n 22/91, 2 quinz., 1991, cad. 3, p. 489-490, *apud* HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade pressuposta: evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (coord.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas* – Estudos em homenagem ao professor Ricardo Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 797.

aplicação. O fato é que, como já dito, sobretudo em questões de danos morais, situações idênticas levam a desfechos variados e até contraditórios por conta da falta de critério objetivo de aplicação do instituto.

Nesse diapasão, não só as técnicas de conceituação⁶⁶, probatória e de quantificação merecem atenção, mas também e principalmente, deve-se atentar para os fundamentos disso tudo. Na prática, em forma de indagação, é preciso, antes de tudo, realizar questionamentos do tipo: o que leva o magistrado a condenar determinado fato como dano moral? O grau de culpabilidade da conduta? A reprovabilidade social, moral e legal do ato culposo? A tentativa de reparação efetiva e adequada – na medida do possível – do dano verificado? A ideia de prevenção de novas condutas no mesmo sentido?

Em resumo: qual o fundamento utilizado pelos tribunais pátrios para a concessão de indenizações de danos morais? Qual a real função da responsabilidade civil na prática judicial atual?

Ao examinar os principais doutrinadores pátrios, parece, inicialmente, que a função reparatória detém a importância central.

Caio Mário da Silva Pereira indica que

A responsabilidade civil consiste na efetivação da reparabilidade abstrata do dano em relação a um sujeito passivo da relação jurídica que se forma. Reparação e sujeito passivo compõem o binômio da responsabilidade civil, que então se enuncia como o princípio que subordina a reparação à sua incidência na pessoa do causador do dano. Não importa se o fundamento é a culpa, ou se é independente desta. Em qualquer circunstância, onde houver a subordinação de um sujeito passivo à determinação de um dever de ressarcimento, aí estará a responsabilidade civil.⁶⁷

Na mesma obra, Caio Mário colaciona entendimentos da doutrina estrangeira sobre o conceito da responsabilidade civil e, não diferente do que já se concluiu até agora, também esta parece propugnar o conceito do instituto de forma intrinsecamente ligada à sua consequência, qual seja a reparação. Segundo o autor, na definição assentada por Savatier, um indivíduo é incumbido de reparar o dano causado a outrem por um fato próprio, pelo fato das pessoas ou das coisas dela dependentes. Cita, também, a conceituação realizada pelos irmãos Mazeaud, a qual se consubstancia no fundamento de que uma pessoa ser civilmente responsável quando se

⁶⁶ Sobre o assunto, conferir: COSTA GOMES, Jordhana M^a de V.V.C. *Em busca do conceito de dano moral*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 2014. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/handle/1843/BUOS-9HLLCE>. Acesso em: 31 nov. 2019.

⁶⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 12. ed. atual. Gustavo Tepedino. Forense: Rio de Janeiro, 2018. p. 8-10.

sujeita a reparação de um dano sofrido por outrem. Destaca, ainda, o entendimento de Henri De Page, segundo o qual o elemento preponderante da responsabilidade sobressai na obrigação de reparar o dano e, mais a frente, menciona a definição de Planiol, Ripert e Boulanger, que consideram a obrigação de reparar o dano encargo legal, cuja origem se manifesta na culpa. Refere-se, por fim, ao conceito formulado por Giorgio Giorgi, que representa evidente progresso em relação às acepções anteriores, podendo ser retratado no reflexo da responsabilidade civil como obrigação de reparar determinado dano, mediante indenização quase sempre pecuniária.⁶⁸

Conforme Orlando Gomes:

Assim, tais fatos condicionam o nascimento da obrigação específica de indenizar. É a lei, em última análise, que contra a vontade do agente o faz sujeito passivo da obrigação, impondo-lhe o dever de prestar indenização. Mas, a obrigação somente surge se o preceito legal for acionado pelo fato danoso realizado nas condições que prevê. Neste sentido, tal fato é a fonte da obrigação.⁶⁹

O próprio Clóvis Beviláqua, quando da realização das ponderações sobre o projeto do Código Civil de 1916, afirmou ser o instituto da responsabilidade civil um sistema de reparação do dano. Em sessão de 7 de dezembro de 1915, elucidou as seguintes afirmativas lavradas por Justiniano de Serpa e publicadas no Diário do Congresso do dia 8 de dezembro: “qual é a ideia dominante nessa construção jurídica [do projeto Beviláqua]? É que todo dano deve ser reparado, independentemente de culpa ou dolo”⁷⁰, acrescentando mais à frente: “se o eminente senador João Luís Alves nele [projeto] descobriu contradição, é porque se colocou do ponto de vista da culpa, quando o ponto de partida do Projeto (do Código) é o do dano”⁷¹.

Pontes de Miranda, a seu turno, foi sucinto e direto quanto ao assunto. Ao prever o dever de indenizar como algo intrinsecamente relacionado à extensão do dano, acabou por corroborar a ideia de que o instituto cuja causa é o próprio dever de indenizar – qual seja, responsabilidade civil – é mesmo voltado à reparação ou restituição deste dano e não espécie de sanção pela conduta que o causou, apesar, de tal conduta ser, um de seus pressupostos, senão, vejamos algumas transcrições do capítulo VII, Tomo XXII, Parte Especial, de seu Tratado de Direito Privado, *in verbis*:

⁶⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 12. ed. atual. Gustavo Tepedino. Forense: Rio de Janeiro, 2018. p. 8-10; 26.

⁶⁹ GOMES, Orlando. *Obrigações*. 8. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1994. p. 307.

⁷⁰ BEVILÁQUA, Clóvis. *Código civil dos estados unidos do brasil comentado*. 12. ed. Rio de Janeiro: F. Alves, 1959. v. 1.

⁷¹ SERPA, Justiniano. *apud* BEVILÁQUA, Clóvis. *Código civil dos estados unidos do brasil comentado*. 12. ed. Rio de Janeiro: F. Alves, 1959. v. 1. p. 346.

§ 2.717. Preliminares 1. CONCEITO DE DEVER DE INDENIZAÇÃO. Na linguagem do direito brasileiro, reparar e restituir compreendem a recomposição natural e a recomposição pelo equivalente. Indenizar, em sentido estrito, somente prestar o equivalente. O dever de indenizar supõe ter havido dano. Os suportes táticos das regras Jurídicas sobre indenização são diferentes entro si, Em alguns, o elemento tático necessário é a culpa, Noutros, preso independe qualquer culpa, mas exige-se a causação entre o ato e o dano, Noutros, abstrai-se de qualquer culpa ou ato, a causação entre ato-fato ou fato “stricto sensu” e dano. 9.INDENIZAÇÃO. Sempre que há dano, isto é, desvantagem no corpo, na psique, na vida, na saúde, na honra, ao normal, no crédito, no bem-estar, ou no patrimônio, nasce o direito à indenização. [...] b) O dever de indenizar ou se irradia a) de ato ilícito, ou de ato-fato ilícito, ou de fato ilícito stricto sensu; ou b) de inadimplemento ou de adimplemento insatisfatório de obrigação pessoal ou real; ou e) por ser inválido (nulo ou anulável) o negócio jurídico; ou d) em virtude de negócio jurídico unilateral ou bilateral (e. g., A promete indenizar os prejuízos que B possa sofrer com a exploração da mina, que se descobrira em terras de A, de B ou de C.⁷²

Conforme Serpa Lopes, “responsabilidade significa a obrigação de reparar um prejuízo, seja por decorrer de culpa, seja por uma outra circunstância legal que a justifique, como a culpa presumida, ou por circunstância meramente objetiva”.⁷³ Já para José Afonso da Silva, “responsabilidade civil significa a obrigação de reparar os danos ou prejuízos de natureza patrimonial (e, às vezes, moral) que uma pessoa cause a outrem”.⁷⁴

Sílvio Rodrigues indicou que “o problema em foco é saber se o prejuízo experimentado pela vítima deve ou não ser reparado por quem o causou”⁷⁵, enquanto, para Rui Stoco, “quando realizado um ato que põe em risco o direito preexistente de outra pessoa e este ato ser caracterizado como dano, seja a conduta lícita ou ilícita, a reparação deve ser analisada”⁷⁶.

Carlos Alberto Bittar explicou que a noção de responsabilidade na órbita jurídica só ingressou após ser embasada na concepção de reparação do mal igual formalizada depois de vencida a etapa de assentamento de conceitos na pena de talião⁷⁷, ao passo que, para César Fiúza, “ninguém poderia sofrer dano injustamente e não ter direito à reparação, a não ser que o dano não possa ser imputável à conduta de alguém”⁷⁸.

Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Júnior entendem que:

⁷² MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962. t. 22. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/search.htm?query=direito&Botao=Enviar&maxResults=10000&Search=>. Acesso em: 3 out. 2018.

⁷³ LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2005. v. 5. p. 188-189.

⁷⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 620.

⁷⁵ RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. São Paulo Saraiva, 1989. v. 4. p. 4.

⁷⁶ STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 131.

⁷⁷ BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 123.

⁷⁸ FIÚZA, César. *Direito civil: curso completo*. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 400.

Denomina-se sistema de responsabilidade civil o mecanismo logico-jurídico por cujas linhas estruturantes fundamentais busca-se apurar as causas de eventos danosos e, conseqüentemente, apontar o responsável (imputação civil) por sua ocorrência e/ou reparação, para fazê-lo responder pela indenização, ou pela reparação correspondente, nos termos da lei, ou do contrato, em favor de quem sofreu o prejuízo por decorrência de contrariedade ao ordenamento jurídico.⁷⁹

Flávio Tartuce cita Sílvio de Salvo Venosa para conceituar responsabilidade civil como a situação na qual, “ao conferir à vítima de um dano injusto o direito de obter o pagamento de uma penalidade em dinheiro do seu causador (e não mais retribuição do mesmo mal causado) independentemente de relação obrigacional preexistente.⁸⁰ Por seu turno, Maria Helena Diniz conceitua responsabilidade civil como a “aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal”⁸¹.

Para Fábio Ulhoa Coelho:

As interferências positivas ou negativas que cada um de nós sofre e cria para as outras pessoas com quem convivemos em sociedade são “externalidades” quando não compensadas. As interferências compensadas são “internalidades”. As normas de responsabilidade civil cuidam da internalização das externalidades. [...] A responsabilidade civil é a obrigação em que um sujeito ativo pode exigir o pagamento de indenização do passivo por ter sofrido prejuízo imputado a este último.⁸²

Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto Braga Netto indicam que “responsabilidade civil é a obrigação de reparar danos que infringimos por culpa própria e em certos casos determinados em lei; em direito penal, pela obrigação de suportar o castigo”⁸³. Por fim, Pablo Stolzen e Pamplona Filho apontam que “deriva da transgressão de uma norma jurídica civil preexistente, impondo ao infrator a conseqüente obrigação de indenizar o dano”⁸⁴.

Não obstante a maior parte da doutrina repetir o mantra da função reparatória da responsabilidade civil de forma exclusiva e única como algo sagrado e imutável, na prática, o que se tem observado vai mais além; o que se comprova não só por meio de análise

⁷⁹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Instituições de direito civil*. São Paulo: RT, 2015. v. 2. p. 401.

⁸⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. v. 8. *apud* TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 2. p. 310.

⁸¹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. v. 7. p. 30.

⁸² COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 2. p. 238-239

⁸³ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de direito civil 3: responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 5.

⁸⁴ GAGLIANO, Pablo Stolzen; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 2. p. 269.

jurisprudencial, mas também pelos próprios estudos acadêmicos que, cada vez mais, têm se destinado ao aprofundamento sobre o assunto⁸⁵, merecendo destaque a tese de doutoramento de Nelson Rosenvald⁸⁶, a de Daniel de Andrade Levy⁸⁷ e a de Anderson Schreiber⁸⁸, as quais, com suas diferentes hipóteses, no fim das contas, trabalham com a ideia de função punitiva do dano moral como assunto principal, seja para defender a adoção de tal função, seja para reconhecer sua existência, seja, finalmente, para estabelecer novas visões sobre a responsabilidade civil a partir da constatação e adoção de tal função. São, pois, dignas de consulta e citação algumas obras que se dedicaram a isso, bem como estudos acadêmicos de respeitados autores que utilizaram o assunto – função punitiva dos danos morais – como objeto de dissertação.⁸⁹

⁸⁵ Dentre os quais podemos citar, como exemplos: Silvio Rodrigues (RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. São Paulo Saraiva, 1989. v. 4), Caio Mário da Silva Pereira (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2012), Maria Celina Bodin de Moraes (MORAES, Maria Celina Bodin de. *A responsabilidade e a reparação civil*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 805-831); Wilson Melo (SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969), Orlando Gomes (GOMES, Orlando. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011), Maria Helena Diniz (DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007), Sérgio Cavalieri Filho (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006), Araken de Assis (ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013), Marcelo Benacchio (BENACCHIO, Marcelo. *A função punitiva da responsabilidade civil no Código Civil*. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (coord.). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 641-668).

⁸⁶ ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

⁸⁷ LEVY, Daniel de Andrade. *Responsabilidade civil: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas*. São Paulo: Atlas, 2012.

⁸⁸ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

⁸⁹ V.g.: (i) ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Indenização punitiva. *Revista da EMERJ*, v. 9, n. 36, p. 135-168, 2006. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista36/revista36_135.pdf. Acesso em: 18 nov. 2018; (ii) MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (*punitive damages* e o Direito brasileiro). *Revista CEJ*, Brasília: CEJ, v. 9, n. 28, p. 15-32, 2005. Disponível em: <https://revistacej.cjf.jus.br/revcej/article/view/643>. Acesso em: 12 dez. 2019; (iii) SANTOS JUNIOR, Adalmo Oliveira dos. A indenização punitiva em danos patrimoniais: a viabilidade jurídica da aplicação dos *punitive damages* norte-americano no direito brasileiro. *Revista de direito privado*, v. 6, n. 30, p. 9-48, abr./jun. 2007; (iv) PARGENDLER, Mariana. Os danos morais e os *punitive damages* no direito norte-americano: caminhos e desvios na jurisprudência brasileira. In: PASCHOAL, Janaina Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (coord.). *Livro Homenagem a Miguel Reale Júnior*. Rio de Janeiro: GZ, 2014. p. 413-428; (v) LOUZADA, Flávio. Punitive Damages: O “puxão de orelha” educativo que faltava ao causador do dano. *Projeção, Direito e Sociedade*, v. 8, n. 1, p. 91-102, 2017. Disponível em: <http://revista.faculdadeprojecao.edu.br/index.php/Projecao2/article/view/807>. Acesso em: 12 dez. 2019; (vi) HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade pressuposta: evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (coord.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao professor Ricardo Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 797-826.

Como explicou Andrade Levy⁹⁰, as chamadas crises da pós-modernidade influenciaram diretamente o instituto da responsabilidade civil, delineando uma nova perspectiva de atuação, aplicação e implementação deste, sobretudo quando a análise parte da perspectiva do dano moral. Segundo o autor, a desmaterialização das relações jurídicas, a crise da tangibilidade dessas relações, o arremesso de valores éticos da sociedade a um segundo plano, o superendividamento dos indivíduos e as incertezas que inundam a produção técnico-científica são os cinco principais fatores que colocam em xeque a visão tradicionalista da responsabilidade civil até então demonstrada.

Segundo ele, a falta de identidade das relações jurídicas atuais, isto é, a dificuldade que existe em atrelar as causas a seus efeitos, por conta de toda a complexidade e instantaneidade da sociedade atual, a qual não se preocupa mais em combater as razões dos problemas, mas, sim, em encontrar soluções – ainda que imediatistas e meramente paliativas –, traz impacto direto à responsabilidade civil, seja hipervalorizando danos, seja dificultando a sua segurança jurídica, já que, como ele mesmo lembra, em uma sociedade de abstração, a identificação das raízes dos problemas é sempre mais difícil. Além disso, a intangibilidade das relações jurídicas, marcada pelas formas humanas imperceptíveis e vagas, como as operações financeiras e trocas de valores imobiliários – ambas praticadas de forma escritural e não exatamente real –, impacta diretamente a dimensão espaço temporal dos danos.

Segundo o autor, “a lesão não é mais concreta, não é mais pontual, não é mais imediata e o tempo de vida do ser humano não coincide mais com a temporalidade do dano”⁹¹. O que, de uma maneira geral, conseqüentemente, leva ao tratamento secundário dos valores éticos pelos indivíduos em detrimento de um conforto material satisfatório e altamente instável. Motivo pelo qual, a regra geral não seria mais a aquisição de bens, mas o pagamento de parcelas exacerbadas e muitas vezes sem sentido, fazendo com que a responsabilidade civil tenha que, mais que abranger o consumo, abarcar também o acidente oriundo desse tipo de relação, visto, hoje em dia, não mais como um fato isolado, mas como pedra angular da sociedade pós-moderna. Sociedade essa, aliás, completamente dependente da noção de risco de suas relações, fundamentada nos riscos decorrentes do desenvolvimento tecnológico e científico, delimitando para a responsabilidade civil mais um encargo, qual seja, o poder de ponderação entre o novo desconhecido, mas tecnológico e científico e os riscos desse progresso.

⁹⁰ LEVY, Daniel de Andrade. *Responsabilidade civil: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 13-18.

⁹¹ LEVY, Daniel de Andrade. *Responsabilidade civil: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 15.

Para Levy, esses valores e constatações sociais que claramente iluminam a sociedade do século XXI⁹² nada mais são do que, em análise mais detida, respostas do Direito aos anseios sociais e contemporâneos. Ele explica, de forma mais aprofundada, que “migra-se, na sociedade pós-industrial, de um dano fundado nas ganâncias para um dano fundado na dimensão do homem em sua concreta realidade”⁹³. Se, antes, em um contexto de revolução industrial, o equilíbrio econômico do processo produtivo industrial se revelava como a prioridade geral da sociedade, atualmente é quase que um pleonasmo afirmar que o objetivo principal do ordenamento jurídico é a proteção do indivíduo como centro de todo o sistema legal. É que, para ele, “aos poucos, o sujeito passa a ser compreendido não só pela sua capacidade de produzir riquezas, mas por diversos outros prismas, constatando-se que o bem-estar do sistema depende do bem-estar do próprio indivíduo”⁹⁴. Diante disso, infere que mesmo que os estudos sociais e antropológicos “tenham permitido melhor compreender a ‘comédia humana’, parece-nos que tal serviu mais a comprovar que a felicidade do indivíduo é pressuposto da sua produtividade, do que afastar o mesmo de uma lógica puramente econômica”⁹⁵. Hoje, é inegável, até mesmo na geografia legislativa do Código Civil Brasileiro, que os direitos do indivíduo precedem os seus bens.

As ideias de dignidade humana, função social, boa-fé e confiança, altamente difundidas e adotadas por quase todos os ordenamentos jurídicos mundiais, encerram, de maneira resumida e ao mesmo tempo abrangente, toda essa questão de centralidade do indivíduo como parâmetro legal. E, assim, diante do reconhecimento de que a forma pode ser apropriada na justificação dos fins, “o formalismo legitimador parece sucumbir [...]. Abre-se o mar da existencialidade, cuja outra face [...] é a multiplicação [...] das categorias de danos ressarcíveis”⁹⁶.

O Direito, outrora campo meramente formal e rígido, passa a ser, cada vez mais, flexibilizado. A noção do indivíduo como tal e a dissociação da ideia de patrimônio como algo mais importante, mas, sim, meramente consequente, em última análise, viabilizam o Direito como instrumento para a análise casuística, algo construído a partir das nuances materiais do caso analisado, sobretudo ao se tratar da indenização por danos morais. Ocorre que, mesmo

⁹² LEVY, Daniel de Andrade. *Responsabilidade civil: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 18-19.

⁹³ LEVY, Daniel de Andrade. *Responsabilidade civil: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 19.

⁹⁴ LEVY, Daniel de Andrade. *Responsabilidade civil: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 19.

⁹⁵ LEVY, Daniel de Andrade. *Responsabilidade civil: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 19.

⁹⁶ LEVY, Daniel de Andrade. *Responsabilidade civil: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 21.

assim, isto é, mesmo concedendo mais poder ao magistrado, que deixa de ser um mero subsuntor para atuar mais ativamente na solução dos casos individuais, parece ainda que o Direito do século XXI tem que lidar com o desenvolvimento de uma sociedade naturalmente desigual. Como ensina Levy, se supera a ideia legal de solidariedade quando o indivíduo é alçado como centro de tudo, mas ainda não foi possível incorporar o lado moral da solidariedade. Por isso, afirma que a “Responsabilidade Civil tal como a conhecemos hoje crescerá necessariamente a partir dos mecanismos solidaristas de reparação”⁹⁷. Para ele, essa será uma condição indispensável ao que chamou de um Direito dos Danos.

Sobre esse ponto específico, Anderson Schreiber, ao tratar dos novos paradigmas da responsabilidade civil, diz que, atualmente, deve-se considerar o dano especificamente como uma cláusula geral de seleção de interesses tutelados e, para tanto, o método da ponderação parece ser o mais adequado. Para ele, a aplicação direta dos valores constitucionais às relações privadas acaba por suscitar uma “extraordinária profusão de *novos danos*” que incitam na doutrina e jurisprudência um certo desafio.⁹⁸

Informa que essa nova abordagem conferida à análise dos danos atualmente, qual seja, a de adotar um método de análise judicial mais concreto, específico e ativista, se dá muito por conta da constante transformação do conceito de dignidade humana, o qual, em última análise, se desdobra em novos interesses sociais quase que ilimitados, claramente dando margem “à efetiva ocorrência de demandas algo fantasiosas de ressarcimento”⁹⁹. Situação que, muito embora pareça requerer a adoção de um critério único de seleção de interesses a serem tutelados, ao contrário, está muito mais relacionada à necessidade de identificação de um ponto de convergência na atuação de magistrados para a realização de “um juízo de ressarcibilidade que não se centre simplesmente sobre a consideração estática e abstrata do interesse alegadamente lesado, mas que o tome em consideração de modo dinâmico e concreto, em face do lesivo”¹⁰⁰.

Em verdade, o que se defende é uma nova visão do dano, o qual não faz mais sentido em ser apreciado como algo tutelado em abstrato ou meramente subsuntivo, mas, sim, como uma figura relacional, afastando, em contrapartida, o que jurisprudencialmente ficou conhecido como dano *in re ipsa*. No cenário atual, o dano presumido e reconhecido de forma automática faz com que a discussão se centre na causalidade (ato ilícito) da conduta e não em seu efeito (dano). Pelo que concluiu o autor que a indicação de um espaço de seleção dos danos

⁹⁷ LEVY, Daniel de Andrade. *Responsabilidade civil: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 23.

⁹⁸ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 249.

⁹⁹ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 249.

¹⁰⁰ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 250.

ressarcíveis seja algo urgente e indispensável. Diante de um caso concreto envolvendo responsabilidade civil e dever de indenizar, é mais do que imperiosa a análise comparativa entre interesse lesado e interesse lesivo. Para que isso ocorra, não há outra maneira senão utilizar o método da ponderação, o que, como bem lembra o autor, ao ser transposto à realidade civil, já que, primeiramente tratado em âmbito constitucional, deve ser realizado de forma adaptada e criteriosa, sob pena de ser considerado instrumento de manipulação, atecias e subjetividades extremadas.¹⁰¹

Contudo, como muito bem delimitado por Schreiber, “o problema da responsabilidade civil contemporânea não é, a rigor, a expansão do dano ressarcível”¹⁰² e, portanto, consecutivo do método da ponderação, “mas, a atribuição do ônus inevitável desta expansão a um único indivíduo em cada caso particular”¹⁰³. Movidos pela já comentada noção de solidariedade social, magistrados em geral, quer dizer, a jurisprudência em si, têm, “por toda a parte, se recusado a deixar vítimas dos danos sem reparação”, alçando o instituto da responsabilidade civil como mais um meio jurídico de manutenção de interesses individuais, patrimonialistas e centralizadores, já que, como sabido, diante da afoiteza em ressarcir danos suposta e rasamente considerados graves – e, portanto, ressarcíveis –, a conta da obrigação indenizatória correspondente é transferida única e exclusivamente ao ofensor, enquanto que, em uma visão mais avançada, se mostraria mais eficaz se diluída entre todos os entes sociais. Em outras palavras, a diluição dos ônus reparatórios significaria, no fim das contas, a efetiva solidarização da reparação, isto é, acarretaria uma responsabilidade social.

Em verdade, a questão sobre reparação de dano nunca foi mais urgente. Mesmo já sendo tão questionada e analisada, ainda é campo bastante incerto em quase todos os ordenamentos jurídicos que a regulam. Admitir a tutela do risco inerente às ações dos sujeitos de direito e estabelecer suas consequências, seja em esfera patrimonial, seja em esfera extrapatrimonial, em momento anterior, pareceu suficiente às demandas sociais que se estabeleciam.

Hodiernamente, contudo, isso já não se mostra tão satisfatório assim. Com a complexidade das relações jurídicas cada vez maior, com o número de possibilidades de ações e consequentes danos cada vez mais aumentados, com a tecnologia cada vez mais avançada e, só para não deixar de dizer, com o senso de moralidade cada vez mais aguçado, instável e, de certa forma, polarizado, tudo que não se pode deixar de tratar são os pormenores que constroem a base de tudo que foi aqui denominado como responsabilidade civil.

¹⁰¹ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

¹⁰² SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 253.

¹⁰³ SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 253.

O instituto que outrora parecia estranho à ordem econômica mais bem-sucedida mundialmente, se traduziu, ao longo da História, em verdadeiro ideal de justiça.¹⁰⁴ Responsabilizar o ofensor por algo que subtraísse de alguém, seja em sentido material ou moral, representa, entre outras questões, um equilíbrio de tratamento, uma expectativa de certeza e uma materialização das garantias e direitos fundamentais.

Já que o dano é inevitável, melhor repará-lo com as devidas diretrizes legais. A liberdade possui seus limites, a consequência de ações livres deve ser regulada e, se necessário, na medida do possível, a ordem deve ser restaurada¹⁰⁵ ou compensada.

¹⁰⁴ Com o passar dos anos, após a evolução da ideia do homem como centro do universo, deu-se a expansão desses pensamentos e tanto patrimônio material, quanto patrimônio extrapatrimonial, passaram a ser, expressamente, protegidos, o que, em consequência, fez surgir diferentes tipos de responsabilidade. Em verdade, o crescimento das cidades, a consolidação da tecnologia e os diversos desenvolvimentos arquitetônicos, estruturais, energéticos e comerciais acontecidos no mundo, como, v.g. a substituição do trabalho artesanal e individual pelo trabalho coletivo e em série ou a substituição da radiação ou da utilização demasiada de máquinas - A utilização demasiada de máquinas foi uma das principais causas de evolução do instituto da Responsabilidade Civil, visto que, além de acarretar certa anonimidade aos atos danosos, também pode contribuir para a ocorrência de novos e diferentes prejuízos oriundos de sua má utilização - acarretaram para o ser humano e para a sua vida, em geral, inúmeras mudanças comportamentais e ideológicas. Acompanhando o novo estilo de vida mundial, a responsabilização pelos danos se adequou e se aperfeiçoou, ganhando importância e profundidade para a ciência jurídica. A responsabilidade civil assumiu um novo viés, tornando-se o instituto hábil à solução das complexas interações havidas entre o causador do dano e vítima e entre necessidade de prestação de socorro e devida compensação das “perdas” sofridas, já que, frise-se, as constantes transformações do mundo acabaram por gerar influências no próprio *modus vivendi* da sociedade, promovendo, no instituto da Responsabilidade Civil, não só alterações de cunho quantitativo, mas também, qualitativo. A responsabilidade não só se realizava com mais frequência que outrora, mas também de outras formas - [...] ce n'est pas seulement dans lê sens *quantitatif* qu'elle a évolué, c'est aussi *qualitativement* ; elle ne se réalise pas seulement plus fréquemment que jadis, mais aussi elle se réalise autrement ; elle se present a nous avec olusiers visages, inconnus de la société romaine, inconnus même [...] (JOSSERAND, Louis. L'évolution de la responsabilité. In: *Évolutions et Actualités*, conférences de droit civil. Paris: Sirey, 1936. p. 30). O fato é que os acidentes e suas causas se multiplicaram, muitas vezes, sem condição de identificação do motivo ou do culpado. Isso porque, como bem elucida Louis Josserand em seu texto, o sedentarismo do homem antigo foi substituído pela vontade capitalista de locomoção para realização de negócios e consequente acumulação de riquezas, sempre, com apoio em instrumentos e mecanismos excelentes e rápidos, mas suscetíveis de causar catástrofes inimigáveis. Sem contar, o surgimento de veículos velozes e diversos circulando por toda a cidade com brutalidade e abusividade. Além disso, houve a sucessão do trabalho individual e doméstico pelo coletivo, nos grandes escritórios, nas usinas, com centenas de milhares de trabalhadores expostos a todos os tipos de riscos, tais como eletricidade, radiação, materiais inflamáveis e maquinário de difícil manuseio. (JOSSERAND, Louis. L'évolution de la responsabilité. In: *Évolutions et Actualités*, conférences de droit civil. Paris: Sirey, 1936).

¹⁰⁵ Conforme explica Teresa Ancona Lopez: “Com a entrada em vigor do Novo Código Civil Brasileiro [...], completa-se o ciclo de evolução da responsabilidade civil da culpa ao risco iniciado de maneira esporádica [...]. Portanto, foi o Direito brasileiro ousado e progressista ao acompanhar os perigos da nova sociedade comandada por máquinas de todos os tipos [...]. Com o advento do Código Civil de 2002, há a adoção da teoria da culpa como orientação geral (art. 186 e 927, *caput*), e a consagração da responsabilidade fundada no risco da cláusula geral que dá conteúdo ao parágrafo único do art. 927, e que ressalta que também haverá obrigação de indenizar, independentemente da culpa [...]. LOPEZ, Teresa Ancona. Principais linhas da responsabilidade civil do direito brasileiro contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, v. 101, p. 111-152, 2006. p. 111-112.

Sob a perspectiva da reparação do dano moral, portanto, observa-se que a responsabilidade civil assumiu diferentes funções nos ordenamentos jurídicos em que encontrou guarida. Nestes destacaram-se a função compensatória e a função punitiva.¹⁰⁶

Mais especificamente no Brasil¹⁰⁷, porém, frise-se, a função compensatória parece ter ganhado mais força que a punitiva ao longo dos anos anteriores ao século XXI. Como bem explicou Limongi França:

[...] a responsabilidade civil, nós a diferenciamos da obrigação, surge em face do descumprimento obrigacional. Realmente, ou o devedor deixa de cumprir um preceito estabelecido num contrato, ou deixa de observar o sistema normativo, que regulamenta sua vida. A responsabilidade nada mais é do que o dever de indenizar o dano.¹⁰⁸

Até mesmo Teixeira de Freitas, com toda sua tecnicidade e conhecimento, ao tratar a matéria penal e a matéria civil como unicidade de Direito Privado, não fazia distinção entre punir, prevenir ou compensar. Para ele tudo não passava de uma questão reparatória: o dano que resultasse mal à pessoa teria de ser compensado por meio das regras de reparação dispostas pelo Direito Penal e não pelo Direito Civil¹⁰⁹, a saber:

¹⁰⁶ A chamada Lex Aquilia de Damno (plebiscito aprovado pelos romanos no final do século III e início do século II a.C.) instituiu, de maneira definitiva no Direito Romano, o princípio da punição da conduta concorrente ou indispensável à provocação injusta de danos, independentemente de relação contratual pré-existente; iniciando, portanto, o desenvolvimento técnico do instituto da Responsabilidade Civil, visto que, além de instituir o direito de um titular de um bem a obter pagamento de uma penalidade em dinheiro de quem o tivesse destruído ou deteriorado, também acabou por dizimar da civilização humana qualquer sentimento bárbaro de vingança. Dali para frente, o Estado passaria a intervir nas relações e começaria a estimar, coerentemente, valores para os eventos danosos sofridos. Em todas os documentos romanos significativos que se tem notícia, (i) Lei das XII Tábuas (452 a.C.); (ii) Lei Aquiliana (282 a.C.); (iii) Legislação Justiniana (529 a.C.) – Institutas, Codex Justinianus e Digesto ou Pandectas, a noção da reparação pecuniária do dano restou, sempre, muito bem delimitada, bem como, em algumas delas, observa-se o início da aceitação pelos romanos do que hoje chamamos de reparação moral – mesmo que isso se desse sem questionamento ou total desconhecimento da causa do dano, bastando, para a respectiva configuração, apenas a existência desse evento negativo, a tomar como prova as redações do parágrafo 9º, da Tábua Segunda e o parágrafo 9º, da Tábua Sétima, ambos da Lei das XII Tábuas, in verbis : § 9º, da Tábua Segunda, Lei das XII Tábuas: Se alguém, sem razão, cortou as árvores de outrem, que seja condenado a indenizar à razão de vinte e cinco asses por árvore cortada. § 9º, da Tábua Sétima, Lei das XII Tábuas: Se alguém difama outrem com palavras ou cânticos, que seja fustigado

¹⁰⁷ No entanto, muito embora, no Brasil, desde o ano de 1919, admitir-se a existência do instituto da Responsabilidade Civil; o que, em primeiro lugar se deu na legislação trabalhista, na parte que tratava sobre acidente de trabalho, resta curioso o fato de que a expressão *responsabilidade civil*, em si, não foi utilizada, expressamente, por nenhum grande civilista da história brasileira, vindo a surgir, de fato, após a edição do projeto de Código Civil Brasileiro de 1916. Quando da análise da literatura antiga, bem assim, projetos de Código antigo, sobretudo do Código Civil de 1916, percebe-se que os juristas ao tratarem do assunto da responsabilidade civil o faziam sob o título de *obrigações decorrentes de ato ilícito* ou, simplesmente, *dos atos ilícitos*. Como, se, à época, a obrigação de indenizar fosse configurada somente como consequência de atos ilícitos. Ao que parece, a nomenclatura específica *responsabilidade civil* foi utilizada pela primeira vez por Visconde de Seabra no projeto do Código Civil de Portugal, sob influência de Coelho da Rocha.

¹⁰⁸ FRANÇA, Rubens Limongi. *Enciclopédia saraiva de direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 65. p. 332.

¹⁰⁹ O que, no entanto, não o impediu de sintetizar e, de alguma maneira, ratificar a noção de reparação por danos materiais e morais imposta pelo instituto da Responsabilidade Civil, haja vista que, ainda que a cargo do Direito Penal, era prevista, de maneira ampla, a necessidade de amenização ou reparação dos prejuízos não só patrimoniais (aos bens do ofendido), mas também extrapatrimoniais (à pessoa) causados a outrem.

Artigo 800, da Consolidação das Leis Civis - A indenização será sempre a mais completa, que fôr possível; em caso de dúvida, será a favor do offendido (Cód. Crim. Art. 22);

Artigo 801, da Consolidação das Leis Civis - Para este fim o mal, que resultar á pessoa, e aos bens, do offendido, será avaliado por arbitros, em todas as suas partes, e conseqiencias (Cod. Crim. Art. 22, Cod. do Proc. Crim. Arts. 290, e 338).

Nota à 3ª Edição, da Consolidação das Leis Civis - O mal da pessoa, e seus bens, ou quaesquer delictos, avaliado em todas as suas partes. e conseqiencias, fora reductivel sem inconveniente ao què chama-se prestação de-perdas e dumnos, pêrdas e interesses, -lucros cersantes e darnnos emergentes; e que vem a ser, o que effectivamente perdeu-se, e o que se-deixou de ganhar. Estas expressaes entretanto as de uso applicarem-se unicamente hs faltas dos devedores por obrigações não derivadas de delictos puniveis pelas leis criminaes.¹¹⁰

Porém, como já demonstrado, há muito já se defende, pelo menos praticamente, um caráter duplo a esse instituto da responsabilidade civil. Ao analisar casos concretos envolvendo pedidos de indenização por danos morais, o elemento dano, em si, não se demonstra tão relevante assim para a respectiva quantificação do valor indenizatório, visto que a reprovação da conduta ofensiva também aparece como fundamento para as tais fixações de valores respectivos, bem como o porte econômico das partes, o qual, em última análise, nada mais é do que um critério da própria punição. Aliás, em muitos casos, o dano chega até a ter dispensada sua comprovação. E isso ocorre por se considerar, pois, tão óbvia a ilicitude da conduta ofensora, que se trata o dano como presumido.

Logo, apesar da variação de critérios utilizados pelos julgadores na fundamentação do *quantum* indenizatório, em se tratando de danos morais, principalmente, a noção de função punitiva, muito embora não positivada pelo direito pátrio¹¹¹, vem sendo bem recebida pela doutrina e pela jurisprudência brasileiras. Por isso, se mostra importante analisar seus critérios constitutivos.

A função punitiva da responsabilidade civil, portanto, se revela calcada na reprovação da conduta ofensiva e não na extensão do dano em si. Ela é medida que reprova a ofensa e que também deseja coibir novas ocorrências. Daí porque se afirma o duplo caráter dessa função: não só punir propriamente, mas também, secundariamente, reprimir, coibir ou evitar. E essa questão tem como base um fundamento estrangeiro.

¹¹⁰ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. Brasília: Senado Federal, 2003. 2 v. (Coleção história do direito brasileiro. Direito Civil; 1. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496206>. Acesso em: 5 dez. 2019.

¹¹¹ Nos termos literais do Código Civil de 2002, “a indenização mede-se pela extensão do dano”, sendo que “se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização” (artigo 944 e parágrafo único). Não faz, portanto, nenhuma referência direta à função punitiva da reparação do dano moral.

2.3 O duplo caráter da função punitiva: teoria da pena privada, do desestímulo e as diferenças entre punição e prevenção

Ela é, pois, fruto do pensamento conhecido como Teoria da Pena Privada, surgido no século XX, no Direito norte-americano, com a finalidade de fundamentar e fortalecer a noção da reparação do dano moral, neutralizando o argumento moral que a afastava. Não havendo, dessa forma, como submeter a qualquer tipo de aferição concreta a extensão do dano, justamente porque de natureza moral e não material, o pagamento de quantia pecuniária pelo sujeito ofensor teria, aos olhos de tal teoria, o caráter puro e simples de sanção pela prática indesejada e ofensiva.

Em verdade, os defensores dessa teoria, ou melhor, da indenização como uma forma de punir o ofensor, argumentam principalmente no sentido de que os danos morais, porque difíceis ou impossíveis de aferição econômica, porquanto pela própria natureza – violação de direitos da personalidade¹¹² – não apreciáveis economicamente, só seriam instrumentos de compensação a vítimas cuja situação financeira não fosse tão razoável assim. Isso considerando que a dor, a angústia e os sentimentos ruins, consequências da ocorrência do dano moral, só seriam facilmente substituídos ou amenizados pelo prazer que o dinheiro proporciona a pessoas que não tivessem acesso fácil ou suficiente a ele.

A compra de um carro, portanto, só compensaria a perda de um dedo, por exemplo, a vítimas que não pudessem por outros meios realizar tal aquisição; enquanto a vítima economicamente mais sossegada jamais conseguiria ser, de fato e efetivamente indenizada, justamente porque indiferente a isso, quer dizer, não passível de amenizações das consequências por recebimentos de quantias pecuniárias. Daí porque tais defensores advogam a noção de que a reparação do dano moral, no mínimo, também teria que abarcar um caráter de pena, já que, para eles, só assim, funcionaria de maneira justa e eficaz, revertendo-se, de alguma forma, a favor da vítima, independentemente da situação financeira em que se enquadrasse.¹¹³

Em consequência dessa tese punitiva, algumas noções sobre o conceito, consequência e finalidades dessa função começaram a ser difundidas, com o intuito final, sempre, de explicar a real motivação e justificação da indenização por dano moral.

¹¹² COSTA GOMES, Jordhana M^a de V.V.C. *Em busca do conceito de dano moral*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 2014. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/handle/1843/BUOS-9HLLCE>. Acesso em: 31 nov. 2019.

¹¹³ MORAES, Maria Celina Bodin de Moraes. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 220-221.

A Teoria do Desestímulo, baseada no caráter de exemplaridade das regras de punição, por exemplo, pregava que a indenização deveria se caracterizar por uma quantia significativa capaz não só de reparar a vítima pelo evento danoso, como também de conscientizar o ofensor de que persistir no comportamento lesivo seria sinônimo de prejuízo, sem, contudo, permitir enriquecimento sem causa por parte da vítima. Em síntese, para essa teoria, a indenização por dano moral deveria se configurar em um verdadeiro desestímulo à realização de atos ilícitos, funcionando como uma espécie de pena privada em benefício da vítima.¹¹⁴ Afinal, à época, a própria possibilidade e existência dos danos morais e suas consequências eram questionadas.

Acreditava-se, em última análise, que, apesar de imorais e impossíveis, as indenizações por danos morais poderiam servir ao propósito de desmotivar as condutas ofensivas. Dessa feita, não se compensava o sofrimento, justamente porque dor moral não era passível de pagamento, mas, por outro lado, punia-se o agressor de forma privativa e a favor do ofendido.

Atualmente, porém, superadas essas questões de aceitação, reconhecimento e aplicação dos danos morais, a noção de função punitiva do instituto não perdeu força. Ao contrário, mesmo depois de positivamente ter-se declarado que a indenização, ainda que exclusivamente moral, seria de caráter remuneratório, muitos autores e juristas têm insistido em defender o caráter punitivo desse tipo de indenização, baseando-se, entre outras variáveis, no binômio satisfação e punição.

Melhor explicando, em uma definição própria da função punitiva dos danos morais, a indenização deles oriunda serviria para não só satisfazer a vítima, como também, verdadeiramente, para punir o ofensor. E, em segundo plano, em um contexto impróprio do vocábulo, desestimular a reiteração ou perpetuação desse tipo de conduta, bem assim, se prestar como exemplo de desestímulo a terceiros, como se prevenção fosse. No fim das contas, uma ideia genuína e completa de pena privada.

Segundo Maria Celina Bodin de Moraes:

Há, de fato, quem distinga a função punitiva da função preventiva, conectando esta última a um objetivo utilitarista, no sentido de avaliação de sua utilidade para prevenir danos futuros, e não para retribuir danos passados - característica própria de juízo punitivo. Ocorre que, mediante tal perspectiva, será possível deduzir que uma conduta gravemente dolosa possa não constituir pré-requisito necessário e suficiente à imposição de penalidade, justamente por ser de difícil repetição; de outro lado, uma conduta menos grave, mas que possa ser facilmente imitada, mereceria, na finalidade preventiva, uma condenação

¹¹⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de Moraes. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 222.

maior. Este parece ser o problema principal da justiça/injustiça das sentenças exemplares e dos chamados bodes expiatórios.¹¹⁵

Segundo Clayton Reis, essa tensão havida entre ofensor que, de um lado, paga pela prática de seus atos inconsequentes, e a vítima que, de outro, tenta aplacar seu sentimento de revolta com a compensação pecuniária recebida é a “justa forma do Estado agir”, constituindo-se a indenização por danos morais em modalidade de pena privada “das mais significativas ao lesionador em nosso mundo capitalista e consumista”, sendo, em última análise, “verdadeiramente um corretivo marcante para o agente causador do ato ilícito”¹¹⁶.

Nesse contexto, Carlos Roberto Gonçalves completa o cenário indicando que a função punitiva da indenização objetiva, em última análise, “viabilizar ao Estado a realização controlada de um ideal de vingança privada, qual seja a satisfação, dentro de limites razoáveis, do desejo da vítima de ver o seu ofensor ser punido pelo mal que lhe fez”¹¹⁷. Assim é que, segundo Rafael Batista Leite, “a função punitiva somente será aplicada quando não for possível ou não for necessária a aplicação de sanção penal, pois não poderá ocorrer cumulação”¹¹⁸. É, no fim das contas, uma assunção da função punitiva pelo Estado como forma de coibir o sentimento de vingança privada pelo indivíduo. Afinal, para os adoradores da ideia, a função punitiva deve não só reprimir, mas também desencorajar a reincidência das condutas.

Diante disso, entende-se que as funções dos danos morais podem ser múltiplas e, além da compensatória e da punitiva, também com aplicação preventiva, desde que respeitadas a proporcionalidade e a razoabilidade entre as condutas lesantes e os prejuízos morais causados às vítimas. Em resumo, Carlos Alberto Bittar ensina que a indenização por danos morais se traduz “em um montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo advindo”¹¹⁹.

Daí porque se torna imprescindível a observação de que, apesar de muito se aplicar e defender a função punitiva da responsabilidade civil hodiernamente, a situação parece ser um pouco confusa: ao mesmo tempo em que se advoga a ideia de repressão, a noção de prevenção sempre aparece de alguma forma atrelada a isso; seja de forma direta, seja de forma secundária.

¹¹⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de Moraes. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 225-226.

¹¹⁶ REIS, Clayton. *Dano moral*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 90-91.

¹¹⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 141.

¹¹⁸ LEITE, Rafael Batista. *A função punitiva do dano moral*. Brasília: UniCEUB, 2010. p. 28.

¹¹⁹ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p. 233.

Muito embora haja discordâncias¹²⁰, o que se pode concluir, em suma, é que, em um sentido próprio, diz-se função punitiva do dano moral a real motivação punitiva e sancionatória do ato lesivo e, impropriamente, aceita-se como óbvia e consequente que a ela se atrele a noção preventiva.

Em verdade, para muitos, a função punitiva do dano moral se revela como uma função punitivo-pedagógica. Nesse sentido, segundo Nelson Rosenvald, para quem as funções se dividiriam em reparatória, punitiva e precaucional, com a prevenção mais como princípio do que como função:

[...] a prevenção detém inegável plasticidade e abertura semântica, consistindo em uma necessária consequência da incidência das três funções anteriores. Isso não impede que se manifeste com autonomia, aliás, objetivo primordial da responsabilidade civil contemporânea. [...] O direito civil se serve de diversas tonalidades e técnicas, sendo sintomática uma interseção entre esses diferentes papéis da responsabilidade civil – cabendo até mesmo uma conjugação funcional -, sem, contudo, se suprimir de cada qual a sua autonomia dogmática e aptidão para atuar nos diversos firmamentos da matéria.¹²¹

Em complementação, em outra obra de sua autoria, Rosenvald já deixou claro que, para ele, a relação entre segurança jurídica e o princípio da solidariedade estaria, de forma bastante contunde, atrelada ao caráter punitivo do dano moral:

[...] a segurança que se prende às funções preventiva e punitiva é uma segurança social, na linha do princípio da solidariedade, objetivando a transformação social pela via constitucional da remoção de obstáculos de ordem econômica e social que limitam de fato a liberdade e a igualdade dos cidadãos, impedindo o pleno desenvolvimento da pessoa humana.¹²²

Logo, para os adeptos da consequência sancionatória dos danos morais, a separação das funções da responsabilidade civil em reparatória, preventiva e punitiva de maneira estanque está cada vez menos forte. Ao contrário, sempre que podem, defendem a profunda correlação entre elas, fundamentando-as como causa e consequência uma da outra reciprocamente. Daí porque aparecem seus sentidos próprios e impróprios.

¹²⁰ Clayton Reis se posiciona contrariamente a isso. Segundo ele, a função punitiva do dano moral em nada se confunde, tampouco se atrele à função preventiva. Para ele a punição não tem o condão de reeducar o ofensor, já que os atos danosos necessariamente demandam uma mudança muito além do comportamento apenas do agressor. É, pois, necessário que haja uma transformação cultural acerca do tema. (REIS, Clayton. *Avaliação do dano moral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 32).

¹²¹ ROSENALD, Nelson. *As Funções da Responsabilidade Civil: a reparação e a pena civil*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 78-79.

¹²² ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 83.

Segundo Rosenvald, “o sistema de responsabilidade civil não pode manter uma neutralidade perante valores juridicamente relevantes em um dado momento histórico e social”, vez que, para ele, “todas as perspectivas de proteção efetiva de direitos merecem destaque” e, para tanto, seria necessário fazer um “balanceamento de interesses, através da combinação das funções basilares da responsabilidade civil: punição, precaução e compensação”.¹²³

Entretanto, por mais lógica e plausível que seja essa correlação, defender a possibilidade, ou melhor, a legitimidade da aplicação do caráter sancionatório da responsabilidade civil no atual cenário jurídico e legislativo do país, parece um tanto quanto forçado e fruto de juízos de valores pessoais, parciais e, em certa medida, até revoltados dos operadores do Direito, os quais, em termos menos profundos, parecem ter se cansado dos abusos reiterados da prática cotidiana das relações jurídicas. Como bem explicou Renan Santos de Azevedo em trabalho científico sobre o assunto:

Embora a legislação prescreva que o valor da indenização, seja por dano material ou por dano moral, seja determinado pela extensão do dano, a jurisprudência majoritária [...] do Superior Tribunal de Justiça reconhece a existência de um caráter punitivo da indenização, que justificaria a majoração de seu valor com a finalidade de punir o ofensor, para que este não cometa o ilícito novamente e sirva de exemplo para o restante da sociedade.¹²⁴

É, em verdade, como bem salientou Américo Luís Martins da Silva¹²⁵, o reconhecimento de que, apesar de compensatório, o dano moral jamais seria reparatório, pois o dinheiro nunca seria capaz de ressarcir suas consequências imediatas e irrefutáveis como a dor, o sofrimento e todos os outros semelhantes sentimentos ruins aos quais a vítima do dano moral foi submetida. Daí porque defende a já explicada múltipla função do instituto, traduzida, em suas palavras, na expiação do ofensor e na satisfação da vítima; isto é, em uma verdadeira caracterização do dano moral como um misto de pena e satisfação compensatória.

O fato é que, ainda que a construção da responsabilidade civil na legislação cível brasileira tenha tido suas bases na cautela em amparar a vítima¹²⁶, até porque o CCB/2002

¹²³ ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 92.

¹²⁴ AZEVEDO, Renan Santos de. A inaplicabilidade dos *punitive damages* no ordenamento jurídico brasileiro e uma análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais e do Superior Tribunal de Justiça acerca do instituto. In: SOUZA, Adriano Stanley Rocha; GODINHO, Jéssica Rodrigues (org.). *Reflexões acadêmicas: o dano moral como subterfúgio para o enriquecimento sem causa*. Curitiba: Appris, 2018. p. p. 17.

¹²⁵ SILVA, Américo Luís Martins da. *O dano moral e a sua reparação civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 62-63.

¹²⁶ Segundo Lucas Campos de Andrade, “essa atenção à vítima é calcada na rígida divisão entre Direito Penal e Civil. Ao Direito Penal cabe concentrar seu foco no ofensor, punindo-o e evitando a reincidência, enquanto o Direito Civil fica responsável pelo amparo ao ofendido, desprendendo todos os esforços possíveis para reestabelecer a condição que antecedeu o evento danoso”. (ANDRADE, Lucas Campos de. *Caráter pedagógico*

prescreve a extensão do dano como medida própria da indenização, o que atualmente tem se instaurado é que o Poder Judiciário passou a agregar, a despeito da ausência de previsão legal, um caráter punitivo-pedagógico a esse instituto.

Ao que parece, a massificação das relações de consumo adicionada à ideia do Direito Penal mínimo, em que apenas os bens jurídicos de maior importância devem ser tutelados pela seara criminal, acabou criando um hiato, no qual nem o Direito Penal nem o Direito Civil atuavam e, de certa forma, deu vazão ao surgimento e acontecimento de inúmeras condutas lesivas que não resultavam em nenhuma consequência punitiva ou repressora aos seus autores. E, diante dessa lacuna, o instrumento utilizado para preenchê-la foi o dos danos morais.

Em verdade, passaram tais danos a figurar como ferramentas mais que satisfatórias para a punição que se percebia praticamente tão pujante nesse contexto de maior complexidade das relações jurídicas – e não só as consumeristas, mas sobretudo dessa natureza e também as trabalhistas, pessoais, familiares etc. E, justamente por conta da estabilidade, precisão e certeza dos danos materiais, os quais possuem aplicação, extensão e medida tão rígidas, que, ao contrário dos morais, jamais poderiam ser liquidados por mero – e, diga-se, um tanto quanto livre – arbitramento do magistrado.

Fixado, portanto, o entendimento de que os danos morais receberam da doutrina pátria, na atualidade, características repressivas e preventivas causadas pela admissão da atividade punitiva, partindo-se do pressuposto de que os danos, em si, jamais seriam reparados somente pelo quantum, se mostra necessário compreender de onde adveio esse conceito de punição civil. Para isso, serão tratadas a seguir das impropriedades da adoção da função punitiva da responsabilidade civil pelo sistema jurídico brasileiro, por meio da importação do instituto norte-americano dos *punitive damages*.

do dano moral. In: SOUZA, Adriano Stanley Rocha (coord.). *O dano moral como enriquecimento sem causa ou tutela de direitos de personalidade*. Belo Horizonte: Conhecimento, 2017. p. 114).

3 ESTUDO PORMENORIZADO: OS *PUNITIVE DAMAGES*. ORIGEM, ELEMENTOS E APLICAÇÃO – EUA X BRASIL: IMPROPRIEDADES DA ADOÇÃO DA FUNÇÃO PUNITIVA DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Como já dito, parte-se do pressuposto que, até mesmo por causa da legislação vigente e de uma reiteração tradicional da doutrina específica, a adoção e a aceitação da função punitiva dos danos morais em tempos atuais não são pacíficas, tampouco fáceis de serem justificadas. Na verdade, frise-se, apesar de parecer haver aplicação e aceitação cada vez maiores pelos tribunais pátrios: (i) parte da doutrina se posiciona contrária à essa ideia punitiva; (ii) outra parte, sobretudo mais contemporânea, defende de forma cada vez mais enfática essa função da responsabilidade civil, dando vazão e embasamento suficientes para os julgados citados na primeira parte deste trabalho; e, (iii) final e infelizmente, alguns doutrinadores se confundem e, mesmo sem muito embasamento e metodologia, acabam aceitando a indenização por dano moral como forma de punição do ilícito, mesmo que sem muitas explicações pormenorizadas sobre o real significado que essa aceitação toma.

José de Aguiar Dias parece ter uma visão neutra sobre o assunto, ao explicar que o pagamento de uma quantia em dinheiro, a título de satisfação pela dor moral, possui lugar intermediário entre a própria indenização (satisfação) e a pena. Segundo ele, “na doutrina contemporânea, registra-se universal hostilidade à ideia da pena privada”, esclarecendo que “isso se justificava no passado, quando dominava, no instituto da responsabilidade civil, o princípio da culpa”.¹²⁷ “Contudo, atualmente, o problema se apresenta de modo diverso. Cada vez mais as questões de reparação e garantia independem das noções de prevenção ou repressão.” De acordo com o autor:

Para o sistema de responsabilidade civil que esposamos, a prevenção e repressão do ato ilícito resulta da indenização em si, sendo-lhe indiferente à graduação do montante da indenização. Mesmo os ricos sofrem um corretivo moral enérgico, que conduz à prevenção e repressão do ato ilícito praticado, quando lhes é imposta a obrigação de reparar o dano sofrido por outrem.¹²⁸

Em verdade, para ele, na hipótese de existência de danos extrapatrimoniais cuja reparação se realiza por meio pecuniário, “avultam os pontos de contato entre a indenização e

¹²⁷ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. rev., atual e amp. de acordo com o Código Civil de 2002, por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 998.

¹²⁸ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. rev., atual e amp. de acordo com o Código Civil de 2002, por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 999.

a pena”¹²⁹. Mesmo assim, explica que a função punitiva acaba por oferecer “satisfação à consciência de justiça e à personalidade do lesado, e a indenização pode desempenhar um papel múltiplo, de pena, de satisfação e de equivalência indenizante”¹³⁰.

Essa defesa, porém, não é aleatória. Ela tem suas bases fundamentadas em teoria norte-americana denominada *punitive damages*, como será demonstrado nas próximas seções.

3.1 Diferenças da responsabilidade civil e dos *punitive damages* na *common law*

Na *common law*, em verdade, uma interessante distinção é feita quando o assunto tangencia a responsabilidade civil. Para esse tipo de sistema jurídico, mais utilizado no Direito inglês e no norte-americano, apontam-se os (i) *nominal damages*¹³¹; (ii) *compensatory damages*¹³²; e (iii) *punitive damages*, também chamados de *exemplary damages*¹³³. Como os próprios nomes indicam, o primeiro deles visa apenas reparar simbolicamente ofensas de menor potencial lesivo, superficiais; enquanto que o segundo tem intenção de compensar a vítima do mal sofrido, promovendo o retorno a seu *status quo ante* à conduta lesiva; e o terceiro, com a finalidade indubitável de punir não apenas para satisfação da vítima, mas também, para desagravo de toda a sociedade, como exemplo. Nos EUA, inclusive, dependendo da gravidade da conduta realizada, ainda é imposto ao ofensor a obrigação de pagar valores a fundos estatais, cujas quantias reverterão em prol da comunidade. Isto é, configurando-se não só como uma punição privada, mas, também e primordialmente, pública.

Em outras palavras, nos direitos inglês e norte-americano, todo e qualquer tipo de dano será reparado e, à medida de suas naturezas e gravidades, classificados e conseqüentemente fixados.

Sobre os *punitive damages*, mais especificamente, sabe-se que, apesar de originalmente possuírem uma figuração bem remota no Direito Romano, ganharam relevância mesmo na Inglaterra e, mais tarde, muito destaque e grande impulso na experiência norte-americana, baseando-se, desde o início, na noção de sanção.

¹²⁹ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. rev., atual e amp. de acordo com o Código Civil de 2002, por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 1001.

¹³⁰ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. rev., atual e amp. de acordo com o Código Civil de 2002, por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 1001.

¹³¹ THE GUIDE to american law, v. 8. New York: West Publishing Company, 1984. p. 49-50.

¹³² THE GUIDE to american law, v. 8. New York: West Publishing Company, 1984. p. 119-120.

¹³³ THE GUIDE to american law, v. 8. New York: West Publishing Company, 1984. p. 355-356.

Não obstante, apesar de muitos tentarem comprovar sua origem em textos da antiguidade, o nascimento dos *punitive damages* realmente pode ser atribuído ao Direito Romano¹³⁴, visto que tal sistema adotava dois tipos de pena: a privada e a pública.

Por pena pública entendia-se aquelas aplicadas a todos os crimes cometidos contra o Estado direta ou indiretamente – qualquer ato que perturbasse a paz do reino – e, por pena privada, uma espécie de reação à realização de um dano. Mesmo havendo instaurada a noção de reparação, as penas privadas se imbuíam também de caráter sancionatório, ao passo que determinavam não só o retorno ao estado anterior à situação lesiva, mas também, se impondo como consequência de condutas lesivas a interesses privados, sobretudo contra a pessoa e seus bens. Assim, como a sanção é instituto que se impõe quando da desobediência a preceitos jurídicos, tem-se que, nesse contexto, a indenização seria, sim, uma pena privada, já que, além de requerida pela própria vítima do ato lesivo, também era configurada por uma reação à realização de uma conduta lesiva, isto é, a uma conduta contrária aos ditames e normas legais. Até porque, conforme previsões da época, tais indenizações poderiam corresponder ao dobro, triplo ou até ao quádruplo do valor do dano¹³⁵.

No entanto, as indenizações – penas privadas – passaram a ser muito mal vistas pelos países que haviam sofrido influência do poderio do Império Romano, principalmente pelos que haviam adotado um processo de limitação da responsabilidade civil à função meramente reparatória justamente porque, dessa forma, perpetuavam a barbárie vivenciada pela civilização romana de, com imposição de penas físicas, pessoais e desmedidas, levar outrem à condição de ruína, escravidão e indignidade.

Todavia, não obstante essas semelhanças remotas encontradas no Direito Romano, a doutrina dos *punitive damages*, própria e autonomamente dita, foi criada no século XVIII. E, segundo os primeiros defensores, os *punitive damages* objetivavam não só compensar o prejuízo intangível sofrido pela vítima, como também punir a conduta ilícita do ofensor por meio de altos valores indenizatórios. Exemplificativamente, o Direito inglês possuía um instituto processual denominado *action of waste*, cujo objetivo principal da parte ativa se resumiria a dois possíveis pedidos principais, quais fossem, a requisição de aplicação de uma indenização triplicada a algum inquilino ou arrendatário cumulada à recuperação da

¹³⁴ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (*punitive damages* e o Direito brasileiro). *Revista CEJ*, Brasília: CEJ, v. 9, n. 28, p. 15-32, 2005. Disponível em: <https://revistacej.cjf.jus.br/revcej/article/view/643>. Acesso em: 12 dez. 2019.

¹³⁵ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (*punitive damages* e o Direito brasileiro). *Revista CEJ*, Brasília: CEJ, v. 9, n. 28, p. 15-32, 2005. Disponível em: <https://revistacej.cjf.jus.br/revcej/article/view/643>. Acesso em: 12 dez. 2019. p. 18.

propriedade imobiliária, justamente pela consequência de ter havido um dano nela, causado pelos agentes mencionados¹³⁶.

Ao que tudo indica, a fonte principal dos *punitive damages* na Inglaterra do século XVIII era a atuação desmedida dos júris nos julgamentos das *tort actions*¹³⁷, isto é, procedimentos civis intentados contra atos e fatos que envolvessem danos causados por ofensas à esfera jurídica alheia. Segundo Mariana Souza Pargendler e Judith Martins Costa, a aplicação de indenização na Inglaterra do século XVIII era quase que a mesma do Direito Romano, ou seja, “a vítima ingressava com uma ação para receber uma indenização pelo dano sofrido; entretanto, as condenações correspondiam a um castigo aplicado ao ofensor e representavam um múltiplo do valor do dano alegado”¹³⁸.

Com o aperfeiçoamento do modelo inglês, porém, foi nos EUA, em meados do século XX¹³⁹ que o modelo dos *punitive damages* se tornou referência. Até mesmo e principalmente por causa da experiência norte-americana adquirida nos estudos de *leading cases*¹⁴⁰, nos quais a Suprema Corte do país tem sempre o cuidado de decidir com bases a evitar a ocorrência de casos semelhantes e sempre a partir da análise pormenorizada de determinado caso concreto, se destacam o estudo do instituto e a fixação de parâmetros que variam de acordo com o caso concreto que vai ser alvo de análise pelo Judiciário.¹⁴¹

Assim, os *punitive damages* atualmente são definidos como “indenização outorgada em adição à indenização compensatória quando o ofensor agiu com negligência, malícia ou dolo”¹⁴².

¹³⁶ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano moral e indenização punitiva: os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.178-180.

¹³⁷ “*Tort law* é, talvez, o último bastião do *common law*. Mesmo nesta era de legislação, com a proliferação de códigos e atos uniformes, o *tort law* permanece não codificado e em grande parte não afetado pela lei. Essa ausência de regulamentação legal geral confere ao *tort law* um caráter um tanto assistemático, próprio do *common law*. (ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Indenização punitiva. *Revista da EMERJ*, v. 9, n. 36, p. 135-168, 2006. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista36/revista36_135.pdf. Acesso em: 18 nov. 2018. p. 140).

¹³⁸ MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (*punitive damages* e o Direito brasileiro). *Revista CEJ*, Brasília: CEJ, v. 9, n. 28, p. 15-32, 2005. Disponível em: <https://revistacej.cjf.jus.br/revcej/article/view/643>. Acesso em: 12 dez. 2019.

¹³⁹ HAMMESFAHR, Robert W.; NUGENT, Lori S. *Punitive damages – a state by state guide to law and practice*. New Jersey: West, 2011. p. 5.

¹⁴⁰ LEVMORE, Saul; SHARKEY, Catherine M. *Foundations of tort law*. New York: Foundation Press, 2009. p. 394.

¹⁴¹ PROSSER, William L.; WADE, John W.; SCHWARTZ, Victor E. *Cases and materials on torts*. New York: Foundation Press, 2010. p. 566.

¹⁴² “Damages awarded in addition to actual damages when the defendant acted with recklessness, malice, or deceit.” (GARNER, Bryan A.; BLACK, Henry Campbell (ed.). *Black’s Law dictionary*. St. Paul: West, 2004. p. 448).

Estudiosos sobre o assunto, William L. Prosser, John W. Wade e Victor E. Schwartz¹⁴³ afirmam que os *punitive damages*, também chamados de *exemplary* ou *vindictive damages*, ou *smart money*¹⁴⁴, figuram como uma soma adicional acima da remuneração, para a vítima dos danos sofridos, concedida com a finalidade de punir o réu e de adverti-lo a não cometer tal ato novamente, além de intimidar os demais com o exemplo.

Segundo Edward White¹⁴⁵, o surgimento da responsabilidade civil como ramo independente ocorreu um tanto quanto tardiamente no Direito norte-americano, sendo lecionada pela primeira vez no curso de Direito somente em 1870 e tendo primeira doutrina específica publicada quatro anos mais tarde.

Também lá, assim como aqui, a responsabilidade civil é dividida entre contratual e extracontratual, esta última denominada *common law of torts*. Mas, para a surpresa geral, as críticas sobre a responsabilidade extracontratual são quase todas negativas e pessimistas. Afirma-se, entre outras coisas, ser tal sistema completamente bagunçado, complexo e um tanto quanto aporético, por possuir demasiados objetivos. A conclusão a que todos parecem chegar é a de que, atualmente, parece impossível desvencilhar os principais aspectos da vida contemporânea dos americanos dos assuntos de responsabilidade civil e seguros, por consequência.¹⁴⁶

Em verdade, no Direito americano existem várias modalidades de danos, entre as quais os *punitive damages* se destacam sobremaneira justamente porque têm definição mais ampla. Sobre os danos oriundos de responsabilidade civil extracontratual, em geral, indica-se a seguinte divisão: (i) *actual* ou *compensatory damages* são definidos como quantia entregue à vítima para compensar perdas e danos factual e irrefutavelmente comprovados. Se prestam a reparar prejuízos efetivos e, assim, possibilitar o retorno ao *status quo ante*; (ii) *nominal damages*, constituídos por um *quantum* simbólico devido em situações em que danos materiais sejam inexistentes; (iii) *general damages*, bem enquadrados na categoria de danos pressupostos ou *in re ipsa*, como os tribunais brasileiros costumam denominar. São, pois, independentes de provas e presumidos a partir da gravidade e do grau de reprovabilidade da conduta que lhes dá origem; (iv) *special damages*, constituídos tanto pelas perdas e danos devidas e inegavelmente

¹⁴³ PROSSER, William L.; WADE, John W.; SCHWARTZ, Victor E. *Cases and materials on torts*. New York: Foundation Press, 2010. p. 566.

¹⁴⁴ Além dessas, outras expressões também são utilizadas para a denominação do instituto, a saber: *punitory damages*, *speculative damages*, *imaginary damages*, *presumptive damages*, *added damages*, *smart money*, *punies*, *penal damages* e *retributory damages*.

¹⁴⁵ WHITE, Edward. *Tort law in America*. New York: Oxford University Press, 1985. p. 3.

¹⁴⁶ ABRAHAM, Kenneth S. *The liability century, insurance and tort law from the progressive era to 9/11*. Cambridge: Harvard University Press, 2008. p. 1.

comprovados pelas vítimas (danos emergentes), quanto pelos valores que efetivamente se deixa de ganhar com o evento danoso (lucros cessantes); e por fim, (v) os *punitive damages* que, por conta de sua própria natureza, são valores variáveis estabelecidos para compensar vítimas e punir comportamentos lesivos marcados pelas variáveis da culpa civil.¹⁴⁷

Assim, a primeira e mais rápida inferência que se pode tirar é a de que qualquer espécie de dano admitida no Direito norte-americano, dependendo do motivo causador (conduta), poderá se revelar na modalidade punitiva, vez que, como os próprios conceitos apontaram, a única coisa que os diferencia dos demais é a possibilidade de se mostrarem ao mesmo tempo como reparações e sanções.¹⁴⁸

Não obstante, o que se sabe é que as controvérsias quanto aos objetivos e, por conseguinte, até mesmo quanto às denominações dos *punitive damages* são tantas que a doutrina norte-americana se divide em defensores fervorosos do instituto e pensadores completamente contrários a ele.

Os que defendem a aplicação dos *punitive damages* o fazem baseados na noção de que são instrumentos hábeis a desencorajar condutas danosas, bem como uma ferramenta poderosa no auxílio psicológico das vítimas, as quais, diante da condenação do ofensor a valores exorbitantes, se satisfazem de certo modo e, automaticamente, coíbem o sentimento de vingança, indignação e opressão. Além de, por consequência, as quantias se revelarem como verdadeiras compensadoras de despesas gastas com litígios e honorários advocatícios por parte das vítimas. No fim das contas, para os adeptos dos *punitive damages*, eles ilustram não só compensação pecuniária em processos cíveis intentados por ofendidos, mas também, e sobretudo, para corrigir e coibir uma longa e repetida série de casos de opressão e abusos econômicos.¹⁴⁹

Já os manifestamente contrários à aplicação dos *punitive damages* nos EUA fundamentam-se na tradição norte-americana de sempre manter a separação dos ramos civil e penal. Os argumentos são basicamente teóricos, pautando-se pela separação material das esferas, isto é, enquanto o Direito Penal se ocupa das matérias sancionatórias, o Direito Civil deve se alinhar com a ideia de reparação patrimonial e pecuniária, o que, em síntese, nada mais

¹⁴⁷ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano moral e indenização punitiva: os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 184-186.

¹⁴⁸ Segundo John R. Groves, justamente por serem tão abrangentes conceitualmente, podem ser denominados, os *punitive damages*, como “camaleões do direito”. (GROVES, John R. (ed.). *Extracontractual damages – torts and insurance practice section*. Chicago: American Bar Association, 1983. p. 106).

¹⁴⁹ A respeito: (i) PROSSER, William L.; WADE, John W.; SCHWARTZ, Victor E. *Cases and materials on torts*. New York: Foundation Press, 2010. p. 566 e (ii) PHILLIPS, Jerry J. *et al. Tort law: cases, materials, problems*. New Jersey: LexisNexis, 2006. p. 711.

é do que respeitar os pilares e princípios primordiais dos dois maiores e principais ramos do Direito de que se tem notícia até hoje.

Os contrários à aplicação dos *punitive damages* no Direito norte-americano, assim como os daqui, argumentam que esse tipo de indenização, no fim das contas, não passa de uma fonte legítima de enriquecimento sem causa, justamente por se constituírem em multas – de cunho inesperado – pagas a particulares e não ao Estado, como nas condenações penais¹⁵⁰.

Ademais, os críticos dos *punitive damages* acham injusto que um júri imponha uma indenização excessivamente onerosa a uma pessoa sem que haja lastro de segurança para tanto. Isso porque, como bem explicou Jerry Philips¹⁵¹, o corpo de jurados – sistema de julgamento utilizado no Direito norte-americano¹⁵² – é formado por pessoas leigas e reunidas apenas para um caso específico, portanto sem técnica e sem experiência.

E, por fim, quase todos os posicionamentos contrários ao instituto chegam à mesma conclusão: a aplicação indiscriminada e variada de valores indenizatórios, entre outras mazelas, pode representar um verdadeiro entrave ao desenvolvimento econômico, uma vez que se apresentam, antes mesmo de ocorrerem, como ameaças à prestação de serviços e fornecimento de produtos por parte de empresários e comerciantes em geral. As tais funções coibitiva e de pedagogia pelo exemplo podem representar verdadeiros e infundados temores por parte de quem deveria investir no país.¹⁵³

3.1.1 Aplicação prática dos *punitive damages* nos EUA

Não obstante todas essas críticas, sabe-se que são realizadas por corrente minoritária. Afinal, os *punitive damages* são realidade hoje não só nos EUA, mas também em vários outros países. No entanto, como instituto recente, ainda sofrem críticas e são objeto de bastante pesquisa e discussão. Há menos de doze anos, no entanto, em 2003, a Suprema Corte americana amenizou um pouco dessas controvérsias quando, ao julgar o caso *State Farm Mutual Automobile Insurance v. Campbell*¹⁵⁴ estabeleceu posicionamento sobre os pressupostos

¹⁵⁰ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano moral e indenização punitiva: os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 185.

¹⁵¹ PHILLIPS, Jerry J. *et al. Tort law: cases, materials, problems*. New Jersey: LexisNexis, 2006. p. 711.

¹⁵² Sobre isso, vide: FINE, Toni M.. *Introdução ao sistema jurídico anglo-americano*. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 4.

¹⁵³ LEVMORE, Saul; SHARKEY, Catherine M. *Foundations of tort law*. New York: Foundation Press, 2009. p. 394.

¹⁵⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *State Farm Mutual Automobile Insurance CO. v. Campbell et al.* N. 01-1289, 7 abr. 2003. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/538/408/case.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2019.

necessários à aplicação da indenização punitiva no país, especificando todos os elementos necessários à verificação no caso concreto para a aplicação do instituto.

O caso refere-se a pedidos de indenização por práticas abusivas da seguradora em relação ao casal *Campbell* e outros segurados quando da concessão de prêmios e demais valores devidos pela ocorrência de sinistros acobertados nas apólices e planos. Especificamente em relação a esse casal, houve a negativa da seguradora de cobrir sinistro causado pelo Sr. Campbell – seguro a favor de terceiros –, no qual uma pessoa morreu e outra ficou permanentemente paraplégica.

Após o devido processo legal, em primeira instância a *Automobile Insurance* foi condenada a pagar aos autores da ação US\$ 2.600.000,00 (dois milhões e seiscentos mil dólares), a título de indenização compensatória, e US\$ 145.000.000,00 (cento e quarenta e cinco milhões de dólares) a título de indenização punitiva. Valores estes reduzidos pela segunda instância, mas restaurados originalmente pela Corte de Utah ao fundamento de que a redução não seria capaz de punir adequadamente a *State Farm Mutual Insurance Co.* pelas reiteradas operações fraudulentas praticadas, em nível nacional, pela companhia de seguros contra seus clientes. Finalmente, analisado o caso pela Suprema Corte, os valores estabelecidos em primeiro grau, reduzidos e depois reestabelecidos em sede recursal foram julgados incoerentes; afinal, referiam-se à punição de práticas sem qualquer nexo de causalidade com os autores da demanda.

De acordo com a Suprema Corte no julgamento do caso, a indenização punitiva deve sancionar e desestimular comportamentos que sejam determinantes para a ocorrência dos danos sofridos unicamente às vítimas em julgamento e jamais por “fatos considerados desagradáveis ao corpo de jurados”. Por isso, o valor de US\$ 145.000.000,00 (cento e quarenta e cinco milhões de dólares) era injustificável perante os fatos alegados e provados no processo, razão pela qual deveria ser decotado e ajustado novamente pela Corte de Utah, mediante devolução imediata dos autos para tanto.¹⁵⁵

Segundo a decisão, em síntese, os requisitos indispensáveis de exame para a condenação de alguma parte à indenização punitiva são: (i) natureza do dano causado à vítima – se físico ou econômico; (ii) natureza do ato do ofensor – se proveniente de dolo, fraude ou grave negligência; (iii) frequência da prática do ato do ofensor – se reiterado ou único, isolado; (iv) natureza da conduta do ofensor em relação à prática do ato – o pano de fundo de sua ocorrência;

¹⁵⁵ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *State Farm Mutual Automobile Insurance CO. v. Campbell et al.* N. 01-1289, 7 abr. 2003. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/538/408/case.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2019. p. 428-429.

e (v) se ela foi determinante ou não, isto é, se é reveladora de absoluta falta de respeito / consideração pela vida ou pelos interesses e necessidades dos outros¹⁵⁶.

Não obstante ter se manifestado clara e precisamente sobre os elementos que configuram as hipóteses de aplicação de indenização punitiva com o precedente acima mencionado, foi só no caso *BMW of North America x Gore*¹⁵⁷ que a Suprema Corte norte-americana determinou parâmetros e elementos necessários de preenchimento concreto para a fixação do *quantum dos punitive damages*.

Ancorada no preceito do devido processo legal previsto na quarta emenda da Constituição norte-americana¹⁵⁸, decidiu a Suprema Corte que os valores determinados a título de indenização punitiva pelas instâncias inferiores em face da BMW e a favor do médico Ira Gore, quais sejam, US\$ 2.000.000,00 (dois milhões de dólares), eram arbitrários e excessivos e, portanto, inconstitucionais.

Após descobrir que o veículo BMW de US\$ 90.000,00 (noventa mil dólares) adquirido por ele em 1990 era repintado, embora o automóvel tivesse sido vendido como novo, Ira Gore intentou ação indenizatória em face da *BMW of North America* (distribuidor dos produtos BMW no país), requerendo satisfação de prejuízos com a desvalorização de 10% (dez por cento) que sofrera seu veículo com a repintura – ocorrida por causa de desgastes causados por chuvas ácidas havidas no trajeto entre Alemanha e EUA – e também US\$ 4.000.000,00 (quatro milhões de dólares) a título de *punitive damages* por conta de prejuízos sofridos pelos outros mil compradores de automóveis repintados e vendidos como novos pela BMW nos EUA.

Como dito, em primeira instância Ira Gore ganhou US\$ 4.000,00 (quatro mil dólares) como indenização compensatória pela desvalorização do seu carro e também os 4 (quatro) milhões requeridos ao argumento de *punitive damages*. Valor este que foi reduzido pela metade pela Corte do Estado do Alabama, que aceitou argumentação revisional da BMW reconhecendo que o juiz de instância inferior teria se equivocado ao estabelecer o *quantum debeat* punitivo porque, em vez de considerar apenas as vendas efetuadas em Estados com legislação semelhante à do Alabama, a qual, é importante esclarecer, considera a omissão de informações

¹⁵⁶ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano moral e indenização punitiva: os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 202.

¹⁵⁷ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *BMW of North America, Inc. v. Gore*. N. 64-896, 20 maio 1996. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/517/559/case.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2019.

¹⁵⁸ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. [Constituição (1787)]. *Constituição dos Estados Unidos da América de 1787*. [tradução para o português]. Disponível em: <http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/reccida/ConstituicaoEUAREcDidaPESSOALJNETO.pdf>. Acesso em: 1º nov. 2019.

como prática consumerista abusiva e, portanto, inaceitável, levou em conta, para estabelecer a pena pecuniária, o número total de vendas realizadas nos EUA.

Mesmo assim, ou seja, mesmo reduzido pela metade, o valor fixado a título de *punitive damages* não foi mantido pela Suprema Corte porque, também como já aventado, entendeu este órgão que os valores eram inconstitucionais, já que, segundo ele, sempre que houver desrespeito à garantia constitucional contra indenizações arbitrárias ou irracionais, o devido processo legal – *due process* – restará violado. Assim, para que uma indenização punitiva seja legal e aceitável constitucionalmente, isto é, razoável e condizente com a teoria dos *punitive damages*, é preciso que três critérios sejam respeitados, a saber: (i) verificação do grau de repreensão ou reprovabilidade da conduta ofensora; (ii) relação entre o valor da indenização compensatória e da indenização punitiva; e (iii) diferença entre o valor da indenização punitiva e das possíveis penalidades penais impostas em casos semelhantes.¹⁵⁹

3.1.2 Peculiaridades legislativas dos *punitive damages* nos EUA

Assim, entendidos os requisitos de aplicação e fixação da indenização punitiva, é que se percebe que, em situações concretas, as indagações iniciais de um julgador perante pedidos de *punitive damages* perpassam pelas noções de definição do grau de reprovabilidade da conduta causadora do dano, sua frequência e abrangência. Esse tipo de indenização, no entanto, justamente por ser subjetiva, apesar de teoricamente bem plausível e justificada, traz inúmeros problemas quanto a fixação do *quantum* respectivo. Ora, se já era bastante complicado tentar mensurar pecuniariamente valores não materiais (violações de personalidade), ainda mais seria tentar fazê-lo com a intenção de punir, educar pelo exemplo e desestimular. Tanto é que, mesmo nos EUA, em que esse tipo de indenização é amplamente concedido, no que tange à fixação de valores há variação considerável de um estado para outro da federação.

A Constituição dos EUA¹⁶⁰, a partir da sua Décima Emenda, estabelece competência legislativa estatal e não federal sobre a temática da responsabilidade civil e, dessa forma, inviabiliza uma legislação federal que determine critérios gerais de aplicação e quantificação dos *punitive damages*. E, por assim ser, esse tipo de indenização, atualmente, é o centro das

¹⁵⁹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *BMW of North America, Inc. v. Gore*. N. 64-896, 20 maio 1996. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/517/559/case.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2019. p. 590-595.

¹⁶⁰ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. [Constituição (1787)]. *Constituição dos Estados Unidos da América de 1787*. [tradução para o português]. Disponível em: <http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/reccida/ConstituicaoEUAREcDidaPESSOALJNETO.pdf>. Acesso em: 1º nov. 2019.

maiores discussões processuais e acadêmicas quando o assunto é responsabilidade civil nos Estados Unidos da América.

Afinal, muitos estados dos EUA não proíbem, tampouco limitam os valores dos *punitive damages* por meio de leis, ficando tais decisões completamente a cargo do Poder Judiciário, o qual, sobretudo por causa do sistema de precedentes, pilar da *common law*, limita-se a cumprir seu papel de verificar a ocorrência dos requisitos gerais para a sua configuração outrora fixados pela Suprema Corte, quais sejam: dolo, má-fé, fraude ou malícia por parte do ofensor.

Este é o caso dos três maiores e mais pujantes estados dos EUA: Califórnia¹⁶¹, Nova Iorque¹⁶² e Illinois¹⁶³.

Dessa feita, por conta das controvérsias e falta de uniformização do tema e também porque quarenta e seis dos cinquenta estados norte-americanos¹⁶⁴ admitem os *punitive*

¹⁶¹ *California Civil Code* (3.294, “a”): Em uma ação fundada no descumprimento de obrigação não derivada de contrato, quando estiver comprovado por provas claras e convincentes que o réu atuou com opressão, fraude ou malícia, o autor, em adição à indenização reparatória, pode fazer jus a uma indenização que exerça a finalidade de exemplo e tenha o propósito de punir o réu. Tradução livre para: “(a) In an action for the breach of an obligation not arising from contract, where it is proven by clear and convincing evidence that the defendant has been guilty of oppression, fraud, or malice, the plaintiff, in addition to the actual damages, may recover damages for the sake of example and by way of punishing the defendant”. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Estado da Califórnia. *Código Civil da Califórnia, de 1872*. Disponível em: https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codes_displayText.xhtml?lawCode=CIV&division=4.&title=2.&part=1.&chapter=1.&article=3. Acesso em: 1º nov. 2019).

¹⁶² *New York Civil Practice Law and Rules, article 14-A, NY CPLR § 1411* - Em todos os tipos de ação com o intuito de recuperação de prejuízos por danos pessoais, materiais ou morte por negligência, a conduta de culpabilidade a ser atribuída ao reclamante ou ao falecido, incluindo-se ainda negligência ou assunção de risco, não impede a recuperação, mas a quantidade de danos a serem recuperados será diminuído na proporção em que a conduta culpável atribuível ao requerente ou falecido suportar a conduta culposa que causou os danos. Tradução livre para: “In any action to recover damages for personal injury, injury to property, or wrongful death, the culpable conduct attributable to the claimant or to the decedent, including contributory negligence or assumption of risk, shall not bar recovery, but the amount of damages otherwise recoverable shall be diminished in the proportion which the culpable conduct attributable to the claimant or decedent bears to the culpable conduct which caused the damages.” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Estado de Nova Iorque. *New York Consolidated Laws, Civil Practice Law and Rules*. CVP § 1411. Damages recoverable when contributory negligence or assumption of risk is established. Disponível em: <https://codes.findlaw.com/ny/civil-practice-law-and-rules/cvp-sect-1411.html>. Acesso em: 18 nov. 2019).

¹⁶³ *Illinois Code of Civil Procedure - § 2-604.1* - Defesa de danos punitivos. Em ações relacionadas a lesões corporais ou danos físicos à propriedade, baseadas em negligência ou responsabilidade do produto com amparo em qualquer teoria ou doutrina, onde danos punitivos são permitidos, nenhuma reclamação deve ser peticionada com pedidos de atenuação apresentada contendo uma oração pedindo alívio em busca de danos punitivos. Tradução livre para: “Illinois Code Civil - § 2-604.1. Pleading of punitive damages. In all actions on account of bodily injury or physical damage to property, based on negligence, or product liability based on any theory or doctrine, where punitive damages are permitted no complaint shall be filed containing a prayer for relief seeking punitive damages.” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Estado de Illinois. *Illinois Code of Civil Procedure*. Disponível em: <http://www.ilga.gov/legislation/ilcs/ilcs5.asp?ActID=2017&ChapterID=56>. Acesso em: 12 dez. 2019).

¹⁶⁴ Os quatro estados americanos que não admitem a aplicação dos *punitive damages* são: Massachusetts, Louisiana, Nebraska e Washington. (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Punitive damages* em sistemas civílistas: problemas e perspectivas. *Revista trimestral de direito civil*, Rio de Janeiro, v. 18, p. 45-78, abr./jun. 2004).

*damages*¹⁶⁵, há, atualmente, o desenvolvimento de um movimento denominado *tort reform*¹⁶⁶, o qual não só tem tomado conta das decisões judiciais contemporâneas do país, como também sido pauta de preocupações, discussões, pesquisas e estudos acerca do instituto da responsabilidade civil no Direito estadunidense.

De acordo com Stuart M. Spencer, Charles F. Krause e Alfred W. Gans¹⁶⁷, a *tort reform* tem sua origem e seu fortalecimento nas controvérsias acima citadas. Afinal, uma vez que muitos opositores dos *punitive damages* sustentam que os valores fixados em sua decorrência estão completamente *out of control* – tanto por conta da atribuição de excessivo poder discricionário entregue ao júri, quanto por causa da falta de conhecimento adequado dos jurados para estabelecer tais valores –, muitos estados da federação norte-americana, aliás, a maior parte deles – quarenta e seis dos cinquenta¹⁶⁸ –, têm fixado limites aos valores das indenizações punitivas e também a seus requisitos de configuração por meio de estatutos próprios. A esses limites se vem dando o nome de *tort reform*¹⁶⁹.

Dessa forma, mesmo havendo considerável aceitação e aplicação dos *punitive damages* nos EUA, inclusive com manifestação específica e pormenorizada da Suprema Corte sobre requisitos, elementos e limites, o instituto ainda não é livre de controvérsias e discussões. Talvez porque, original e historicamente, seja a indenização meio de recompensar ou reparar. É bem verdade que a possibilidade de se indenizar um dano, principalmente o de cunho moral, em nada guarda relação com a concomitante punição que possa sofrer o ofensor, ainda que sua conduta tenha sido dolosa ou grave e conscientemente culposa. Indenizar, como genericamente difundido, refere-se à recomposição de patrimônio material da vítima de ato ilícito ou retorno ao seu *status quo ante*. E, assim sendo, mesmo com a aceitação da doutrina e da legislação de que o dano moral, aqui, repita-se, entendido como violação de direitos de personalidade, apesar de não poder ser mensurado pecuniariamente porquanto não possuidor de conteúdo econômico,

¹⁶⁵ No estado de New Hampshire os *punitive damages* só são possíveis quando o ato ilícito que der origem ao dano for precedido ou preenchido por malícia ou opressão. (SPENSER, Stuart M.; KRAUSE, Charles F.; GANS, Alfred W. *The american law of torts*. St. Paul: West, 2009. v. 2A. p. 229).

¹⁶⁶ Em tradução livre: reforma do sistema de indenização americano.

¹⁶⁷ SPENSER, Stuart M.; KRAUSE, Charles F.; GANS, Alfred W. *The american law of torts*. St. Paul: West, 2009. v. 2A. p. 229.

¹⁶⁸ Michigan, Alabama, Nova Jersey e Texas, por exemplo, não só impõem tais limitações como também elaboraram regras especiais sobre julgamento dos *punitive damages*, estabelecendo para tanto, necessidade de abertura de procedimentos apartados e próprios, bem como, a necessidade de indicação de terceiros beneficiários do montante indenizatório junto com a vítima para tentar controlar e evitar situações de enriquecimento sem causa. (SPENSER, Stuart M.; KRAUSE, Charles F.; GANS, Alfred W. *The american law of torts*. St. Paul: West, 2009. v. 2A. p. 229).

¹⁶⁹ Vide: AMERICAN Tort Reform Association (ATRA). *ATRA Website*. Disponível em: <http://www.atra.org>. Acesso em: 18 nov. 2019, que foi indicado pela obra retro citada de André Gustavo de Andrade, p. 196.

ser passível de compensação, o termo indenizar não parece ter nenhuma relação, nem longínqua, com as ideias de punição, de prevenção ou de educação por exemplo.

3.2 Conexões com a legislação brasileira

Voltando tal reflexão para o Brasil, específica e tecnicamente falando, de fato, não há nenhum equívoco em utilizar o termo indenização para referir-se à reparação do dano material e à compensação do dano moral. O direito positivado, inclusive, assim o faz. Mas, aqui, assim como na *common law*, dizer indenização como instrumento hábil à punição do agente causador do dano, mesmo esse tendo atuado com dolo, negligência, imperícia ou imprudência, gera certo desconforto em termos técnicos.

Aliás, melhor dizendo, um grande desconforto. Ora, até onde se sabe, até onde se verifica, não há em toda a legislação civil e constitucional nenhuma menção a essa função punitiva da responsabilidade civil e, além disso, por se estar em contexto de direito positivo, não parece razoável ou adequado admitir que isso possa ser atribuído pela prática. Não poderia a indenização desenvolver aspectos de repressão e prevenção quanto à prática de atos danosos, tampouco ser utilizada como meio para dissuadir a realização de outras condutas ofensivas idênticas, como, atualmente, se permite na sociedade norte-americana. Como bem enfatiza Moraes, é importante frisar que “não há na legislação brasileira nada que autorize a aplicação de uma função punitiva, ao lado da função compensatória, à indenização de danos extrapatrimoniais”¹⁷⁰.

Na contramão do que a maioria dos tribunais pátrios tem feito, Moraes lembra que “o instituto dos chamados (erroneamente) danos punitivos foi, por diversas vezes, rejeitado pelo legislador nacional”¹⁷¹. A exemplo disso, cita o artigo 16 do Projeto do Código de Defesa do Consumidor (CDC)¹⁷², que contemplava a indenização punitiva e recebeu veto quando da sua apreciação:

Relevante parece ser o fato de que quando se teve a melhor oportunidade para tanto, isto é, no âmbito da proteção ao consumidor, cujo correspondente americano é a *tortius liability*, onde os *punitive damages* alcançaram a fama e

¹⁷⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Punitive damages* em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. *Revista trimestral de direito civil*, Rio de Janeiro, v. 18, p. 45-78, abr./jun. 2004. p. 47.

¹⁷¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Punitive damages* em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. *Revista trimestral de direito civil*, Rio de Janeiro, v. 18, p. 45-78, abr./jun. 2004. p. 47.

¹⁷² BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. [Código de Defesa do Consumidor]. *Diário Oficial da União*, 12 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 10 dez. 2019.

o sucesso, a opção brasileira foi no sentido de não adotar qualquer caráter punitivo na reparação do dano.¹⁷³

Além disso, também recentemente, já nos idos de 2002, com toda a onda reformista e inovadora trazida com o advento da Lei 10.406 (CCB/2002), o projeto de Lei 6.960 de autoria do deputado Ricardo Fiúza que, de igual forma, previa a adoção da função preventiva – uma das facetas da noção de pena – no artigo 944 do Código Civil, por meio da inclusão de mais um parágrafo, a saber: “§ 2º. A reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante”, foi rechaçado pelo Congresso Nacional.

Dessa feita, mesmo Wilson Melo da Silva já tendo alertado que o *quantum* indenizatório “apresentaria um aspecto iniludível de pena”¹⁷⁴, com o aparato legislativo que está atualmente em vigor no país é difícil aceitar a função punitiva da responsabilidade civil com respectiva aplicação dos *punitive damages* tal qual os EUA têm feito, até por conta da expressa vedação ao enriquecimento sem causa.¹⁷⁵

Como apontado, em muitos estados norte-americanos o montante da indenização punitiva se destina à própria vítima, tal qual se tem feito aqui no Brasil, e isso, como bem elucidou Giovanni Ettore Nanni, pode ser considerado uma hipótese de enriquecimento sem causa porque acaba por conceder à vítima “uma indenização superior ao dano efetivo”¹⁷⁶. Assim, “à luz dessas vertentes, apesar de consistir tema arenoso, não parece ser apropriada a adoção da linha oriunda da *common law* para aplicação de danos punitivos ou ditos *punitive damages* no Direito Brasileiro”¹⁷⁷.

Logo, apesar de requisitos de configuração semelhantes, tecnicamente analisando, os danos punitivos são impróprios ao Direito brasileiro. A uma porque ignorados e alijados da positivação, a duas porque por ela rechaçados, já que a legislação, além de proibir enriquecimento sem causa, a que a adoção dos *punitive damages* pode ser hipótese, prevê expressamente que o causador do dano é obrigado a reparar, sem respectiva aplicação de penalidade. Esta última fica a cargo exclusivo da esfera penal, que, por sua vez, pelo princípio da legalidade, só sancionará a conduta previamente tipificada em lei.

¹⁷³ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Punitive damages* em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. *Revista trimestral de direito civil*, Rio de Janeiro, v. 18, p. 45-78, abr./jun. 2004, p. 48.

¹⁷⁴ SILVA, Wilson Melo da. *Da responsabilidade civil automobilística*. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 371.

¹⁷⁵ Arts. 884 a 886, CCB/2002. (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 9 nov. 2019).

¹⁷⁶ NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 358.

¹⁷⁷ NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 354.

A Constituição da República de 1988 (CR/1988) foi veemente ao assegurar a indenização por dano material, moral ou à imagem a todos os indivíduos, sem distinção.¹⁷⁸ Mas ficou a cargo do Direito Civil esmiuçar essa garantia, estabelecendo, entre outros pormenores, o fundamento desse tal sistema de responsabilização constitucionalmente reconhecido. Trata-se, no fim das contas, do ramo do Direito que traça a técnica jurídica mais característica de um dado sistema. É inegável que à consulta de qualquer pessoa aos institutos civis de um determinado ordenamento jurídico culmina no encontro daquelas regras de repercussão obrigatória a outras províncias do seu direito. Nele se situam princípios que, a rigor, não lhe são peculiares nem exclusivos, mas, sim, verdadeiras normas gerais que se projetam a todo o arcabouço jurídico de uma comunidade. O Direito Civil, de fato, é constituído por institutos comuns a todos os outros ramos do Direito. Ele não deve se apresentar, portanto, apenas como uma mera divisão didática, mas, sobretudo, como um Direito comum, em razão de compreender todo um conjunto de regras relativas às instituições de Direito privado, aos atos e às relações jurídicas.¹⁷⁹

Como indicado, a função compensatória ou reparatória da responsabilidade civil é pacífica na doutrina e na jurisprudência, ao contrário da ideia funcional de punição, a qual, além de dividir opiniões, traz à tona diversas atecnias. Como a função punitiva visa majorar valores indenizatórios com o fim de preencher a lacuna deixada pela compensação ou reparação, acaba por materializar as ideias de punição e dissuasão. No entanto, vale frisar que, ao analisar essa noção de forma legal, prática e teórica, percebe-se que esse viés funcional da indenização não pode ser compreendido pelo microsistema da responsabilidade civil como um todo, tampouco quanto ao dano moral especificamente, como querem fazer crer os defensores dessa ideia.

Até porque, como já mesmo reconhecido inclusive pelos próprios defensores da adoção da função punitiva, não existe consenso ou clareza quanto à figura jurídica que tende à punição/dissuasão cominada pelo Estado-juiz nessa aplicação de *punitive damages* justamente porque, como já sabido, ela é totalmente contrária à própria ideia de indenização. Como bem esclareceu Andrei Pitten Velloso:

¹⁷⁸ Art. 5º, CR/1988 - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; [...] (BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: 1988. [Atual. 18 fev. 2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 8 maio 2019).

¹⁷⁹ PLANIOL, Marcelo. *Traité élémentaire de Droit civil conforme au programme officiel des facultés de Droit*. 4. ed. Paris: LGDJ, 1907. t. 2. p. 59.

A noção de indenização aparenta contrapor-se, invariavelmente, à de acréscimo patrimonial, haja vista que indenizar significa ressarcir, recompor, compensar, e o ressarcimento, a recomposição e a compensação não têm por efeito acréscimos, senão a restituição, o restabelecimento, a reparação.¹⁸⁰

Assim, tanto civil, quanto constitucional e penalmente falando, é impossível pensar em indenização punitiva. São, pois, ideias completamente antagônicas, por natureza. Indenizações pecuniárias, até conceitualmente falando, não podem representar acréscimos patrimoniais, mas tão somente restabelecimentos ao *status quo ante* do evento danoso originário do prejuízo.

Além disso, a aplicação indiscriminada dos *punitive damages* no cenário jurídico nacional é não só nebulosa, mas completamente ininteligível. A importação da teoria punitiva ao ordenamento jurídico não pode ser pura, simples e sem critérios como se tem feito. Originalmente, os *punitive damages* surgem em um cenário legislativo, jurídico e principiológico completamente diferente do brasileiro. São, pois, fruto da *common law*, de contexto anglo-saxônico, cuja premissa básica é a de que a norma do Direito deve resolver conflito de maneira isolada, casuística e não geral e abstratamente.

O arcabouço jurídico brasileiro, ao contrário do dos EUA, não é eminentemente jurisprudencial, mas, sim, positivo. Aqui se regula de forma genérica para, depois, subsumir, com precedentes que são fonte de Direito, mas não o Direito como um todo. Nas palavras de Moraes¹⁸¹, o sistema jurídico pátrio não é baseado na tríade casuística, precedente, experiência e, portanto, não há como admitir que as decisões dos tribunais tenham relevância normativa a ponto de elevarem o julgador a um papel legislativo. O sistema da *civil law*, de origem romano-germânica, cultua a lei escrita, de tal forma que o apoio aqui se dá nas codificações e nos caracteres teóricos da moral e dos costumes enraizados pela doutrina, restando sem vez o casuismo. A lei posta é suprema, tem hierarquia sobre os precedentes. O poder legiferante não é disseminado e sim concentrado. Há separação e, para que o Estado Democrático de Direito tenha legitimidade e sucesso, a experimentação e os conhecimentos meramente processuais e, portanto, limitados do julgador, não podem e não devem emanar conclusões decisivas e gerais, justamente porque são específicas e concretas. A dinâmica do *civil law* não admitiria a figura dos *punitive damages*, dessa forma, porque totalmente incompatíveis. Ao julgador pátrio, o poder é de decisão do caso concreto, dentro dos limites legais, e não de prolação *erga omnes* a partir dos limites legais.

¹⁸⁰ VELLOSO, Andrei Pitten. A tributação de danos extrapatrimoniais. *Jornal Carta Forense*, 2 maio 2008. Disponível em: <http://www.carteforense.com.br/conteudo/colunas/a-tributacao-das-indenizacoes-por-danos-extrapatrimoniais/1450>. Acesso em: 26 nov. 2019.

¹⁸¹ MORAES, Maria Celina Bodin de Moraes. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 344.

Sem contar que, como concluiu Nanni¹⁸², a adoção e admissão dos danos punitivos pela *civil law* representaria o fim do fundamento basilar e histórico desse sistema, qual seja, a transformação indispensável da separação entre a reparação e a atividade sancionatória, porque a reparação das perdas e danos jamais poderá ser considerada uma medida de penalidade. Afinal, nas palavras dele, “os *punitive damages*, são empregados, na *common law*, em hipóteses de *tort* – geralmente um ilícito extracontratual, ainda que cabível em algumas relações contratuais – sendo muito raros quando há *breach contract*”¹⁸³. Enfim, como bem inferiu, “no sistema brasileiro não vigora[m], portanto, aspectos penais na responsabilidade civil como ocorre na *Common Law*, com os *exemplary damages* ou *punitive damages*”¹⁸⁴. Em outras palavras, a reparação das perdas e danos, no Brasil, “liga-se aos efeitos decorrentes do dano, [...] impedindo-se que por meio da reparação a vítima possa ter benefícios ou, [...] estar numa situação melhor daquela que se encontrava anteriormente ao ato delituoso”¹⁸⁵.

Contudo, não são só a contradição entre a ideia de indenização (genuinamente compensatória/reparatória) e punição e a falta de simetria entre a sistemática jurídica adotada no país e os *punitive damages* causados pela importação desmedida e inadequada de conceitos alienígenas que ilustram as impropriedades técnicas da função punitiva no Direito contemporâneo pátrio, mas também a ausência de amparo normativo para sua respectiva aplicação.

Nas dissertações acima, já se mencionou tal impropriedade, que se agrava ainda mais quando se pensa na natureza dos danos morais, em relação aos instrumentos para a aplicação da ideia de punição. Afinal, porque imateriais, o próprio arbitramento indenizatório já se torna mais complexo, difícil e passível de questionamentos. É, pois, um desafio para o julgador que, a todo tempo, deve ser ver adstrito às ideias de razoabilidade e proporcionalidade.¹⁸⁶ Ainda mais porque, atualmente, como também já denunciado, vigora na prática forense a chamada “indústria do dano moral”, conceito sintetizado pela observação de que o instituto tem sido cada vez mais banalizado pela prática dos tribunais e, de certa maneira, por conseguinte, agraciado de maneira intensificada pelo gosto popular, já que, básica e atualmente, considerado pelo senso comum como fonte de aquisição de renda facilitada e em alguma medida inesperada.

A isso, deve-se somar também, repita-se, uma quarta observação, qual seja, a de que caso a ideia de punição fosse possível no arcabouço teórico e jurídico, na prática os danos

¹⁸² NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 72-73.

¹⁸³ NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 72.

¹⁸⁴ NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 73.

¹⁸⁵ NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 72.

¹⁸⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

punitivos jamais poderiam ser destinados às suas próprias vítimas. Isso não só representa o enriquecimento sem causa, consequência repudiada pela legislação, como também fomenta o fenômeno da banalização do instituto. A indenização não pode ser vista como fonte de renda, mas, sim, como medida de restauração do dano.

A respeito disso, vale a pena esclarecer que, no direito norte-americano, berço da aplicação e admissão dos *punitive damages*, há três correntes sobre a destinação econômica dos valores da indenização punitiva. Uma que defende sua destinação exclusiva para a vítima; outra que advoga sua repartição entre vítima e fundos previstos em lei; e uma última que acoberta sua remessa integral a tais fundos, sem compartilhamento com os ofendidos¹⁸⁷.

A primeira delas, apesar de já encontrar guarida nos julgados nacionais e se justificar pela noção de que, ao ajuizar a ação, a vítima estaria não só protegendo seus próprios interesses, mas também os da coletividade – *múnus público* –, não poderia ser próspera no cenário jurídico nacional justamente pelas já comentadas diferenças entre os procedimentos da *common law* e os da *civil law* concernentes às custas e emolumentos processuais e pela vedação nacional ao enriquecimento sem causa. De igual forma, a segunda e a terceira correntes também não merecem prosperidade, porquanto contrárias à relação de causa e efeito adotada pelo sistema de responsabilidade civil do Brasil, além das demais críticas colocadas à primeira corrente.

E, por fim, é preciso repetir que tais aceitações, apesar de tradicionalmente se apresentarem como justificativas para a adoção da função punitiva pelo sistema jurídico brasileiro hodierno, vão de encontro a valores genuínos e constitucionais desse sistema. Permitir o arbitramento de indenizações cujas *quanta* sejam superiores à extensão do dano causado é o mesmo que conferir um poder desmedido e além da conta aos julgadores. O preceito constitucional de que o livre convencimento deve ser motivado se torna extremamente frágil perante a aplicação dos danos punitivos. No sistema romano-germânico, ao contrário do anglo-saxão, a figura do julgador não tem prevalência e, sim, a lei reduzida a termo; o que, em certa medida, é totalmente reflexo da inexistência, no Direito brasileiro, de paradigmas normativos para a imposição de valores sancionatórios.

O que vem ocorrendo, portanto, é a aplicação dos *punitive damages* como consequência do papel que julgadores vêm adotando diante dos casos concretos. E, sobre isso, será feita a análise a seguir.

¹⁸⁷ PROSSER, William L.; WADE, John W.; SCHWARTZ, Victor E. *Cases and materials on torts*. New York: Foundation Press, 2010. p. 566.

4 O SISTEMA PRÁTICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL COMO FRUTO DO ATIVISMO JUDICIAL: ANÁLISE JURISPRUDENCIAL POR REGIÃO

Partindo da premissa de que todo dano se constitui por violação a direito de personalidade, resta notório, portanto, que nem toda violação a valores materiais configura dano. Aliás, como demonstrado pela pesquisa realizada, há certa predominância, na prática, em analisar somente a potencialidade dessa violação e, a partir daí, presumir, absolutamente, que tal lesão efetivamente existiu. Discute-se, em verdade, a possibilidade de a conduta causar dano e não se discute se o dano que efetivamente foi causado. É como se, em resumo, os tribunais pátrios admitissem ou, em certa medida, atribuíssem, por conta própria, uma função punitiva ao sistema brasileiro de responsabilidade civil, deixando de impor condenação para reparar dano, mas, sim, ao contrário, utilizando-a para punir ilícitos.

4.1 Dimensões sobre a prevenção de riscos ligada à responsabilidade civil

Essa hipertrofia dos danos na atualidade se deve, sobretudo, a seu exponencial crescimento nos últimos tempos, bem como às respectivas potencialidades lesivas, haja vista as várias dimensões de risco a que a vida humana contemporânea se sujeita diante de todo o aparato tecnológico, social, filosófico e cultural.

Historicamente, essa hipertrofia da análise do dano em si também é ligada ao aumento significativo de suas ocorrências, acompanhado de uma dúvida cada vez mais frequente quanto à sua titularidade e identificação.

Desde a Revolução Industrial, a existência de danos “anônimos” verificados na prática foi se tornando mais frequente do que outrora. Hoje, isso só não continua sendo cada vez mais intenso, como também mais complexo e abrangente – basta pensar em questões ambientais, por exemplo.

A discussão sobre a objetivação ou não da responsabilidade perpassa todo esse conteúdo e, em certa medida, representa os mesmos dilemas enfrentados atualmente. Os danos contra a natureza, os tidos como coletivos, iniciam o assunto, mas não o encerram. A gestão dos riscos que a cada momento se tornam mais diluídos e prováveis gera uma insegurança também cada vez maior.

A sociedade de risco teorizada pelo sociólogo alemão Ulrich Beck¹⁸⁸ evidencia o fato de que os perigos produzidos pela civilização atual não podiam mais ser definidos no espaço ou no tempo: se tornaram, sim, inevitáveis, globalizados, e consequências inseparáveis do modo contemporâneo de viver.

Logo, parece que, mesmo que veladamente, seu gerenciamento, considerando o modelo atual de causa e efeito, passou a ser tido como obsoleto ou insuficiente.

Nesse contexto, surgem as necessidades de prevenir ou precaver a ocorrência desses riscos que se demonstraram completamente inevitáveis e certos. Isto é, a preocupação atual é evitar e não mais reparar, já que se parte do pressuposto de que provavelmente irão ocorrer e a isso se voltam as atenções. Os esforços se empreendem para a não ocorrência e não mais para o acerto na medida do possível. É que o inédito grau de lesividade, que faz vítimas quotidianas de incontáveis fatores de risco, estaria a impor uma radical mudança na noção mesma de responsabilidade.

O problema disso tudo é que, ao prevenir, a tolerância para condutas eventualmente lesivas se torna intensamente menor e, assim, mesmo diante da inexistência de efeito palpável – o próprio dano –, o desejo de punição da conduta aumenta em escala exponencial. Daí porque parece surgir a intenção de punir e não mais de meramente reparar.

As professoras Mathilde Boutonnet e Catherine Thibierge, da Faculdade de Direito de Orléans, na *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, aparentemente, foram as pioneiras nesta verificação quando, sob o título “*Libre propos sur l’évolution du droit de la responsabilité vers un élargissement de la fonction de la responsabilité*”¹⁸⁹, propuseram uma mudança de visão sobre as bases teóricas da responsabilidade civil. Sugeriram, em resumo, a insuficiência da ideia de reparação; contudo, não foram ousadas o suficiente para abandonar a noção de dano por completo. Depreende-se do artigo que tanto a reparação quanto a novidade de punição deveriam advir de uma efetiva violação à direitos de personalidade. Em verdade, propõem que a responsabilidade civil também deveria ser campo para a punição e não somente para a reparação¹⁹⁰.

¹⁸⁸ "Aun así, puede objetarse que, aunque sin duda existen 'riesgos nuevos', como la energía nuclear, la producción química y biotecnológica, si se consideran matemática o físicamente [...] lejos de ser de gran alcance, no son sino una probabilidad extraordinariamente reducida [...] Considerados fría y racionalmente, ¿no tendría que dárseles un rango inferior al de riesgos aceptados desde hace mucho tiempo, como la increíble carnicería de las autopistas o los riesgos que corren los fumadores?" (BECK, Ulrich: *La sociedad del riesgo global*. Madrid: Siglo XXI de España Editores, 2002. p. 77).

¹⁸⁹ THIBIERGE, Catherine. Libre propos sur l’évolution du droit de la responsabilité vers un élargissement de la fonction de la responsabilité. *Revue trimestrielle de droit civil*, Paris, n. 3, p. 561-584, jul./set. 1999.

¹⁹⁰ “Como se deixa que teu direito utilize o termo “responsabilidade” num sentido tão limitado? Não te desconforta ver assim reduzido um tão belo atributo da condição humana?” Tradução livre para: “Comment se fait-il que ton droit utilise le terme ‘responsabilité’ dans un sens si limité ? Cela ne te gêne pas de voir de voir ainsi réduit un

Cyril Sintez, no entanto, foi mais sistemático nessa proposição de função preventiva em detrimento da mera repreensão da responsabilidade civil e, em sua obra, fez uma distinção entre danos e prejuízos no Direito francês. Em suma, faz brilhantes diferenciações gramaticais entre as expressões *dano*, *violação factual*, *prejuízo* e *consequência jurídica*, chegando à conclusão de que todas elas ensejariam a aplicação do instituto da responsabilidade civil diante de eventuais materializações em casos concretos. Contudo, como cada qual necessitaria de um adequado enfrentamento pelo Direito, passa a propor a existência de sanções preventivas a serem adotadas antes mesmo da ocorrência do dano e suas consequências concretas. Considerando o chamado “estado da arte”, conclui que, antes mesmo da consequência material – dano – ocorrer, a situação de ameaça deve ser, a todo custo, coibida.¹⁹¹

Além disso, também no curso da realização do fato danoso seria possível¹⁹², segundo ele, a existência de sanções sem a existência completa de dano. Segundo o autor, o fato pode produzir consequências jurídicas, sem, contudo, apresentar características de um fato danoso ressarcível. Daí porque seria passível de punição. As sanções, para ele, também se fazem pelos atos materiais e demais providências sub-rogatórias, destinadas à sua cessação. É o caso, por exemplo, da relação do direito de propriedade com os demais direitos de vizinhança. Nesse sentido, a reparação do dano não constituiria, pois, única e exclusivamente, como tradicionalmente defendido, o objeto da responsabilidade civil, mas, também sua precaução e punição.

Em contexto de direito positivo como o brasileiro, no entanto, sobretudo por conta de toda a sua cultura legalista e literal, a noção de sanção está completamente enraizada à noção de legalidade. Impossível ou, pelo menos, bastante absurda a aplicação de penas que não estejam previamente cominadas. Ao contrário, se estaria abrindo mão do próprio convencimento motivado¹⁹³, isto é, da característica principal desse sistema: o culto à legalidade

si bel attribut de l’humaine condition?” (THIBIERGE, Catherine. Libre propos sur l’évolution du droit de la responsabilité vers un élargissement de la fonction de la responsabilité. *Revue trimestrielle de droit civil*, Paris, n. 3, p. 561-584, jul./set. 1999. p. 567).

¹⁹¹ “Assim, antes da realização do fato danoso, as manifestações preventivas da responsabilidade civil se realizam, seja por meio de medidas preventivas de antecipação do risco conhecido, seja por meio de medidas de precaução” Tradução livre para “Ainsi, avant la réalisation du fait dommageable, les manifestations préventives de la responsabilité civile se soldent soit em mesures préventives d’anticipation du risque connu soit em mesures de precaution.” (SINTEZ, Cyril. *La sanction préventive en droit de la responsabilité civile* : contribution à la theorie de l’interprétation et de la mise en effet des normes. Paris: Dalloz, 2011. p. 451).

¹⁹² SINTEZ, Cyril. *La sanction préventive en droit de la responsabilité civile* : contribution à la theorie de l’interprétation et de la mise en effet des normes. Paris: Dalloz, 2011. p. 451.

¹⁹³ Artigo 93, IX. (BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: 1988. [Atual. 18 fev. 2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 8 maio 2019).

e toda a segurança que a positivação de direitos e deveres garante ao ordenamento jurídico, dando, em última análise, vazão a arbitrariedades e imposições contrárias ao interesse público.

É preciso, pois, admitir que, ao permitir que o julgador do caso concreto, mesmo diante da inexistência de um dano, condene ao dever de indenizar, o poder conferido ao julgador é completamente extralegal e, portanto, sujeito a posicionamentos parciais, injustos e infundados.

Como já observado pela pesquisa jurisprudencial feita alhures, permitir tal situação significa o mesmo que aceitar que posições pessoais e desprendidas de técnicas sejam fundamentos decisórios.

Essa reconfiguração radical da Responsabilidade Civil, isto é, essa tentativa de evitar danos e, conseqüentemente, realizar uma análise embasada exclusivamente na própria conduta que potencialmente causaria dano, além de ilustrar violação ao princípio da legalidade, por assim ser, legitima arbitrariedades e atecnias. Afinal, nem mesmo no Direito Penal, ramo específico à aplicação de sanção, a figura de crimes impossíveis, isto é, práticas potencialmente lesivas que, por circunstâncias alheias à vontade do agente, não efetivamente causam o resultado esperado – dano emergente – v.g. tiros em pessoa já morta por um infarto –, é admitida.

Em verdade, nem toda conduta lesiva causa dano efetivo. Aliás, a impropriedade disso é tão evidente que até mesmo no *quantum* indenizatório traz impactos. Se a extensão do dano é um dos critérios para a sua mensuração, como seria possível quantificar dano inexistente?

Ademais, tudo isso não passaria de mera especulação, não fosse a própria jurisprudência demonstrando sua predileção em punir condutas em vez de reparar danos, já que, como visto, as decisões andam cada vez mais no sentido em repreender pelos ilícitos do que efetivamente restaurar *status quo ante* após ocorrências danosas efetivas. Tanto é que, segundo a Súmula 403 do STJ, “independe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais”¹⁹⁴. É, pois, sumulado entendimento de que a indenização por violação à imagem independe de demonstração probatória; o que, além de demonstrar que nem toda violação a direito de personalidade causa dano efetivo, também cria o problema de não saber como definir em valores tal indenização, já que, inexistente dano, inexistente extensão, inexistente parâmetro para quantificação.

Pensando mais profundamente sobre isso, leva-se em consideração não só a insegurança da questão, mas também a falta de respaldo teórico desta. No sistema jurídico brasileiro, a

¹⁹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 403*. “Independente de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais”. Segunda Seção, DJe 24/11/2009.

função punitiva da responsabilidade civil, especialmente no que se refere ao dano moral, é mais que inaceitável, é ilegal. Nas palavras de Roberto Faria de Albuquerque Júnior:

O problema de admitir a responsabilidade sem dano é que todos esses efeitos distintos da reparação ficariam remetidos à responsabilidade civil. Haveria uma expansão extraordinária e pouco controlável da responsabilidade civil, que teria de dar conta de toda uma série de consequências que hoje lhe são estranhas. E isso justamente no momento em que a reparação de dano alcançou o maior grau de sofisticação e complexidade. [...]¹⁹⁵

Contudo, o objetivo do presente tópico não é discutir a adequação ou propriedade da função punitiva da responsabilidade civil por danos morais, o que se acredita já estar bastante claro, mas, sim, constatar a real motivação da aplicação prática dela. Isto é, mesmo diante de tantas críticas, evidenciar o verdadeiro pano de fundo que lastreia a utilização prática do instituto como forma de sanção a condutas naturalmente repreensíveis, seja pela moral, pela reiteração destas ou pelo grau acentuado de reprovabilidade.

4.2 Motivo da aplicação da função punitiva da responsabilidade civil por danos morais no Brasil: o ativismo judicial

Por meio de pesquisa jurisprudencial abrangente e generalizada, percebeu-se que os magistrados nacionais se atentam muito mais para a potencialidade lesiva da conduta do que para a lesão em si e, após leituras do inteiro teor das decisões, infere-se que tal fenômeno se dá por conta do que ficou conhecido como ativismo judicial, ou seja, o novo poder conferido aos julgadores de não só ter postura mais ativa nos processos, como também de chegarem a produzir suas próprias provas.

Ora, o que leva um magistrado a conceder indenização a outro magistrado por ter sido alvo de narrativa em carta de reclamação enviada ao Conselho Nacional de Justiça, se não o temor e o pavor de se ver em situação semelhante?¹⁹⁶ Ou, o que faz com que juízes de uma maneira geral repreendam tanto a inscrição indevida de nome em cadastros restritivos ao crédito senão o desprezo e a repugnância pela reiteração frequente desse tipo reclamação? O chamado ativismo judicial¹⁹⁷ parece ser a expressão que melhor define todas essas questões.

¹⁹⁵ ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. Notas sobre a teoria da responsabilidade civil sem dano. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 6, p. 89-104, jan./mar., 2016.

¹⁹⁶ FAUSTINO, Michel. TJ mantém decisão que obriga advogada a indenizar em R\$ 70 mil juiz federal. *Campo Grande News*, 8 jul. 2016. Disponível em: <https://www.campograndenews.com.br/cidades/tj-mantem-decisao-que-obriga-advogada-a-indenizar-em-rs-70-mil-juiz-federal>. Acesso em: 17 out 2019.

¹⁹⁷ Existe uma divergência sobre a origem do termo ativismo judicial. Porém, o entendimento de que o termo fora criado pelo jornalista americano Arthur M. Schlesinger Jr., em 1947, em uma matéria jornalística para a revista "Fortune" é o que mais prevalece atualmente. Nesse artigo, o profissional tinha como objetivo definir o perfil

Vários trabalhos¹⁹⁸ já se debruçaram sobre o tema do ativismo judicial¹⁹⁹, inclusive evidenciando sua correlação com diversos outros dilemas práticos enfrentados na realidade jurídica contemporânea²⁰⁰, mas nenhum deles se dedicou à análise específica da adoção da função punitiva da responsabilidade civil como fruto desse fenômeno, embora um deles tenha feito uma breve correlação²⁰¹. Enfim, o tema é muito ligado a assuntos como implementação de políticas públicas, direitos sociais e partição de poderes.

político e ideológico dos nove membros da Suprema Corte norte-americana, que, na época, enfrentava um momento de tensão política com o governo Franklin Delano Roosevelt, por conta da necessidade de aprovação do plano político e econômico *New Deal*, o qual possuía algumas impropriedades e inconstitucionalidades, mas com a principal meta de resgatar o desenvolvimento econômico do país, em declínio desde a década de 1930, marcada pela grande depressão. O artigo se intitulava “The Supreme Court: 1947”. Naquele contexto, o termo ativismo judicial não tinha muita relação com o conceito atual. O artigo de Schlesinger dissertava sobre a postura tomada por alguns juízes da Suprema Corte, que por causa de um comportamento de jurisdição defensiva (*judicial restraint*), fruto de pensamento eminentemente positivista, se esquivavam de enfrentar casos relevantes e essenciais à sociedade. (KMIEC, Keenan. "Origin and current meanings of 'judicial activism'". *California Law Review*, v. 92, n. 5, p. 1442-1477, out. 2004. p. 1441).

¹⁹⁸ Apesar de inúmeros trabalhos acadêmicos e infinitos artigos, obras completas sobre o tema são bem escassas, destacando-se duas: (i) VALLE, Vanice Regina Lírio (org.). *Ativismo judicial e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial do STF*. Curitiba: Juruá, 2009 e (ii) RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

¹⁹⁹ Ao digitar o termo *ativismo judicial* no campo de pesquisa do repositório de teses e dissertações da CAPES, mais de quinhentos trabalhos são encontrados, entre os quais é possível a título de exemplo citar: CAMPINHO, Heitor Carvalho. *Ativismo judicial e mandado de segurança: uma análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito de Campos dos Goytacazes, 2004; (ii) RIBEIRO, Isabela Lessa de Azevedo Pinto. *Ativismo Judicial: o papel dos juízes num paradigma constitucionalmente adequado*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2008; (iii) MAIA, Clarissa Fonseca. *O ativismo judicial no âmbito da justiça eleitoral*. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Universidade de Fortaleza, 2010; (iv) CORREA, Joel Rodrigues. *Ativismo judicial e a justiça do trabalho no contexto da sociedade da informação*. Dissertação (Mestrado em Direito da Sociedade da Informação) – Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas, São Paulo, 2012; (v) FACHIN, Tiago. *Ativismo judicial processual: iniciativa do juiz na formulação dos argumentos e na produção da prova em cotejo com o princípio do contraditório. Perspectivas brasileira e europeia*. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade do Vale do Itajaí, 2015.

²⁰⁰ Mais uma vez, a título de mera exemplificação: (i) BARBOSA, Leon Victor de Queiroz. *Ativismo judicial e federalismo fiscal: o comportamento do Supremo Tribunal Federal*. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2009; (ii) DANTAS, David Ribeiro. *Dirigismo constitucional e ativismo judicial: um estudo sobre o papel do poder judiciário na concretização de direitos sociais*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2006; (iii) BRONDANI, Flavia Brettas. *O ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal como forma de concreção dos direitos coletivos*. Dissertação (Mestrado em Direitos coletivos e cidadania) – Universidade de Ribeirão Preto, Ribeirão Preto, 2016.

²⁰¹ A dissertação de Daniel Hamilton Fernandes de Lima, orientada por Antônio Jorge Pereira Junior, junto ao Curso de Mestrado em Direito Constitucional nas Relações Privadas da Universidade de Fortaleza (UNIFOR), muito embora seja intitulada “Indenização Punitiva e Ativismo judicial”, não coloca o ativismo judicial como causa real para a adoção da função punitiva no sistema jurídico brasileiro, apesar de estabelecer correlação entre os institutos. Em verdade, analisa os direitos fundamentais e o ativismo judicial nas relações privadas, isto é, examina a promoção de soluções inovadoras para casos concretos, fincadas na noção de concretização de direitos e garantias fundamentais, estabelecendo o ativismo judicial como remédio teórico para tudo isso a partir da problematização do dano moral como exemplo prático. O que se propõe nesta tese, portanto, é diverso, colocando o ativismo judicial como causa e não como solução. Vide: LIMA, Daniel Hamilton Fernandes de. *Indenização punitiva e ativismo judicial*. Curitiba: CRV, 2018.

Como o próprio nome sugere, o ativismo²⁰² auxilia o juiz não para a realização do fundamento que o leva a entender a solução do caso concreto em determinado sentido, mas, ao contrário, para ter mais certeza do que decide. O ativismo judicial, em outras palavras e, de uma maneira geral, permite ao juiz uma conduta menos receptora e mais ativa. O juiz passa a ter poderes de requerer esclarecimentos para formar seu convencimento de maneira inquestionável. Diante dos fatos alegados pelas partes, ele não mais analisa o ônus probatório, mas, principalmente, a suficiência desse aparato de provas. Dessa maneira, se julgar alguma prova ou ato imprescindível, tem o poder de determinar sua realização por uma das partes. É, portanto, parte ativa na relação processual, rompendo, de uma vez por todas, com a postura clássica em que o mundo do juiz se restringia às provas produzidas pelas partes no mundo dos autos.

Glauco Gumerato Ramos resume:

Defende uma postura mais contundente da atividade judicial para resolver problemas que às vezes não contam com adequada solução legislativa. É dizer: outorga-se ao juiz um poder criativo que, em última análise, valoriza o compromisso constitucional da jurisdição, e isso ainda que não haja previsão legal que o autorize na respectiva atuação.

[...]

Para o ativismo, o juiz deve atuar de maneira a resolver problemas no curso do processo, e isso independente da diligência da parte em postular pelas respectivas soluções, haja ou não autorização legislativa para sua atuação.²⁰³

Ao contrário do ativismo, há o que denominam garantismo judicial, segundo o qual o papel do juiz deve se limitar à atividade de subsumir hipóteses legais, com conseqüente redução de eventual discricionariedade. Segundo Glauco Gumerato Ramos, “para o garantismo, o processo é um método no qual o resultado dependerá do efetivo debate entre as partes e de sua diligência em melhor manejar a respectiva atividade”²⁰⁴. Enfim, o garantismo se posiciona a

²⁰² “Na *common law* americana, observa Tushnet, alguns estudos utilizam o termo referindo-se à declaração de inconstitucionalidade; quanto maior o número de leis declaradas inconstitucionais maior será a atividade ativista da Corte Constitucional; outros, o aproximam da propensão da Corte para a desconsideração dos precedentes anteriores; para outros, o ativismo se encontra no distanciamento dos julgadores do texto (textualismo) ou mensagem original da Constituição (originalismo). Isso demonstra que a expressão ativismo judicial pode ser utilizada de diversas maneiras, desde que se indique sua utilização”. (FERNANDES, Ricardo Vieira Carvalho. *Ativismo judicial: por uma delimitação conceitual à brasileira. Direitos culturais*, Santo Ângelo, v. 7, n. 12, p. 249-268, jan./jun. 2012. Disponível em: <http://srvapp2s.santoangelo.uri.br/seer/index.php/direitosculturais/article/view/389>. Acesso em: 17 dez. 2019. p. 261).

²⁰³ RAMOS, Glauco Gumerato. *Ativismo e garantismo no processo civil: apresentação do debate. MPMG Jurídico*, n. 18, p. 8-15, 2009. Disponível em: https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/474/Ativismo%20e%20garantismo_Ramos.pdf?sequence=3. Acesso em: 5 dez. 2019. p. 9.

²⁰⁴ RAMOS, Glauco Gumerato. *Ativismo e garantismo no processo civil: apresentação do debate. MPMG Jurídico*, n. 18, p. 8-15, 2009. Disponível em: https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/474/Ativismo%20e%20garantismo_Ramos.pdf?sequence=3. Acesso em: 5 dez. 2019. p. 9.

favor da “categoria fundamental processo e conseqüentemente da cláusula constitucional do *due process*, de modo a valorizar a ampla defesa, o contraditório e a imparcialidade do juiz, como os pilares de legitimação da decisão jurisdicional a ser decretada”²⁰⁵.

Para ativistas, a jurisdição é de extrema importância, enquanto para os garantistas são as regras processuais as principais regras de controle e contenção de parcialidades, discricionariedades e arbitrariedades²⁰⁶.

Enfim, ativistas partem do pressuposto de que o processo em si não interessa somente às partes litigantes, mas também à coletividade, a qual, em qualquer circunstância, tem interesse na solução célere e justa dos conflitos a ela impostos. Afinal, o direito como forma de garantia da paz social é o objetivo maior de todo e qualquer grupo social. O ativismo, ao contrário do garantismo se volta, portanto, ao valor jurídico da justiça, corroborando a jurisdição como principal instrumento da concreção de valores constitucionais nos casos concretos, deixando em menor evidência a ideia de segurança e alçando o procedimento processual em si como mecanismo de controle da atividade judicial a segundo plano²⁰⁷.

Mas, muito mais que isso, o ativismo judicial, hoje, se constitui na principal ferramenta de protagonismo político, social e legislativo do Poder Judiciário²⁰⁸. Nos dizeres de Luis Roberto Barroso: “a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior

²⁰⁵ RAMOS, Glauco Gumerato. Ativismo e garantismo no processo civil: apresentação do debate. *MPMG Jurídico*, n. 18, p. 8-15, 2009. Disponível em: https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/474/Ativismo%20e%20garantismo_Ramos.pdf?sequence=3. Acesso em: 5 dez. 2019. p. 9.

²⁰⁶ KMIEC, Keenan. "Origin and current meanings of 'judicial activism'". *California Law Review*, v. 92, n. 5, p. 1442-1477, out. 2004. p. 1441.

²⁰⁷ Sobre o assunto, Pico i Junoy se pronunciou: “Certamente, as concepções privatísticas do processo como negócio particular ou relação jurídica privada encontram-se, há muito, superadas em favor de uma visão ‘publicista’ ou ‘social’ do processo, que o concebe como instrumento necessário para o exercício da função jurisdicional do Estado. Mesmo assim, o que se discute no processo tendo, via de regra, característica de direito disponível ou de direito privado, não implica que tais características possam igualmente ser atribuídas ao processo, pois o modo de desenvolvimento deste não pertence aos litigantes, mas ao Estado, único titular da função jurisdicional, o qual se serve do processo como instrumento para garantir a efetividade desta função”. Tradução livre para: “Ciertamente, las concepciones privatistas del proceso como negocio particular o relación jurídica privada se encuentran desde hace tiempo superadas, a favor de una visión ‘publicista’ o ‘social’ del proceso, que lo concibe como el instrumento necesario para el ejercicio de la función jurisdicional del Estado. Si bien es cierto que lo discutido en el proceso civil tiene, por regla general, un carácter disponible o privado, ello no comporta que tales características puedan igualmente predicarse del proceso, pues el modo de desarrollarse el mismo no pertenece a los litigantes sino al Estado, único titular de la función jurisdicional, que se sirve del proceso como instrumento para garantizar la efectividad de esta función”. PICO I JUNOY, Juan. *El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado*. In: AROCA, Juan M. (org.). *Proceso e ideología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. p. 121-122.

²⁰⁸ POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou representação? Política, direito e democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes²⁰⁹”. Afinal, a aplicação prática equivocada e forçada do instituto dos *punitive damages* acaba por revelar um manejo constitucional inadequado como fundamento para intervenção pública na esfera privada.

O desejo de fazer o que se entende por certo e, de certa forma, decidir de acordo com o que se julga adequado socialmente falando, leva o magistrado a não mais se ater aos requisitos da responsabilidade civil em si.

Diante dos tantos e já conhecidos problemas do Poder Legislativo, o qual não cumpre satisfatoriamente suas funções, deixando de regulamentar assuntos importantes e muitas vezes regulamentando equivocadamente assuntos de muita relevância²¹⁰; bem assim, a impropriedade com que o Poder Executivo tem realizado seus atos, isto é, em meio a escândalos de improbidade administrativa, denúncias de corrupção e primazia de interesses privados sob os públicos, não tem restado alternativa ao Judiciário, senão a solução de tudo isso por iniciativa própria²¹¹. A atribuição punitiva ou repressora ao instituto da responsabilidade civil, mormente no que tange às indenizações por danos morais, é prova indubitável de que os juízes querem dar passo além da lei para, ao menos, verem minoradas angústias em verificar condutas inaceitáveis, reiteradas e frutos de inércia de agências e órgãos específicos para regulamentação e fiscalização respectivos. Como bem ensinou Elival da Silva Santos:

Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. Não se trata do exercício desabrido de legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário e, sim, da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes.²¹²

Logo, o sentimento ruim de achar que as funções não têm sido cumpridas, bem como, em julgá-las, quando cumpridas, atécnicas, defeituosas e inapropriadas, leva o Judiciário a

²⁰⁹ BARROSO, Luis Roberto. Retrospectiva 2008 – judicialização, ativismo e legitimidade democrática. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, n. 18, abril/maio/ junho 2009. Disponível em: www.direitodoestado.com.br/rede.asp. Acesso em: 14 nov. 2018.

²¹⁰ Como exemplo, basta analisar todos os impactos negativos trazidos à legislação pela publicação e entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência. (BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). *Diário Oficial da União*, 7 jul. 2015. Disponível em: planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13146.htm. Acesso em: 11 dez. 2019).

²¹¹ VIANNA, Luís Werneck *et al.* *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

²¹² RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 116.

querer fazer justiça com as próprias mãos e, em suma, transformar seus precedentes e decisões em verdadeiras ferramentas para mudanças abruptas de interpretação legal e conceitos teóricos, como tem acontecido com a análise do preenchimento dos requisitos da responsabilidade civil nos casos concretos da contemporaneidade.

Pelo que, concluiu Evandro Gueiros Leite²¹³ que, três são as causas para a ocorrência e intensificação do ativismo judicial no Brasil, a saber: (i) o “incremento progressivo dos Poderes Legislativo e Executivo, justificando a necessidade de crescimento do Judiciário, para balanceamento do sistema”; (ii) a insatisfação do povo em relação à conduta dos outros ramos do Poder; (iii) a evolução social, política e cultural dos tempos atuais. Nas palavras de Anderson Vichinkeski Teixeira:

O ativismo judicial representa a insuficiência do Estado em atender aos anseios da sua população, bem como em buscar a realização dos objetivos que lhe foram postos: trata-se de uma patologia constitucional. Uma conduta que deveria ser exceção à regra converte-se em forma ordinária de composição dos mais diversos conflitos sociais, transformando o Judiciário em “esfera pública” de decisão tanto das questões mais fundamentais para o Estado e para a sociedade quanto das situações banais do cotidiano²¹⁴.

Surgindo no Brasil junto aos movimentos intitulados neoconstitucionalismo²¹⁵ e pós-positivismo²¹⁶, segundo os quais deve haver uma ressignificação da jurisdição constitucional, seguida da ampliação do espectro interpretativo da Constituição e, ainda, o desenvolvimento do absolutismo constitucional face a repercussões sociais relevantes, a despeito das atividades

²¹³ LEITE, Evandro Gueiros. *Ativismo Judicial*. BDJur: Brasília, 5 mai. 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Dou10anos/article/view/3457/3580>. Acesso em 30 abr. 2010 p. 5-6.

²¹⁴ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 37-58, jan./jun., 2012. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/23966/22722>. Acesso em: 5 dez. 2019. p. 1.

²¹⁵ Sobre neoconstitucionalismo, vide CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009; CRUZ, Luis M. *Estudios sobre el neoconstitucionalismo*. México: Porrúa, 2006; FIGUEROA, Alfonso García. *Criaturas de la moralidad: una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*. Madrid: Trotta, 2009; BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>. Acesso em: 5 dez. 2020; VALE, André Rufino do. *Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. São Paulo: Saraiva, 2009. (Série IDP). p. 42; SILVA, Alexandre Garrido. Neoconstitucionalismo, pós-positivismo e democracia: aproximações e tensões conceituais. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. (Org.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 93-128; MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Neoconstitucionalismo e teoria da interpretação. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro et al. (org.). *Hermenêutica constitucional: homenagem aos 22 anos do grupo de estudos Maria Garcia*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 215-232.

²¹⁶ SILVA, Alexandre Garrido. Neoconstitucionalismo, pós-positivismo e democracia: aproximações e tensões conceituais. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. (Org.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 93-128.

executivas e legislativas, o ativismo judicial impõe ao julgador uma postura proativa e específica de interpretação do contexto constitucional para seu alcance e expansão.²¹⁷ Ele é, portanto, ao mesmo tempo que rechaçado por alguns, venerado por outros, pois, enquanto dá vazão ao enfraquecimento dos poderes constituídos, à ausência de participação política e à inversão democrática porque dificulta o acesso à tutela jurisdicional por meio da ausência de critérios objetivos de julgamento, em alguns aspectos, por outro lado, também se revela como instrumento para a materialização de direitos fundamentais, representando verdadeiro poder dever do juiz.²¹⁸

Rafael Xerez, o resume como concretização dos direitos fundamentais “na solução de litígios é dever indeclinável do juiz, o qual não pode ser obstaculizado pela ausência de normas legais de natureza material ou processual. Nesse sentido, o ativismo judicial se impõe como dever constitucional do juiz”²¹⁹.

É bem verdade que os defensores do fenômeno o enquadram como uma consequência do que ficou conhecido como judicialização²²⁰, outro fenômeno contemporâneo oriundo do alto número de demandas levadas ao judiciário atualmente, as quais, outrora, eram impensáveis e impossíveis. Demandas que, apesar de levadas ao Judiciário, primordialmente, deveriam ser resolvidas no âmbito de outros poderes. Fato que só se torna possível por conta da prolixidade da Carta Magna. Como bem faz piada o Ministro Barroso, a Constituição só não traz a pessoa amada em 3 (três) dias²²¹. E, por assim ser, acaba por respaldar decisões de cunho político e, muitas vezes, pouco ou quase nada jurídicas.

Com a possibilidade de qualquer assunto se tornar mérito de discussão judicial, muitos deles, inclusive, serem passíveis de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, pelo fato de a

²¹⁷ MONTEIRO, Juliano Ralo. Ativismo judicial: um caminho para concreção dos direitos fundamentais. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Melo do (coord.). *Estado de Direito e ativismo judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. p. 162.

²¹⁸ Nesse mesmo sentido, vide NALINI, José Renato. *A rebelião da toga*. 3. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2005. p. 239.

²¹⁹ XEREZ, Rafael Marcílio. *Dimensões da concretização dos direitos fundamentais: teoria, método, fato e arte*. Tese (Doutorado em Direito) – Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, 2012. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/15282/1/TeseDoutoradoRafaelXerez.pdf>. Acesso em: 10 out. 2019.

²²⁰ Segundo Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes, judicialização é o desembocar no Judiciário, em maior medida do que já se havia constatado em momento anterior, de questões da vida social dos cidadãos, da vida política da nação, de relevância religiosa, científica, moral, etc. (FERNANDES, Ricardo Vieira Carvalho. *Ativismo judicial: por uma delimitação conceitual à brasileira*. *Direitos culturais*, Santo Ângelo, v. 7, n. 12, p. 249-268, jan./jun. 2012. Disponível em: <http://srvapp2s.santoangelo.uri.br/seer/index.php/direitosculturais/article/view/389>. Acesso em: 17 dez. 2019. p. 250).

²²¹ GABRIEL, Ruan de Sousa. “A Constituição brasileira só não traz a pessoa amada em três dias”, diz Barroso. *Época*, 28 jul. 2018. Disponível em: <https://epoca.globo.com/a-constituicao-brasileira-so-nao-traz-pessoa-amada-em-tres-dias-diz-barroso-22929649>. Acesso em: 17 dez. 2019.

Constituição ser do tipo analítica, aliada ao conseqüente excesso de demandas de cunho político levadas ao Poder Judiciário, não resta outra conclusão, senão a de que a última palavra sobre questões econômicas, sociais ou morais de largo alcance é exclusivamente do Poder Judiciário.

Logo, é impossível que um juiz invoque a lacuna da lei para não resolver uma demanda já que é seu dever julgar todas as matérias levadas à sua apreciação. Pelo que, diante dos reiterados e cada vez mais frequentes pedidos semelhantes sobre determinado assunto, mesmo não havendo previsão legal sobre aquilo, é obrigatória a manifestação do magistrado; o que, em última análise, como não poderia deixar de ser, o faz por meio de uma postura expansiva e proativa. Ativista, portanto.

É, dessa maneira, um fenômeno que requer bastante atenção. É, simultaneamente, bom e ruim. Proveitoso e maléfico. E, assim como a jurisprudência, instituto de importância, relevância e indispensabilidade consumados no ordenamento jurídico, o ativismo judicial deve ser permeado de prudência. O bom senso e a equanimidade devem prevalecer a todo custo nas atividades jurídicas, sobretudo as decisões judiciais. A subsunção da norma deve sempre vir acompanhada de fundamentação detalhada e coerente. Não pode dar guarida a arbitrariedades e ilegalidades, como muitas vezes observa-se quando da aplicação da função punitiva pelos tribunais.

E, nas explicações pormenorizadas de Luis Roberto Barroso:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.²²²

Assim, é que não se torna estranha a inferência de que a aplicação da função punitiva da responsabilidade civil pelos tribunais é fruto do ativismo judicial. Afinal, todas as características e conceitos desse fenômeno podem ser pinceladas nas decisões em que tal função fora reconhecida.

Para comprovar essa afirmação, no entanto, nada mais indispensável do que a demonstração pormenorizada disso tudo nas próprias decisões; o que leva a uma tarefa um tanto

²²² BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Anuário ibero-americano de justiça constitucional*, Madri, n 13, p. 17-32, 2009. p. 19.

quanto enfadonha, mas, necessária. Mais uma vez, pesquisa jurisprudencial se torna imprescindível.

É preciso, pois, demonstrar cabalmente que a aplicação da função punitiva da responsabilidade civil pelos tribunais pátrios advém, não só das falhas dos demais poderes em realizar suas atribuições, como também da repetição desidiosa dos ofensores em suas condutas ilícitas e também do grau de reprovabilidade da conduta praticada, já que, muitas delas, ainda que tipificadas penalmente, não podem ser desconsideradas em âmbito cível; afinal, os temores da repetição e da indignação perante as faltas de fiscalização das autoridades competentes, devem ser coibidos a qualquer preço; o que, em outras palavras, faz com que o Judiciário aja expansivamente, para além dos limites legais, como um verdadeiro “justiceiro”.

Para tanto, o país foi dividido pelas regiões geográficas e foram eleitos um ou dois tribunais por região a serem analisados em um ou dois casos, a saber: (i) região norte: Pará e Tocantins; (ii) região nordeste: Sergipe e Alagoas; (iii) região centro-oeste: Mato Grosso e Distrito Federal; (iv) região sudeste: Minas Gerais e São Paulo; e (v) região sul: Rio Grande do Sul e Paraná. As palavras chaves constituem-se por expressões, tais como: (i) direito civil; violação da personalidade; danos morais; ato ilícito, dano, nexos de causalidade; função punitiva (ii) direito civil; danos morais; direito de personalidade, requisitos responsabilidade civil; função punitiva responsabilidade civil.

Mas, antes de adentrar à análise dos casos em si, é preciso advertir que não só julgados de segunda instância foram colacionados a esta pesquisa, também algumas sentenças de primeiro grau o foram pois, conforme ditames processuais, muitas vezes a discussão de matéria fática, como a que permeia a existência do dever de indenizar, fica prejudicada em instâncias superiores e, também porque o objetivo geral não é demonstrar a jurisprudência de órgãos colegiados, mas, o impacto geral que a hiper e quase exclusiva valorização da análise da conduta em si tem se tornado cada vez mais frequente e generalizada, em qualquer grau de jurisdição. A pesquisa se deu, pois, por região e não pelo Tribunal – *per si* – da região. Os Tribunais só aparecem aqui, portanto, como destaques, pois seus sítios mantidos na internet, com a novidade dos autos digitalizados e processos eletrônicos, encampam de maneira facilitada e atualizada a pesquisa de quase todas as instâncias judiciais de cada região.

A seguir, se fará a divisão entre regiões dos tribunais pátrios, para melhor analisar os casos escolhidos.

4.3 Ativismo judicial e função punitiva da responsabilidade civil em julgados da Região Norte

Na pesquisa realizada na Região Norte, foram encontrados vários acórdãos que mencionavam a função punitiva da responsabilidade civil como fundamento decisório. Os casos abaixo foram, no entanto, os que mais demonstraram a relação da adoção de tal função como resultado do ativismo judicial.

4.3.1 *Tribunal do Estado do Pará*

4.3.1.1 *Caso 1 – danos morais por difamação, injúria e calúnia em meio de comunicação de largo alcance: “dano moral puro”*

Trata-se de caso envolvendo pedido de danos morais por supostas difamações, injúrias e calúnias. Antônio teria maculado a honra de Ezilda, Raimundo e Eva, pessoas de notórias reputações ilibadas, ao realizarem afirmações caluniosas, injuriosas e difamantes em meio de comunicação de grande amplitude e acesso à população; o que, para a relatora do caso, tornaria o fato ainda mais grave. No entanto, ao analisar o recurso interposto, a relatora, acompanhada pelos demais julgadores, não se dedicou à análise detida do preenchimento de todos os requisitos da responsabilidade civil, apesar de os ter mencionado como introdução de raciocínio.

De fato, da narrativa dos fatos no processo *sub judice*, concluíram os julgadores colegiados que “restou evidenciado na conduta do apelante o ato ilícito subjetivo do qual se possa extrair o elemento culpa, capaz de gerar sua responsabilidade pelos danos causados aos apelados”²²³. Nas palavras da relatora: “e não se venha falar em transtornos mentais ou indução coercitiva, pois nada foi trazido aos autos neste sentido. O dano aqui configurado é presumido e decorre do próprio fato, dispensando comprovação. Trata-se de dano moral puro”²²⁴. Situação que, sem dúvida alguma, evidencia uma tendência em valorar apenas o ilícito, negligenciando ou, no mínimo, retirando importância da análise da existência do dano em si.

Em suma, não importa tanto o prejuízo, mas, de forma proativa, não seria possível deixar de condenar a conduta praticada pelo ofensor justamente porque grave e, portanto, inadmissível.

²²³ PARÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Pará. *Apelação Cível 0018341-92.2014.8.14.0301*, Órgão Julgador 1ª Turma de Direito Privado, Rel. Des. Gleide Pereira de Moura, data da publicação 20/10/17.

²²⁴ PARÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Pará. *Apelação Cível 0018341-92.2014.8.14.0301*, Órgão Julgador 1ª Turma de Direito Privado, Rel. Des. Gleide Pereira de Moura, data da publicação 20/10/17.

Não punir seria igual a não fazer justiça, mesmo que os ditames legais induzam a outra conclusão.

Além disso, quando do entendimento do *quantum* indenizatório, a relatora foi, mais uma vez, enfática ao fundamentar que entendia pela redução do montante fixado em primeira instância não só porque a quantia seria exorbitante, mas também porque o valor que propunha ajustado se revelava mais adequado pois, em suas palavras, a nova quantia não significaria “um enriquecimento sem causa para os autores, mas também não deixando de punir o recorrente, dissuadindo-o de cometer outros erros, como o praticado”.²²⁵ A partir dessa ideia, produziu a seguinte ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. EXPRESSÕES OFENSIVAS CONTRA OS AUTORES. AFIRMAÇÕES DIFAMANTES E INVERIDÍCAS. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. DANOS MORAIS NO IMPORTE DE R\$ 200.000,00 (DUZENTOS MIL) A CADA AUTOR.

As expressões contidas, são ofensivas e capazes de ensejar abalo moral. A situação fática narrada nos autos. Se enquadra no campo da violação aos direitos da personalidade dos apelados. A exposição pública e ofensiva dos autores enseja a compensação moral reclamada, uma vez que o apelante rompeu com seu exercício de prudência, expondo os apelados a situação que abalou imagem, honra e dignidade dos mesmos. O valor fixado foi exacerbado, devendo ser minorado para r\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) a cada autor, quantia que considero suficiente para atender o caráter pedagógico que deve revestir as indenizações por dano moral, não significando um enriquecimento sem causa para os autores, mas também não deixando de punir o recorrente, dissuadindo-o de cometer outros erros, como o praticado. Recurso conhecido, e parcialmente provido.²²⁶

É, pois, razoável o entendimento de que uma vez verificada a ocorrência da conduta, a indenização será concedida. O valor desta, de igual forma, não se mede efetivamente pela extensão do dano causado pela tal conduta, mas, sobretudo, pelo cometimento do ilícito. Como a própria julgadora afirmou, o sistema de responsabilidade civil, na prática, não se presta somente à reparação de dano – mesmo que pressuposto –, mas principalmente à punição da conduta. Afinal, o caráter pedagógico da indenização é um dos fundamentos utilizados no acórdão analisado.

²²⁵ PARÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Pará. *Apelação Cível 0018341-92.2014.8.14.0301*, Órgão Julgador 1ª Turma de Direito Privado, Rel. Des. Gleide Pereira de Moura, data da publicação 20/10/17.

²²⁶ PARÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Pará. *Apelação Cível 0018341-92.2014.8.14.0301*, Órgão Julgador 1ª Turma de Direito Privado, Rel. Des. Gleide Pereira de Moura, data da publicação 20/10/17.

4.3.1.2 Caso 2 – danos morais por violação da honra por inclusão indevida em cadastro de inadimplentes

O segundo caso pinçado da pesquisa jurisprudencial realizada no Tribunal de Justiça do Estado do Pará é fruto de um entendimento repetido quase que nacionalmente, qual seja, presunção de violação da honra por simples inclusão indevida em listas “oficiais” de maus pagadores, os chamados “cadastros de inadimplentes”.

A situação concreta se deu entre duas pessoas jurídicas de direito privado por conta de emissão de título de crédito fraudulento de uma em nome da outra. A ré se defendeu alegando que o título fora protestado por instituição financeira sem que ela autorizasse, mas que o protesto seria devido pelo não pagamento do boleto respectivo na data de vencimento. Ainda assim, insistiu a autora na inexigibilidade do título pela falta de correspondência com a realidade. Pelo que, após análise dos prós e contras contidos nos autos, o juízo *a quo* determinou condenação da ré ao pagamento de danos morais. Inconformada, interpôs o recurso ao Tribunal que, sem maiores delongas, logo confirmou a sentença, fundamentando o seguinte:

Desse modo, destaco que também me filio a corrente jurisprudencial que possui entendimento no sentido de que o dano moral oriundo de protesto indevido prescinde de prova, configurando-se *in re ipsa*, haja vista que há presunção do abalo ao nome, ou seja, ao direito da personalidade da pessoa física ou jurídica pela própria ilicitude do ato praticado²²⁷.

E, ainda, além de pressupor o dano, entendendo, nos próprios termos decisão, ser este um elemento prescindível de prova, ao fixar o *quantum* indenizatório respectivo, deixou claro que a conduta de protestar indevidamente o nome da pessoa jurídica era o elemento crucial e quase indispensável a seu julgamento, vez que o “caráter punitivo e dissuasório” era um dos pontos primordiais para a fixação do montante a ser indenizado, citando Cavaliere Filho e concluindo o seguinte:

In casu, entendo que a indenização por dano moral deve ser fixada em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), valor adequado a satisfazer a justa proporcionalidade entre o ato ilícito e o dano moral sofrido, bem como por atender ao caráter compensatório e ao mesmo tempo inibidor a que se propõe a ação de reparação por danos morais, nos moldes estabelecidos na Constituição Federal, suficiente para representar um desestímulo à prática de

²²⁷ PARÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Pará. *Apelação Cível 0005216-61.2005.8.14.0006*, 1ª Turma de Direito Privado, Rel. Des. Leonardo de Noronha Tavares, data da publicação 09/05/18.

novas condutas pelo agente causador do dano, atento aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade²²⁸.

Em outras palavras, ainda que não presentes os requisitos essenciais da responsabilidade civil no caso concreto, pelo menos não de maneira explícita, ou, mesmo que não cabalmente demonstrado os seus preenchimentos na situação concreta, a condenação era adequada. É que, de tão comum e frequente, tem se tornado intolerável essa prática. E, por ser vista como intolerável, se as autoridades competentes não fazem o papel fiscalizador que lhes é obrigatório de estabelecer critérios cuidadosos para que a inscrição no cadastro de maus pagadores seja efetivada, tampouco de multar ou punir os prestadores de serviço que o fazem reiterada e desidiosamente, o Poder Judiciário entende que, quando provado, deve fazê-lo.

4.3.2 Tribunal de Justiça do Estado de Tocantins

4.3.2.1 Caso 1 – danos morais por recusa do plano de saúde em cobrir tratamento médico indispensável

Para evitar maiores repetições e também por causa do número exagerado de decisões encontradas pelo critério de pesquisa explicado anteriormente e, ainda, aproveitando a facilidade dos processos eletrônicos, o primeiro julgado de Tocantins refere-se a decisão de primeiro grau, a qual, é bom esclarecer, nem chegou a ser analisada por órgão superior de julgamento por renúncia do direito de recorrer pelas partes envolvidas.

O caso constitui-se pelo julgamento procedente de pedido de uma servidora pública à condenação de danos morais de seu plano de saúde por recusa de cobertura de tratamento médico indispensável à boa manutenção de sua saúde. Em detalhes, após ser diagnosticada com endometriose profunda e dor crônica, a servidora foi aconselhada a fazer procedimento cirúrgico adequado ao tratamento de tais intercorrências. Acontece que, mesmo diante da prescrição médica, o plano de saúde se recusou a custear as despesas de tal prescrição. Sendo assim, não tendo outra saída, a servidora se viu obrigada a custear os tratamentos médicos e hospitalares decorrentes com seu próprio dinheiro. Pelo que, mais uma vez, teve, de igual forma, seu pedido de reembolso negado pelos mesmos argumentos utilizados quando da primeira negativa.

²²⁸ PARÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Pará. *Apelação Cível 0005216-61.2005.8.14.0006*, 1ª Turma de Direito Privado, Rel. Des. Leonardo de Noronha Tavares, data da publicação 09/05/18.

Perceba-se que, mesmo inexistente qualquer prova de dano moral ressarcível, o magistrado do caso julgou o pedido de indenização a danos morais de maneira procedente. Porém, nenhuma violação a danos morais ocorreu *in casu*. Apesar de o plano ter negado cobertura, a cirurgia foi realizada e o problema diagnosticado foi sanado. De igual maneira, a recusa ao reembolso também não configurou diminuição da personalidade da autora em nenhum aspecto. Mesmo assim, sobre a fundamentação de que os danos morais *in casu* seriam incontestáveis pois configuravam comportamento abusivo por parte da operadora de saúde, houve condenação. Tecnicamente falando, o que se demonstrou com tal fundamentação foi a reprovação veemente da conduta do plano de saúde e não a verificação concreta dos requisitos da responsabilidade civil.

Em resumo, a recusa injustificada e reiterada chamou a atenção do julgador e o fez estipular a tal condenação, mesmo que isso se mostrasse dissonante à técnica da responsabilidade civil e, tal qual em todos os casos até agora, com base em caráter pedagógico punitivo, se fixou o valor exato a ser pago, sobrepondo a ação do Judiciário à omissão do Executivo em fiscalizar e regular os contratos privados de seguro de saúde, *in verbis*:

Com efeito, levando em consideração o caráter não apenas retributivo, mas também pedagógico a que esta sanção se destina, o valor de R\$10.000,00 (dez mil reais), mostra-se razoável e proporcional ao dano, além de ser capaz de desestimular a ocorrência de novas práticas danosas²²⁹.

O pedido de indenização por danos morais decorrentes da má prestação de serviços já está tão corriqueiro que foi enraizado ao senso comum de maneira contundente. Em qualquer esquina há sempre alguém que já foi vitorioso em alguma ação nesse sentido ou que ameaça ou aconselha alguém com tais argumentos. Não é, pois, incomum escutar comentários do tipo “se você entrar (sic) no juizado de pequenas causas, você ganha um dinheirão...”, sobretudo em questões de telefonia, aviação civil e serviços bancários.

4.3.2.2 Caso 2 – danos morais por transporte fúnebre realizado por carro diverso

O segundo caso analisado no âmbito da jurisprudência do Tribunal do Estado de Tocantins é fruto de entendimento proferido em primeira instância em Juizado Especial Cível do Estado. Houve interposição de recurso contra a sentença, mas, que, até o início de 2020, não consta eletronicamente como analisado.

²²⁹ TOCANTINS. Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins. *Processo 0000162-41.2018.827.2716*. Juiz Jossanner Nery Nogueira Luna. 1ª Vara Cível de Dianópolis.

O caso refere-se a pedido de danos morais por familiares de um morto que teve seu corpo transportado para o velório por um táxi e não pelo carro funerário adaptado. O falecimento ocorrera em cidade diversa do sepultamento e, por isso, o corpo teve de ser transportado por veículo diverso. Porque localizada no município do falecimento, a funerária contratada alegou que os familiares foram alertados do transporte e que tinham conhecimento os fatos, mas, a orientação de que o caixão fosse transportado no “chão ou em cima de banco do taxi” pareceu mais do que razoável para configurar a obrigação de indenizar. Segundo o juiz do caso, apesar de não ter ocorrido qualquer escoriação no cadáver, tampouco arranhões ou deteriorações no caixão, os simples comandos de transporte da funerária ao taxista seriam suficientes para configurar o dever de indenizar.

Em verdade, sob a veste de dano, o juiz justifica sua reprovabilidade em relação à conduta e não a existência de responsabilidade civil propriamente dita. Em suas palavras, os comandos dados ao taxista pela funerária se mostraram bastante desidiosos e, por assim ser, representariam transtornos psicológicos aos parentes. Isso tudo, sem que nenhum transtorno tenha sido sequer alegado por eles. Não houve comprovação, portanto dos requisitos da responsabilidade civil, apenas dedução, ou melhor, reprovação, por parte do magistrado, como é possível observar:

Com efeito, identifico que a afronta aos direitos de personalidade os autor, se deu não em decorrência a forma em que foi transportado o falecido, posto que não há comprovação da ocorrência de eventual violação ou mesmo deterioração no caixão, más sim pela total ausência de providências mínimas para que o velório ocorresse com a dignidade que o momento exige, pois a orientação para que o caixão fosse colocado no chão ou mesmo em cima de "bancos" é circunstância apta a desestruturar o ânimo psicológico de qualquer cidadão, com a relevância do momento delicado vivido pelos familiares diante do falecimento de ente próximo. Por mais que a requerida sustente que o autor detinha conhecimento dos limites da contratação, tendo em vista que a sede da funerária está situada em outra cidade, não há nos autos provas de que a requerida cumpriu seu dever de informação junto ao consumidor a esse respeito, mesmo porque diante do relevante valor da contratação é inesperado que o serviço funerário seja prestado sem o atendimento mínimo das necessidades exigida pela situação enfrentada, especificamente o suporte para apoio do caixão. Ressalta-se que a simples falha na prestação do serviço, por si só, não causa dano moral. Contudo, o autor foi submetido a situação desgastante.²³⁰

Mais à frente, quis intensificar seus fundamentos aduzindo que a desídia da funerária era causadora de afronta à dignidade do enterro, mas, não demonstrou de onde conseguiu tirar

²³⁰ TOCANTINS. Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins. *Processo 0035174-14.2017.827.2729*. Juiz Rubem Ribeiro de Carvalho. Juizado Especial Cível da Comarca de Palmas – Taquaralto. Data da publicação: 24/06/2018.

tais conclusões, já que não houve qualquer atraso, desorientação, angústia, deterioração ou mácula que impedissem a cerimônia de sepultamento. Tanto é que o sepultamento ocorreu como previsto. Logo, mais uma vez, parece ser mais razoável entender pela punição do ilícito em si do que pela reparação do dano neste caso concreto, justificando tudo, no fim das contas, na negligência cometida pela funerária, a saber:

É palpável que a requerida foi desatenta no trato com o consumidor, demonstrando desprezo ou, minimamente, des zelo diante da contratação a ela direcionada, havendo de ser censurada por sua desídia. Concluo, portanto, que houve excepcional ofensa à dignidade do consumidor, circunstância apta a amparar a condenação da parte ré à compensação por dano moral²³¹.

Mais uma vez, diante de ausência de previsão legal sobre o assunto, utilizou-se, o Poder Judiciário, a partir de postura ativista, da função punitiva do dano moral para responder aos anseios sociais. Tudo isso sob a veste constitucional da dignidade humana.

4.4 Ativismo judicial e função punitiva da responsabilidade civil em julgados da Região Nordeste

Na pesquisa realizada na Região Nordeste, foram encontrados muitos acórdãos que se fundamentavam em função punitiva da responsabilidade civil para a condenação ao pagamento de danos morais. Como pano de fundo a todos eles, tem-se uma advertência velada: diante da ocorrência de um ilícito, não pode e não deve o Judiciário se manter inerte. Mesmo que a legislação não dê guarida à condenação, porque parece ser consenso social deve haver resposta adequada. Os casos abaixo foram aqueles em que tal constatação ficou mais nítida, razão pela qual passam a ser mais detidamente analisados a seguir.

4.4.1 Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe

4.4.1.1 Caso 1 – danos morais por interrupção de serviços de internet de usuário adimplente

O primeiro caso extraído da pesquisa das decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe é notório e, por conta de sua semelhança a diversos outros e, também, sua

²³¹ TOCANTINS. Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins. *Processo 0035174-14.2017.827.2729*. Juiz Rubem Ribeiro de Carvalho. Juizado Especial Cível da Comarca de Palmas – Taquaralto. Data da publicação: 24/06/2018.

repetitividade, se tornou indispensável de citação; até por causa de suas peculiaridades que o tornam ainda mais interessante.

Trata-se de pedido de danos morais oriundos de interrupção do serviço de internet a usuário adimplente. O cancelamento do serviço se deu não por débito, mas, porque o respectivo usuário havia ultrapassado os limites de franquia de internet contratada.

Em casos de inadimplemento, a jurisprudência já é bastante pacífica quanto à presunção de danos oriundos do cancelamento do serviço de fornecimento de energia elétrica e, analogicamente, de telefonia e internet também, por serem, em última análise, considerados essenciais. Contudo, o cancelamento da internet pela utilização total do pacote de dados contratado, apesar de faticamente diferente, foi classificado como tão reprovável quanto pela decisão ora analisada. Segundo o julgado, diante dos fatos, não se imporia a interrupção do serviço, mas, tão somente a redução de sua respectiva velocidade. Pelo que, baseado em tal raciocínio, condenou a empresa de telefonia ao pagamento de indenização por danos morais, *in verbis*:

In casu, após o consumo da franquia de internet contratada, a empresa telefônica indevidamente interrompeu o serviço de internet. O correto seria apenas reduzir a velocidade da conexão contratada e não simplesmente interrompê-la. [...] O Judiciário não pode se furtar em garantir o cumprimento da legislação que assegura aos consumidores o recebimento dos serviços por ele contratados.

Destarte, resta comprovado que houve falha na prestação do serviço oferecido pela recorrente, consubstanciada na suspensão indevida do serviço de internet móvel, passível de gerar um dano moral indenizável.²³²

É, portanto, mais um acórdão em que o preenchimento dos elementos da responsabilidade civil não é tão significativa para a concessão de procedência dos pedidos indenizatórios, haja vista que toda a fundamentação se orienta pela reprovação da conduta e não pela reparação de dano em si:

À propósito, é importante ressaltar que o art. 7º do Marco Civil, Lei 12.965/2014, é expresso ao dispor que o acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e o usuário tem assegurado o direito à não suspensão da conexão à internet, salvo por débito diretamente decorrente de sua utilização. Disso discorre que, sendo ultrapassada a franquia contratada, a consequência será a redução da velocidade da conexão, ao invés da cessação da conexão à internet.

²³² SERGIPE. Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. *Ap. Cível 0009558-93.2018.8.25.0001*. Des. Relator Ricardo Múcio Santana de A. Lima. Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. Data da publicação: 23/10/2018.

E isso – a intenção de punir a conduta e não meramente reparar dano efetivo – fica ainda mais evidente quando a decisão passa a explicar sobre o *quantum* indenizatório, já que o próprio julgador confessa se filiar à corrente que atribui à imposição do dano moral caráter punitivo:

Não se olvide que na fixação do *quantum* da indenização devem-se observar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, de modo que, atenda ao caráter dúplice da indenização, ou seja, punitivo para o causador do dano e compensatório para a vítima, não podendo de um lado, passar despercebido ao ofensor, e de outro, gerar enriquecimento ilícito para o ofendido.

De igual forma, assim como nos casos acima, o Judiciário, aqui, pune não somente por causa do grau de reprovabilidade da conduta, mas também porque não aguenta mais demandas nesse sentido. Deseja, outrossim, por meio da punição, educar o prestador de serviços de telefonia e demonstrar, em *ultima ratio*, que, mesmo não havendo fiscalização e regulação adequada pelas autoridades respectivas, ativamente, ele não deixará tais repetições impunes.

4.4.1.2 Caso 2 – ausência de danos morais por retenção de celular de aluno feita por professor em sala de aula

O caso que agora se pretende analisar, muito embora tenha seu desfecho acertado, porquanto nega a concessão de danos morais diante de caso em que ausentes os requisitos da responsabilidade civil, o faz com fundamentos incompletos e pouco técnicos.

O caso refere-se a pedidos de danos morais por aluno (representado pela mãe) em face de seu professor, que tomou seu celular – em uso, é bom frisar – durante a exposição de uma aula. Segundo o aluno, a atitude do professor teria infligido a ele “sentimento de impotência, revolta, além de um enorme desgaste físico e emocional”.

Muito acertadamente o juiz negou provimento aos pedidos iniciais, contudo, em vez de se ater à ausência de preenchimentos dos requisitos da responsabilidade civil, isto é, explicar que mediante a não configuração de dano, ilícito e nexa causal, a indenização se tornou inviável tecnicamente falando, pois inexistente dever legal de reparação, o magistrado esmerou-se em demonstrar que a condenação do dano moral no caso concreto se revelaria impossível por conta do acerto da atitude do professor. Foi mais do que detalhista ao explicar a não concessão dos danos por causa da concordância que tinha com a conduta do docente, do que pela ausência de ilicitude da mesma e, conseqüentemente, inexistência de extração de dano a partir de todo o alegado pelo aluno:

O professor é o indivíduo vocacionado a tirar outro indivíduo das trevas da ignorância, da escuridão, para as luzes do conhecimento, dignificando-o como pessoa que pensa e existe.

[...]

Ensinar era um sacerdócio e uma recompensa. Hoje, parece um carma.

Julgar procedente esta demanda é desferir uma bofetada na reserva moral e educacional deste país, privilegiando a alienação e a contra educação, as novelas, os "realitys shows", a ostentação, o "bullying" intelectual, o ócio improdutivo, enfim, toda a massa intelectivamente improdutivo que vem assolando os lares do país, fazendo às vezes de educadores, ensinando falsos valores e implodindo a educação brasileira²³³.

Ao final, chegou, inclusive, a prestar homenagens aos docentes, a saber:

No país que virou as costas para a Educação e que faz apologia ao hedonismo inconsequente, através de tantos expedientes alienantes, reverencio o verdadeiro herói nacional, que enfrenta todas as intempéries para exercer seu "múnus" com altivez de caráter e senso sacerdotal: o Professor.

Mais uma vez, portanto, infere-se da jurisprudência um desinteresse em julgar a responsabilidade civil a partir de seus elementos configuradores, como informa a técnica, optando por decidir apenas pela aceitação ou reprovação das condutas que supostamente lhes deram ou dariam origem. E, como era de se esperar, a decisão se mostra completamente parcial. Afinal, moralmente tratando, não é certo, tampouco aceitável o uso irregular de celular por aluno em sala de aula; não há, pois, necessidade de julgamento contrário. Agindo de forma ativista, ainda que presentes os requisitos da responsabilidade civil, não haveria necessidade de condenação, justamente porque o senso comum assim não o anseia. Felizmente, neste caso, valorou-se mais a autoridade do professor do que a discricionariedade e liberdade do aluno quanto às regras acadêmicas.

4.4.2 Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas

Os casos pincelados pela pesquisa jurisprudencial no Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas referem-se a questões estéticas. A Constituição da República Federativa do Brasil, desde 1988, inaugurou a possibilidade de recebimento de indenizações por danos estéticos quando, em seu artigo 5º, V²³⁴ previu essa categoria de dano como algo autônomo ao que

²³³ SERGIPE. Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. *Sentença no Processo 0002952-94.2013.8.25.0075*. Juiz Eliezer Siqueira de Souza Júnior. 1ª Vara Cível e Criminal de Tobias Barreto/SE. Data publicação: 29/05/2014.

²³⁴ Art. 5º, CR/1988 - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; (BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: 1988. [Atual. 18 fev. 2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 8 maio 2019).

também classificou como dano moral. Mesmo que um tanto quanto bizarra, essa possibilidade existe, ainda que o dano estético, no fim das contas, represente uma violação à integridade física. Razão pela qual, diante de violação à integridade física, ficam os julgadores autorizados constitucionalmente a punirem o mesmo fato, ou a mesma conduta, duplamente.

Acontece que, ao contrário do esperado teoricamente, o *bis in idem* não tem se dado apenas mediante constatação inequívoca de violação à integridade física oriunda dos preenchimentos adequados dos requisitos da responsabilidade civil, mas, também e espantosamente, mediante simples ameaça de violação da imagem física, frutos de posturas consideradas inadequadas e intoleráveis pelos magistrados. Como nos casos abaixo.

4.4.2.1 Caso 1 – danos morais por implante de silicone malsucedido

A Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Alagoas manteve, à unanimidade de votos, condenação por danos morais e materiais ao médico Sérgio Levy Silva e ao Centro Integrado de Cirurgia Plástica, responsável pelo implante de silicone malsucedido que causou danos estéticos no transexual Erivaldo Marinho de Oliveira, ao fundamento de que a conduta negligente do cirurgião plástico em não realizar exames pré-operatórios comuns ao procedimento cirúrgico ao qual o paciente iria se submeter era suficiente para procedência dos pedidos de condenação em dano moral, mediante a seguinte ementa:

RESPONSABILIDADE CIVIL. MÉDICO. ERRO. CIRURGIA PLÁSTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO E NÃO DE MEIO.

1- A obrigação do médico, via de regra, é a de usar os melhores meios disponíveis ao seu alcance para tratar o mal que acomete o paciente e, neste aspecto, dissocia-se do resultado.

2- Contudo, quando se trata de cirurgia plástica com finalidade eminentemente estética, há exceção à regra geral, passando a obrigação do médico a ser de resultado.

3- A existência de conduta culposa que caracterize o descumprimento dessa obrigação enseja o dever de indenizar.²³⁵

Ao entender que a obrigação de cirurgião plástico é obrigação de resultado e não de meio, o Tribunal afirmou que, no caso concreto “O dano moral evidenciado é daqueles que independem de provas, já que a própria conduta ilícita praticada pelo agente é demonstradora das consequências e prejuízos suportados pela vítima [...]”²³⁶. Segundo eles, houve presunção

²³⁵ ALAGOAS. Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas. *Apelação Cível 2009.001.38826*, 5ª Câmara Cível. Rel. Des. Milton Fernandes de Souza. Publicado em 28/07/2009.

²³⁶ ALAGOAS. Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas. *Apelação Cível 2009.001.38826*, 5ª Câmara Cível. Rel. Des. Milton Fernandes de Souza. Publicado em 28/07/2009.

absoluta que a vítima havia experimentado “sofrimento psicológico por não ter obtido o resultado pretendido com a realização da cirurgia”²³⁷; sem, contudo, terem exigido prova do tal sofrimento, como comprovação de depressão, consultas psiquiátricas, prejuízos quanto ao convívio familiar, social ou demais elementos que o configurariam.

Neste caso concreto, corrobora-se com a condenação, porém, não sob os fundamentos utilizados, os quais cingiram-se a resumir lição de moral a médico negligente, mas tão somente porque o dever de reparação do médico é evidente. Afinal, houve preenchimento dos requisitos da responsabilidade civil. E esses requisitos deveriam ter significado imposição e reconhecimento do dever legal de reparação e não punição, como parece ter ocorrido *in casu*.

Aqui, neste ponto do relatório de pesquisa, é preciso esclarecer que, ainda que os danos sejam presumidos, como quase todos os casos analisados, isso por si só não demonstra a postura ativista do juiz, porém, o teor de fundamentações como esta, especificamente em que dano, ato ilícito e nexos causal estão devidamente evidenciados, indica tal posição. O juiz foi muito além de reconhecer os fatos iguais à hipótese legal; ele, de forma ativista, quis zangar e repreender o médico desidioso. Reparou o transexual apenas porque puniu e castigou o médico ofensor.

Enfim, repita-se, o interesse do magistrado em condenar era muito maior do que em absolver os profissionais envolvidos ou meramente compensar a vítima. A conduta médica praticada sem a diligência esperada não pode passar em branco. Mesmo diante da inexistência de provas indubitáveis quanto à ocorrência da responsabilidade civil, se mostra muito mais certa, social, moral e politicamente falando, a condenação do que a não condenação. Se a lei não respalda a situação, o Judiciário entende que deve garantir o seu desfecho adequado, de qualquer jeito; e nisto está a conexão entre o ativismo e a função punitiva.

4.4.2.2 Caso 2 – danos morais por má prestação de serviços hospitalares que ocasionaram óbito de menor

O segundo caso selecionado a partir da pesquisa realizada junto ao Tribunal de Justiça de Alagoas refere-se a pedido de indenização por danos morais provenientes de morte de menor após alegações de má prestações de serviços hospitalares e, muito embora seja mesmo hipótese contundente de existência de tais danos, a fundamentação para a condenação não se cingiu a constatar a real necessidade de reparação das vítimas do evento danoso, mas, ao contrário, destinou-se exclusivamente a condenar e repudiar a conduta da instituição hospitalar ré,

²³⁷ ALAGOAS. Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas. *Apelação Cível 2009.001.38826*, 5ª Câmara Cível. Rel. Des. Milton Fernandes de Souza. Publicado em 28/07/2009.

reconhecendo que a falha na prestação de serviço foi fundamental para agravar o abalo moral das vítimas do evento danoso, apesar de não ter sido a causa direta do dano, isto é, morte da paciente, *in verbis*:

De fato pela análise das provas coligadas nos autos, em especial os de fls. 8/9, vê-se que em 27/04/05 foi realizado o encaminhamento, com urgência, da menor para radioterapia, sendo igualmente esta a recomendação em 03/06/05, ambas prescritas pela oncologista pediátrica Suzana Marinho Lima, CRM-AL 3457, não obstante isso, e embora decorrido 48 (quarenta e oito) dias entre a primeira prescrição e a morte da paciente, não houve a realização do procedimento, nem os devidos esclarecimentos a respeito da não efetivação daquele tratamento, o que somente se elucidou com o testemunho do médico oncologista José Cavalcante Nunes (fls. 142/144), que teceu explicações técnicas a respeito da condição da paciente e da não indicação da terapêutica recomendada, em face do avançado estado da doença.

Nesse ponto a questão cinge-se à relação médico-paciente a qual deve ultrapassar o liame técnico, para envolver a relação estabelecida como um todo, de sorte que cabe ao profissional o dever de informar sobre todos os aspectos que envolve a doença e as terapêuticas possíveis, cuidado que deve ser observado, rigorosamente quando o tratamento é realizado por equipe multidisciplinar, afim de evitar que a recomendação de um profissional não invalide a do outro.

Em outras palavras, no caso dos autos, houve a prescrição da radioterapia que não se realizou, sendo que aos responsáveis pela paciente foi informado que o tratamento não poderia se realizar pela ausência de anestesista, o que fez com o genitor da menor, inclusive, registrasse reclamação na ouvidoria, quando em verdade, conforme informação técnica prestada pela testemunha da demandada, o tratamento já nem era recomendado, e nem assim prestou-se a devida informação sobre o fato de ser inservível aquele tratamento no caso da menor.

Ou seja, a forma como se conduziram as tratativas médicas, gerou expectativas que sequer se permitiu perseguir, tornando-se mais uma fonte de dúvidas e angústias, e impondo que os responsáveis pela paciente envidassem esforços na sua realização quanto ele já era despiciendo, e tudo com o conhecimento da parte demandada, como ficou registrado no depoimento da testemunha suprarreferida.

[...]

Assim, restando evidenciado a negativa médica ao tratamento prescrito, embora não tenha sido essa a causa da morte, evidente que houve falha quando se deixou de cumprir adequadamente o dever concernente a informação sobre os efeitos da terapêutica que se evitou realizar, contribuindo, assim, para os transtornos vivenciado pelos familiares da menor.

[...]

Ante o exposto, configurado o descuido quanto a falta de esclarecimento, entendo não merecer reforma a sentença quanto a configuração do abalo moral decorrente da falha na prestação do serviço.

Nessa ordem de ideias, registre-se, ainda, que, diferente do que aduz o Recorrente, não há óbice em reconhecer que o dano moral decorreu pela ausência de informação (e não por erro médico que teria causado a morte da paciente) posto o direito brasileiro adotar a teoria da substanciação, segundo a qual a exordial vincula os fatos nela descritos e não os fundamentos

aduzidos, competindo ao julgador realizar uma interpretação lógico-sistemática quando da apreciação do pedido²³⁸.

E, mais a frente, também se demonstra a decisão favorável à adoção da função punitiva dos danos morais quando se posiciona a respeito da fixação do *quantum* indenizatório, a saber: “Destarte, se de um lado não se deve fixar um valor a permitir o enriquecimento ilícito do autor, também não se pode aceitar um valor que não represente uma sanção efetiva ao réu”²³⁹.

Razão pela qual, mais uma vez, não resta outra, senão a inferência de que a função punitiva não só é uma realidade na prática forense atual, como também se mostra fruto de posturas judiciais que se demonstram cada vez mais impacientes com o descaso dos prestadores de serviço, sobretudo quando o assunto é saúde, como *in casu*. As condenações se ilustram como verdadeiras sanções. São gritos de basta, de discordância e de total descontentamento com as desídias e falta de respeito dos fornecedores em relação aos consumidores.

4.5 Ativismo judicial e função punitiva da responsabilidade civil em julgados da Região Centro-Oeste

Na pesquisa realizada na Região Centro-Oeste, de igual forma, muitos julgados consideraram configurada a responsabilidade civil a partir de convicções – proativas – que, apesar de respeitarem conceitos sociais, morais, políticos e econômicos, extrapolaram os limites legais. Os casos abaixo foram aqueles em que tal constatação ficou mais nítida, razão pela qual, passam a ser mais detidamente analisados.

4.5.1 Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso

4.5.1.1 Caso 1 – danos morais por atraso em entrega de unidades para habitação

No Tribunal de Justiça do Mato Grosso, assim como nos demais, muitas ações sobre má prestação de serviços de engenharia, mormente no que concerne ao pedido de indenizações por atraso na entrega de unidades para habitação, foram encontradas. Em quase todas elas, as condenações baseiam-se em reprovar os próprios atrasos, isto é, as condutas negligentes de

²³⁸ ALAGOAS. Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas. *Apelação Cível* 0000473-40.2011.8.02.0043, 3ª Câmara Cível. Rel. Des. Alcides Gusmão da Silva. Publicado em 26/02/2018.

²³⁹ ALAGOAS. Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas. *Apelação Cível* 0000473-40.2011.8.02.0043, 3ª Câmara Cível. Rel. Des. Alcides Gusmão da Silva. Publicado em 26/02/2018.

descumprimento de prazo contratual, bem assim em tentar coibir reiterações desse tipo, instaurando o temor de condenações altas e certas.

Em síntese, alegam os magistrados que o atraso injustificado e cada vez mais comum das construtoras em cumprir com o avençado gera quebra da expectativa da casa própria e, com isso, ocasionam o dever de indenizar. Há casos, inclusive, em que a ausência dos requisitos para a configuração da responsabilidade civil é tamanha que nem mesmo a indenização por danos materiais é concedida, mas, por pura reprovação e falta de paciência com a repetição desse tipo de reclamação, o dano moral é admitido, como no exemplo a seguir:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – ATRASO NA ENTREGA DO IMÓVEL – DANO MORAL DEVIDO – PREJUÍZOS MATERIAIS NÃO COMPROVADOS - VENDA ENGANOSA NÃO CONFIGURADA – DESCRIÇÃO DO IMÓVEL NO CONTRATO DE COMPRA E VENDA – JUROS DE OBRA – AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PAGAMENTO – RESTITUIÇÃO INDEVIDA - RECURSO PARCIAL PROVIDO. O descumprimento dos termos contratuais, que resultam no atraso injustificado na entrega do imóvel, ultrapassa o mero aborrecimento ou transtorno diário, porque atingem a esfera íntima do consumidor, sobretudo ao considerar que deflagrou situação de angústia quanto à expectativa de residir em “casa própria”. Não há que se falar em restituição de valores pagos a título de aluguéis decorrentes do atraso na entrega de imóvel, quando inexistente prova da aludida despesa. [...]²⁴⁰

Em alguns poucos casos, porém, os julgadores tentam ser um pouco mais técnicos e tecem referência ao direito à moradia digna como um possível bem da personalidade violado pelos tais atrasos, mas, quase sempre, sem nenhum respaldo probatório e, em alguns casos, ao longo da fundamentação deixam transparecer que a condenação se justifica muito mais pela falta de compromisso em cumprir o prazo do que pela quebra de expectativa, diga-se de passagem, de moradia digna violada, atribuindo a tal valor, no momento da quantificação, um caráter punitivo e sancionatório, *in verbis*:

No tocante aos danos morais, é evidente que o significativo adiamento - mais de um ano (contada a data inicial da entrega) - frustrou as expectativas, as metas e o ideal do Apelado, que esteve privado do direito social à moradia digna. A angústia, dissabor, insatisfação e decepção vivenciados violaram sua integridade emocional [...]

Desta forma, reconhecida a ocorrência dos danos morais, deve ser verificada a sua quantificação. Na reparação do dano moral há uma compensação ou

²⁴⁰ MATO GROSSO. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso. *Ap. Cível 91676/2017*, des. Guiomar Teodoro Borges, Quarta Câmara de Direito Privado, Julgado em 20/09/2017, publicado no DJE 22/09/2017.

satisfação moral ao ofendido e, paralelamente, a reprovação do ato do ofensor, de modo a desestimulá-lo a reincidir.²⁴¹

Outra vez, mesmo diante da impossibilidade legal em conceder caráter punitivo à responsabilidade civil no país, os magistrados agem para além da legalidade, já que frente a realidades que, por serem levadas à apreciação do judiciário, não podem e não devem – na visão ativista – ficar sem resposta adequada e consoante às expectativas sociais.

4.5.1.2 Caso 2 – ausência de danos morais por noivado rompido um ano antes do casamento

O segundo caso analisado e com decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso refere-se a pedido de indenização por danos morais de noiva que teve o noivado rompido um ano antes da data do matrimônio. Apesar de negado o pedido, a decisão torna-se interessante para análise justamente porque ilustra, também na improcedência do pedido, a tendência jurisprudencial em punir condutas moralmente inaceitáveis e não meramente em reparar danos efetivamente causados por condutas culposas, como exige a legislação.

Conforme se depreende do inteiro teor da decisão, o pedido de dano moral foi negado não porque inexistentes todos os requisitos da responsabilidade civil, mas, porque, em suma, a conduta de rompimento de noivado não seja passível de reprovabilidade nem moral, quiçá legal.

Segundo o julgado, o “desamor” não pode ser enquadrado como ato ilícito e, mesmo diante da existência de um dano, isso poderia ser valorado apenas materialmente e nunca de forma moral, justamente porque a causa que lhe dá origem é perfeitamente aceitável e comum. Não há no ordenamento jurídico nenhuma previsão de obrigação em cumprir a promessa de noivado, de vez que esse não se configura como negócio jurídico. Abaixo, trechos da fundamentação:

Não se pode condenar, sequer moralmente quanto mais juridicamente, aquela pessoa que, tendo deixado de amar ou mesmo nunca tendo amado o outro, de uma hora para outra decide que o melhor para si é deixar; não se pode sancionar a perda do afeto e o abandono sentimental. [...]
Terminar um noivado pela perda do afeto não constitui ato ilícito. Terminá-lo, por qualquer razão ou mesmo por nenhuma [...]²⁴²

O interessante, contudo, é que, em outros julgados, o desamor parece ser a justificativa de condenações muito semelhantes, todavia, não porque acompanhado de um dano emergente,

²⁴¹ MATO GROSSO. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso. *Ap. Cível n. 9169/2018*. 2ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des.: Maria Helena Póvoas. Publicado em 14/03/2018.

²⁴² MATO GROSSO. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso. *Ap. Cível 0002020-24.2013.8.11.0002*. Comarca de Várzea Grande. Rel. Des. Sebastião Barbosa Farias. Data da publicação: 20/03/2018.

pujante, efetivo e devidamente demonstrado, mas principalmente porque representante de conduta intolerável. Aí, nessa situação, fundamentações como quebra de expectativas, rompimento de sonhos e sentimentos ruins de abandono, humilhação e exclusão experimentados pela vítima se tornam mais do que necessários à suposição de um dano; para que, no fim de tudo, mesmo diante da ausência concreta de violação de interesses da personalidade (consequência – dano), a condenação ao dever de indenizar se imponha pelo simples fato de sua possível causa (conduta) ser completamente intolerável.

É o caso da já difundida decisão de relatoria da Ministra Nancy Andrighi²⁴³ em que um pai fora condenado arcar com o pagamento de danos morais por abandono afetivo de filha biológica que, ao longo dos autos, não conseguiu comprovar de maneira indubitável qualquer consequência ou violação de personalidade por conta de tal abandono. A mulher se tornara uma profissional digna, chefe de família, com excelentes relacionamentos conjugal e maternal, sem qualquer necessidade de acompanhamento psíquico ou coisas do gênero. Mesmo assim, por causa do choque e da falta de compreensão racional e social de sua conduta, qual seja, não exercer direito de visita, não desejar se relacionar com sangue de seu sangue, enfim, não conseguir amar como esperado em estereótipos sociais, foi o pai condenado a arcar com despesas indenizatórias.²⁴⁴ Neste caso, sim, o desamor ou a conduta social e moralmente reprovável – o ilícito per se e isoladamente – foi suficiente para arbitramento dos danos de cunho moral; mas, a mesma conduta em situação semelhante, independentemente das consequências geradas, por causa da valoração do senso comum não ser capaz de representar estranheza ou reprovação a alguém, foi suficiente para a não concessão desse direito.²⁴⁵ Afinal, o rompimento de noivado com uma certa antecedência mínima ao dia do casamento é algo relativamente comum, natural e, de certa forma, tolerável, esperado e suportável e, somente por isso, não necessita de intervenção proativa dos julgadores.

²⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1159242/SP*, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012.

²⁴⁴ Veja-se parte do voto: “Aqui, não obstante o desmazelo do pai em relação a sua filha, constado desde o forçado reconhecimento da paternidade — apesar da evidente presunção de sua paternidade —, passando pela ausência quase que completa de contato com a filha e coroado com o evidente descompasso de tratamento outorgado aos filhos posteriores, a recorrida logrou superar essas vicissitudes e crescer com razoável aprumo, a ponto de conseguir inserção profissional, constituir família, ter filhos, enfim, conduzir sua vida apesar da negligência paterna. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1159242/SP*, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012).

²⁴⁵ Sobre o assunto, vide: COSTA GOMES, Jordhana M^a de V.V.C. *Em busca do conceito de dano moral*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 2014. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/handle/1843/BUOS-9HLLCE>. Acesso em: 31 nov. 2019.

4.5.2 Tribunal de Justiça do Distrito Federal

4.5.2.1 Caso 1 – ausência de danos morais por insuficiência de informações sobre procedimento cirúrgico

A pesquisa realizada a partir da análise das decisões sobre danos morais proferidas no Distrito Federal revelou muitas semelhanças com as demais e demonstrou que, mesmo nos casos mais singulares que envolvem peculiaridade sobre situações não tão corriqueiras, o objetivo de inibir e sancionar condutas é bem maior do que o de reparar danos. E isso ocorre simplesmente porque tais condutas se revelam não só negligentes, imperitas ou imprudentes, mas também moral e eticamente repreensíveis.

No primeiro caso desta região, por exemplo, o pedido de danos morais se deu por um paciente e seus familiares em face de um médico e hospital que supostamente teriam deixado de prestar todas as informações sobre procedimento cirúrgico ao qual teria de se submeter o paciente requerente.

Tanto em primeira instância, quanto em segunda, com base na inexistência de comprovação de erro médico, os juízes do Tribunal de Justiça do Distrito Federal negaram procedência ao pedido de danos morais, não porque inexistente dano, mas simplesmente porque entenderam que a falta de informação alegada não constituiria um equívoco (leia-se conduta ilícita) pois, em qualquer situação, o paciente teria de ser operado, como, de fato, foi. Contudo, ao chegar no STJ, a decisão foi reformada para reconhecer que, muito embora a cirurgia fosse inegável e tecnicamente necessária, a omissão da informação sobre o tipo de anestesia ao qual o paciente seria submetido poderia, em outras circunstâncias, significar graves prejuízos ao paciente. Por isso, de maneira sucinta, mesmo diante de prova técnica negando a ocorrência de erro médico, fundamentou o relator do caso da seguinte forma:

O dano indenizável, neste caso, não é o dano físico, a piora nas condições físicas ou neurológicas dos pacientes. Todavia, este dano, embora não possa ser atribuído a falha técnica do médico – e que parece mesmo não ocorreu, conforme exsurge dos autos –, poderia ter sido evitado diante da informação sobre o risco de sua ocorrência, que permitiria que o paciente não se submetesse ao procedimento²⁴⁶.

Em outras palavras, mais uma vez, o caso nos mostra que, na formação do livre convencimento do magistrado, a conduta do sujeito opressor importa muito mais do que a

²⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resp. 1540580/DF*. Recurso Especial: 2015/0155174-9) Des. Rel: Min. Lázaro Guimarães (Des. Convocado do TRF 5ª Região. Data de publicação: 01/07/2015.

necessidade de reparação efetiva da vítima. E, não é demais e nem inoportuna (muito pelo contrário) a observação de que a relatoria do caso ficou a cargo de desembargador do Tribunal Regional Federal por impossibilidade de um dos ministros do STJ; fato que, no mínimo, enfatiza ainda mais a hipótese de que a tendência de punir conduta e não mais meramente reparar dano é generalizada e instaurada justamente porque a conduta dos magistrados tem se pautado muito mais pelo que entendem como justo do que pelas previsões legais em si.

4.5.2.2 Caso 2 – danos morais por óbito de animal de estimação após procedimentos veterinários negligentes

No Distrito Federal, um veterinário foi condenado a pagar R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a título de danos morais ao dono de um cachorro que morreu após procedimentos veterinários realizados com certa negligência. Nos exatos termos da decisão, que corrobora com decisão anterior de primeiro grau, o “sofrimento desnecessário do animal”, a “demora na comunicação ao dono do falecimento” e a “omissão em informar a causa da morte e os procedimentos adotados na tentativa de reabilitação” do bicho de estimação foram mais que suficientes à violação da personalidade de seu dono. Assim ditou a decisão:

O valor fixado por danos morais em R\$ 10.000,00 é compatível com a lesão, eis que foi constatada possível tratamento cruel ao animal de estimação, incompatível com o nível civilizatório atual. Vale transcrever um trecho da sentença:

“Assim, ficou demonstrado que o requerido não cumpriu corretamente com os ensinamentos da medicina-veterinária, pois o animal, ainda vivo, permaneceu por alguns dias com exposição óssea e necrose do tecido, fato demonstrado pelas fotos constante dos autos, em especial a inserida no ID 9251404. Além disto, a utilização de "arame galvanizado", próprio da construção civil, não deve ser utilizado no procedimento cirúrgico, o que demonstra a ausência de perícia no exercício de sua profissão. Devo destacar, ainda, que o requerido negligenciou ao deixar de ministrar medicação pós-operatória (anti-inflamatório e analgésico) e no dever de destinar manutenção aos curativos, circunstâncias que propiciaram a necrose. O mesmo pode ser dito em relação à cauterização com o uso de fogo, procedimento em desuso na medicina-veterinária”.

Considerando os fatos relatados nos autos que demonstram a possibilidade de ocorrência do crime de maus tratos a animais, e o disposto no art. 40 do CPP, determino a extração de cópia integral dos autos e remessa destas ao Douto Ministério Público do DF e ao Conselho Regional de Medicina Veterinária do DF para a adoção das providências que julgarem cabíveis²⁴⁷

²⁴⁷ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Recurso Inominado: 07023219020178070004*, Relator: JOÃO LUÍS FISCHER DIAS 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF, Data de Julgamento: 08/08/2018, Publicado: 17/08/2018.

Em verdade, tecnicamente falando, as fundamentações que entenderam como violações à personalidade do autor da ação nada mais são do que reconhecimento de condutas ilícitas, porquanto negligentes, imperitas e imprudentes e, nas palavras do próprio julgador, criminosas e tipificadas.

A violação de atributos da personalidade do autor e, portanto, a real necessidade de compensação disso, se comprovaria, de fato, com a demonstração de abalo psicológico verdadeiro após os acontecimentos, tais como crise de depressão, tratamento psicológico ou psiquiátrico etc. Mas, seguindo tendência já verificada, a necessidade de punir a conduta do veterinário supera qualquer análise concreta de existência de dano ou nexo causal, ainda que isso não tenha o menor respaldo legal. Afinal, não soa aceitável que um profissional desidioso reste impune, justamente porque tal negligência, além de não esperada, é também, inaceitável e intolerável. É crime. Requer ativismo. A esfera civil, extraordinária e estranhamente, pune antes ou acima de qualquer compensação.

4.6 Ativismo judicial e função punitiva da responsabilidade civil em julgados da Região Sudeste

Na pesquisa realizada na região sudeste, os julgados também se demonstram como frutos de posturas ativistas. Utilizam-se da função punitiva como fundamento, ainda que o dever legal de reparação ou compensação seja inexistente. Desejam punir porque descrentes das atividades fiscalizatórias, cansados das repetições e semelhanças das reclamações e intolerantes com as práticas reiteradas e desidiosas dos ofensores. Da mesma forma como nas seções anteriores, os casos abaixo foram aqueles em que tal constatação ficou mais nítida.

4.6.1 Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

4.6.1.1 Caso 1 – danos morais por contaminação de produtos alimentares

Desde o advento da Lei 8.078/90, os direitos dos consumidores são elevados à categoria de direitos que merecem maior atenção porquanto oriundos de legislação protetiva e adquiridos por sujeitos vulneráveis. Logo, com o passar do tempo e o amadurecimento da aplicação da legislação especial, várias tendências puderam ser detectadas na jurisprudência. Uma delas é completamente plausível, por estarem presentes os requisitos da responsabilidade civil; é a que estipula a condenação ao dever de indenizar por danos morais de empresas que, ao faltarem

com o dever de cuidado que lhes é esperado e exigido (ato ilícito), acabaram por colocar em circulação (nexo causal) no mercado produtos contendo animais de qualquer espécie, os quais, quando ingeridos pelos consumidores, causam a eles danos à saúde, à integridade física ou à vida de uma maneira geral (danos).

Neste diapasão, porém, e por tudo que até agora se expôs, não é de causar espanto o encontro de decisões que, muito embora sejam oriundas de processos em que existe a negligência e conseqüentemente a comercialização de produtos preenchidos por baratas, rãs, ratos, mechas de cabelo, pedaços de objetos cortantes, parafusos e pedaços de madeira e outros tantos “corpos estranhos” semelhantes, reconhecem o dever de indenizar mesmo quando não exista a ingestão de tais produtos, isto é, mesmo quando não se pode verificar a real consequência danosa de tal conduta negligente. Afinal, o que se busca demonstrar é justamente isso: a falta de adequação dos critérios práticos indenizatórios com os parâmetros técnicos adotados pela legislação e teoria pertinentes.

A título de exemplo, cita-se um julgado do Tribunal de Minas Gerais que determinou o dever de indenizar a uma empresa fornecedora de batatas fritas empacotadas depois que um menino de três anos encontrou uma barata no interior de um dos pacotinhos adquiridos ao fundamento de que a “situação ocasionaria em qualquer ser humano de sensibilidade razoável um sentimento de repugnância, insegurança e vulnerabilidade”²⁴⁸.

Em outro caso analisado²⁴⁹, de igual forma, a empresa fornecedora e uma fabricante de ovos de páscoa foram condenadas, solidariamente, a devolver o valor do produto e pagar danos morais a um consumidor que achou larvas – é bom frisar: achou, ou seja, abriu e não ingeriu nada do conteúdo do produto – de inseto em um ovo de chocolate, situação que demonstra, reiteradamente, a tendência em verificar apenas as causas (condutas), sem que suas respectivas consequências (danos) sejam também analisadas. É, pois, mais um exemplo indubitável do sistema de responsabilidade civil como exemplo de punição de condutas e não mais como forma de reparação de danos porque, como esperado, completamente inaceitável a desídia do produtor de produtos alimentícios, ainda que os requisitos necessários à configuração do dever de reparar sejam inexistentes.

²⁴⁸ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Ap. Cível 504896-2*, Relator: Desembargador Luciano Pinto. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Data de publicação 02/03/2005.

²⁴⁹ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Ap. Cível 1.0024.12.251759-2/001* – Relator: Des. Moacir Lobato. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Data da publicação: 24/03/2014.

Mais grave ainda²⁵⁰ é que, em sua fundamentação, a decisão reconheceu o dano como um dos elementos indispensáveis à configuração da responsabilidade civil, o atrelou ao cometimento da conduta ilícita e realizou verdadeira punição ao ofensor, em vez de reconhecer direito de compensação ao consumidor.

É, pois, mais um grito desesperado do Judiciário: “parem de tratar os consumidores de forma inadequada, parem de repetir e perpetuar as más e defeituosas prestações consumeristas pois, levadas ao pátio do Judiciário, serão, sim, de qualquer forma, sancionadas, porquanto totalmente inaceitáveis”. Nesse sentido ditou o referido acórdão:

No que concerne aos elementos acima mencionados, relativos ao dever de reparabilidade dos danos morais, o dano/prejuízo foi devidamente demonstrado nos autos, uma vez que a narrativa formulada pela autora/apelada quanto à existência de "larvas e seus ovos no chocolate" adquirido pela consumidora, bem como o fato de que o produto foi fabricado pela recorrente, são incontrovertidos.

[...]

Finalmente, quanto ao nexo de causalidade, verifica-se que em momento algum a ré/apelante faz prova de que inexistente a vinculação da mesma com a consumidora, visto que admite ser fabricante do produto alimentício adquirido e que, conforme narrado pela consumidora, revelou-se imprestável ao consumo.

[...]

No que tange ao dano moral, sua reparabilidade ou ressarcibilidade é pacífica na doutrina e na jurisprudência, mormente após o advento da CONSTITUIÇÃO FEDERAL de 05.10.88 (art. 5º, incisos V e X), estando hoje sumulada sob o nº 37, pelo STJ.

[...]

A quantificação do dano moral deve dar-se com prudente arbítrio, para que não haja enriquecimento à custa do empobrecimento alheio, mas também para que o valor não seja irrisório.

Também cabe ser destacado o fim pedagógico, objetivando-se evitar e desestimular a ocorrência de situações análogas.

4.6.1.2 Caso 2 – danos morais pela rescisão unilateral em contrato imobiliário

Ao julgar um pedido de recebimento de indenização por danos morais pela rescisão unilateral de contrato, o Tribunal de Minas Gerais deu procedência ao pedido pelo fato de a

²⁵⁰ Tamanha a impropriedade da fundamentação acerca da responsabilidade civil que há, inclusive, confusão quanto à forma de responsabilização: “Os danos morais foram, corretamente, determinados à ré, em razão da responsabilidade objetiva imposta pelo CDC, bem como a ausência de qualquer prova capaz de eximir a fabricante do citado dever decorrente das normas consumeristas”. Ora, mesmo na responsabilidade objetiva, o elemento dano é indispensável, enquanto a conduta culposa em si torna-se completamente irrelevante; não havendo, por consequência, qualquer razão ou acerto técnico em condenar por conta de reprovabilidade de atos da requerida como o fez.

conduta rescisória ser um tanto quanto reprovável. Fundamentou que tal conduta gerava frustração e quebra de expectativa e que, por assim ser, seria cabível o dever de indenizar:

A rescisão unilateral do contrato de compra e venda de imóvel pela promitente-vendedora, com fundamento em hipótese não prevista contratualmente, acarreta a legítima frustração do consumidor que adquiriu imóvel para sua moradia, ultrapassando a adversidade natural dos tempos modernos, notadamente diante das dificuldades, privações e comprometimentos financeiros que geram para o cidadão a aquisição de um imóvel.²⁵¹

Isto é, mesmo que nenhum prejuízo passível de reparação tenha sido demonstrado pela vítima autora da demanda, entendeu a Colenda Turma de julgadores que a conduta unilateral de rescisão seria mais do que suficiente para justificar o dever de indenizar, ainda que isso não se constituísse em ilícito propriamente dito. Afinal, “a aquisição de um apartamento novo, destinado à moradia, cria a legítima expectativa de nele ingressar na data contratualmente estipulada”. Logo, “o distrato frustra a expectativa de uso e propriedade do comprador, causando-lhe angústia, sofrimento, e, portanto, danos morais, danos esses subjetivos e presumidos”. É que, repita-se: “no caso em questão, não houve mero atraso na entrega da obra, mas sim rescisão do contrato por culpa da promitente-vendedora. [...] O consumidor viu frustradas, portanto, suas legítimas expectativas”.

Portanto, a partir de conduta proativa, o magistrado dá seu recado a quem interessar: o contrato é algo sagrado, faz lei entre as partes e não só o descumprimento gera dever de indenizar, mas sua rescisão também. Mesmo sendo direito regulamentado, a parte contratual que deseje unilateralmente terminar contrato, além das consequências nele previstas e na legislação respaldadas, será obrigada a indenizar pela conduta inaceitável e não simplesmente porque há prejuízo a ser reparado. Afinal, parafraseando, frustra legítimas expectativas da parte contrária.

Além disso, em grifos próprios, conclui a decisão no sentido que afirmamos nesta tese: “a fixação do quantum indenizatório a título de danos morais deve obedecer aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, observados o caráter pedagógico, punitivo e reparatório”.

²⁵¹ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Ap. Cível 1.0024.13.277750-9/001*; Des. Rel. Kildare Carvalho. 16ª Câmara Cível. Data de publicação: 26/10/2018.

4.6.2 Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

4.6.2.1 Caso 1 – danos morais por ausência de aviso sobre contemplação em sorteio de consórcio imobiliário

No primeiro caso, o autor celebrou contrato de consórcio com a ré para viabilização de compra de casa própria e, dentre outros pedidos, pugnou pela condenação da ré em danos morais porque não havia essa se desincumbido da obrigação de avisá-lo sobre contemplação em sorteio. Segundo os julgadores do caso, a falta de aviso sobre a contemplação antecipada do autor por meio de sorteio gera o dever de indenizar automático pelo fato de romper expectativa do direito de adquirir casa própria e, assim, deram provimento ao recurso, *in verbis*:

DANO MORAL - Justa expectativa do autor de adquirir uma casa própria frustrada - Dano moral presumido caracterizado - Indenização devida - Correção monetária a partir da publicação do Acórdão (Súmula 362) e juros de mora a partir da citação (art. 219, CPC). RECURSO PROVIDO²⁵².

Em resumo, condenaram ao dever de indenizar a ré pelo alto grau de reprovabilidade da conduta em não realizar a tal notificação e não pela existência de real responsabilidade civil. Presumiram dano para, enfim, punirem ato negligente. Mesmo inexistindo efetivamente o que reparar ou compensar, preferiram, por ativismo, a condenação. Afinal, uma falha dessas (não notificação) seria intolerável e corrobora má e reiterada prestação de serviço bancário. Tem culpa a instituição, então, ainda que em circunstâncias de responsabilidade objetiva (relação consumerista), em que a culpa é critério inexistente de verificação, a condenação ao pagamento de danos morais se justifica pelo grau de reprovabilidade da conduta, isto é, pelo cometimento do ilícito. Trata-se, pois, mais uma vez, de conduta ativista dos nossos tribunais.

4.6.2.2 Caso 2 – danos morais por má prestação de serviço de fornecimento de água por concessionária

No segundo caso extraído pela pesquisa jurisprudencial realizada a partir da análise das várias decisões nesse sentido do Tribunal do Estado de São Paulo, destaca-se mais uma situação de imputação objetiva da responsabilidade em que, mesmo diante da inexistência de provas

²⁵² SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Ap. Cível 991.03.040659-6*; Comarca: Indaiatuba. 23ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Sérgio Shimura. Data de publicação: 19/08/2011.

capazes de lastrear pretensão de recebimento de indenização por danos morais, foi dada a condenação pela valoração negativa da conduta realizada pelo suposto ofensor.

Trata-se de caso em que restou comprovada a má prestação de serviços por parte de concessionária cujo objeto de atividade era o fornecimento de água. Após suspeita de vazamento da rede adutora, o autor entrou em contato com a Secretaria de Defesa e Cidadania preocupado com o aparecimento de trincas e rachaduras em seu imóvel, as quais, mesmo depois do aviso, nunca desapareceram, ao contrário só aumentaram e se intensificaram sem que, jamais, houvesse esforços da ré para repará-las. Todas as tentativas de acordo extrajudicial foram frustradas.

Em primeira instância, além dos devidos danos materiais oriundos da má prestação, o autor também recebeu danos morais, o que, em segunda instância, foi confirmado e mantido. Os julgadores do caso entenderam que os danos morais deveriam ser concedidos pelo grau de ilicitude da conduta desidiosa e negligente da concessionária de serviços públicos, a saber:

A reprovável conduta perpetrada pelo requerido não encontra respaldo no ordenamento jurídico sob qualquer enfoque e, consoante entendimento do Juízo “a quo”, deve ser repellido pelo órgão jurisdicional a partir da fixação de indenização de natureza moral.²⁵³

Curiosamente, entretanto, o caso não demandava tecnicamente análise desse tipo de constatação. Afinal, trata-se de caso em que a responsabilidade civil aplicada à ré se faz de maneira objetiva, isto é, sem necessidade de demonstração de culpa. A conduta é, pois, irrelevante para a condenação em danos morais. Bastava somente a comprovação de real prejuízo para que o dever de reparar fosse realizado.

Nesse caso, mesmo não existindo hipótese de responsabilidade civil porque ausentes alguns de seus requisitos, houve condenação ao pagamento de danos morais com o intuito de punir a má prestação de serviços por parte da concessionária, cuja conduta, por certo, não só desagrada a todos, como também se torna mais do que intolerável em circunstâncias atuais. Pelo que, fundamentaram, de maneira ativista, os magistrados de segundo grau:

Outrossim, inegável que o abalo da estrutura do imóvel como um todo (fls. 284), com rachaduras e fissuras atingindo “as paredes de todos os cômodos” (fls. 283), que o obrigaram a ingressar com demanda após inúmeras tentativas de resolver extrajudicialmente a questão, acarretou imensa aflição, indignação e consequente abalo moral ao autor, cujo sofrimento só será minimizado pelo decurso do tempo.

²⁵³ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Ap. Cível 4000590-87.2013.8.26.0248*. Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Paulo Barcellos Gatti. Comarca: Indaiatuba. Data de publicação: 05/09/2018, p. 17.

Ainda assim, certamente o direito civil viabiliza a reparação pecuniária, já que o ato ilícito provocou violação aos direitos da personalidade e, conseqüentemente, à dignidade da pessoa do postulante, configurando dano moral *in re ipsa* (presumido).

[...]

A reprovável conduta perpetrada pelo requerido não encontra respaldo no ordenamento jurídico sob qualquer enfoque e, consoante entendimento do Juízo “a quo”, deve ser repelido pelo órgão jurisdicional a partir da fixação de indenização de natureza moral.²⁵⁴

Enfim, uma condenação sancionadora em sua essência e, de certa forma, discordante com a teoria tradicionalmente esposada. Afinal, a aplicação da responsabilidade objetiva requer, além do nexos, a comprovação efetiva e indubitável de um dano, não podendo, em outras palavras, se consubstanciar em meras presunções.

4.7 Ativismo judicial e função punitiva da responsabilidade civil em julgados da Região Sul

Na pesquisa realizada na Região Sul, também os julgados se fundamentavam de maneira ativista pela aplicação de função punitiva. Não simplesmente reconheciam direito à reparação ou condenação, mas, principalmente, puniam as condutas narradas pelas vítimas autoras. Além dos limites legais, sancionaram práticas intoleráveis ainda que não se subsumissem adequadamente a hipóteses de responsabilidade civil. Os casos abaixo foram aqueles em que tal constatação ficou mais nítida, razão pela qual passam a ser mais detidamente analisados a seguir.

4.7.1 Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

4.7.1.1 Caso 1 – danos morais após ataque de animal de estimação solto na rua

No Tribunal do Rio Grande do Sul, várias foram as decisões que versavam sobre a inscrição indevida de nomes de consumidores em listas restritivas ao crédito por parte de empresas de telefonia, instituições de educação e financeiras. Assim, para evitar repetição e, também com objetivo de demonstração da atual aplicação da função punitiva pela jurisprudência pátria como consequência de posturas ativistas dos magistrados, escolheu-se uma situação concreta em que a ocorrência do dano moral, embora enraizada à própria essência

²⁵⁴ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Ap. Cível 4000590-87.2013.8.26.0248*. Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Paulo Barcellos Gatti. Comarca: Indaiatuba. Data de publicação: 05/09/2018, p. 17.

do fato que lhe dera origem, jamais foi mencionada nos fundamentos decisórios, os quais deram procedência ao pedido autoral de condenação do réu em pagamento de danos morais, entre outros pleitos.

Trata-se, portanto, de pessoa que requer dano moral após sofrer ataque inesperado de cachorro bravo e negligentemente solto na rua. Com certeza, por conta do ataque, a integridade física da autora foi violada; razão pela qual, só por isso, deveria receber indenização por danos morais.

Acontece que, ao analisar os fatos e construir sua fundamentação, o desembargador relator em nenhum momento tratou dessas circunstâncias. É que o desejo em reprimir a conduta do dono do cachorro de não manter o tal animal sob devida custódia e, assim, deixar, desidiosamente, que outros fossem expostos desnecessariamente ao perigo, falou muito mais alto que qualquer observância técnica que deveria ter esposado em sua fundamentação decisória. Tanto é que, ao justificar a manutenção da sentença de primeiro grau quanto à condenação do réu ao pagamento de danos morais, limitou-se a dizer que a condenação em danos morais deveria servir para punir condutas ilícitas e também coibir reiteração de acontecimentos semelhantes, a saber:

A indenização pelo dano moral tem o condão de reparar o malefício causado à vítima e de infligir ao causador sanção e alerta para que não volte a repetir o ato. Basicamente são as duas metas a atingir. Na hipótese dos autos, vai introduzido pelas consequências negativas de ordem física e psíquica a que foi submetida a autora, ao ser agredida, inesperadamente, por um cão.²⁵⁵

Assim é que, mais uma vez, vê-se comprovada positivamente a hipótese definida nesta tese, qual seja, a de que a responsabilidade civil no Direito Brasileiro contemporâneo possui, prioritária e preponderantemente, função punitiva e isso se deve à proliferação de posturas ativistas dos magistrados.

A noção reparadora do dano, apesar de existente ainda, perdeu força e já não é a única que merece observância dos tribunais, os quais, a todo momento, querem deixar claro que o grau de reprovabilidade, o potencial ofensivo e a reiteração de condutas ilícitas devem assumir papel preponderante na análise e, dessa forma, ser sancionadas e não meramente amenizadas somente quando da ocorrência de prejuízos por meio de indenização pecuniária.

²⁵⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Ap. Cível 70004287371*. Décima Câmara Cível. Comarca de Origem: Pelotas. Tribunal de Justiça do RS. Relator: Paulo Antônio Kretzmann. Data da publicação: 05/06/2003.

Em resumo, a adoção da função punitiva se revela como consectário de comportamentos dos magistrados em realizar a prestação jurisdicional para além do ordenamento jurídico, com base em anseios sociais e temores nada imparciais.

4.7.1.2 Caso 2 – danos morais por cobranças indevidas e irregulares feitas por condomínio

No segundo caso extraído da pesquisa jurisprudencial realizada no Tribunal do Rio Grande do Sul, a noção da adoção cada vez maior e preponderante da ideia de função punitiva do dano moral resta, igualmente, demonstrada.

Mediante pedido de indenização de danos morais de uma condômina em face de condomínio edifício respectivo, mesmo diante da não comprovação da violação de direito de personalidade, o Tribunal preferiu presumir tal fato a deixar de condenar o ente despersonalizado com intuito latente de reprovar a conduta de realização de cobranças indevidas e irregulares por parte de seus representantes. Nesse sentido:

Embora não tenha sido comprovado o constrangimento da autora perante os demais condôminos e, não tendo sido referidas na inicial as cobranças mediante telefonema ao trabalho da autora, presume-se o dano moral em favor desta quanto à sua honra subjetiva, ou seja, naquilo que causa dor psíquica, sendo suficiente a própria cobrança indevida para causar preocupação a quem realmente não deve e que se sente injustiçado ante a imputação de um ato que não cometeu. Ressalte-se: no que é subjetivo, emoção, dor psíquica, autoestima, respeito próprio, vige a presunção e a reparação se impõe independente de qualquer prova, vez que a existência do dano é presumida, ao passo que na honra objetiva a ofensa é externa e o dano se dirige à reputação da pessoa perante terceiros, ao seu bom nome, ao abalo de seu crédito e outros aspectos correlatos.²⁵⁶

É, portanto, mais um exemplo claro e concreto de aplicação da função punitiva do instituto da responsabilidade civil, não pela adoção de argumentos favoráveis a isso, mas pela transparente vontade em sancionar, reprimir e dissuadir condutas ilícitas.

O Tribunal do Rio Grande do Sul, assim como todos os outros aqui analisados, fundamenta condenações ao dever de indenizar pela valoração negativa de condutas tidas como ilícitas e indevidas, isto é, na visão deles, merecedoras de punição, mesmo que legalmente aceitáveis.

²⁵⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível 70006494561*. 17ª Câmara Cível. Comarca de Origem: Porto Alegre. Rel. Des. Alexandre Mussoi Moreira. Data da publicação: 02/09/2003.

4.7.2 Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

4.7.2.1 Caso 1 – danos morais por atraso na entrega de produtos adquiridos on-line

Na pesquisa jurisprudencial realizada neste Tribunal, chama atenção a quantidade de julgados envolvendo pedidos de indenização por danos morais acarretados por atraso na entrega de produtos adquiridos pela internet.

Antes de analisar um caso específico, porém, parece muito pouco crível que direitos de personalidade possam ser violados pelo atraso na entrega de produtos adquiridos eletronicamente. Os prejuízos oriundos de tal evento são, em sua maioria, de cunho material, exceto em situações excepcionais e peculiares.

Contudo, como se quisessem responder a grande demanda que lhes é imposta, os magistrados agem no sentido de reprimir, sancionar e dissuadir a conduta que envolve o descumprimento do prazo estipulado para entrega dos produtos. Tanto é que as decisões se cingem às seguintes fundamentações:

RECURSO INOMINADO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ATRASO NA ENTREGA DE PRODUTO ADQUIRIDO PELA INTERNET. DANO MORAL CONFIGURADO. VALOR MANTIDO (R\$2.000,00). SENTENÇA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. Recurso conhecido e desprovido. Trata-se de ação de indenização por danos morais, em que alega o reclamante que adquiriu produtos esportivos da reclamada, pelo valor de R\$239,95, com entrega prevista para até o dia 14.12.2015. Ocorre que o produto somente foi entregue em 17.12.2015, acarretando prejuízos ao autor, visto que viajaria na data de 15/12/2015 e em decorrência do atraso, teve de adiar sua viagem. Sobreveio sentença julgando procedente o pedido inicial, condenando a reclamada ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$2.000,00 (evento 15.1). Inconformada, a reclamada interpôs recurso inominado, requerendo, em síntese a reforma da sentença monocrática, para que seja afastada a indenização por danos morais; sucessivamente, pela minoração do valor. No mérito, sem razão o recorrente. Isto porque, incontroverso que houve atraso na entrega do produto, que somente foi entregue ao consumidor 03 (três) dias após o prazo assinalado, o que torna devida a indenização por danos morais, conforme entendimento pacífico desta Corte. Assim, com relação ao valor da indenização, não merece alteração, pois o valor de R\$2.000,00 está fixado de acordo com o caso concreto. Ante o exposto, esta 1ª Turma Recursal resolve, por unanimidade dos votos, em relação ao recurso de SBF Comércio de Produtos Esportivos Ltda, julgar pelo (a) Com Resolução do Mérito - Não-Provido nos exatos termos do voto.²⁵⁷

²⁵⁷ PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Ap. Cível 0008927-64.2015.8.16.0112/0* - 1ª Turma Recursal - Marechal Cândido Rondon - Rel.: Fernanda De Quadros Jorgensen Geronasso. Data de publicação: 23/11/2016.

Ora, o que seria isso se não a extrapolação da própria legislação e a consequente penalização pelo ato que, em tese, lhe daria origem? Isso é tão arraigado neste Tribunal que a Turma Recursal de seu Juizado Cível publicou o seguinte Enunciado:

Enunciado n.º 81 -Turma Recursal TJPR - Compra pela internet – não entrega do produto: A demora ou a não entrega de produto adquirido pela internet acarreta, em regra, dano moral.²⁵⁸

4.7.2.2 Caso 2 – danos morais por bloqueio indevido de valores depositados em conta corrente

Ao analisar um pedido de condenação em danos morais por bloqueio indevido de valores depositados em conta corrente, o Tribunal de Justiça do Paraná, mais uma vez, demonstrou que, no caso concreto, a análise da gravidade do ilícito em si é o maior fundamento para a condenação.

No caso concreto em exame, um cliente teve sua conta bloqueada por dívida inadimplida. Acontece que mesmo depois de regularização do débito, a conta continuou bloqueada. A conduta de manter bloqueio indevido é claramente censurável e constitui ato ilícito por representar, no mínimo, negligência; entretanto, a consequência disso, para que regularmente pudesse haver responsabilização, deveria, minimamente também, representar violação de direito de personalidade; o que, após leitura do inteiro teor da decisão, não restou comprovado. Não houve, pois, nem alegação nesse sentido. A parte autora nem sequer mencionou efetivos prejuízos, tais como novas inadimplências com o bloqueio, restrição de crédito etc. Ela simplesmente restringiu-se a pedir danos morais; pelo que, ao condenar a postura negligente da instituição financeira, entendeu procedente o Tribunal do Paraná, fundamentando, de forma sucinta, o seguinte:

Embora inicialmente legítima a execução, não poderia a apelante ter nela prosseguido após a satisfação do crédito.

[...]

Tais fatos, certamente geraram danos de ordem moral ao apelado, eis que ficou impossibilitado de utilizar o numerário que se encontrava em sua conta corrente em virtude de um bloqueio indevido. Por restar configurada a prática

²⁵⁸ PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Enunciados das Turmas Recursais. 8. Direito do Consumidor. *Enunciado n.º 8.1-Compra pela internet – não entrega do produto: A demora ou a não entrega de produto adquirido pela internet acarreta, em regra, dano moral.* Disponível em: <https://tinyurl.com/ubjoy8h>. Acesso em: 5 dez. 2019.

de ato ilícito nas ações da apelante, o consequente abalo moral e o nexos causal, passa-se à análise do indenizatório *quantum*.²⁵⁹

4.8 Considerações sobre os casos analisados e conclusões sobre o ativismo judicial e a função punitiva da responsabilidade civil no Brasil

Mais uma vez, o que se nota é a atuação expansiva e exagerada dos magistrados em tentar suprir lacunas legislativas e inadequações técnicas. Sendo realidade, sobretudo porque inaceitáveis como a conduta acima descrita, não pode e não deve o Judiciário se manter inerte. A função punitiva da responsabilidade civil, portanto, se mostra, indubitavelmente, como exemplo concreto do fenômeno do ativismo judicial, já que reveladora da atitude dos magistrados em realizar a prestação jurisdicional com perfil aditivo ao ordenamento jurídico.

Em certa medida, é possível atribuir esse fenômeno a uma interpretação equivocada de decisões norte-americanas que, por conta da adoção da *Common Law*, têm uma perspectiva legislativa e jurídica muito diferente da brasileira. Lá, há campo para atuação ativa do judiciário, não pela cultura aos precedentes, mas pela abertura legislativa em admitir maior atuação judicial para além de mera interpretação e aplicação de lei. No Brasil, entretanto, o papel ativo dos magistrados tem extrapolado os limites impostos pela própria ordem constitucional e, grosso modo, representado verdades e não autorizadas mutações teóricas.²⁶⁰

Há quem diga, porém, como Inocêncio Mártires Coelho²⁶¹, que o ativismo judicial deve ser equiparado à criação judicial do Direito, algo normal e intrínseco ao sistema e que, por isso, teria de ser consequência inquestionável da atuação de todos os seus aplicadores. Por essa razão, outra inferência a que se poderia chegar seria a falta de importância do dano para aplicação real do instituto da responsabilidade civil em tempos atuais.

²⁵⁹ PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Ap. Cível 0033171-89.2017.8.16.0014*. 9ª Câmara Cível – PROJUDI. Rel. Des. Coimbra de Moura. Data de publicação 10/09/2018.

²⁶⁰ “A recepção dos *punitive damages* em um sistema de *civil law* como o brasileiro tem sido matéria de frequente controvérsia. Nosso modelo de responsabilidade civil tem fundamento na restituição. Sempre que se propõe um critério de reparação de dano que se afasta dessa noção e incorpora elementos externos de valoração do *quantum indenizatório* há risco de violação da proibição do enriquecimento sem causa. [...]” (ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. Notas sobre a teoria da responsabilidade civil sem dano. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 6, p. 89-104, jan./mar., 2016).

²⁶¹ Para Inocêncio Mártires Coelho, em seu artigo “Ativismo judicial ou criação judicial do direito”, a ideia de criação e de interpretação do direito não são conceitos contrapostos. Sem interpretação, não há aplicação de enunciados normativos (p. 475). A atividade criativa judicial seria inevitável (p. 478). Conclui Inocêncio Mártires Coelho: “A essa luz, portanto, o ativismo judicial, pelo menos na forma e com os argumentos emocionais que usualmente se utilizam para combatê-lo, não passa de uma expressão nova com a qual se pretende rebatizar, acriticamente, a velha criação judicial do direito. Nada mais do que isso.” (p. 498). (COELHO, Inocêncio Mártires. *Ativismo judicial ou criação judicial do direito?* In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (coord.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 475-498).

De fato, se se admite a ideia de precedentes judiciais, como o CPC/2015 sugere, após análise detida da jurisprudência atual, constata-se que o dano tem deixado de ser elemento imprescindível à concessão de indenização; que, em verdade, o grau de reprovabilidade da conduta tem sido muito mais do que parâmetro para a estipulação de *quantum* indenizatório. Tem, isso sim, se tornado requisito indispensável e quase que exclusivo para a condenação de pagamento por danos morais.

Por causa de todas as mazelas experimentadas pela sociedade atual, sejam sociais, políticas ou econômicas, bem como por conta de todas as complexidades tecnológicas, culturais e globais da atualidade, a extensão e infinidade que atingiram se tornou tamanha que sugerem uma repreensão urgente, definitiva e cabal de suas respectivas potencialidades, por meio de estipulação de punições que não só as sancionem, como também as coíbam, além de reprimirem eventuais reiteraões.

Dessa forma, estaria, sem dúvida alguma, a prática da responsabilidade civil em completa dissonância com sua teoria.

Os tribunais brasileiros, calcados em uma noção de ativismo judicial, têm, cada vez mais, atribuído função punitiva aos danos morais, ignorando, muitas vezes, não só o preceito da legalidade, como também a real necessidade de verificação concreta do elemento dano, tendo a angústia e os dissabores diante da inércia dos demais poderes ilustrado uma verdadeira falta de relevância disso frente às consequências de tais ineficiências experimentadas pela sociedade atual. Fato que, por outro lado, revela o alcance da ideia de ativismo também a temas de Direito Civil e não somente a questões constitucionais, administrativas e processuais como notória e comumente sabido.

O instituto dos *punitive damages*, de forma velada, tem servido de máscara para que indignações às consequências geradas pela falta de fiscalizações adequadas por autoridades competentes sejam, de certa forma, legitimadas e respondidas.²⁶²

Vê-se, em outras palavras, o Poder Judiciário colocado na berlinda como última tábua de salvação dos direitos civis, principalmente no que tange aos direitos consumeristas, considerados mais simples e hipossuficientes frente aos grandes conglomerados econômicos

²⁶² Pesquisa jurisprudencial bem abrangente e estudos sobre o tema revelam que os prestadores de serviço em geral, sobretudo os dos ramos bancário, telefônico, aviação civil, médico, construção civil e alguns serviços públicos – água, energia elétrica – por reiteradas e frequentes vezes têm realizado suas atividades de maneira desidiosa, desorganizada, irresponsável e abaixo das expectativas dos consumidores. Pelo que, percebe-se cada vez mais evidentes e comuns julgados que, de maneira camuflada, em vez de meramente compensar as respectivas vítimas, têm, verdadeira e efetivamente, punido tais prestadores de serviço, os ofensores respectivos, por meio de condenações ao pagamento de indenizações excessivas e muito acima do limite de compensação do dano que causaram. Sem contar as já tão comentadas pressuposições de danos, isto é, decisões que, de tão repetidas, já presumem a existência do prejuízo e prescindem de provas quanto a real ocorrência do dano.

prestadores de serviço atuais. Como já demonstrado, pelo menos no que tange à responsabilidade civil por danos morais, a atuação do Estado-juiz, além de não respeitar o preceito constitucional do livre convencimento motivado, também não tem, infraconstitucionalmente, observado os princípios da provocação e da correlação previstos no CPC/2015, artigos 2^o²⁶³ e 492²⁶⁴, respectivamente.

Ainda que, como toda a doutrina majoritária corrobora, o CPC/2015 tenha fomentado o sistema de precedentes no direito brasileiro, não o fez sob a perspectiva da *common law*, pois, aqui, diferentemente de lá, a *ratio decidendi* toma força para uniformização de entendimentos com o objetivo de diminuir decisões díspares em casos semelhantes, e não para a criação de regras e normas. Ainda hoje, cultua-se a limitação do poder estatal como fonte primária para segurança jurídica das relações.²⁶⁵

A disseminação cada vez mais frequente e forte, por exemplo, da ideia de danos *in re ipsa*, ou seja, presunção de danos, é um exemplo concreto e irrefutável do crescimento e intensificação da adoção de posturas proativas por parte dos julgadores; o que, em qualquer circunstância parece muito temerário. Como explica Elival da Silva Ramos, é o “exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento jurídico que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas e controvérsias jurídicas de natureza objetiva”²⁶⁶. Em resumo, o ativismo judicial se revela como um remédio perigoso e, segundo Luis Roberto Barroso²⁶⁷, seu uso indiscriminado, “em dose excessiva”, pode provocar morte; apesar de poderoso.

Em resumo, como lembrou Maira M. Miarelli, “conforme bem pontua Augusto Zimmermann, parece não ser suficiente dizer que alguns magistrados no Brasil ainda precisam aprender que viver em um Estado de Direito significa que ninguém, nem mesmo um juiz, tem o direito de ignorar os textos legais”²⁶⁸.

²⁶³ Art. 2º, O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei. (BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 9 nov. 2019).

²⁶⁴ Art. 492, *caput*. É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado. (BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 9 nov. 2019).

²⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*: justificativa do novo CPC. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

²⁶⁶ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial*: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 131.

²⁶⁷ BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Anuário ibero-americano de justiça constitucional*, Madri, n 13, p. 17-32, 2009. p. 19.

²⁶⁸ MIARELLI, Mayra M.; LIMA, Rogério M. *Ativismo judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2012.

Tanto é que, mesmo carecendo de respaldo legal, porquanto inexistente qualquer norma nesse sentido, seja civil ou constitucional, a função punitiva dos danos morais muitas vezes vem justificada a partir do preceito da dignidade humana²⁶⁹, o maior curinga argumentativo de que se tem notícia no ordenamento jurídico. Nos dizeres de João Baptista Villela²⁷⁰, “poucas expressões terão, ao mesmo tempo, tanta força no que dizem e tanta fatuidade no que escondem” como a expressão *dignidade da pessoa humana*.

E, justamente por ser a dignidade da pessoa humana uma cláusula geral de definição bastante vasta, que só toma forma e conteúdo perante as circunstâncias do caso concreto, incontestável sua utilização como fundamento para aplicação da função punitiva da responsabilidade civil como fruto direto do fenômeno do ativismo judicial nas relações privadas, porque, como bem lembra Lenio Streck, “os princípios gerais do Direito apenas adquirem um significado quando considerados em conjunto com o restante do sistema jurídico: daí a necessidade de se pressupô-lo como uma totalidade”²⁷¹.

Especificamente sobre o dano moral, ainda, tem-se que a invocação da dignidade humana como justificativa da aplicação de valores indenizatórios excessivos e, portanto, punitivos e dissuasivos, é ativismo judicial aplicado às relações privadas de maneira indubitável, pura e simples, porque constitui aplicação direta da Constituição a situações não expressamente referidas em qualquer texto legal.²⁷² Fator que, se analisado de forma mais profunda, traz à tona outra problemática, ou, melhor dizendo, tem como explicação uma outra situação problema, qual seja, a observação de que somente uma leitura civil constitucional²⁷³

²⁶⁹ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Indenização punitiva. *Revista da EMERJ*, v. 9, n. 36, p. 135-168, 2006. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista36/revista36_135.pdf. Acesso em: 18 nov. 2018.

²⁷⁰ VILLELA, João Baptista Villela. Variações populares sobre a dignidade da pessoa humana. In: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Doutrina – 20 anos*. Brasília: STJ, 2009. (edição comemorativa). Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/dout20anos/article/view/3445/3569>. Acesso em: 12 dez. 2019. p. 561.

²⁷¹ STRECK, Lenio. *Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

²⁷² Sobre o assunto verificar opinião favorável de JEREISSATI, Regis Gurgel do Amaral.; MENEZES, J. B. A indenização punitiva no direito brasileiro: requisitos e possibilidades a partir da metodologia do direito civil constitucional. *Prisma Jurídico*, v. 15, n. 2, p. 225-265, 2016. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/index.php?journal=prisma&page=article&op=view&path%5B%5D=7030>. Acesso em: 12 dez. 2019. p. 248.

²⁷³ Corrente surgida no Rio de Janeiro, mais especificamente na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), liderada pelos professores Gustavo Tepedino e Maria Celina Bodin de Moraes e outros. Os estudos e ideias dessa corrente encontram-se publicados em diversas obras, entre as quais destacam-se: (i) TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a desconsideração da personalidade jurídica. *Revista trimestral de direito civil: RTDC*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 30, p. 53-77, abr./jun., 2007.; (ii) TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *O código civil interpretado conforme a constituição da república*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. v. 1; (iii) TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. Sobre o surgimento dessa corrente, verificar mais detalhes em: 70 ANOS de história e memória (1935-2005).

da teoria da responsabilidade civil seria capaz de ensejar a aplicação dos *punitive damages* no país, porque somente uma visão dessa envergadura é capaz de aceitar os influxos gerados pelo ativismo judicial nas relações privadas, já que, é este, sem dúvida alguma, a legitimação para extração da máxima constitucional nas análises de eventos danosos.

É, portanto, a difusão do pensamento civil constitucional²⁷⁴ a principal força motriz para a intensificação das condutas ativistas que aqui se comprovam como evidências da adoção prática da função punitiva da responsabilidade civil. Para essa corrente civil constitucionalista, com base numa leitura à luz da CR/1988, com todo o seu aparato principiológico humano e social, os danos morais nada mais são do que danos à pessoa humana e, assim, completos representantes de desrespeito ao preceito da dignidade, sendo esta composta por cinco valores fundamentais: liberdade, igualdade, solidariedade, integridade física e integridade psicofísica.

De acordo com essa mentalidade, o dano moral seria classificado como dano à pessoa, já que é representante da transgressão ao princípio da dignidade humana. Seria, portanto, a tentativa de consolidação da chamada cláusula geral de proteção à pessoa oriunda do princípio da solidariedade. Segundo explica Moraes:

Ao optar por fazer decorrer o dano moral dos sentimentos de dor e humilhação, das sensações de constrangimento ou vexame, teve a jurisprudência acertada intuição acerca de sua real natureza jurídica. Normalmente, o que nos humilha, ofende, constrange, o que nos magoa profundamente, é justamente o que fere nossa dignidade. O dano moral tem como causa a injusta violação a uma situação jurídica subjetiva extrapatrimonial, protegida pelo ordenamento jurídico através da cláusula geral de tutela da personalidade que foi instituída e tem sua fonte na Constituição Federal, em particular e diretamente decorrente do princípio

Depoimento de Gustavo Tepedino. *UERJ Website*. Disponível em: <http://www.direitouerj.org.br/2005/fdir70/depGT.htm>. Acesso em: 28 nov. 2019.

²⁷⁴ Otávio Luiz Rodrigues Júnior tece inúmeras considerações sobre tal visão. Segundo ele, ela é um dos três principais problemas enfrentados pelo ramo do Direito Civil atualmente, juntamente com as alegações, cada vez mais difundidas, do fim da divisão entre Direito Público e Direito Privado e da utilização sem controles dos direitos fundamentais em relação aos particulares. O autor deixa claro, no entanto, que, para que se tenha uma compreensão adequada da expressão – direito civil constitucional, é preciso reduzir a poluição semântica do termo e, para tanto, se vale da terminologia do austríaco Wolfgang Stegmüller, aduzindo, em resumo, que a noção de constitucionalização do direito civil contemplaria assuntos do tipo: (i) elevação de normas ordinárias ao estatuto de normas constitucionais; (ii) a reforma legislativa para adequar a ordem civil a uma nova Constituição; (iii) a juridicização das normas constitucionais; (iv) a transformação das instituições e dos direitos ou a irradiação do Direito Constitucional, já que, por razões óbvias e triviais, até porque várias delas nunca foram negadas pelos civilistas ao longo dos séculos, (i) o controle de constitucionalidade; (ii) a dignidade humana como elemento nuclear do Direito Privado e não como curinga interpretativo e argumentativo; (iii) a (sobre)interpretação das normas ordinárias pelas normas constitucionais; (iv) a publicização, (v) a socialização e (vi) a interpretação progressista do Direito; bem assim, (vii) o uso de cláusulas gerais, não poderiam ser enquadradas pelo fenômeno da constitucionalização. Afinal, como bem demonstra em seu livro por meio de análise pormenorizada de diversos autores e documentos pertinentes ao tema, historicamente, nunca houve essa visão de um Direito Civil isolado da Constituição. (RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. *Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Forense, 2019).

(fundante) da dignidade da pessoa humana (também identificado com o princípio geral de respeito à dignidade humana).

Assim, no Brasil, é a ordem constitucional que está a proteger os indivíduos de qualquer ofensa (ou ameaça de ofensa) à sua personalidade. A ofensa tem como efeito o dano propriamente dito, que pode ser das mais variadas espécies, todas elas ensejadoras de repercussão sem qualquer conteúdo econômico imediato, reconduzíveis sempre a aspectos personalíssimos da pessoa humana — mas que não precisam classificar-se como direitos subjetivos — e que configuram, em *ultima ratio*, a sua dignidade.²⁷⁵

Em análise mais pormenorizada, o que essa corrente pretende é afirmar que a categoria de danos morais não passa de uma forma de nomear os prejuízos sofridos por alguém em esfera não patrimonial — por isso, Judith Martins-Costa²⁷⁶ se refere a eles como danos extrapatrimoniais. Mas, diferentemente da Teoria Negativa, em que a mera identificação do dano moral como dano não patrimonial já esgota o conceito do instituto, essa corrente alça o dano moral ao patamar de danos não patrimoniais que atingem o indivíduo como pessoa, isto é, como indivíduo totalmente resguardado pelo valor da dignidade humana. São, portanto, danos à pessoa, e não danos ao patrimônio.

Assim, segundo seus defensores, para que um dano moral seja identificado, ele não precisa estar necessariamente vinculado à violação de direito subjetivo da pessoa, pois basta haver lesão a uma situação jurídica subjetiva extrapatrimonial em que esteja envolvida a vítima para que ela seja merecedora da tutela reparatória do dano moral. Contudo, não serão todas as situações danosas que gerarão a obrigação de indenizar, mas somente aquelas graves o bastante para afetar a dignidade da pessoa humana em seus quatro aspectos elementares: igualdade, liberdade, solidariedade e integridade psicofísica. Corrobora com esse entendimento Moraes, afirmando que:

Constitui dano moral a lesão a qualquer dos aspectos componentes da dignidade humana – dignidade esta que se encontra fundada em quatro substratos e, portanto, corporificada no conjunto dos princípios da igualdade, da integridade psicofísica, da liberdade e da solidariedade.²⁷⁷

Ainda de acordo com a autora, a violação à situação jurídica subjetiva na qual se encontra a vítima pode ocorrer por ação ou omissão culposa ou, essencialmente, de risco. Por essa razão, a tutela da dignidade da pessoa humana deve ser desenvolvida da maneira mais

²⁷⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de Moraes. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 132-133.

²⁷⁶ MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. In: MARTINS-COSTA, Judith Martins. *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 419.

²⁷⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de Moraes. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 327.

ampla possível, mas, no caso de culpa levíssima, poderá o magistrado se utilizar da técnica da ponderação, com intuito de evitar exageros e incremento do processo de vitimização social.²⁷⁸

O problema dessa visão é o perigo iminente que se tem de banalizar o instituto da responsabilidade civil e, em contrapartida, colaborar para o desenvolvimento de um círculo vicioso²⁷⁹ em torno dele, isto é, do ajuizamento diário e indiscriminado de um sem-número de ações judiciais com pedidos reparatórios cujas sentenças não enfrentam o caso narrado com o devido rigor, concedendo indenizações discrepantes entre si e, em muitos casos, indevidas e descabidas.

O real significado da dignidade da pessoa humana é ainda controvertido no mundo jurídico, porque é bastante amplo e ilimitado. O resultado da aplicação desse princípio, sem a devida cautela e “boa hermenêutica”, pode ser temerário e um tanto quanto exagerado.

O fato é que, tendo a ordem jurídica como centro primordial a pessoa humana, dizer que determinado ato lesivo fere a dignidade do indivíduo é quase um lugar-comum entre os juristas, o que torna a aplicação desse preceito de certa forma abusiva e sem lastro. Caso se adote a noção de dano moral como lesão à dignidade, a consequência implicará cair em um terreno obscuro e cheio de armadilhas, porquanto ela serve de base de apoio para cometimentos de exageros.

Em suma, para esses defensores, serão consideradas como danos morais todas as situações que negarem a condição de pessoa, ou que, embora de maneira remota, pretendam ter a pessoa como objeto, e não como fim. Trata-se, em suma, de situações que violam a personalidade do indivíduo e que, quando concretizadas, atraem a obrigação de reparar por danos morais – e não necessariamente relacionadas à lesão de direitos personalíssimos propriamente ditos ou a sentimentos como tristeza, sofrimento, angústia ou aflição.²⁸⁰

A ideia é, portanto, desclassificar o dano moral como decorrente de meras alterações negativas do estado psicológico da pessoa e elevá-lo a algo além de uma simples lesão a direito de personalidade, pois, para os defensores da visão constitucionalizada do Direito Privado, “a tutela da dignidade humana da vítima tem que significar a mais ampla proteção da pessoa”²⁸¹.

Os danos morais seriam, dessa forma, verdadeiras e concretas representações de que a tutela da pessoa é o maior objetivo da ordem jurídica e, portanto, a partir de sua ocorrência,

²⁷⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de Moraes. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 189-327.

²⁷⁹ A praxe forense o denominou “indústria do dano moral”.

²⁸⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de Moraes. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 188.

²⁸¹ MORAES, Maria Celina Bodin de Moraes. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 327.

uma falta gravíssima merecedora de punição estaria sendo gerada. Compensar seria, pois, pouco, insatisfatório, insuficiente.

Sob a referida perspectiva, a jurisprudência pátria teria o dever de se adequar à teorização do Direito Civil constitucional por meio de postura ativista para fazer com que a reparação do dano voltado à pessoa humana fosse, de fato, efetiva, o que, em outras palavras, só seria possível por meio da aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas e pelo reconhecimento da insuficiência das normas de Direito Civil para tais indenizações, buscando na Constituição o suprimento obrigatório e adequado.

Consectário a isso, por meio do enunciado 379, da IV Jornada de Direito Civil – evento organizado anualmente pelo Conselho de Justiça Federal e que visa discutir temas importantes do Direito Civil por meio da análise e do estudo aprofundados das redações dos artigos que compõem o Código Civil brasileiro –, restou acertado que, não obstante a redação do art. 944, do CCB/2002, haveria, mesmo assim, possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil.²⁸²

No entanto, discorda-se dessa visão de maneira integral e veemente. Isso porque se entende que as soluções concernentes às relações privadas devem ser solucionadas pelo próprio direito privado. Não há e nunca haverá substituição das regras de Direito Privado pelas novas regras e diretrizes constitucionais.

Ao contrário da maioria dos autores que com referida ideia trabalham atualmente, não se corrobora com a concepção forçada da falência das normas privadas isoladamente consideradas. Simplesmente, acredita-se e defende-se que o Direito Civil deve servir como instrumento garantidor de eficácia para a ordem constitucional vigente no país, assim como todos os demais ramos do Direito.

Nas palavras de Fernando Rodrigues Martins:

A questão que se põe parte para elucidar que o direito privado – muito embora tenha expressiva dimensão na extrapatrimonialidade (pela redescoberta da pessoa humana e os direitos da personalidade) e patrimonialidade (no aporte de circulação de riquezas) -, compondo o sistema jurídico, deve, igualmente, prestar efetividade aos objetivos (finalidade e função) designados à República Federativa Brasileira pela Constituição Federal.²⁸³

²⁸² JORNADA DE DIREITO CIVIL, IV, 2005, Brasília. Enunciado 379. O art. 944, caput, do Código Civil não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2004. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/517>. Acesso em: 24 nov. 2019.

²⁸³ MARTINS, Fernando Rodrigues. Direito civil, ideologia e pobreza. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Etori; MARTINS, Fernando Rodrigues (coord.). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 22-50. p. 28.

Caso contrário, continua o autor, “o sistema opera em contradição e incoerência”²⁸⁴.

Indo mais além, ainda em 1975, o Professor Antônio Junqueira de Azevedo já explicava que o problema era mais grave do que uma simples ruína do sistema clássico do Direito Civil. Para ele:

Os próprios verdadeiros direitos subjetivos estão desaparecendo, por causa de um a má compreensão de sua função; mais e mais, se passa a ver, erroneamente, e m cada direito subjetivo, individualmente considerado, um a função social. Antigamente, em linha de princípio, u m direito subjetivo determinado era atribuído a alguém no interesse desse alguém e ficava entregue à sua vontade usá-lo ou não. Entendia-se que através dele, o seu titular procuraria ter as condições de vida que desejasse. O interesse social de dar a cada pessoa boas condições de vida usava do instituto jurídico do direito subjetivo, por entender que, através dele, cada um, por conta própria, utilizaria a prerrogativa pré-estabelecida na lei, segundo suas próprias conveniências. (Ah, belos tempos!).²⁸⁵

Em verdade, segundo o autor:

Hoje, está se perdendo esse sentido do direito subjetivo. A função social do direito subjetivo já não é dele genericamente considerado, e sim, estamos quase a ver a "função social" de cada determinado direito subjetivo. Já não é a propriedade, que tem função social, e sim, um a propriedade específica; ora, se for assim, e levando-se o raciocínio até o fim (ponto a que historicamente ainda não chegamos, mas para o qual tendemos), o proprietário, que deve usar a sua propriedade de acordo com a função social, quer dizer, que deve usar sua propriedade no interesse social, já não tem u m direito, tem é u m dever. Éle é alguém que cumpre um a função (é u m "funcionário"), e, não já, o "proprietário", o "dono" (Eu sou o dono!), com toda a conotação que essas palavras têm.²⁸⁶

Nesse mesmo prisma, Claus-Wilhelm Canaris, com apoio em Larenz, diz que a “prevenção de contradição de valores é a primeira função do sistema”; o que, para ele, nada mais significa do que “um indicativo de uma interpretação judicial do direito bem-sucedida, o de que a nova proposição jurídica – *in casu*, o Código Civil Brasileiro de 2002 – não entre em contradição com o sistema legal, mas antes se deixe incluir sem quebra no todo”²⁸⁷.

Assim, como bem aclarou Otávio Luiz Rodrigues Júnior:

²⁸⁴ MARTINS, Fernando Rodrigues. Direito civil, ideologia e pobreza. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (coord.). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 22-50. p. 29.

²⁸⁵ AZEVEDO, Antônio Junqueira. O Direito Civil tende a desaparecer? *Revistas USP*, 1975, p. 197-210. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/66760/69370>. Acesso em: 19 nov. 2019.

²⁸⁶ AZEVEDO, Antônio Junqueira. O Direito Civil tende a desaparecer? *Revistas USP*, 1975, p. 197-210. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/66760/69370>. Acesso em: 19 nov. 2019.

²⁸⁷ CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. Trad. A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 173.

O direito privado tem sua história, metodologia, seus princípios e suas funções no que se poderia chamar de “divisão do trabalho” entre as diversas províncias jurídicas. Não é adequado fazer o transplante desses elementos do direito público para o direito privado. O estatuto epistemológico do direito privado não se coaduna com essa transposição, porque desnecessária e imprópria. Na raiz de todos os problemas acima descritos, está essa distorção, que, a cada dia, com o silêncio de muitos civilistas, faz com que o direito privado assuma culpas históricas que não lhe pertencem e adote métodos e princípios que não coadunam com seus fins.²⁸⁸

É a utilização indiscriminada e sem coerência da ideia de dignidade humana e dos preceitos constitucionais como base e justificativa para tudo que retira do indivíduo, principal ator do Direito Privado, sua própria condição de protagonista. O Direito Privado, como bem lembrado por Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem²⁸⁹, tem seus mecanismos de equilíbrio e restabelecimento entre os particulares, não dependendo do direito público para tanto, mas, sim, valendo-se deste como esteio. Não há, pois, subordinação, mas coordenação, inclusive porque, como notório e evidente, o Direito Civil não poder ceder aos arbítrios e abusos individuais, mas, deve, como esperado, garantir estabilidade, equilíbrio e segurança da comutatividade às suas relações. Dessa maneira, não exclui a liberdade contratual ilimitada, mas garante sua função social nos limites da boa-fé. Não desrespeita a dignidade da pessoa humana, mas impõe o *pacta sunt servanda*.

O Direito Civil é, portanto, presumidamente constitucional e o fato de alguns de seus institutos também serem regulados pela carta magna não retira em nada sua importância. Aliás, pelo contrário, só enfatiza sua especificidade, deixando claro que ao diploma privado cabe a regulamentação e imposição de normas especiais e basilares sobre tais institutos. Razão pela qual, mais uma vez, se mostra inadequada a utilização do ativismo judicial como medida para a proteção de direitos e garantias fundamentais, porque não é o Estado-juiz que deve regular as relações privadas, impondo sanções ou limitando condutas, mas, sim, a autonomia privada de cada agente particular.

Logo, mesmo que alguns autores ainda insistam na defesa do ativismo judicial como algo legítimo à extração da máxima potencialidade das normas constitucionais, entende-se tais opiniões como completamente impróprias e desprovidas de tecnicidade.

²⁸⁸ RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luis. Estatuto epistemológico do direito civil contemporâneo na tradição de *civil law* em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. *O direito*, n. 143, II, p. 43-66, 2011. Disponível em: <http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/01/Estatuto-epistemol%C3%B3gico-do-Direito-civil-contempor%C3%A2neo-na-tradi%C3%A7%C3%A3o-de-civil-law-em-face-do-neoconstitucionalismo-e-dos-princ%C3%ADpios.pdf>. Acesso em: 5 dez. 2019. p. 64.

²⁸⁹ MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2012.

Afinal, a técnica privatista própria já demonstrou tal inadequação quando previu, positivamente, o caráter reparador e compensatório das indenizações. Há, dessa feita, enorme equívoco na postura ativista de inovação da dignidade da pessoa humana e outros valores constitucionais. Além do que, vale frisar a título conclusivo: a utilização da indenização punitiva representa grave desrespeito às regras constitucionais²⁹⁰ e infraconstitucionais²⁹¹.

E, para concluir de maneira indubitável que a demonstrada existência de função punitiva da responsabilidade civil no direito pátrio contemporâneo é, também, fruto do ativismo judicial e, bem assim, consequência de importações impróprias de preceitos e conceitos alienígenas, ressalta-se a falta de enfrentamento pelos julgados pesquisados acerca dos critérios para a correta adequação da indenização punitiva ao sistema pátrio, revelando, tão somente, opiniões sobre o grau de reprovabilidade e gravidade das condutas ofensivas.

Arrematando a hipótese, é possível, inclusive, apenas a título de complementação, citar algumas alternativas ao uso das indenizações punitivas de forma que, quanto mais se debruça sobre o assunto, mais perceptível é sua total falta de cabimento e tecnicidade.

Soa, em outras palavras, sempre muito forçosa a defesa da função punitiva da responsabilidade civil no sistema jurídico brasileiro contemporâneo, justamente porque, como demonstrado, são impossíveis nesse sistema decisões por convicção, sem base legal alguma como as posturas ativistas quase sempre dão origem.

É, portanto, lógica a inferência de que, além de todas as impropriedades técnicas citadas anteriormente, a aceitação da função punitiva da responsabilidade civil também fere, também, o preceito da segurança jurídica, já que porque fruto de condutas ativistas, se demonstram, por consequência, arbitrárias, já que não respaldadas pela legislação nacional, tampouco por teorias baseadas em elementos, princípios e requisitos objetivos.

Como já explicitado, o próprio Direito Civil é capaz de resolver essas questões, não necessitando, como quer forçosamente disseminar a prática forense, intervenções destoantes com os parâmetros da teoria de responsabilidade civil, com fulcro na suposta dependência de concreção dos direitos e garantias fundamentais e outras premissas constitucionais como a dignidade da pessoa humana, por exemplo.

²⁹⁰ Artigo 1, III e Artigo 5, V; X e XXXIX. (BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: 1988. [Atual. 18 fev. 2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 8 maio 2019).

²⁹¹ Artigo 389 e Artigo 944, CCB/2002. (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 9 nov. 2019).

O instituto da cláusula penal, a título de exemplificação, seria capaz de abordar tudo isso, sem que impropriedades tivessem de ser cometidas. Bastava a instrução adequada dos particulares quanto aos institutos do sistema privado para que os abusos cometidos na prática, mormente no que concerne às relações hipossuficientes, tais como as consumeristas, fossem minimizados e em grande parte até evitados²⁹².

A cláusula penal, também conhecida como pena convencional, é o pacto acessório pelo qual as partes de um contrato fixam, de antemão, o valor das perdas e danos que por acaso se verifiquem em consequência da inexecução culposa da obrigação.²⁹³ Segundo Clóvis Beviláqua, a “cláusula penal é um pacto acessório, em que se estipulam penas e multas, contra aquele que deixar de cumprir o ato ou fato, a que se obrigou, ou, apenas, o retardar”²⁹⁴.

Tito Fulgêncio, bem mais sucinto, a conceitua como “aquela em que se estabelece uma prestação para o caso de inexecução da obrigação”²⁹⁵. Já Orozimbo Nonato, um pouco mais completo, a define como “disposição contratual ou testamentária que faz pesar no devedor certa prestação quando for ele inadimplente ou moroso quanto à obrigação principal”²⁹⁶.

Caio Mário, por sua vez, diz que “a cláusula penal ou pena convencional – *stipulatio poenae* dos romanos – é uma cláusula acessória, em que se impõe sanção econômica, em dinheiro ou outro bem pecuniariamente estimável, contra a parte infringente de uma obrigação”²⁹⁷.

De todo modo e em qualquer modalidade – cláusula penal compensatória²⁹⁸ e cláusula penal moratória²⁹⁹ –, o pagamento da quantia jamais deixará de ter característica de pena, no

²⁹² Sobre isso, vide: LIMA, Daniel Hamilton Fernandes de. *Indenização punitiva e ativismo judicial*. Curitiba: CRV, 2018. p. 127-137.

²⁹³ Art. 408 - Incorre de pleno direito o devedor na cláusula penal, desde que, culposamente, deixe de cumprir a obrigação ou se constitua em mora. (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 9 nov. 2019).

²⁹⁴ BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Estácio de Sá, 1932. p. 54.

²⁹⁵ FULGÊNCIO, Tito. *Do direito das obrigações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 393.

²⁹⁶ NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 2. p. 305.

²⁹⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 2. p. 100.

²⁹⁸ Cláusula penal compensatória é aquela que estipula multa para a total inexecução contratual, ou seja, nas hipóteses de absoluto descumprimento da obrigação. Se se referir à totalidade da obrigação: hipótese de alternativa em benefício do credor, possuindo, portanto, características de indenização alternativa: Art. 410. - Quando se estipular a cláusula penal para o caso de total inadimplemento da obrigação, esta converter-se-á em alternativa a benefício do credor. (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 9 nov. 2019).

²⁹⁹ Cláusula penal moratória: será a multa exigida conjuntamente à obrigação principal não adimplida, com feição de indenização complementar. Referindo-se às hipóteses de mora ou inadimplemento de cláusula, pode-se exigir, ainda, o cumprimento da obrigação principal: Art. 411 - Quando se estipular a cláusula penal para o caso de mora, ou em segurança especial de outra cláusula determinada, terá o credor o arbítrio de exigir a satisfação da pena cominada, juntamente com o desempenho da obrigação principal. (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro

entanto. Em verdade, sua estipulação desestimula o inadimplemento de obrigações, bem como reduz o risco desse acontecimento, por consequência. Tendo sua eficácia postergada a momento posterior ao incumprimento da obrigação, é aplicada com verdadeiro caráter coercitivo. São, pois, reais imposições de sanção de caráter punitivo.

E, como bem lembrou Orlando Gomes³⁰⁰, com a cláusula penal, os problemas de subjetivismos e esvaziamentos normativos tão comentados acima inexistem. A máxima do *pacta sunt servanda*, mesmo diante de toda a releitura atual, por conta das funções sociais e os paradigmas de boa-fé, se encarrega de legitimar todo o contexto sancionatório. Afinal, pactos particulares têm força obrigatória entre os celebrantes e devem ser cumpridos quando devidamente comutativos. Assim, a cláusula penal permite que os próprios indivíduos estabeleçam seus ideais punitivos, resguardando a segurança jurídica das relações; o que, como já visto, não é possível com a aplicação das indenizações punitivas que, entre outras impropriedades, são, sempre, sujeitas à volatilidade de decisões ativistas e, portanto, várias vezes, incongruentes, atécnicas e desmedidas.

Contudo, a cláusula penal, por sua própria natureza, resolveria apenas as questões relativas à responsabilidade civil contratual, isto é, indenizações por danos morais oriundas de descumprimento contratual instaurado por meio de relações jurídicas formais, ficando, assim, a questão ainda vaga em relação aos fatos relacionados à responsabilidade extracontratual, oriundas dos acontecimentos cotidianos desprovidos de vínculos prévios.

Nesse diapasão, Fernanda Tartuce indica a mediação³⁰¹ como alternativa aos *punitive damages*. Segundo ela, o instituto seria bastante eficaz na tentativa de desestimular, reduzir e, de certa forma, coibir condutas não só ilícitas, mas também e por conseguinte repetitivas, *in verbis*:

No que tange à responsabilidade extracontratual, pode parecer, em um primeiro momento, que a mediação seja desinteressante por não haver perspectiva de futuro a ser preservada entre as partes por falta de vínculo entre os envolvidos no ilícito extracontratual. Todavia, outros objetivos devem ser também considerados.

Enquanto técnica que procura resgatar a responsabilidade das partes, proporcionar a elas partes, logo após a ocorrência do fato causador de prejuízos a chance de se comunicar e avençar sobre como minimizar os efeitos danosos é de salutar ocorrência.

de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 9 nov. 2019).

³⁰⁰ GOMES, Orlando. *Obrigações*. 8. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1994. p. 38.

³⁰¹ Sobre isso, novamente verificar: LIMA, Daniel Hamilton Fernandes de. *Indenização punitiva e ativismo judicial*. Curitiba: CRV, 2018. p. 127-137.

A mediação se revela interessante para a vítima, para o ofensor e para a sociedade por demonstrar que a paz e o equilíbrio podem ser alcançados de forma mais branda do que pelos percalços trilhados na longa via jurisdicional. Eis um exemplo interessante de acidente de trânsito em que a mediação foi realizada com proveito: Gesilei atravessava a rua quando foi atropelado por Zelito. Reconhecendo-se culpado e consternado, este se propôs imediatamente a ajudar a vítima no que pudesse. Após levá-lo ao hospital, passou a buscá-lo todos os dias em casa para levá-lo a sessões de fisioterapia. Um mês depois, como Gesilei pediu-lhe ajuda financeira (já que, autônomo, precisou parar de trabalhar), Zelito se afastou e parou de colaborar. Com a mediação, ambos puderam se comunicar novamente e combinar uma forma adequada de reparação: Zelito voltou a levar Gesilei às sessões de fisioterapia e também o levou à autarquia previdenciária, ajudando-o na entrada no pedido de benefício até que pudesse ajudá-lo financeiramente.

Por fim, deve-se considerar que a mediação pode ajudar a corrigir distorções verificadas nas demandas apresentadas em juízo. Algumas vezes as partes deixam de estabelecer uma saída consensual em virtude de interpretações equivocadas sobre direitos e perspectivas, como no caso de demandas de reparação por danos morais em que a parte (e/ou seu advogado) crê no alcance de cifras altíssimas.

Em casos de “negativação” do nome nos serviços de proteção ao crédito, um pedido de verbas elevadas dificilmente será deferido pelo magistrado. O mediador poderá comunicar-se com a parte e, valendo-se da confidencialidade, obter dados sobre interesses, necessidades e expectativas propondo reflexão sobre a realidade e as possibilidades concretas de sucesso de suas pretensões.

Percebe-se, assim, ser importante a atuação do mediador para que a responsabilidade civil opere de forma ampla e eficiente na reparação dos danos perpetrados à vítima, cuja ocorrência, por afetar o equilíbrio social, deve ser minimizada (ou preferencialmente anulada) da forma mais rápida e eficaz possível.³⁰²

Em verdade, ao mediar, o Estado não só estará agindo legalmente, isto é, tecnicamente, como também, consciente e beneficentemente (ativismo), já que mediar é sinônimo de promoção da solução consensual dos conflitos, como previu o artigo 3º, § 2º, CPC/2015³⁰³ e faz com que as partes envolvidas em um evento danoso deixem de ser enxergar como adversárias e comecem a se ver, sim, como protagonistas na condução e resolução de seus conflitos, propiciando não só aprendizado contínuo, como também evitando o sentir amargo e finalístico da imposição de uma indenização punitiva³⁰⁴.

Sem contar, por fim, que se entende, com todas as vênias devidas a opiniões contrárias, que a alternativa mais eficaz à essa questão da existência imprópria dos *punitive damages* no

³⁰² TARTUCE, Fernanda. *Mediação de conflitos por responsabilidade civil*. Disponível em: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/mediacao-em-conflitos-sobre-responsabilidade-civil-por-fernanda-tartuce>. Acesso em: 27 nov. 2019.

³⁰³ Art. 3º § 2º - O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. (BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 9 nov. 2019).

³⁰⁴ LIMA, Daniel Hamilton Fernandes de. *Indenização punitiva e ativismo judicial*. Curitiba: CRV, 2018. p. 127-137.

cenário jurídico brasileiro atual seria resolvida por meio de uma conduta fiscalizatória mais efetiva das autoridades competentes que, em vez de apenas figurarem formalmente, devem desenvolver políticas, campanhas pedagógicas e mutirões fiscalizatórios a respeito dos bens e valores que tutelam. Assim, inúmeros desrespeitos, bem como suas reiteraões, seriam abrandados.

O Poder Judiciário não pode e não deve dar conta de tudo. A ele, deveria restar a solução imparcial de conflitos realmente inevitáveis e não consciente e, pasmem, apesar da contradição, desidiosamente ocorridos.

CONCLUSÕES

Partindo da comprovação de que a função punitiva da responsabilidade civil é realidade – prática – do sistema jurídico brasileiro contemporâneo, buscou-se, após as devidas explicações sobre o instituto, demonstrar as impropriedades e reais motivações dessa adoção. De fato, como restou indubitável, a presença da função punitiva da responsabilidade civil no sistema jurídico brasileiro não se explica apenas pela importação de ideias do sistema jurídico dos EUA, mas depende também da força do ativismo judicial entre nós.

Em pesquisa jurisprudencial, além da constatação da presença da função punitiva da responsabilidade civil no sistema jurídico brasileiro, restou evidente que isso não era respaldado por nenhuma técnica jurídica adequada.

Os tribunais pátrios se utilizam dos *punitive damages* de forma rasa e completamente aleatória. Em vez de analisarem a presença incontestável ou ao menos bastante evidente dos elementos da responsabilidade civil no caso concreto, divagam sobre o grau de reprovabilidade da conduta ilícita para, ao final, quase sempre, condenarem com base nisso e não pela real configuração do instituto por meio da constatação do nexo causal entre a conduta ofensiva e dano efetivo. Na maioria das vezes, sob a proteção do que pacificaram como danos presumidos, nem se dão ao trabalho de relacionar a extensão do prejuízo com o montante indenizatório estipulado.

Valores indenizatórios excessivos e decisões repetitivas e genéricas sobre assuntos que pretensamente parecem semelhantes são, pois, realidade fática na conjuntura jurídica do Brasil. As peculiaridades do caso concreto são ignoradas: a ilicitude da conduta já é suficiente para qualquer condenação ao pagamento de indenizações.

Não obstante, tradicionalmente o que se depreende dos estudos sobre o assunto são posturas igualmente simplistas: não é necessário criticar a adoção da função punitiva, porque, diante da realidade dos conteúdos das ações indenizatórias atuais, é suficiente a conclusão de que a sociedade brasileira contemporânea passa por transformações, é fruto de complexidades tecnológicas e sociais cada vez maiores; por ser indubitável a dissonância da legislação, sobretudo no que tange às previsões sobre pagamento de danos morais, com todo esse fenômeno transformador presente nesta era. É, pois, muito mais fácil se apoiar em preceitos estrangeiros e adaptá-los forçosa e atecnicamente à realidade do que buscar soluções internas. Repita-se: o pressuposto é a insuficiência da ideia de compensação ou reparação amplamente difundida, constitucionalizada e repetida pela teoria da responsabilidade civil brasileira.

A teoria norte-americana dos *punitive damages*, de fato, em uma primeira análise, parece resolver essas questões, já que, além de permitir a abrangência das situações danosas, outrora realidades impensáveis e inesperadas, também permite prevenção e educação pelo exemplo. É, portanto, forma de controle de condutas.

Quando analisada pormenorizadamente, no entanto, a função punitiva da responsabilidade civil, principalmente nas indenizações por danos morais, não consegue guarida legislativa e se revela completamente imprópria ao sistema jurídico atual. Representa, em resumo, inconstitucionalidades indubitáveis, vez que dá vazão a violações aos preceitos da segurança jurídica, do livre convencimento motivado e à proibição do enriquecimento sem causa. Além de ser ilegal, por conta da redação do art. 927, do CCB/2002.

O contexto de direito positivo em que se está inserido não permite a adoção da função punitiva no sistema jurídico brasileiro, pelo menos não perante o aparato legislativo a que se submete. O estado-juiz, valendo-se de razões e de motivações diversificadas, não pode impor medidas decisórias sem a expressa previsão legal. Isso é arbitrariedade e contraria toda a técnica privada.

Logo, não é a má importação de teorias que justifica a existência da função punitiva da responsabilidade civil hodiernamente, mas as consequências primordiais e secundárias que ela traz em seu bojo. As ideias de reprimir, precaver e dissuadir são constantes dos fundamentos decisórios. O estado-juiz, munindo-se desses argumentos, impõe, a partir das condenações indenizatórias, verdadeiras sanções privadas. É, pois, proativo e inovador. Faz o que entende por certo, independentemente de respaldo legal. Demonstra insatisfação, repudia e pune o que há muito já se considera insuportável e desmedido.

É, dessa maneira, o fenômeno do ativismo judicial de raiz neoconstitucional o responsável pela existência da indenização por danos morais com caráter dos *punitive damages* no Brasil contemporâneo.

A indenização punitiva por danos morais, em última análise, se apresenta como proposta de saneamento de todos os problemas enfrentados pela sociedade atual, ilustrados não só pelos defeitos graves das prestações de serviço, mas também e sobretudo às suas reiteraões e intensificações. Sem contar o temor do magistrado em ser ele ou algum amigo ou familiar a próxima vítima daquela situação repudiável, justamente por ser ela tão comum e não fiscalizada pelas autoridades competentes.

O ativismo judicial, ou seja, essa postura proativa e protagonista dos magistrados de fazer o que entendem por certo e não o que meramente dispõe a legislação ilustra a descrença diante das demais autoridades. É, de certa forma, uma denúncia velada ao descaso a que os

consumidores e cidadãos de uma maneira geral estão submetidos e à falta de confiança que parece existir nos demais Poderes constitucionais da ordem democrática.

E, como pano de fundo de tudo isso, averiguou-se a presença do neoconstitucionalismo como força motriz. A postura proativa, ativista e de protagonismo dos magistrados é lastreada pela noção equivocada e sem as adequadas delimitações técnicas da ideia de dignidade humana.

Como um coringa, o preceito constitucional de dignidade humana tem servido para justificar essa falta de paciência e descrença demonstradas pelo Poder Judiciário em suas decisões acerca dos danos morais. A afirmação de que o Direito Civil é constitucionalizado se confunde com a minoração de seus institutos e técnicas.

É, em outras palavras, expansão injustificada da possibilidade injusta e impensável de intervenção pública em relações privadas. É a diminuição do ramo do direito que deve dar conta delas; o que, certamente, mais uma vez, deve ser, a qualquer custo, rechaçado e anulado. Mais uma vez, não se pode confundir as ideias, porque toda disposição civilista deve ser constitucional, mas nem toda previsão constitucional se volta para a seara privada ou civil.

Contudo, isso não é tão clarividente assim. Tanto é que doutrinas relevantes, sérias e respeitáveis defendem tais noções. Os danos punitivos recebem defensores a todo instante. Mas, muito mais do que impróprios e inadequados tecnicamente falando, eles são frutos de arbitrariedades e extrapolações. Já existem, na ordem jurídica, institutos capazes de dissuadir, prevenir e, de certa forma, reprovar condutas ilícitas, mas, tais institutos, por conta da própria natureza jurídica que possuem, não são tão difundidos assim e, portanto, não teriam a repercussão e eficácia que a aplicação de função punitiva à responsabilidade civil provoca.

Pelo que, conclui-se, com segurança, que o fenômeno do ativismo judicial, fruto de pensamentos neoconstitucionais e pós positivistas, é o grande responsável pela comprovada (e incorreta) existência da função punitiva da responsabilidade civil. E, como tal, deve ser coibido, já que expressa atecnias incontornáveis, mesmo que sob a pretensa aparência de realização da axiologia constitucional. Afinal, é de extrema importância para uma sociedade democrática a manutenção das bases de seu Direito Civil invioladas.

REFERÊNCIAS

Livros, artigos e notícias

70 ANOS de história e memória (1935-2005). Depoimento de Gustavo Tepedino. *UERJ Website*. Disponível em: <http://www.direitouerj.org.br/2005/fdir70/depGT.htm>. Acesso em: 28 nov. 2019.

ABRAHAM, Kenneth S. *The liability century, insurance and tort law form the progressive era to 9/11*. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. Notas sobre a teoria da responsabilidade civil sem dano. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 6, p. 89-104, jan./mar., 2016.

ALMEIDA, Luiz Cláudio Carvalho de. A repetição do indébito em dobro no caso de cobrança indevida de dívida oriunda de relação de consumo como hipótese de aplicação dos *punitive damages* no Direito Brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 54, p. 161-172, 2005.

AMERICAN Tort Reform Association (ATRA). *ATRA Website*. Disponível em: <http://www.atra.org>. Acesso em: 18 nov. 2019.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano moral e indenização punitiva: os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. Indenização punitiva. *Revista da EMERJ*, v. 9, n. 36, p. 135-168, 2006. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista36/revista36_135.pdf. Acesso em: 18 nov. 2018.

ANDRADE, Lucas Campos de. Caráter pedagógico do dano moral. In: SOUZA, Adriano Stanley Rocha (coord.). *O dano moral como enriquecimento sem causa ou tutela de direitos de personalidade*. Belo Horizonte: Conhecimento, 2017. p. 114-121.

ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. O Direito Civil tende a desaparecer? *Revistas USP*, 1975, p. 197-210. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/66760/69370>. Acesso em: 19 nov. 2019.

AZEVEDO, Renan Santos de. A inaplicabilidade dos *punitive damages* no ordenamento jurídico brasileiro e uma análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais e do Superior Tribunal de Justiça acerca do instituto. In: SOUZA, Adriano Stanley Rocha; GODINHO, Jéssica Rodrigues (org.). *Reflexões acadêmicas: o dano moral como subterfúgio para o enriquecimento sem causa*. Curitiba: Appris, 2018. p. 17-29.

BARBOSA, Leon Victor de Queiroz. *Ativismo judicial e federalismo fiscal: o comportamento do Supremo Tribunal Federal*. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Anuário ibero-americano de justiça constitucional*, Madri, n 13, p. 17-32, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>. Acesso em: 5 dez. 2020.

BARROSO, Luis Roberto. Retrospectiva 2008 – judicialização, ativismo e legitimidade democrática. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, n. 18, abril/maio/junho 2009. Disponível em: www.direitodoestado.com.br/rede.asp. Acesso em: 14 nov. 2018.

BECK, Ulrich: *La sociedad del riesgo global*. Madrid: Siglo XXI de España Editores, 2002.

BENACCHIO, Marcelo. A função punitiva da responsabilidade civil no Código Civil. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (coord.). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 641-668.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código civil dos estados unidos do brasil comentado*. 12. ed. Rio de Janeiro: F. Alves, 1959. v. 1.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Estácio de Sá, 1932.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: 1988. [Atual. 18 fev. 2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 8 maio 2019.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 9 nov. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 9 nov. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). *Diário Oficial da União*, 7 jul. 2015. Disponível em: [planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm). Acesso em: 11 dez. 2019.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. [Código de Defesa do Consumidor]. *Diário Oficial da União*, 12 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 10 dez. 2019.

BRONDANI, Flavia Brettas. *O ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal como forma de concreção dos direitos coletivos*. Dissertação (Mestrado em Direitos coletivos e cidadania) – Universidade de Ribeirão Preto, Ribeirão Preto, 2016.

CAMPINHO, Heitor Carvalho. *Ativismo judicial e mandado de segurança: uma análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito de Campos dos Goytacazes, 2004.

CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. Trad. A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 2.

COELHO, Inocêncio Mártires. Ativismo judicial ou criação judicial do direito? In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (coord.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 475-498.

CORREA, Joel Rodrigues. *Ativismo judicial e a justiça do trabalho no contexto da sociedade da informação*. Dissertação (Mestrado em Direito da Sociedade da Informação) – Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas, São Paulo, 2012.

COSTA GOMES, Jordhana M^a de V.V.C. *Em busca do conceito de dano moral*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 2014. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/handle/1843/BUOS-9HLLCE>. Acesso em: 31 nov. 2019.

CRUZ, Luis M. *Estudios sobre el neoconstitucionalismo*. México: Porrúa, 2006.

DANTAS, David Ribeiro. *Dirigismo constitucional e ativismo judicial: um estudo sobre o papel do poder judiciário na concretização de direitos sociais*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2006.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. rev., atual e amp. de acordo com o Código Civil de 2002, por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. v. 7.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. [Constituição (1787)]. *Constituição dos Estados Unidos da América de 1787*. [tradução para o português]. Disponível em: <http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/ConstituicaoEUAREcDidaPESSOALJNETO.pdf>. Acesso em: 1º nov. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Estado da Califórnia. *Código Civil da Califórnia, de 1872*. Disponível em: https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codes_displayText.xhtml?lawCode=CIV&division=4.&title=2.&part=1.&chapter=1.&article=3. Acesso em: 1º nov. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Estado de Illinois. *Illinois Code of Civil Procedure*. Disponível em: <http://www.ilga.gov/legislation/ilcs/ilcs5.asp?ActID=2017&ChapterID=56>. Acesso em: 12 dez. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Estado de Nova Iorque. *New York Consolidated Laws, Civil Practice Law and Rules*. CVP § 1411. Damages recoverable when contributory negligence or assumption of risk is established. Disponível em: <https://codes.findlaw.com/ny/civil-practice-law-and-rules/cvp-sect-1411.html>. Acesso em: 18 nov. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *BMW of North America, Inc. v. Gore*. N. 64-896, 20 maio 1996. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/517/559/case.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *State Farm Mutual Automobile Insurance CO. v. Campbell et al.* N. 01-1289, 7 abr. 2003. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/538/408/case.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2019.

FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo Código. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Porto Alegre, v. 76, n. 1, p. 17-63, jan./mar. 2010.

FACHIN, Tiago. *Ativismo judicial processual: iniciativa do juiz na formulação dos argumentos e na produção da prova em cotejo com o princípio do contraditório*. Perspectivas brasileira e europeia. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade do Vale do Itajaí, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Curso de direito civil 3: responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FAUSTINO, Michel. TJ mantém decisão que obriga advogada a indenizar em R\$ 70 mil juiz federal. *Campo Grande News*, 8 jul. 2016. Disponível em: <https://www.campograndenews.com.br/cidades/tj-mantem-decisao-que-obriga-advogada-a-indenizar-em-rs-70-mil-juiz-federal>. Acesso em: 17 out 2019.

FERNANDES, Ricardo Vieira Carvalho. Ativismo judicial: por uma delimitação conceitual à brasileira. *Direitos culturais*, Santo Ângelo, v. 7, n. 12, p. 249-268, jan./jun. 2012. Disponível em: <http://srvapp2s.santoangelo.uri.br/seer/index.php/direitosculturais/article/view/389>. Acesso em: 17 dez. 2019.

FIGUEROA, Alfonso García. *Criaturas de la moralidad: una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*. Madrid: Trotta, 2009.

- FINE, Toni M. *Introdução ao sistema jurídico anglo-americano*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- FIÚZA, César. *Direito civil: curso completo*. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- FRANÇA, Rubens Limongi. *Enciclopédia saraiva de direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 65.
- FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. Brasília: Senado Federal, 2003. 2 v. (Coleção história do direito brasileiro. Direito Civil; 1. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496206>. Acesso em: 5 dez. 2019.
- FULGÊNCIO, Tito. *Do direito das obrigações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- GABRIEL, Ruan de Sousa. “A Constituição brasileira só não traz a pessoa amada em três dias”, diz Barroso. *Época*, 28 jul. 2018. Disponível em: <https://epoca.globo.com/a-constituicao-brasileira-so-nao-traz-pessoa-amada-em-tres-dias-diz-barroso-22929649>. Acesso em: 17 dez. 2019.
- GAGLIANO, Pablo Stolzen; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 2.
- GARNER, Bryan A.; BLACK, Henry Campbell (ed.). *Black’s Law dictionary*. St. Paul: West, 2004.
- GOMES, Orlando. *Obrigações*. 8. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1994.
- GOMES, Orlando. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- GROVES, John R. (ed.). *Extracontractual damages – torts and insurance practice section*. Chicago: American Bar Association, 1983.
- HAMMESFAHR, Robert W.; NUGENT, Lori S. *Punitive damages – a state by state guide to law and practice*. New Jersey: West, 2011.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade pressuposta: evolução de fundamentos e de paradigmas da responsabilidade civil na contemporaneidade. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (coord.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas – Estudos em homenagem ao professor Ricardo Lira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 797-826.
- JEREISSATI, Regis Gurgel do Amaral.; MENEZES, J. B. A indenização punitiva no direito brasileiro: requisitos e possibilidades a partir da metodologia do direito civil constitucional. *Prisma Jurídico*, v. 15, n. 2, p. 225-265, 2016. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/index.php?journal=prisma&page=article&op=view&path%5B%5D=7030>. Acesso em: 12 dez. 2019.
- JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1999.

JORNADA DE DIREITO CIVIL, IV, 2005, Brasília. Enunciado 379. O art. 944, caput, do Código Civil não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2004. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/517>. Acesso em: 24 nov. 2019.

JOSSERAND, Louis. L'évolution de la responsabilité. In: *Évolutions et Actualités*, conférences de droit civil. Paris: Sirey, 1936.

KMIEC, Keenan. "Origin and current meanings of 'judicial activism'". *California Law Review*, v. 92, n. 5, p. 1442-1477, out. 2004.

LEITE, Evandro Gueiros. *Ativismo Judicial*. BDJur: Brasília, 5 mai. 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Dou10anos/article/view/3457/3580>. Acesso em 30 abr. 2019.

LEITE, Rafael Batista. *A função punitiva do dano moral*. Brasília: UniCEUB, 2010.

LEVMORE, Saul; SHARKEY, Catherine M. *Foundations of tort law*. New York: Foundation Press, 2009.

LEVY, Daniel de Andrade. *Responsabilidade civil: de um direito dos danos a um direito das condutas lesivas*. São Paulo: Atlas, 2012.

LIMA, Daniel Hamilton Fernandes de. *Indenização punitiva e ativismo judicial*. Curitiba: CRV, 2018.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2005. v. 5.

LOPEZ, Teresa Ancona. Principais linhas da responsabilidade civil do direito brasileiro contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, v. 101, p. 111-152, 2006.

LOUZADA, Flávio. Punitive Damages: O “puxão de orelha” educativo que faltava ao causador do dano. *Projeção, Direito e Sociedade*, v. 8, n. 1, p. 91-102, 2017. Disponível em: <http://revista.faculdadeprojecao.edu.br/index.php/Projecao2/article/view/807>. Acesso em: 12 dez. 2019.

MAIA, Clarissa Fonseca. *O ativismo judicial no âmbito da justiça eleitoral*. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Universidade de Fortaleza, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2012. 239 p.

MARTINS, Fernando Rodrigues. Direito civil, ideologia e pobreza. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Etori; MARTINS, Fernando Rodrigues (coord.). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 22-50.

MARTINS-COSTA, Judith Martins. Os danos à pessoa no direito brasileiro e a natureza da sua reparação. In: COSTA, Judith Martins. *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e abusos da função punitiva (*punitive damages* e o Direito brasileiro). *Revista CEJ*, Brasília: CEJ, v. 9, n. 28, p. 15-32, 2005. Disponível em: <https://revistacej.cjf.jus.br/revcej/article/view/643>. Acesso em: 12 dez. 2019.

MIARELLI, Mayra M.; LIMA, Rogério M. *Ativismo judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2012.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962. t. 22. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/search.htm?query=direito&Botao=Enviar&maxResults=10000&Search=>. Acesso em: 3 out. 2018.

MONTEIRO, Juliano Ralo. Ativismo judicial: um caminho para concreção dos direitos fundamentais. In: AMARAL JÚNIOR, José Levi Melo do (coord.). *Estado de Direito e ativismo judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 157-176.

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

MORAES, Maria Celina Bodin de. A responsabilidade e a reparação civil. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 805-831.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Punitive damages em sistemas civilistas: problemas e perspectivas. *Revista trimestral de direito civil*, Rio de Janeiro, v. 18, p. 45-78, abr./jun. 2004.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Neoconstitucionalismo e teoria da interpretação. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro *et al.* (org.). *Hermenêutica constitucional: homenagem aos 22 anos do grupo de estudos Maria Garcia*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 215-232.

NALINI, José Renato. *A rebelião da toga*. 3. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2005.

NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Instituições de direito civil*. São Paulo: RT, 2015. v. 2.

NONATO, Orozimbo. *Curso de obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 2.

PARGENDLER, Mariana. Os danos morais e os *punitive damages* no direito norte-americano: caminhos e desvios na jurisprudência brasileira. In: PASCHOAL, Janaina Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (coord.). *Livro Homenagem a Miguel Reale Júnior*. Rio de Janeiro: GZ, 2014. p. 413-428.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 12. ed. atual. Gustavo Tepedino. Forense: Rio de Janeiro, 2018.

- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 2.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2012.
- PHILLIPS, Jerry J. *et al. Tort law: cases, materials, problems*. New Jersey: LexisNexis, 2006.
- PICO I JUNOY, Juan. El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado. In: AROCA, Juan M. (org.). *Proceso e ideología*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. p. 121-122.
- PLANIOL, Marcelo. *Traité élémentaire de Droit civil conforme au programme officiel des facultés de Droit*. 4. ed. Paris: LGDJ, 1907. t. 2.
- POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou representação? Política, direito e democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.
- PROSSER, William L.; WADE, John W.; SCHWARTZ, Victor E. *Cases and materials on torts*. New York: Foundation Press, 2010.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- RAMOS, Glauco Gumerato. Ativismo e garantismo no processo civil: apresentação do debate. *MPMG Jurídico*, n. 18, p. 8-15, 2009. Disponível em: https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/474/Ativismo%20e%20garantismo_Ramos.pdf?sequence=3. Acesso em: 5 dez. 2019.
- REALE, Miguel. *Instituições de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992. v. 3.
- REIS, Clayton. *Avaliação do dano moral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- REIS, Clayton. *Dano moral*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- RIBEIRO, Isabela Lessa de Azevedo Pinto. *Ativismo Judicial: o papel dos juízes num paradigma constitucionalmente adequado*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2008.
- RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. *Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Forense, 2019.
- RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Estatuto epistemológico do direito civil contemporâneo na tradição de *civil law* em face do neoconstitucionalismo e dos princípios. *O direito*, n. 143, II, p. 43-66, 2011. Disponível em: <http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/01/Estatuto-epistemol%C3%B3gico-do-Direito-civil-contempor%C3%A2neo-na-tradi%C3%A7%C3%A3o-de-civil-law-em-face-do-neoconstitucionalismo-e-dos-princ%C3%ADpios.pdf>. Acesso em: 5 dez. 2019.
- RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. São Paulo Saraiva, 1989. v. 4.
- ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ROSENVOLD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2015.

SANTOS JUNIOR, Adalmo Oliveira dos. A indenização punitiva em danos patrimoniais: a viabilidade jurídica da aplicação dos punitive damages norte-americano no direito brasileiro. *Revista de direito privado*, v. 6, n. 30, p. 9-48, abr./jun. 2007.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

SILA, Américo Luís Martins da. *O dano moral e a sua reparação civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Alexandro Garrido. Neoconstitucionalismo, pós-positivismo e democracia: aproximações e tensões conceituais. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. (org.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 93-128.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

SILVA, Wilson Melo da. *Da responsabilidade civil automobilística*. São Paulo: Saraiva, 1975.

SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

SINTEZ, Cyril. *La sanction préventive en droit de la responsabilité civile : contribution à la theorie de l'interprétation et de la mise en effet des normes*. Paris: Dalloz, 2011.

SPENSER, Stuart M.; KRAUSE, Charles F.; GANS, Alfred W. *The american law of torts*. St. Paul: West, 2009. v. 2A.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

STRECK, Lenio. *Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação de conflitos por responsabilidade civil*. Disponível em: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/mediacao-em-conflitos-sobre-responsabilidade-civil-por-fernanda-tartuce>. Acesso em: 27 nov. 2019.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 2.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 37-58, jan./jun., 2012. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/23966/22722>. Acesso em: 5 dez. 2019.

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a desconsideração da personalidade jurídica. *Revista trimestral de direito civil: RTDC*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 30, p. 53-77, abr./jun., 2007.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *O código civil interpretado conforme a constituição da república*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. v. 1.

THE GUIDE to american law, v. 8. New York: West Publishing Company, 1984.

THIBIERGE, Catherine. Libre propos sur l'évolution du droit de la responsabilité vers un élargissement de la fonction de la responsabilité. *Revue trimestrielle de droit civil*, Paris, n. 3, p. 561-584, jul./set. 1999.

VALE, André Rufino do. *Estrutura das normas de direitos fundamentais: repensando a distinção entre regras, princípios e valores*. São Paulo: Saraiva, 2009. (Série IDP)

VALLE, Vanice Regina Lírio (org.). *Ativismo judicial e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial do STF*. Curitiba: Juruá, 2009.

VELLOSO, Andrei Pitten. A tributação de danos extrapatrimoniais. *Jornal Carta Forense*, 2 maio 2008. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/a-tributacao-das-indenizacoes-por-danos-extrapatrimoniais/1450>. Acesso em: 26 nov. 2019.

VIANNA, Luís Werneck *et al.* *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VILLELA, João Baptista Villela. Variações populares sobre a dignidade da pessoa humana. In: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Doutrina – 20 anos*. Brasília: STJ, 2009. (edição comemorativa). Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/dout20anos/article/view/3445/3569>. Acesso em: 12 dez. 2019.

WHITE, Edward. *Tort law in America*. New York: Oxford University Press, 1985.

XEREZ, Rafael Marcílio. *Dimensões da concretização dos direitos fundamentais: teoria, método, fato e arte*. Tese (Doutorado em Direito) – Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, 2012. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/15282/1/TeseDoutoradoRafaelXerez.pdf>. Acesso em: 10 out. 2019.

Julgados

ALAGOAS. Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas. *Ap. Cível* 0000473-40.2011.8.02.0043, 3ª Câmara Cível. Rel. Des. Alcides Gusmão da Silva. Publicado em 26/02/2018.

ALAGOAS. Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas. *Ap. Cível* 2009.001.38826, 5ª Câmara Cível. Rel. Des. Milton Fernandes de Souza. Publicado em 28/07/2009.

BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. *Ap. Cível 0549663-81.2016.8.05.0001* Trânsito em julgado: 13 dez. 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/t66ax8j>. Acesso em: 15 dez. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no AREsp 862868/CE*. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial: 2016/0031713-7. Relator: Ministro Moura Ribeiro. Órgão Julgador: T3 – Terceira Turma. Data do Julgamento: 16/06/2016. Data da Publicação/Fonte: DJe 23/06/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no Ag 850273/BA*. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 2006/0262377-1 Relator Ministro Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP) (8185) Órgão Julgador T4 - Quarta Turma. Data do julgamento: 03/08/2010. Data da publicação/fonte; DJe 24/08/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AREsp 305316/SP*. Agravo Regimental no Agravo ao Recurso Especial: 2013/0055253-0. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Órgão Julgador: T3 – Terceira Turma. Data do Julgamento: 14/05/2013. Data da Publicação/Fonte: DJe 10/06/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AREsp 46590/SP*. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial: 2011/0206082-4. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Órgão Julgador: T3 – Terceira Turma. Data do Julgamento: 18/10/2011. Data da Publicação/Fonte: DJe 07/11/2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AREsp 467193/RJ*. Agravo Regimental No Agravo Em Recurso Especial: 2014/0016316-6. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Órgão Julgador: T3 – Terceira Turma. Data do Julgamento: 18/03/2014. Data da Publicação/Fonte: DJe 28/03/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no AREsp 595676/MG*. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. 2014/0259309-9. Relator: Ministro Marco Buzzi. Órgão Julgador: T4 - Quarta Turma. Data do Julgamento: 09/06/2015. Data da Publicação/Fonte: DJe 15/06/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp 1241655/SC*. Agravo Regimental no Recurso Especial: 2011/0046980-9. Relator: Ministro Og Fernandes. Órgão Julgador: T2 – Segunda Turma. Data do Julgamento: 13/09/2016. Data da Publicação/Fonte: DJe 20/09/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp 1373969/RS*. Agravo Regimental no Recurso Especial: 2013/0100228-4. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Órgão Julgador: T3 – Terceira Turma. Data do Julgamento: 28/05/2013. Data da Publicação/Fonte: DJe 19/06/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp 1428488/SC*. Agravo Regimental no Recurso Especial: 2014/0002196-1. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Órgão Julgador: T3 – Terceira Turma. Data do Julgamento: 27/05/2014. Data da Publicação/Fonte: DJe 11/06/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp 704224/MG*. Agravo Regimental no Recurso Especial 2004/0160065-5. Relatora: Ministra Nancy Andrichi. Órgão Julgador T3 – Terceira Turma. Data do Julgamento: 05/03/2009. Data da Publicação/Fonte: DJe 20/03/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AI 1379761/SP*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. STJ. Data de publicação: 30/03/2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 00269407/RJ*. Recurso Especial 2000/0076221-0. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Órgão Julgador: T4 – Quarta Turma. Data do Julgamento: 28/11/2000. Data da Publicação/Fonte: DJ 19/03/2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1020936/ES*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. STJ. Data da publicação: 22/02/2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1021578/SP*. Rel. Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 16/12/2008, DJe 18/06/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1022103/RN*. Rel. Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 17/04/2008, DJe 16/05/2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1087487/MA*. Rel. Min. Sidnei Beneti. Data da publicação: 04/08/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1120971/RJ*. Rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 28/02/2012, DJe 20/06/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1159242/SP*, Rel. Min. Nancy Andrichi, 3ª Turma, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1171428/RS*. Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 24/02/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1171826/RS* Recurso Especial 2009/0230259-2. Rel. Min. Nancy Andrichi. Órgão Julgador: T3 - Terceira Turma. Data do Julgamento: 17/05/2011. Data da Publicação/Fonte: DJe 27/05/2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1300187/MS*. Rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 17/05/2012, DJe 28/05/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1303014/RS*. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Data de Julgamento: 18/12/2014. Quarta Turma. Data de Publicação: 26/05/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1440721/GO* Recurso Especial 2014/0050110-0. Rel. Ministra Maria Isabel Galotti. Órgão Julgador: T4 – Quarta Turma. Data do Julgamento: 11/10/2016. Data da Publicação/Fonte: DJe 11/11/2016. RT vol. 976 p. 489.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1559264/RJ*. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Segunda Seção, julgado em 08/02/2017, DJe 15/02/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 162545/RJ*. Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 05/06/2001, DJ 27/08/2001, p. 326.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1660168/RJ*. Rel. Ministra Nancy Andrichi, Rel. p/ Acórdão Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 08/05/2018, DJe 05/06/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1679465/SP*. Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 13/03/2018, DJe 19/03/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1680714/ES* Recurso Especial: 2017/0137091-6. Rel. Min. Herman Benjamin. Órgão Julgador: T2 – Segunda Turma. Data do Julgamento: 21/09/2017. Data da Publicação/Fonte: DJe 09/10/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1737412/SE* Recurso Especial 2017/0067071-8. Rel. Ministra Nancy Andrighi. Órgão Julgador: T3 - Terceira Turma. Data do Julgamento: 05/02/2019. Data da Publicação/Fonte: DJe 08/02/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 210101/PR* Recurso Especial 1999/0031519-7. Rel. Min. Carlos Fernando Mathias (juiz federal convocado do TRF 1ª Região), Quarta Turma, julgado em 20/11/2008, DJe 09/12/2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 243093/RJ*. Recurso Especial: 1999/0118316-2. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Órgão Julgador: T4 – Quarta Turma. Data do Julgamento: 14/03/2000. Data da Publicação/Fonte: DJ 18/09/2000 p. 135.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 299532/SP* Recurso Especial 2001/0003427-6 Rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador Convocado Do Tj/Ap). STJ. Data de publicação: 23/11/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 401358/PB* Recurso Especial: 2001/0169166-0. Rel. Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF 1ª região). Órgão Julgador: Quarta Turma. Data do Julgamento: 05/03/2009. Data da Publicação/Fonte: DJe 16/03/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 447431/MG* Recurso Especial 2002/0085231-8. Voto-vista Ministro Carlos Alberto Menezes. Rel. Min. Ari Pargendler, Segunda Seção, julgado em 28/03/2007, DJ 16/08/2007, p. 285.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 565924/RS*. Rel. Min. Jorge Scartezzini, Quarta Turma, julgado em 21/10/2004, DJ 17/12/2004, p. 561.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 608918/RS*. Rel. Min. José Delgado. STJ. Data da publicação: 21/06/2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 631204/RS* Recurso Especial 2004/0023234-8) Rel. Min. Castro Filho. STJ. Data de publicação: 23/11/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 650791/RJ* Recurso Especial 2004/0051054-8. Rel. Min. Castro Meira. Órgão Julgador: T2 - Segunda Turma. Data do julgamento 06/04/2006. Data da publicação/Fonte DJ 20/04/2006 p. 139.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 656375/RJ*. Recurso Especial: 2004/0059895-7. Rel. Min. José Delgado. Órgão Julgador. T1 – Primeira Turma. Data do Julgamento: 09/03/2006. Data da Publicação/Fonte: DJ 27/03/2006 p. 170.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 687709/MG*. Rel. Min. João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 25/03/2008, DJe 05/05/2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 763531/RJ*. Rel. Min. Carlos Fernando Mathias (juiz federal convocado do TRF 1ª Região), Segunda Turma, julgado em 25/03/2008, DJe 15/04/2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 799989/PR*. Rel. Min. João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 26/08/2008, DJe 08/09/2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 845296/RS*. Recurso Especial 2006/0108662-6. Rel. Min. Carlos Fernando Mathias (juiz convocado do TRF 1ª Região), Segunda Turma, julgado em 17/04/2008, DJe 12/05/2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 913131/BA*. Recurso Especial: 2006/0267437-2. Rel. Min. Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal convocado do TRF 1ª região). Órgão Julgador: Quarta Turma. Data do Julgamento: 16/09/2008. Data da Publicação/Fonte: DJe 06/10/2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Resp. 1540580/DF*. Recurso Especial: 2015/0155174-9) Des. Rel: Min. Lázaro Guimarães (Des. Convocado do TRF 5ª Região. Data de publicação: 01/07/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RMS 52676/AM*. Recurso Ordinário em MS: 2016/0321086-1. Rel. Min. Og Fernandes. Órgão Julgador: T2 – Segunda Turma. Data do Julgamento: 15/03/2018. Data da Publicação /Fonte: DJe 21/03/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 370*. “Caracteriza dano moral a apresentação antecipada de cheque pré-datado”. Rel. Min. Fernando Gonçalves, em 16/2/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 403*. “Independente de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais”. Segunda Seção, DJe 24/11/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Tema 983*. “Nos casos de violência contra a mulher praticados no âmbito doméstico e familiar, é possível a fixação de valor mínimo indenizatório a título de dano moral, desde que haja pedido expresso da acusação ou da parte ofendida, ainda que não especificada a quantia, e independentemente de instrução probatória”.

Disponível em:

http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=983&cod_tema_final=983. Acesso em: 12 dez. 2019.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Ap. Cível 07248430-08.2017.8.07.0016*. Rel. Des. Soníria Rocha Campos D’Assunção, DJ: 17/08/2018, 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF. DJe: 24/08/2018.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Recurso Inominado 070142113.2017.8.070.003* TJDF. Rel. Des. Soníria Rocha Campos D’Assunção, DJ: 03/08/2018, 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF. DJe: 16/08/2018.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Recurso Inominado: 07023219020178070004*, Relator: JOÃO LUÍS FISCHER DIAS 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do DF, Data de Julgamento: 08/08/2018, Publicado: 17/08/2018.

ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. *Recurso Inominado 0003123-72.2015.8.08.0069* ES. Rel. Des. Murilo Ribeiro Ferreira, Data de Julgamento: 03/10/2016, Colegiado Recursal, 2º Gabinete, Turma Sul.

MARANHÃO. Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. *Ap. Cível 0147662015 MA 0003054.44.2013.8.10.0040* TJMA. Relator: Lourival de Jesus Serejo Sousa. Data de Julgamento: 31/03/2016. Terceira Câmara Cível. Data de Publicação: 01/06/2016.

MATO GROSSO. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso. *Ap. Cível 0002020-24.2013.8.11.0002*. Comarca de Várzea Grande. Rel. Des. Sebastião Barbosa Farias. Data da publicação: 20/03/2018.

MATO GROSSO. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso. *Ap. Cível n. 9169/2018*. 2ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des.: Maria Helena Póvoas. Publicado em 14/03/2018.

MATO GROSSO. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso. *Ap. Cível 91676/2017*, des. Guiomar Teodoro Borges, Quarta Câmara de Direito Privado, Julgado em 20/09/2017, Publicado no DJE 22/09/2017.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Ap. Cível 1.0024.13.277750-9/001*; Des. Rel. Kildare Carvalho. 16ª Câmara Cível. Data de publicação: 26/10/2018.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Ap. Cível 1.0024.12.251759-2/001* – Relator: Des. Moacir Lobato. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Data da publicação: 24/03/2014.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Ap. Cível 504896-2*, Relator: Desembargador Luciano Pinto. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Data de publicação 02/03/2005.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Ap. Cível 10106160038712001* TJMG. Rel. Des. Marcos Lincoln, Data de Julgamento: 11/04/2018. Data de Publicação: 16/04/2018.

PARÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Pará. *Apelação Cível 0005216-61.2005.8.14.0006*, 1ª Turma de Direito Privado, Rel. Des. Leonardo de Noronha Tavares, data da publicação 09/05/18.

PARÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Pará. *Apelação Cível 0018341-92.2014.8.14.0301*, Órgão Julgador 1ª Turma de Direito Privado, Rel. Des. Gleide Pereira de Moura, data da publicação 20/10/17.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Ap. Cível 0008927-64.2015.8.16.0112/0* - 1ª Turma Recursal - Marechal Cândido Rondon - Rel.: Fernanda De Quadros Jorgensen Geronasso. Data de publicação: 23/11/2016.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Ap. Cível 0033171-89.2017.8.16.0014*. 9ª Câmara Cível – PROJUDI. Rel. Des. Coimbra de Moura. Data de publicação 10/09/2018.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Enunciados das Turmas Recursais. 8. Direito do Consumidor. *Enunciado n.º 8.1-Compra pela internet* – não entrega do produto: A

demora ou a não entrega de produto adquirido pela internet acarreta, em regra, dano moral. Disponível em: <https://tinyurl.com/ubjoy8h>. Acesso em: 5 dez. 2019.

PERNAMBUCO. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco. *Ap. Cível 4217243 PE. 0088639-89.2013.8.17.0001 PE*. Relator: Alberto Nogueira Virgínio. Data de Julgamento: 10/10/2018. 2ª Câmara Cível, Data de publicação: 31/10/2018.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Ap. Cível 050332445.2014.8.19.0001 TJRJ*. Relator: JDS Isabela Pessanha Chagas. Data de Julgamento: 18/12/2017. Vigésima Quinta Câmara Cível Consumidor. Data de Publicação: 19/12/2017.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Ap. Cível 0266769-77.2009.8.19.0004 TJRJ*. Relator: Maria Henriqueta do Amaral Fonseca Lobo. Data de Julgamento: 09/12/2011. Sétima Câmara Cível. Data de Publicação: 13/12/2011.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível 70006494561*. 17ª Câmara Cível. Comarca de Origem: Porto Alegre. Rel. Des. Alexandre Mussoi Moreira. Data da publicação: 02/09/2003.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Ap. Cível 70004287371*. Décima Câmara Cível. Comarca de Origem: Pelotas. Tribunal de Justiça do RS. Relator: Paulo Antônio Kretzmann. Data da publicação: 05/06/2003.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Ap. Cível 70075916452 TJRS*. Relator: Otávio Augusto de Freitas Barcellos. Data de Julgamento: 25/04/2018. Décima Quinta Câmara Cível. Data de Publicação: 03/05/2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Ap. Cível 70068203413 TJRS*. Relator: Otávio Augusto de Freitas Barcellos. Data de Julgamento: 06/07/2016. Décima Quinta Câmara Cível. Data de Publicação: 12/07/2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Ap. Cível 70078152063 TJRS*. Relator: Eduardo Kraemer. Data de Julgamento: 08/08/2018. Nona Câmara Cível. Data de Publicação: 09/08/2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Ap. Cível 70077984656 TJRS*. Relator: Eduardo Kraemer. Data de Julgamento: 12/09/2018. Nona Câmara Cível. Data de Publicação: 17/09/2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. *Ap. Cível 70078735289 TJRS*. Relator: Jucelana Lurdes Pereira dos Santos. Data de Julgamento: 13/09/2018. Décima Sexta Câmara Cível. Data de Publicação: 19/09/2018.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. *Ap. Cível 031453138.2015.8.24.0005 TJSC*. Relator: Cláudia Lambert de Faria. Quinta Câmara de Direito Civil. Data de Julgamento: 15/05/2018.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. *Ag. Int. 0308396-27.2015.8.24.0064 TJSC*. Relator: 3º Vice-presidente da Câmara de Agravos Internos em Recursos Constitucionais e Conflitos de Competência. Data de Julgamento: 07/12/2018.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Ap. Cível 4000590-87.2013.8.26.0248*. Órgão julgador: 4ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Paulo Barcellos Gatti. Comarca: Indaiatuba. Data de publicação: 05/09/2018, p. 17.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Ap. Cível 991.03.040659-6*; Comarca: Indaiatuba. 23ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Sérgio Shimura. Data de publicação: 19/08/2011.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Ap. Cível 1016184-39.2016.8.26.0071*. TJSP, Rel. Des. Heraldo de Oliveira, data de julgamento: 6/9/2017, 13ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 6/9/2017.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Ap. Cível 1107270-04.2016.8.26.0100* TJSP. Rel. Des. Jairo Oliveira Júnior, DJ: 30/05/2018, 15ª Câmara de Direito Privado. Data de Publicação: 30/05/2018.

SERGIPE. Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. *Ap. Cível 0009558-93.2018.8.25.0001*. Des. Relator Ricardo Múcio Santana de A. Lima. Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. Data da publicação: 23/10/2018.

SERGIPE. Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. *Sentença no Processo 0002952-94.2013.8.25.0075*. Juiz Eliezer Siqueira de Souza Júnior. 1ª Vara Cível e Criminal de Tobias Barreto/SE. Data publicação: 29/05/2014.

TOCANTINS. Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins. *Processo 0035174-14.2017.827.2729*. Juiz Rubem Ribeiro de Carvalho. Juizado Especial Cível da Comarca de Palmas – Taquaralto. Data da publicação: 24/06/2018.

TOCANTINS. Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins. *Processo 0000162-41.2018.827.2716*. Juiz Jossanner Nery Nogueira Luna. 1ª Vara Cível de Dianópolis.