

A INQUIETUDE DA RESPONSABILIDADE CIVIL NA SOCIEDADE PÓS- MODERNA: BREVES NOTAS À INDENIZAÇÃO PUNITIVA EM TRÂMITE NO CONGRESSO NACIONAL

Sérgio Souza Botelho¹

RESUMO: A responsabilidade civil, como ramo dinâmico do Direito Civil, em uma sociedade globalizada, rapidamente cambiante e cibernética, deve atender às funções de prevenção, reparação e punição pela violação do dever legal e primário de a ninguém lesar (*neminem laedere*). Nesse sentido, uma hermenêutica comprometida com o ordenamento jurídico em vigor, pactuada com a ética e com a efetividade dos direitos, não só é necessária, como representa um dever do magistrado, que deve se apresentar com a virtude da justiça em busca de uma melhor decisão. Porém, para além da hermenêutica, tem-se que, em constante condicionamento recíproco, o ordenamento jurídico e a sociedade dialogam. Assim, a partir de uma pesquisa exploratória e de uma técnica qualitativa, com viés bibliográfico e documental, os projetos de lei nº 3880/2012 e 8704/2017, em trâmite na Câmara dos Deputados, que visam positivar a indenização punitiva no Brasil, adequando a responsabilidade civil aos novos tempos, foram o tema do presente trabalho. Para tanto, Alasdair MacIntyre, Aristóteles, Néelson Rosenvald e Flávio Tartuce foram os principais autores utilizados, dentre outros, como respaldo teórico para uma análise que objetiva verificar a necessidade, a adequação e a suficiência de tais proposições legislativas diante das demandas sociais hodiernas. Ao cabo, ainda que merecedoras de complementações, conclui-se, no geral, pelo aspecto positivo das mesmas, como um avanço em prol da paz social, bem como da tutela individual e da coletividade.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade Civil. Indenização punitiva. Projetos de lei.

LA INQUIETUD DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LA SOCIEDAD POSMODERNA: BREVES NOTAS A LA INDEMNIZACIÓN PUNITIVA EN PROCESO EN EL CONGRESO NACIONAL

RESÚMEN: La responsabilidad civil, como una rama dinámica del Derecho Civil, en una sociedad globalizada, que cambia rápidamente y es cibernética, debe cumplir las funciones de prevención, reparación y castigo por violar el deber legal y primario de no dañar a nadie (*neminem laedere*). En este sentido, una hermenéutica comprometida con el sistema legal vigente, de acuerdo con la ética y la efectividad de los derechos, no solo es necesaria, sino que también representa el deber del magistrado, quien debe presentarse con la virtud de la justicia en busca de un mejor decisión. Sin embargo, además de la hermenéutica, existe eso, en constante condicionamiento recíproco, orden legal y diálogo con la sociedad. Así, con base en una investigación exploratoria y una técnica cualitativa, con sesgo bibliográfico y documental, los proyectos de ley nº 3880/2012 y 8704/2017, pendientes en la Cámara de Diputados, que

¹Especialista em Direitos Difusos e Coletivos; Especialista em Direito Processual Civil; Especialista em Direito Constitucional Aplicado; Aluno regularmente inscrito no programa de Doutorado da Universidade de Buenos Aires; Analista do Governo do Estado de Mato Grosso; Advogado; Professor do Centro Universitário UniCathedral.

apuntan a plantear los daños punitivos en Brasil, adaptando La responsabilidad civil ante los nuevos tiempos, fueron objeto de este trabajo. Con este fin, Alasdair MacIntyre, Aristóteles, Néelson Rosendal y Flávio Tartuce fueron los principales autores utilizados, como soporte teórico para un análisis que apunta a verificar la necesidad, adecuación y suficiencia de tales propuestas legislativas frente a las demandas sociales de hoy. Después de todo, aunque digno de complementación, se concluye, en general, por el aspecto positivo de ellos, como un avance a favor de la paz social, así como la protección individual y colectiva.

PALABRAS-CLAVE: Responsabilidad civil. Daños punitivos. Proyectos de ley.

1. INTRODUÇÃO

A mais pungente e menos respondível das questões dos nossos tempos de modernidade líquida não é “o que fazer?” (para tornar o mundo melhor ou mais feliz), mas “quem vai fazê-lo?”

(BAUMAN. Zigmunt. Modernidade Líquida.)

A responsabilidade civil, tal qual o Direito de Família, é um dos temas do Direito Civil em constante mutação, a mercê de uma sociedade líquida e pós-moderna, cuja mudança se opera em velocidade exponencial, elucidando uma dinamicidade que requer reciprocidade jurídica.

É que diante de um ambiente social extremamente capitalista, no qual a globalização diuturnamente acentuada, municiada por uma ampla e crescente utilização da tecnologia no cotidiano humano, o que também fomenta um já enorme consumo de massa, e, principalmente, frente a um cenário pandêmico e pós-pandêmico, a responsabilidade civil certamente se mostra tema assaz sensível e ordinário.

Isso porque representa uma obrigação derivada da violação do dever de a ninguém lesar (*neminem laedere*), infringência esta que, infelizmente, conforme demonstra a experiência, em cenários de escassez e crises soi recrudescer.

Nesse sentido, aportes sociológico e moral serão tão naturais, quanto necessários para que persista uma sincronia entre o “ser” e o “dever ser”, salvaguardando uma pacífica ambiência social, haja vista os aspectos fático e axiológico do fenômeno jurídico, já que, à luz da teoria tridimensional de Miguel Reale, o Direito é fato, valor e norma.

Assim, sem que se descure do aspecto uno do Direito como ciência, didaticamente é preciso que se ressalte que a responsabilidade civil vai além do Direito Civil, eis que interdisciplinarmente dialoga com outros ramos jurídicos, tais quais, notadamente, os do Direito Ambiental, do Direito Administrativo, do Direito do Consumidor e do Direito do Trabalho, cada qual com suas peculiaridades.

Isto posto, dada a relevância e atualidade da questão, frente ao quadro sociojurídico atual, tem-se que o presente objetiva analisar a necessidade, a adequação e a suficiência dos projetos de lei nº 3380/2012 e nº 8704/2017, ambos em trâmite na Câmara dos Deputados, que visam alterar, em pontos cruciais, o texto do Código Civil em vigor, mormente os seus artigos 186 e 944.

2. PROLEGÔMENOS

Antes que, propriamente, se dirija à análise das proposições legislativas mencionadas, é necessário que sejam retomadas algumas questões em caráter propedêutico.

Primeiramente, cumpre notar que a responsabilidade civil, no Código Civil de 2002 - CC/02, encontra-se presente no livro das obrigações e, em suma, retrata uma obrigação secundária que decorre do descumprimento de uma primeira obrigação (*neminem laedere*). Ou seja, nos termos do art. 927, *caput*, “aquele que, por ato ilícito causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Trata-se da regra da responsabilidade extracontratual subjetiva, que demanda os elementos conduta, culpa, nexa causal e dano.

Tal modalidade é a matriz do ordenamento jurídico brasileiro e já constava do Código Civil de 1916, de viés acentuadamente liberal e individualista, cujo patrimônio era o cerne da preocupação da codificação, tal qual o ideário que, desde o século XVIII, povoava a sociedade ocidental.

Ocorre que, pela extrema dificuldade da prova do elemento subjetivo (culpa), o que se viu em grande parte, através dos tempos, foi um real fomento às atividades do empreendedor (liberal burguês), detentor do poder econômico, cujos riscos da atividade empresarial eram minorados à conta de uma velada manutenção do “status quo,” diante de uma tutela jurídica convenientemente ineficiente.

É, nesse viés sociológico, v.g., que Ferdinand Lassale, no século XIX, preconizava que uma Constituição seria representada pela soma dos fatores reais de poder, a exemplo das forças políticas, militares e financeiras que impingiam um texto normativo que assim os representasse (2005, ps. 35). Ou seja, ainda que se pretenda interpretar o Direito puramente, não há que se desconhecer que a origem da norma jurídica provém de uma miríade de questões que envolve a colmatação de interesses diversos, idealmente, em prol da harmonia social, o que por vezes é deturpado.

Aqui, criticamente, resta clara uma interface entre Direito e Política, mesmo que, à época, pudessem ser questionados pressupostos aristotélicos, já que para o notável grego, “não

entra no plano da Política determinar o que pode convir a cada indivíduo, mas sim o que convém à pluralidade” (2006, p. 33). Logo, Ética e Moral, além da Economia, dentre outras, são questões que diretamente influenciam tanto a concepção, quanto a interpretação da norma jurídica.

Assim, foi que o ordenamento jurídico civil evoluiu para o estabelecimento de presunções de culpa em situações que assim o patenteavam, quando a ausência desta se tornava prova de incumbência do agente que cometeu o dano por meio do ato ilícito, estabelecendo-se uma inversão do ônus da prova.

Ulteriormente, para além de uma correção de um *status quo* desigual mantido por anos a fio pela ordem jurídica, diante de uma sociedade de riscos, sobretudo com vistas ao futuro e às incertezas da crescente modernização, além da assunção das externalidades negativas pelo agente que as propicia à coletividade, efetiva ou potencialmente, a responsabilidade objetiva foi adotada pelo CC/02 em vários dispositivos.

Um dos exemplos é a cláusula geral, do parágrafo único do art. 927, segundo a qual “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”. Trata-se de previsão da responsabilidade objetiva, que prescinde do elemento culpa, com base no risco criado.

A esse respeito, convém que, de maneira complementar, atente-se à seguinte lição de Fredie Didier Jr. (2017):

Cláusula geral é uma espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o consequente (efeito jurídico) é indeterminado. Há, portanto, uma indeterminação legislativa em ambos os extremos da estrutura lógica normativa. Devido processo legal, função social do contrato, função social da propriedade, boa-fé etc. são exemplos de cláusulas gerais. Há, assim, uma relação próxima entre cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados. Cláusula geral é técnica de redação de enunciado normativo; conceito juridicamente indeterminado é elemento de texto normativo, presente na elaboração de uma cláusula geral, nada obstante possa haver conceito juridicamente indeterminado em outros textos normativos. (...)

Nessa senda, o Código Civil de 2002, capitaneado por Miguel Reale, não se olvidou da necessidade de sincronia e influência recíproca que exercem entre si Direito e sociedade. De tal modo, os vetores da eticidade, socialidade e operabilidade foram a tônica de sua concepção e permanecem como diretrizes intelectivas do *Codex*, permitindo o vislumbre paradigmático da centralidade da pessoa humana, em detrimento do patrimônio, contrariamente ao século passado, bem como dos influxos sociais sobre os direitos individuais.

Logo, a boa-fé objetiva, vertida em cláusula geral, a exemplo dos arts. 187 e 422 do Estatuto Civil, como padrão ético de conduta, é dever de todos os sujeitos do Direito, sejam as partes ou os próprios operadores jurídicos. Nesse sentido, cumpre salientar que o Código de Processo Civil de 2015 estabelece, em seu art. 5º, que “aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”.

Assemelha-se mesmo a uma virtude aristotélica, já que para o filósofo grego “a virtude é, pois, uma disposição de caráter relacionada com a escolha e consistente numa mediania, isto é, a mediania relativa a nós, a qual é determinada por um princípio racional próprio do homem dotado de sabedoria prática”. (ARISTÓTELES, 1991, p. 38)

De outra banda, a socialidade faz com que o Código não apenas regulamente relações privadas de modo alheio ao contexto comunitário em que inseridas, impondo a observância dos direitos individuais a condicionantes em prol da coletividade, a exemplo da função social do contrato e da propriedade, bem como da proscricção do abuso do direito.

De sua feita, em relação à operabilidade, deve-se ater à efetividade buscada pelo Código Civil, ou seja, sua eficácia social. Assim, o Estatuto procura simplificar as soluções e o seu sistema de normas abertas, fluídas e que demandam concreção casuística, veio a permitir a adaptação do CC/02 às novas, cambiantes e prementes contingências sociais, evitando-se a ocorrência de uma anacronia indesejada.

Tanto é assim que o grande Miguel Reale, na própria exposição de motivos do Código Civil de 2002, sob a égide de um regime editorial (1975), ao tratar da estrutura e espírito do anteprojeto, registrou:

Essa função positiva ainda mais se confirma quando a orientação legislativa obedece a imperativos de socialidade e concreção, tal como se dá no presente Anteprojeto. Não é sem motivos que reitero esses dois princípios, essencialmente complementares, pois o grande risco de tão reclamada socialização do Direito consiste na perda dos valores particulares dos indivíduos e dos grupos; e o risco não menor da concretude jurídica reside na abstração e olvido de características transpessoais ou comuns aos atos humanos, sendo indispensável, ao contrário, que o individual ou o concreto se balance e se dinamize com o serial ou o coletivo, numa unidade superior de sentido ético. Tal compreensão dinâmica do que deva ser um Código implica uma atitude de natureza operacional, sem quebra do rigor conceitual, no sentido de se preferir sempre configurar os modelos jurídicos com amplitude de repertório, de modo a possibilitar a sua adaptação às esperadas mudanças sociais, graças ao trabalho criador da Hermenêutica, que nenhum jurista bem informado há de considerar tarefa passiva e subordinada. (...) Esse objetivo de concretude impõe soluções que deixam margem ao juiz e à doutrina, com frequente apelo a conceitos integradores da compreensão ética, tal como os de boa-fé, equidade, probidade, finalidade social do direito, equivalência de prestações etc., o que talvez não seja do agrado dos partidários de uma

concepção mecânica ou naturalística do Direito, mas este é incompatível com leis rígidas de tipo físico-matemático.

Em reforço, cite-se que Ronald Dworkin (2002, p. 184), diferenciou os princípios das regras jurídicas, reconhecendo aos primeiros uma dimensão de peso, cujo conflito não se resolve no critério do tudo ou nada, ao tempo em que Robert Alexy (2016, p. 17), descortinou distintos graus de cumprimento entre as normas jurídicas. Para ele, se algo é exigido na maior medida possível de cumprimento em relação às possibilidades jurídicas e fáticas, fala-se em um princípio, sendo que se apenas se exige uma determinada medida de cumprimento, tem-se uma regra. Em arremate, Humberto Ávila (2005, p. 64), leciona que os princípios apontam uma finalidade, normas do que deve ser, aludindo a um estado ideal de coisas.

Desse modo, é fato que em nível de concretização de direitos, portanto em sede de interpretação e aplicabilidade jurídicas, um possível problema hermenêutico se apresenta diante do largo espectro de subjetivismo que tais normas abertas oferecem. É nesse ponto, que a doutrina moderna e a jurisprudência debatem em torno da objetivação e da racionalidade dos critérios hermenêuticos que subjazem as decisões judiciais.

Também é nesse âmbito que, partindo do pressuposto de que não há norma, senão norma interpretada, Lênio Streck (2020, ps. 137/142), critica ferrenhamente a ideia da decisão judicial segundo a própria consciência do juiz, pois “a interpretação jamais está à disposição do intérprete”, cuja vontade e conhecimento não permitem a atribuição arbitrária de sentidos, e também uma atribuição de sentidos arbitrária. Conforme o autor, não se trata, pois, da subsunção de um particular a uma generalidade, pois os sentidos, na lição *gadameriana*, dão-se na linguagem e o intérprete não os reproduz, antes os atribui.

Logo, vê-se que não há como não interpretar fora de nossas preconcepções, porém, o controle para que estas não sejam equivocadas e inautênticas é inerente à virtude que se espera de um magistrado, assim na imparcialidade da jurisdição, buscando-se afastar de posturas solipsistas e voluntaristas, pois “quem quer compreender um texto deve estar disposto a deixá-lo dizer alguma coisa. (GADAMER *in* STRECK, 2020, p. 139)

Nesse caminho é elogiosa e sintomática a direção dada pelo novo CPC, em relação ao antigo estatuto, aduzindo em seu art. 371, que “o juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”, portanto, não mais “livremente apreciará”.

E, ao falarmos sobre a virtude, inevitavelmente adentramos ao campo da Ética, tão decantado no ocidente e de forma célebre na Grécia, dentre outros, com Aristóteles no séc. IV a.C., passando por São Tomás de Aquino, na Itália do séc. XIII, além de David Hume na

Inglaterra iluminista (séc. XVIII), Friedrich Nietzsche na Alemanha do séc. XIX, até os tempos hodiernos com o britânico Alasdair MacIntyre, na segunda metade do séc. XX.

Evidentemente, que foge ao objeto do presente uma análise aprofundada sobre tais autores e sobre o respectivo tema, mas, cabe ressaltar que, na esteira de MacIntyre, a moral e as virtudes não de ser compreendidas através de sua relação com a comunidade de que advém, o que influi diretamente na atividade de concretização dos direitos, de forma que se abeberando em Aristóteles, o britânico esclarece:

(...) há outro elo fundamental entre as virtudes e o direito, pois saber como aplicar a lei só é possível para quem possui a virtude da justiça. Ser justo é dar a cada pessoa o que ela merece; e os pressupostos sociais do florescimento da virtude da justiça numa comunidade são, portanto, dois: que haja critérios racionais de mérito e que haja um acordo quanto a quais sejam esses critérios. (MACINTYRE, 2001, p. 259)

MacIntyre fora ora eleito por representar uma filosofia contemporânea e que ao se distanciar do mundo individualista liberal moderno, assim do Código Civil de 1916, aproximasse, com certas reservas daquilo proposto por Aristóteles e do ideário do atual Código Civil, com a devida filtragem da Constituição de 1988, tratando do cenário da ética em comunidade como projeto comum ao ser humano, embora não universal como imaginava o grego.

Assim, ainda que se relacione à adoção de uma corrente jusfilosófica positivista ou não positivista, a dificuldade, no fundo, atine aos critérios que informem a virtude da justiça, ou seja, aos limites da interpretação e concretização dos direitos no ordenamento jurídico em vigor diante, principalmente, de normas abertas e genéricas como as cláusulas gerais, que alberguem conceitos indeterminados e princípios.

De fato, pois como bem instara MacIntyre, se a virtude agora é entendida, em geral, como uma disposição ou um sentimento que produz em nós obediência a certas normas, o acordo com relação a quais serão tais normas é sempre pré-requisito para o acordo sobre a natureza e o conteúdo de uma determinada virtude (2001, p. 408).

Logo, o magistrado não deve negar o seu passado e a sua tradição, mas precisa se distanciar de satisfações unicamente pessoais ao decidir, balizando-se pelos contornos tanto quanto mais objetivos possíveis presentes no ordenamento jurídico, argumentando racionalmente seu *decisum*, na busca pela virtude de justiça

Neste rumo, portanto, atendo-se ao Código Civil, a par do exposto, mister se faz a compreensão do mesmo à luz dos princípios que o ordenam e dos paradigmas que o inspiraram (eticidade, socialidade e operabilidade).

Por fim, convém registrar que também levando em consideração os efeitos positivos que uma norma jurídica pode trazer, como o de controle social, o educador, o conservador e o transformador, como bem pontua Sérgio Cavalieri Filho (2015, p. 67), é que serão analisadas as proposições legislativas nº 3880/2012 e 8704/2017, que propõem mudanças no Código Civil em vigor, relacionadas, essencialmente, ao caráter punitivo da responsabilidade civil.

2.1 PROJETO DE LEI (PL) Nº 3880/2012

O texto em questão, de autoria do Dep. Domingos Neto foi apresentado em 16/05/2012 e teve parecer da Comissão de Constituição e Justiça pela sua constitucionalidade, juridicidade, técnica legislativa e, no mérito, pela aprovação aos 13/05/2014, tendo sido apensados outros projetos de lei a ele relacionados, bem como passado por arquivamentos e desarquivamentos por decurso de prazo das sessões legislativas.

Atualmente, o PL nº 3880/2012 se encontra apenso ao PL nº 699/2011, que a guarda Criação de Comissão Temporária pela Mesa da Casa Legislativa.

Tal Projeto de Lei pretende alterar a redação dos artigos 186 e 944 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, nos seguintes termos:

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. [Redação atual do CC/02]

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente **material, moral ou social**, comete ato ilícito.” [Grifo original] **Art. 944.** A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização. [Redação atual do CC/02]

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano **em todos os seus aspectos, seja ele moral, material, estético ou social.**

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização **ou aumentá-la com o intuito de atingir a função punitiva e pedagógica da indenização.**” [Grifo original]

Em relação à alteração proposta acerca do art. 186, que explicita as categorias de dano material, moral e social, em verdade, trata-se de positivação de algo que a doutrina e a jurisprudência nacional, em geral, pacificaram entendimento.

Com efeito, pois há até mesmo enunciado do Conselho da Justiça Federal (456) que preconiza que “a expressão "dano" no art. 944 abrange não só os danos individuais, materiais ou imateriais, mas também os danos sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos a serem reclamados pelos legitimados para propor ações coletivas”.

Da mesma forma, há posicionamento do Superior Tribunal de Justiça - STJ, corte a qual incumbe a uniformização de entendimento sobre a legislação federal, no qual se vedou a aplicação da condenação por danos sociais *ex officio*, nos termos seguintes:

(...) “os danos sociais são admitidos somente em demandas coletivas e, portanto, somente os legitimados para propositura de ações coletivas têm legitimidade para reclamar acerca de supostos danos sociais decorrentes de ato ilícito, motivo por que não poderiam ser objeto de ação individual”. (Rcl 12.062-GO, Rel. Ministro Raul Araújo, julgado em 12/11/2014).

Frise-se que, de acordo com Antônio Junqueira de Azevedo, os danos sociais são condutas socialmente reprováveis, lesões à sociedade no seu nível de vida, tanto por rebaixamento de seu patrimônio moral – principalmente a respeito da segurança – quanto por diminuição na qualidade de vida. Exemplifica o autor com uma situação em que uma metrópole fica constantemente inundada em dias de chuva, o avião que tem um problema de comunicação pode causar um acidente aéreo de grandes proporções, dentre outros. Tartuce acrescenta a hipótese das metrópoles assoladas por balas perdidas. (*in* TARTUCE, 2008).

Junqueira de Azevedo indica, ainda, que o dano social merece punição e acréscimo dissuasório, ou didático, apontando que, além do pagamento de uma indenização, deve ser destinado o valor a um fundo. (*in* TARTUCE, 2008).

Nesse caminho, mencione-se que a Lei da Ação Civil Pública (nº 7347/85) estabelece que em caso de condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.

De todo modo, segue que, seja na doutrina ou na jurisprudência, ainda há confusão entre os conceitos de dano moral coletivo e dano social. O que se pode observar, na realidade, é que o dano social é mais amplo do que o primeiro e abrange um número indeterminável de pessoas, ostentando, assim, natureza difusa.

É para o que atenta Flávio Tartuce (2020, ps. 784/785):

O que se percebe é que esses danos (*sociais*) podem gerar repercussões materiais ou morais. Nesse ponto, diferenciam-se os danos sociais dos danos morais coletivos, pois os últimos são apenas extrapatrimoniais. (...) O seu conceito é controvertido, mas ele pode ser denominado como o dano (*dano moral coletivo*) que atinge, ao mesmo tempo, vários direitos da personalidade, de pessoas determinadas ou determináveis (*danos morais somados ou acrescidos*). (...) Deve-se compreender que os danos morais coletivos atingem direitos individuais homogêneos e coletivos em sentido estrito, em que as vítimas são determinadas ou determináveis. Por isso, a indenização deve ser destinada para elas, as vítimas. [Destaque não original]

Logo, apesar da presente proposição se tratar de um avanço no que diz respeito à alteração do art. 186, tal progresso, em verdade, poderia ser melhor alcançado no sentido de se acompanhar o entendimento de Néelson Rosendal (2020), por uma tipologia aberta dos danos extrapatrimoniais. Ideal se mostraria uma dicotomia em cláusula geral que fizesse a previsão de danos patrimoniais e extrapatrimoniais em gênero, estando assim aberta para as variáveis das violações aos bens jurídicos tuteláveis a partir da evolução social, independentemente de *nomem iuris* específicos.

Rosendal (2020), sustenta, por exemplo, que, a partir do gênero “dano extrapatrimonial”, tem-se as seguintes espécies: o dano moral, o dano estético, o dano à imagem e o dano existencial.

Ora, a própria noção de dano indenizável possui contornos de cláusula geral no Código Civil, com bem identificaram Cristiano Chaves de Farias, Felipe Braga Netto e Néelson Rosendal (2017, p. 238), e, assim, demanda uma exegese judicial com os critérios alhures mencionados.

Nessa ordem de ideias, urge reconhecer a possibilidade da responsabilidade civil sem dano, o que indicam alguns autores, ainda que excepcionalmente, dado o processo recente de remodelação da responsabilidade civil, à luz do princípio da prevenção ou mesmo da indenização punitiva pelo mero cometimento do ato ilícito.

É nesse rumo que Pastora do Socorro Teixeira Leal e Alexandre Pereira Bonna (2020), defendem que a responsabilidade civil deve servir também para prevenir comportamentos

antijurídicos, punir condutas reprováveis e se acautelar diante de atividades potencialmente danosas. Para tanto, entendem viável e adequado em casos de gravidade extrema, portanto, excepcionais, marcados por profundo desrespeito aos direitos alheios e reiteração de condutas danosas, a condenação a uma verba indenizatória mesmo sem a consolidação do dano-prejuízo.

Outrossim, nesse caminho, em posicionamento minoritário, Farias, Netto e Rosenvald (2017, ps. 358/363), entendem o dano moral coletivo como uma espécie de pena civil decorrente do cometimento do ato ilícito, mas que demandaria previsão legal para aplicação legítima (o que busca a proposição comentada), uma vez que o dano moral, em regra,² é um dano ínsito ao ser humano individualmente considerado.

Por sua vez, Anderson Schreiber alega que para aplicação no Brasil, para além de uma importação desastrosa da teoria do *punitive damage*, correspondente a uma indenização punitiva, o instituto necessitaria, além de uma previsão legal, de uma arbitragem de valor em apartado da indenização compensatória, bem como de fundamentação própria e suficiente, somados ao respeito a um devido processo legal similar ao que se opera na seara criminal, diante do caráter sancionador da indenização. Ainda, o autor menciona a necessidade do deslinde sobre o problema do destino da indenização punitiva, o que sugere, a ele, um enriquecimento ilícito se auferida pela vítima (2019, p. 629/630).

Assim sendo, sob este viés, poder-se-ia até mesmo cogitar de um paralelismo em relação aos atos de improbidade, tal qual a concepção da Lei nº 8429/92, diante de um direito sancionador que se arroga de punir, anteriormente à *ultima ratio* do Direito Penal.

De mais a mais, compreende-se o intuito de tal proposição legislativa, que busca utilizar o dano social primordialmente para coibir o ilícito lucrativo, como fruto de um capitalismo exacerbadamente individualista, que desrespeita direitos em geral, conforme se observa do seguinte trecho de sua justificativa:

Entendemos que a reparabilidade do dano deve ser vista de uma forma tripartida. Ou seja, o Dano poder-se-ia dividir em Material, ou patrimonial, quando atinge um bem de ordem externa do indivíduo, passível de quantificação matemática; Moral, ou extrapatrimonial, quando atingir um bem da ordem intrínseca do indivíduo, e por sua natureza ser somente passível de arbitramento, na tentativa de atingir uma compensação e não um ressarcimento; e por fim, no **Dano Social**, o qual pode ser definido como sendo um dano auferido a toda a sociedade, pelo cometimento de um ilícito que acarreta no movimento da máquina jurídica recorrentemente. (...) Essa

²É conhecida a jurisprudência do STJ pela possibilidade de dano moral em pessoa jurídica (súmula 227).

teoria de tripartição da reparabilidade do dano, defendida com esse projeto de lei, é uma tentativa de solucionar a problemática da reincidência dos ilícitos e desafogar o judiciário além de possibilitar a real aplicação das três funções da indenização (...) Tal situação escancara-se no âmbito consumerista, onde as empresas em vez de melhorarem o atendimento perante os clientes simplesmente fazem um “fundo” para eventuais problemas judiciais no quais já se tem um teto estabelecido e pesquisado das condenações e ofertas possíveis de acordos. É sabido por todos que no anseio pelo lucro imoderadamente, alguns fornecedores deixam de investir em mecanismos de prevenção e controle de qualidade mais rigorosos sobre os serviços prestados, bem como colocam no mercado produtos de qualidade inferior ou que não atendem a determinados padrões de segurança, calculando que muitas vítimas de danos decorrentes de fato do produto ou do serviço deixam de ir a juízo, por razões variadas, que vão da dificuldade em identificar o responsável pelo dano à falta de disposição para enfrentar um processo judicial, com seus gastos, retardamentos e todas as suas vicissitudes. Desta forma preferem arcar com a reparação de danos causados aos consumidores, na certeza de que os valores indenizatórios serão sempre muito inferiores ao investimento que teriam de realizar para o aperfeiçoamento de seus produtos e serviços. Seguindo esse “raciocínio estritamente econômico”, os fornecedores passam a pautar-se no resultado de uma relação custo/benefício do seu comportamento em detrimento da lei e do direito alheio. (...) Desta forma, acreditamos na necessidade da aplicação das chamadas “funções sociais da indenização por Dano”, porém não da forma que vem sendo aplicada, visto que desta forma, normalmente, gera o enriquecimento sem causa de uma das partes, quando não da vítima, do ofensor ao pagar valores inexpressivos, sob o argumento de não incentivo a “indústria do Dano Moral”. O caráter ressarcitório seria destinado à reparação do Dano Material, o caráter compensatório, ao Dano Moral, e o caráter punitivo, ao Dano Social. [Destaque original]

Não obstante, como já mencionado, a celeuma em torno do destino da indenização havida pelo dano social não é respondida por tal Projeto de Lei, já que não se esclarece se seria destinada à(s) própria(s) vítima(s) ou a um fundo específico.

Tal proposição, outrossim, não elucida se há a possibilidade do dano social em ação individual, para além da legitimidade coletiva afirmada pelo STJ, bem como se, contrariamente a esta Corte, seria possível a sua fixação *ex officio* pelo magistrado.

Noutro giro, no que atine à modificação do art. 944, *caput*, as mesmas considerações sobre a desejada tipologia aberta acima mencionada mostram-se aplicáveis.

Sobre o seu parágrafo único, por outro lado, observa-se uma relevante e importante proposição, a permitir não apenas a redução proporcional da indenização em minoração a um inferno de severidade ao ofensor, mas também que se possa aumentá-la com o intuito de atingir a função punitiva e pedagógica da indenização.

Notadamente, adentra-se em hipótese a permitir literalmente uma indenização punitiva, inspirada pelo *punitive damage* anglo-saxão. Mais uma vez, observa-se a preocupação com a perpetuação da ilicitude contumaz, a quem lhe aproveita, no seio social.

A alteração em tela visa superar o óbice de que a partir do princípio da reparação integral e pela própria previsão do *caput* do art. 944, em vigor, em conjunto com o atual parágrafo único, tal qual reconhecido em enunciado (46), do Conselho da Justiça Federal, "a possibilidade de redução do montante da indenização em face do grau de culpa do agente, estabelecida no parágrafo único do art. 944 do novo Código Civil, deve ser interpretada restritivamente, por representar uma exceção ao princípio da reparação integral do dano".

Da mesma maneira, busca-se uma viragem legislativa sobre a tese do STJ obrada em sede de recurso repetitivo,³ de acordo com a qual é "inadequado pretender conferir à reparação civil dos danos ambientais caráter punitivo imediato, pois a punição é função que incumbe ao direito penal e administrativo".

Por fim, mesmo sendo a responsabilidade civil atual focada na reparação do dano, tem-se assentado na melhor doutrina que ela possui igualmente função pedagógica e punitiva, tendo inclusive o STJ utilizado tais funções, sobretudo a punitiva, em seus julgados, como no REsp 1.262.938. Logo, a positivação do tema traria maior segurança jurídica.

2.2 Projeto de Lei nº 8704/2017

Tal proposição legislativa se encontra apenas ao PL nº 3880/2012, visa alterar o art. 944 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil -, para dispor sobre as funções punitiva e preventiva da indenização por danos morais, ao que dispõe:

“Art. 944.....
.....
§ 2º A reparação por dano moral atenderá às funções compensatória, punitiva e preventiva.
§ 3º A fixação da parcela indenizatória de caráter punitivo e preventivo deve considerar:
I – a intensidade do dolo ou o grau de culpa do responsável;
II – a natureza, a gravidade e a repercussão social da ofensa;
III – a lucratividade e a reiteração da conduta ofensiva;
IV – a situação financeira do responsável;
V – sanções penais, civis ou administrativas já aplicadas (NR)”

3REsp 1354536/SE, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 26/03/2014, DJe 05/05/2014.

Trata-se de um Projeto de Lei que, como o anterior, visa positivar a indenização punitiva, desestimulando, novamente, a prática do ilícito lucrativo, além de deixar expresso que a reparação por dano moral atenderá às funções compensatória, punitiva e preventiva.

Convém salientar, nesse ponto, que parte da doutrina, por rigor técnico, prefere utilizar a expressão “compensação”, à “reparação”, do dano moral, haja vista que, a despeito de o *caput* atual do art. 944 estabelecer que a indenização mede-se pela extensão do dano, nessa espécie de dano são lesados direitos da personalidade, para uma parte da doutrina, como Flávio Tartuce (2020, p. 753), ou se tem por violado um “interesse existencial concretamente merecedor de tutela” (FARIAS; NETTO e ROSENVALD, 2020, ps. 661/662).

A dor experimentada, portanto, seria uma consequência do dano, não o próprio, o que o permite ser verificado, *v.g.*, em pessoas que se encontram em estados de inconsciência ou incapazes de terem a intelecção de sua ocorrência, como alguém em coma ou uma criança de tenra idade.

Encontra-se, extremamente conexo, assim, o dano moral ao princípio da dignidade da pessoa humana, que informa a responsabilidade civil contemporânea, ao lado de outros axiomas como a reparação integral, a prevenção e a solidariedade.

Logo, pergunta-se: haveria como se mensurar uma perda de um ente querido? Um ultraje indevido à honra? Certamente que não e é por isso que parte da doutrina prefere falar em “compensação,” como um paliativo pelo mal causado, já que a reparação, como forma de tornar indene a vítima, é praticamente impossível.

Todavia, a indenização a ser fixada pelo dano causado necessita de critérios objetivos a balizar a atuação jurisdicional, à luz da hermenêutica já explorada, tanto para que se evite um enriquecimento sem causa da vítima, quanto para que não se provoque a ruína do ofensor.

A utilização do postulado da proporcionalidade, por conseguinte, em busca de certo equilíbrio, é ínsita à própria noção de justiça no caso concreto, como bem já indicava Aristóteles (1991, p. 103), em tempos remotos, ao descrever tal virtude:

Eis aí, pois, o que é o justo: o proporcional; e o injusto é o que viola a proporção. Desse modo, um dos termos torna-se grande demais e o outro demasiado pequeno, como realmente acontece na prática; porque o homem que age injustamente tem excesso e o que é injustamente tratado tem demasiado pouco do que é bom.

Logo, diante das funções preventiva e punitiva da indenização, muitas vezes confundidas entre si, tem-se um condão educativo e dissuasório do ordenamento jurídico, como

a prevenção específica ao próprio agente e uma prevenção genérica, que ostenta um caráter pedagógico à sociedade em geral.

É de se dizer, igualmente, que os critérios arrolados na proposição em tela, que são mínimos e não exaustivos, em sua maioria, já eram adotados pelo STJ, que firmou tese pela utilização do método bifásico⁴ como critério de fixação do *quantum* indenizatório, por meio do qual são conjugados os critérios da valorização das circunstâncias do caso e do interesse jurídico lesado, e minimizada eventual arbitrariedade ao se adotar critérios unicamente subjetivos do julgador, além de afastar eventual tarifação do dano.

Em derradeiro, convém salientar que, de modo semelhante, a Consolidação das Leis do Trabalho, no âmbito das relações que regula, com a reforma legislativa de 2017, passou a tratar do dano extrapatrimonial em título próprio, buscando fixar critérios para quantificação da indenização, a exemplo da situação social e econômica das partes envolvidas, do grau de dolo ou culpa e da possibilidade de superação física ou psicológica em relação ao dano sofrido.

Contudo, a reforma da CLT fixou uma inconstitucional e inconcebível tarifação para tais danos, o que inclusive contraria jurisprudência do STJ, que recentemente reafirmou que as indenizações por danos morais decorrentes de extravio de bagagem e de atraso de voo não se encontram submetidas à tarifação prevista na Convenção de Montreal, devendo-se observar, em tais casos, a efetiva reparação do consumidor preceituada pelo CDC.⁵

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, conclui-se que, apesar de certa timidez, os Projetos de Lei nº 3.880/2012 e 8.704/2017 visam trazer mudança sensível ao ordenamento jurídico em vigor, que permitiria, expressamente, a indenização punitiva, a ser analisada casuisticamente e com parcimônia pelo magistrado.

É, nesse sentido, que amparam os princípios da solidariedade e da prevenção, além da hermenêutica do texto civil, filtrado pela Constituição, a exigir uma conduta ética e virtuosa do magistrado, sob as balizas do ordenamento jurídico e da utilização de critérios objetivos, justificados por uma argumentação racional, na busca de uma decisão mais correta possível.

4REsp 1152541/Rs, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, Julgado em 13/09/2011, DJe 21/09/2011.

5 REsp 1842066/RS, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/06/2020, DJe 15/06/2020.

Por outro lado, a permanência de uma inércia legislativa que continue a sustentar a agressão massiva de direitos fundamentais, cada vez mais presente na sociedade atual, apresenta-se tanto pior do que o debate de uma proposição legislativa que, *prima facie*, não transpareça inconstitucionalidade e, ainda assim, esteja sujeita a emendas, reparos e etc.

Resta claro, pois, que o intuito de tais projetos de lei se encontra consoante à resignificação da responsabilidade civil, que prima por suas funções preventiva e punitiva, além da reparação, pois não apenas a mudança de eixo do instituto, então focado no patrimônio, para a pessoa deve ser operada, mas também um viés comunitário, a assegurar e amparar a coletividade diante de individualismos viciados, nefastos e antijurídicos.

Em essência, pois, as mudanças propostas apontariam um auspicioso limiar educador, conservador e transformador à conduta em sociedade em combate à contumácia ilícita, mostrando-se necessárias, adequadas, porém, em certo grau ainda insuficientes, conforme demonstrado, o que, sendo aperfeiçoável, não lhes retira grande parte do mérito.

4. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **La Doble Naturaleza del Derecho**. Madri: Trotta, 2016.

ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo, Martin Claret, 2006.

_____. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BAUMAN. Zigmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 10 jul. 2020.

DIDIER JR., Fredie. **Editorial 107**. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-107/#:~:text=Cl%C3%A1usula%20geral%20C3%A9%20um%20texto,o%20surgimento%20de%20uma%20regra>. Acesso em: 17 jul 2020.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FARIAS, Cristiano; Chaves; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. **Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil**. 4 ed. Salvador: Juspodium, 2017.

_____. **Manual de Direito Civil**. 5 ed. Salvador: Juspodium, 2020.

FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Sociologia Jurídica**. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição**. 2 ed. São Paulo, Mineli, 2005.

LEAL, Pastora do Socorro Teixeira; BONNA, Alexandre Pereira. **Responsabilidade Civil sem Dano-Prejuízo?** Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistadireitoemovimento_online/edicoes/volume15_numero2/volume15numero256.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2020.

MACINTYRE, Alasdair. **Depois da Virtude: um estudo em teoria moral**. Bauru: EDUSC, 2001.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ROSENVALD, Nélon. **Por Uma Tipologia Aberta dos Danos Extrapatrimoniais**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/325209/por-uma-tipologia-aberta-dos-danos-extrapatrimoniais>>. Acesso em: 10 jul. 2020.

SENADO FEDERAL. **Novo Código Civil: exposição de motivos e texto sancionado**. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70319/743415.pdf?sequence=2&isAllo wed=y>>. Acesso em: 10 jul. 2020.

SCHREIBER, Anderson; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando; MELO, Marco Aurélio Bezerra; DELGADO, Mário Luiz. **Código Civil Comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

STRECK, Lênio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**. 2 ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020.

TARTUCE, Flávio. **Reflexões sobre o Dano Social**. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/reflexoes-sobre-o-dano-social/>>. Acesso em: 10 jul. 2020.

_____. **Manual de Direito Civil**. 10 ed. São Paulo: Gen, 2020.