

UNIVERSIDADE ESTÁCIO DE SÁ

MATHEUS MARTINS ALVES PEREIRA

A PROBLEMÁTICA DO DANO MORAL NA JUSTIÇA BRASILEIRA: O papel do magistrado na lacuna da letra da lei

Rio de Janeiro
2018

MATHEUS MARTINS ALVES PEREIRA

A PROBLEMÁTICA DO DANO MORAL NA JUSTIÇA BRASILEIRA: O papel do magistrado na lacuna da letra da lei

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Universidade Estácio de Sá – UNESA, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Responsabilidade Civil. Direito Civil. Processo Civil. Direito do Consumidor. Linha de pesquisa: Acesso à justiça e efetividade do processo.

Orientador: Rafael Mario Iório Filho

Rio de Janeiro

2018

P436p Pereira, Matheus Martins Alves

A problemática do dano moral na justiça brasileira: o papel do magistrado na lacuna da letra da lei. / Matheus Martins Alves Pereira. – Rio de Janeiro, 2018.
97 f.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estácio de Sá, 2018.

1. Dano moral. 2. Transplante de normas. 3. Direitos e garantias fundamentais. 4. Livre convencimento. 5. Segurança Jurídica. I. Título.

CDD 340



Estácio

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

A dissertação

**A PROBLEMÁTICA DO DANO MORAL NA JUSTIÇA BRASILEIRA: O PAPEL DO
MAGISTRADO NA LACUNA DA LETRA DA LEI**

elaborada por

MATHEUS MARTINS ALVES PEREIRA

e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora foi aceita pelo Programa de Pós-Graduação em Direito como requisito parcial à obtenção do título de

MESTRE EM DIREITO

Rio de Janeiro, 03 de agosto de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Rafael Mário Iório Filho – Presidente
Universidade Estácio de Sá

Profa. Dra. Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva
Universidade Estácio de Sá

Profa. Dra. Helena Elias Pinto
Universidade Federal Fluminense

Para meus filhos Antônio e Manuela, que sentiram minha ausência sem sequer compreender o motivo e à Patrícia, o meu porto seguro.

Aos meus pais, por tudo e hoje mais do que nunca os entendo cada vez mais o que fizeram por mim e aqui não cabem palavras e a Deus, que sempre me surpreende.

*O juiz não é nomeado para fazer favores com a justiça,
mas para julgar segundo as lei.
Platão.*

PEREIRA, Matheus Martins Alves. **A problemática do dano moral na justiça brasileira: O papel do magistrado na lacuna da letra da lei.** Rio de Janeiro, RJ, 2018. 97 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação da Universidade Estácio de Sá – UNESA, Rio de Janeiro, 2018.

RESUMO

A presente dissertação tem por objetivo realizar um estudo sobre o transplante de normas estrangeiras na legislação brasileira, onde importamos em alguns casos traduções equivocadas para aplicabilidade desses institutos. O *punitive damages* pode ser um exemplo chave desse transplante de nomenclatura e definição, que acaba por gerar ao estudo do instituto do dano moral interpretações equivocadas com base na comparação, principalmente da aplicabilidade do *quantum* indenizatório. O legislador brasileiro imputou ao Poder Judiciário, em especial na figura do magistrado, a responsabilidade de arbitrar valores às indenizações sem respaldo doutrinário, legal ou jurisprudencial; neste sentido realizamos um estudo do juiz Hércules de Dworkin e do panteão de analogias divinas que Ost imputa a magistratura que assume a responsabilidade para solução de questões complexas com decisões ainda respaldadas em critérios subjetivos. O resultado acaba por ser de premissas negativas quanto ao instituto do dano moral, nascendo assim termos como “Indústria do Dano Moral”, “Indústria do Mero Aborrecimento” e Dano Eficiente, o que sinaliza o quanto ainda o tema deve ser desenvolvido para a busca de uma melhor forma de quantificação, como por exemplo apresentado ao final desta dissertação, o Critério Bifásico.

Palavras-chave: Dano Moral. Transplante de normas. Direitos e Garantias Fundamentais - Juiz Hércules. Livre Convencimento. Segurança Jurídica. Indústrias. Dano Eficiente. Critério Bifásico.

PEREIRA, Matheus Martins Alves. **A problemática do dano moral na justiça brasileira: O papel do magistrado na lacuna da letra da lei.** Rio de Janeiro, RJ, 2018. 97 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação da Universidade Estácio de Sá – UNESA, Rio de Janeiro, 2018.

ABSTRACT

The present dissertation aims to conduct a study on the transplantation of foreign norms in Brazilian legislation, where we import in some cases misleading translations for the applicability of these institutes. The punitive damages can be a key example of this transplantation of nomenclature and definition, which ends up generating to the study of the institute of moral damage misinterpretations based on the comparison, mainly of the applicability of the indemnifying quantum. The Brazilian legislature attributed to the Judiciary, especially in the magistrate, the responsibility to arbitrate values to the indemnifications without doctrinal, legal or jurisprudential support; in this sense we carry out a study of the Judge Hercules de Dworkin and the pantheon of divine analogies that Ost imputes to the magistracy that assumes responsibility for solving complex issues with decisions still backed by subjective criteria. The result turns out to be negative premises regarding the moral damage institute, thus creating terms such as "Moral Damage Industry", "Industry of Mere Abhorrence" and Efficient Damage, which indicates how much still the subject should be developed for the search of a better form of quantification, as for example presented at the end of this dissertation, the Biphasic Criterion.

Keywords: Moral damage. Transplantation of norms. Rights and Fundamental Guarantees - Judge Hercules. Free Conviction. Legal Security. Industries. Efficient Damage. Biphasic criterion.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	UM TRANSPLANTE ENTRE SISTEMAS: O DANO MORAL NO BRASIL	14
2.1	Garantias Fundamentais Constitucionais	14
2.2	Início da era do dano moral no Judiciário brasileiro	15
2.3	Dano Moral e o dever indenizar e reparar	17
2.4	Transplante de normas e de sistemas jurídicos axiologicamente distintos	25
2.5	Punitive Damage – o órgão transplantado	29
3	O PAPEL DO JUIZ BRASILEIRO COM O DANO MORAL	41
3.1	Tensão entre os modelos de juiz – Breve Hermenêutica dos modelos de juiz na visão de Ronald Dworkin e François Ost	41
3.2	Livre Convencimento	49
3.3	Segurança Jurídica	56
4	PREMISSAS DO DANO MORAL E O CRITÉRIO BIFÁSICO	66
4.1	INDÚSTRIAS	66
4.1.1	Indústria do Dano Moral	66
4.1.2	Indústria do Mero Aborrecimento e do Dano Eficiente	74
4.2	CrITÉrio Bifásico	82
5	CONCLUSÃO	85
	REFERÊNCIAS	88

1 INTRODUÇÃO

O tema deste projeto de pesquisa é analisar a introdução, ausência de definições e parâmetros, tendo como consequência falsas premissas atribuídas aos pedidos de dano moral pelo jurisdicionado no judiciário brasileiro.

A área de concentração se sustenta a partir da observação que na linha condutora do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá (PPGD-UNESA) se encontram como Direito Constitucional, Responsabilidade Civil, a Teoria da Constituição, a Teoria dos Direitos Fundamentais e a Filosofia do Direito.

O recorte realizado se faz no transplante¹ da norma ou instituto, neste caso o dano moral, que teve como base uma premissa norte americana², introduzida pela Constituição Federal (1988) e ratificada pelo Código de Defesa do Consumidor (lei 8.078/90), sendo que estas se olvidaram em definir e parametrizar tal instituto.

Assim, para a manutenção desse transplante, imputou-se como remédio³ o princípio do livre convencimento para operacionalizar esta *bricolagem*⁴ com base no reforço da autoridade do juiz, atraindo para classe esse ônus hercúleo⁵.

Porém com o passar do tempo desenvolveram-se efeitos colaterais desse transplante, quais sejam, as falsas premissas como a indústria do dano moral, indústria do mero aborrecimento, enriquecimento ilícito e enriquecimento sem causa.

O Brasil na busca de uma cultura democrática⁶, ou seja, na busca da *accountability*⁷, afastou a premissa jurídica da *civil law* e imputou a magistratura a operacionalização do dano

¹ Termo utilizado por Lucio Pegoraro, no texto Estudio Introductorio. Transplantes, injertos, diálogos. Jurisprudencia y doctrina frente a los retos del Derecho Comparado.

² *Punitive damage*, que está relacionado a uma penalidade além do que é devido pelo prejuízo causado de forma a desestimular o ofensor a reincidir na ação que provocou o dano moral. RESEDÁ, Salomão. A Aplicabilidade do Punitive Damage nas ações de indenização por dano moral no ordenamento jurídico brasileiro. Dissertação de Mestrado apresentada à Universidade Federal da Bahia – UFBA. Salvador: UFBA, 2008.

³ Termo utilizado por Lucio Pegoraro, no texto Estudio Introductorio. Transplantes, injertos, diálogos. Jurisprudencia y doctrina frente a los retos del Derecho Comparado.

⁴ Termo apropriado de Claude Lévi-Strauss (1976), implicando uma atitude criativa que descontextualiza os significados dos signos para dar-lhes um sentido novo e próprio do seu criador, que não mais guardam correspondência ao seu sentido originário. Iorio Filho, Rafael Mario. Uma questão de cidadania: o papel do Supremo Tribunal Federal na intervenção federal (1988-2008), 1 ed. Curitiba, PR: CRV, 2014.

⁵ Termo utilizado por Ronald Dworkin e François Ost.

⁶ Narrativa desenvolvida pelo Prof. Dr. Rafael Iorio na aula de Teoria da Constituição no PPGD-UNESA, 2017.

⁷ *Accountability* é um termo da língua inglesa que pode ser traduzido para o português como responsabilidade com ética e remete à obrigação, à transparência, de membros de um órgão administrativo ou representativo de prestar contas a instâncias controladoras ou a seus representados. Harpercollins Publishers (2012).

moral, que aceitou e assim atrai todo o ônus pela ausência de norma e dos parâmetros *standard* de uniformidade que o legislador preferiu não definir e não parametrizar sobre o dano moral, ou seja, deu ensejo a flexibilidade ou a subjetividade.

A problematização consiste em demonstrar que por muitas vezes no transplante de normas jurídicas estrangeiras, para o ambiente jurídico brasileiro, certas nomenclaturas não possuem correspondência com a nossa legislação, o que acaba por ocorrer uma imposição de nomenclaturas à “fórceps” que geram incongruências prejudiciais.

O legislador constituinte garante o dano moral ao cidadão no capítulo dos direitos e garantias fundamentais, instituindo assim um novo ente ao ambiente jurídico pátrio, que levou inúmeros doutrinadores com o passar dos anos a refinarem uma satisfatória definição. Esta definição mesmo que etérea do dano moral calou-se quanto a operacionalização e quantificação deste instituto, e assim ficaram a cargo da magistratura brasileira, mesmo que de forma intuitiva, proferir decisões em ambiente pantanoso.

A pesquisa tem como objetivo geral demonstrar que a lacuna criada pelo legislador constituinte em apenas garantir o dano moral no texto da Carta Magna, sem qualquer cuidado ao inseri-lo no cenário jurídico brasileiro, fez nascer mais um pilar de insegurança jurídica, criando falsas premissas como a dita indústria do dano moral, indústria do mero aborrecimento, enriquecimento ilícito e sem causa.

A doutrina de forma acanhada e subjetiva não criou mecanismos ou bases para os magistrados operacionalizarem e assim fez com que estes assumissem a responsabilidade e o ônus de responder aos anseios dos jurisdicionados. Como consequência, transparece a imprevisibilidade de suas decisões.

Desde a efetiva implantação do dano moral na Constituição Federal de 1988, mesmo que embora existentes esparsas legislações a respeito, anteriores a esse marco, doutrina e jurisprudência vem tentando melhor definir o conceito, aplicabilidade e quantificação do dano moral.

O “transplante” de nomenclaturas estrangeiras e institutos em conjunto com a aplicabilidade destes conceitos de ambientes sócio-jurídicos e institutos díspares da realidade brasileira fazem por gerar em certos momentos rejeição ao “órgão” enxertado ao ordenamento jurídico pátrio.

O convívio de culturas jurídicas díspares, a realidade social da *commom law* norte americana em choque com a realidade social da *civil law* brasileira, onde o magistrado brasileiro profere seu sentir através de sentenças em que impera o seu livre convencimento motivado, criou um cenário perfeito há falsas premissas com o passar do tempo.

A reparação do dano moral envolve por sua própria natureza e em qualquer tempo e lugar, uma dificuldade séria em se estabelecer um equivalente patrimonial ao sofrimento experimentado, por levar em consideração aspectos subjetivos somados ao fato da análise da pessoa vítima do evento.

O objeto da pesquisa proposta possui grande relevância pelo fato de demonstrar que o judiciário brasileiro transplantou um instituto jurídico que não encontrou paralelo ao de sua origem, o que faz gerar problemas para o julgador e ao jurisdicionado.

A abordagem do tema na presente pesquisa tem por escopo demonstrar a importância do estudo etimológico de termos importados (transplantados) sob a lente de um contexto díspare de sua origem aliado a hermenêutica juiz Hércules em jurisdição brasileira.

A matriz interdisciplinar da temática inicialmente deve ser direcionada para o campo da Filosofia do Direito, Sociologia Jurídica e Análise Econômica do Direito.

A investigação se utilizará da metodologia teórica com uso de revisão bibliográfica e pesquisa jurisprudencial.

No primeiro capítulo há a introdução do tema, em seu aspecto constitucional, ou seja, sua institucionalização pela Constituição Federal de 1988 que reconheceu como garantia fundamental ao cidadão brasileiro indenização por danos morais, porém o texto constitucional não define e não cria parâmetros de quantificação para o magistrado.

Coube primeiramente a doutrina nortear critérios e assim realizou um transplante de normas estrangeiras com escopo de formatar o instituto do dano moral no Brasil. Transplantamos o *punitive damage* de origem norte americana acarretando a imposição do trabalho hercúleo ao magistrado para que este aplique, defina e quantifique a indenização e o ressarcimento ao caso concreto.

No segundo capítulo aprofunda-se a análise jus filosófica, no aspecto de entender que papel cabe ao magistrado no cenário que lhe é imposto, sentenciar pedidos subjetivos – dano moral - e assim utilizamos os pensadores Ronald Dworkin e François Ost em seus pensamentos antagônicos, para que delimitemos o que entendem sobre o hercúleo trabalho do magistrado.

Neste sentido partimos para uma análise principiológica processual quanto ao livre convencimento do magistrado e o seu produto final qual seja, a segurança jurídica para sociedade, pois este último é a estabilidade das relações jurídicas, tanto processuais como não processuais.

No terceiro e último capítulo, analisamos as premissas criadas na doutrina e jurisprudência em razão das lacunas e da falta de criteriologia do *quantum* indenizatório, quais sejam as indústrias do dano moral e do mero aborrecimento e a questão do dano eficiente, este último inserido em uma breve Análise Econômica do Direito.

Assim na busca de um método que some a todo exposto, apresentamos uma forma de quantificação do dano moral, o qual o Superior Tribunal de Justiça nomeou como critério bifásico.

2 UM TRANSPLANTE ENTRE SISTEMAS: O DANO MORAL NO BRASIL

2.1 Garantias Fundamentais

Os princípios constitucionais são vetores que devem ser seguidos para orientar toda a legislação pátria. Assim, neste rol de princípios, tem-se que a dignidade da pessoa humana é o que tem maior peso dentre os outros, irradiando por toda extensão normativa nacional.

A dignidade da pessoa humana é mais do que um princípio; é fruto das conquistas sociais de um povo que entre anseios e lutas culminaram na Constituição Federal de 1988, onde o ser humano passa a ser valorizado na sua essência e abusos que antes eram cometidos passam a ser rechaçados.

Na busca por essas garantias o direito à honra da pessoa que venha a sofrer um dano moral, se faz necessário, pois o indivíduo possui valores que o identificam socialmente deixando de ser indivíduo e revelando-se pessoa⁸.

O ser humano possui sua individualidade e características que o diferencia um do outro, de forma que os seus valores morais estão ligados à sua dignidade perante a sociedade. Desta forma, na visão de Moraes, a dignidade da pessoa humana é um valor que remete à valorização do ser humano no seu contexto social⁹.

Neste diapasão, a Constituição Federal de 1988, fruto das lutas da sociedade brasileira, reconheceu a dignidade da pessoa humana como princípio norteador da carta magna e que reverberou sobre toda a legislação.

Os princípios gerais do direito condicionam e orientam o ordenamento jurídico em sua interpretação e devem ser seguidos obrigatoriamente na edição normativa. Na interpretação de Nader¹⁰:

⁸ LARARIA, Roque de Barros. **Cultura: Um conceito antropológico**. 27. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1986.

⁹ A autora deixa claro que o que distingue o ser humano dos animais é que existe uma qualidade própria apenas aos seres humanos: uma “dignidade” inerente à espécie humana. Etimologicamente, a palavra “dignidade” provém do latim *dignus* – “aquele que merece estima e honra, aquele que é importante”; diz-se que a sua utilização correspondeu sempre a pessoas, mas foi referida, ao longo da antiguidade, apenas à espécie humana como um todo, sem que tenha havido qualquer personificação. MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos Danos Morais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

¹⁰ NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

[...] o direito brasileiro consagrou-os como último elo a que o juiz deverá recorrer na busca da norma aplicável a um caso concreto. Os princípios gerais de direito garantem, em última instância, o critério do julgamento.

Historicamente, o princípio da dignidade da pessoa humana teve suas raízes nos preceitos cristãos onde se analisava o homem como fruto da obra divina, sendo então merecedor de um tratamento diferenciado e digno perante os outros, assim, Moraes¹¹ acrescenta que:

Foi o cristianismo que, pela primeira vez, concebeu a ideia de uma dignidade pessoal, atribuída a cada indivíduo. O desenvolvimento do pensamento cristão sobre a dignidade humana deu-se sob um duplo fundamento: o homem é um ser originado por Deus para ser o centro da criação.

Todavia, mesmo com origens na antiguidade, esse valor chamado dignidade da pessoa humana foi realmente aceito de forma impositiva pelos institutos legais em tempos atuais, elevando-se à classificação de princípio e recepcionado pela Constituição Federal como norte da legislação nacional, conforme bem explicita Soares¹²:

Embora o respeito à dignidade da pessoa humana seja uma concepção que brota de matrizes culturais remotas, desde a Antiguidade até a Idade Moderna, sua consagração jurídica é fenômeno relativamente recente. No universo ocidental pode-se apontar como marco simbólico, a década de 1940, após o término da Segunda Grande Guerra Mundial.

Face o exposto, observa-se o valor dos princípios em nossa normatização, bem como a importância do princípio da dignidade da pessoa humana na legislação pátria.

2.2 Início da era do dano moral no Judiciário brasileiro

No Brasil, antes da Constituição de 1988, era inadmissível a ideia de compensação da dor pela pecúnia, sendo reforçada pela jurisprudência que teve grande resistência à ideia, pois muitos magistrados entendiam ser imoral a atribuição de um preço a dor. Doutrinadores à época

¹¹ MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos Danos Morais. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p 77.

¹² SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Elementos da Teoria Geral do Direito**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.. P 252.

demonstravam inconformismo com a nova tendência ao afirmar que não tem faltado quem queira reduzir o simples sofrimento físico ou moral a valor: são extravagâncias do espírito humano.

O Supremo Tribunal Federal na década de 1960 firmou entendimento de que o dano moral é insuscetível de estimação pecuniária no sistema do direito brasileiro, mas com a prolatação do acórdão relatado pelo Ministro Aliomar Baleeiro, considerou-se indenizável o acidente que causa a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado, servindo este decisum de paradigma à revisão de posição negativista.¹³

Com a Constituição Federal de 1988¹⁴ em seu art. 5º e seus incisos V e X, que respectivamente relatam:

Art. 5º 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;

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

Mesmo com a nova Carta Magna não foi imediata a assimilação da jurisprudência pela reparabilidade pecuniária do dano moral. Apenas alguns anos mais tarde com um acórdão do Supremo Tribunal Federal aceitando a reparabilidade e logo depois o Superior Tribunal de Justiça¹⁵ seguindo este novo entendimento, constata-se uma explosão de pedidos de dano moral nos Tribunais.

O Código de Defesa do Consumidor também representou verdadeiro marco legal no reconhecimento do dano moral revelando os conceitos de responsabilidade objetiva e subjetiva. Vejamos:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:
[...]

¹³ Recurso Especial 59.940-SP de 26-6-1966.

¹⁴ O homem passou a ser encarado como centro da sociedade, como elemento principal do ordenamento jurídico, sempre protegido pelo princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos Danos Morais. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

¹⁵ Súmula n.º 37 STJ: São acumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato

VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados.

No entanto, a Carta Magna e a Lei Consumerista garantem a indenização e a reparação do dano moral. Não obstante, não há qualquer definição ou parametrização de tal norma e assim inicia-se a Era do Dano Moral.

2.3 Dano Moral e o dever indenizar e reparar

A responsabilidade civil é um sistema complexo dotado de várias finalidades. Por isso, não se pode entender a reparação do dano como sua única função.

Doutrina e jurisprudência defendem e definem que a responsabilidade civil, além da função reparatória, possui também função preventiva e punitiva¹⁶. Esse alargamento do papel desempenhado pela responsabilidade civil decorre da necessidade de dar à vítima e à sociedade uma resposta satisfatória, o que não é alcançado somente com a reparação do dano sofrido. A função reparatória se mostra insuficiente, quando, por exemplo, é mais lucrativo para o ofensor reparar o dano do que deixar de praticar o ilícito civil, o que ensina Oliveira¹⁷ com o Dano Eficiente.

Andrade¹⁸ afirma que há uma mudança de paradigma nos domínios da responsabilidade civil. Explica que a idéia tradicional em nosso direito de que a função da responsabilidade civil se limita à reparação do dano foi superada. Hoje, principalmente nos casos em que é atingido um direito da personalidade, entende-se que a responsabilidade civil não tem apenas o papel de reparar o dano, mas também o de punir o ofensor e prevenir outros ilícitos.

O dever de reparar o dano está previsto no artigo 927, do Código Civil. Segundo o referido dispositivo, “aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem é obrigado a repará-lo”. É possível extrair-se do artigo 927 os três elementos da responsabilidade civil: conduta ou atividade, nexo de causalidade e dano.

¹⁶ Transplante normativo norte americano do *punitive damage*.

¹⁷ OLIVEIRA, Miguel Luiz Barros Barreto de. **A indústria do mero aborrecimento**. Juiz de Fora: Associada Ltda, 2016..

¹⁸ ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009..

A conduta ou atividade é o próprio ato ilícito causador do dano. Enquanto a conduta é praticada pela pessoa física, a atividade é exercida pela pessoa jurídica. O ato ilícito está definido no artigo 186, do Código Civil. Conforme o referido dispositivo, aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Trata-se de cláusula geral que combinada com o artigo 927, do Código Civil, denota a consagração da responsabilidade civil subjetiva como regra geral. Como o ilícito civil é definido por uma cláusula geral, ao magistrado é dada maior liberdade (subjetividade) de adaptar a norma ao caso concreto. Por isso, diz-se que no Direito Civil vigora o princípio da atipicidade do ilícito, diferentemente do Direito Penal.

O artigo 187, do Código Civil, prevê a figura do abuso de direito, também considerada ato ilícito. Segundo o referido dispositivo o direito é exercido de forma abusiva quando excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. A responsabilidade civil decorrente do abuso de direito é objetiva, ou seja, independe da culpa.¹⁹

Outro elemento da responsabilidade civil é o nexo de causalidade que consiste na relação de causa e efeito entre a conduta ou atividade e o dano. No caso de multiplicidade de causas para a ocorrência do dano, deve-se precisar qual delas é a causa real do resultado. Para resolver o problema adota-se a teoria da causalidade adequada, elaborada por *von Kries*, segundo a qual a causa é o antecedente que concorreu concretamente para o resultado e que, em abstrato, é adequado à produção dele.²⁰

O terceiro elemento da responsabilidade civil é o dano que consiste na lesão a um bem jurídico, tanto patrimonial quanto extrapatrimonial, sendo este o dano moral, que é espécie de dano extrapatrimonial.²¹

A reparabilidade do dano moral já foi discutida. Hoje esta controvérsia não tem mais lugar já que a indenização do dano moral foi garantida no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988.

O dano moral era tradicionalmente definido como a dor, vexame, humilhação, constrangimento ou qualquer outra sensação dolorosa experimentada pela pessoa decorrente do ato ilícito. Contudo, após a Constituição Federal de 1988, que consagrou a dignidade da pessoa

¹⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012..

²⁰ *Ibid.*.

²¹ *Ibid.*.

humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, inc. III, CRFB), o dano moral deve ser visto de outra maneira.²²

Importante esclarecer que apesar das primeiras defesas da tese de reparabilidade do dano moral terem surgido no Código Civil de 1916, ela se tornou pacífica apenas na Constituição Federal de 1988, com previsão expressa no seu artigo 5º, incisos V e X, elevando-a, assim, à condição de direitos e garantias fundamentais.

Segundo Gagliano e Pamplona Filho²³, dano moral é aquele que lesiona os bens integrantes da personalidade; esta que pode ser entendida através de um de seus componentes que é a dignidade, que, de acordo com Kant²⁴, possui a seguinte definição: “Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade”.

À luz da Constituição vigente o dano moral é aquele que decorre da violação aos direitos da personalidade e à dignidade da pessoa humana. São defensores dessa nova concepção do dano moral Maria Celina Bodin Moraes e Sergio Cavalieri Filho²⁵.

Portanto, são bens integrantes da personalidade: a dignidade, a intimidade, a honra, a imagem, a liberdade, entre outros direitos da esfera imaterial.

Cumprе ressaltar que aquele que sofre lesão encontra abrigo na necessidade de preservação da individualidade. Aponta Bittar²⁶ que em razão de todo ser humano possuir personalidade própria, compete à sociedade, através de meios legítimos, proteger os seus entes personalizados para que se mantenham íntegros os valores individuais e sociais de cada ser e assim possam cumprir seus objetivos na sociedade.

Além disso, ao responsabilizar o agente causador do dano moral, o ordenamento jurídico submete o agente lesante a se manifestar para reparar o mal causado a outrem. Bittar²⁷ observa

²² MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos Danos Morais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007..

²³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 3..p.111.

²⁴ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Traduzido do alemão por Paulo Quintela. Lisboa: Edições 10, 2009..p.82.

²⁵ MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos Danos Morais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012.

²⁶ BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 4. ed. rev., aum. e mod. São Paulo: Saraiva, 2015.. p. 69.

²⁷ BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 4. ed. rev., aum. e mod. São Paulo: Saraiva, 2015.. p.64.

que a responsabilidade do agente causador do dano é revestida de caráter sancionatório e, portanto, devendo o mesmo atuar para que seja reconstituído o patrimônio do lesado ou a compensação pelos efeitos desagradáveis consequentes do dano.

Já no que tange a configuração do dano moral, a fragilidade dos critérios objetivos para o seu estabelecimento coloca o instituto sob o risco de ataques e banalização. Porém, não se pode apontar a atuação dos litigantes de má-fé, estes que ingressam no judiciário com o intuito de obter alguma compensação alegando lesão à personalidade em questões onde há meros transtornos, como sendo os principais sujeitos que desvalorizam o instituto, visto que agem desta forma em razão da sensação de insegurança jurídica. Logo, tal conduta é ínfima em face dos abusos praticados, principalmente pelas grandes empresas, estas que se valem da falta de um conceito objetivo e das decisões do judiciário para continuar a praticar lesões.

Sendo o dano moral uma agressão à dignidade humana²⁸, aponta que só deve ser visto como dano moral o sofrimento e a humilhação que atinjam severamente o comportamento psicológico do indivíduo. Já as situações que envolvem mero aborrecimento, desprazer e angústia estão fora da esfera do dano moral, pois fazem parte do cotidiano e não causam grave abalo ao psicológico do sujeito, e assim evita-se a banalização do instituto.

Assim, o sofrimento, a humilhação, a dor, entre outros elementos psicológicos, representam apenas as consequências da lesão, e não a lesão em si. Logo, só restará configurado o dano moral, quando os elementos supracitados apresentem como base uma agressão à dignidade de um indivíduo.

Ademais, nos casos em que a configuração do dano seja de difícil visualização pelo magistrado, explicam Gagliano e Pamplona Filho²⁹, que o juiz sob a ótica da razoabilidade humana, ao analisar o fato alegado, deve ser detentor de destreza e sensibilidade para perceber diante do caso concreto a lesão objetivada a um homem comum. Portanto, nos casos em que a alegação de dano moral estiver pautada em uma sensibilidade exagerada não será concedida a reparação, visto que a mesma não se coaduna com os sentimentos do homem médio.

Com relação à prova do dano moral, em razão de ser algo imaterial, não se pode utilizar o mesmo procedimento de comprovação do dano material.

²⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012.. p. 93.

²⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 3. p.127.

Em virtude da impossibilidade de se comprovar elementos como a dor e o sofrimento, Cavalieri Filho³⁰ entende o dano moral como *in re ipsa*, isto é, o dano moral está contido na ofensa em si. Sendo assim, provada a ofensa injusta à dignidade da pessoa humana, *ipso facto* restará comprovado o dano moral baseado na presunção das regras de experiência comum. De acordo com Bittar³¹, os mecanismos de reparação do dano moral são fundamentados no princípio do *alterum non laedere*, que significa não lesar a outrem e na ocorrência de violação desta diretriz emerge o direito de reparação.

A natureza jurídica da reparação por dano moral não é unânime para os estudiosos do Direito. Tartuce³² aponta em sua obra as três correntes doutrinárias existentes acerca do tema.

A primeira, e já superada corrente, diz que a indenização por danos morais possui natureza meramente reparatória ou compensatória, não possuindo caráter disciplinador ou pedagógico.

Já para a segunda corrente, sendo esta a que prevalece nos Estados Unidos, a indenização em caso de dano possui natureza punitiva ou disciplinadora. Inicialmente essa corrente não fora bem aceita pela jurisprudência brasileira, que enxergava perigos em sua aplicação, pois a função primária da responsabilidade civil é reparar o dano, sendo a punição utilizada apenas em situações especialmente graves. Além disso, segundo Moraes³³, tal forma de reparação entra em conflito com o princípio da vedação ao enriquecimento sem causa, porém, ultimamente, tem crescido o número de adeptos a essa teoria em razão da ineficácia do modelo majoritário no Brasil.

Por fim, a terceira corrente, esta que prepondera na jurisprudência brasileira. De acordo com este entendimento, a indenização por dano moral possui natureza reparatória e pedagógica ou disciplinador acessório, com o objetivo de coibir novas condutas. Cumpre mencionar que o caráter acessório só existirá se estiver acompanhado do principal.

Sendo assim, segundo o Ministro Sálvio de Figueiredo no REsp. 228244, o *quantum* indenizatório no Brasil é fixado de forma proporcional ao grau de culpa e ao porte econômico

³⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012.. p. 97.

³¹ BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 4. ed. rev., aum. e mod. São Paulo: Saraiva, 2015.. p. 118.

³² TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Método, 2014.. p. 489.

³³ MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos Danos Morais. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 29.

das partes, devendo o juiz se orientar pelos critérios sugeridos pela doutrina e jurisprudência com razoabilidade, se atentando às particularidades de cada caso e sempre buscando evitar o enriquecimento indevido do lesado e o desestímulo do ofensor no que tange a repetição de novos atos. Contudo, na realidade prática, em razão da incerteza das decisões e do baixo valor das indenizações, não se cumpre o papel de coibir a prática reiterada de condutas lesivas, mas sim se estimula a banalização do instituto.

A análise de julgados e fatos com o intuito de demonstrar a problemática da fixação do *quantum* indenizatório, na qual a disparidade de tratamento entre os acontecimentos, bem como o paradoxo enfrentado pela função punitiva no Brasil (deve-se punir o ofensor, mas sem gerar o enriquecimento da vítima) e os valores de indenização incompatíveis tem gerado grave insegurança jurídica, tendo em vista a imprevisibilidade das decisões judiciais.

O primeiro deles, divulgado pela revista *Veja*³⁴, relata o caso de dois passageiros que sofreram um acidente aéreo no qual se evidenciou a disparidade. Mesmo com o quase idêntico nível socioeconômico de ambos, a indenização para o seus respectivos familiares tiveram mais de 2000% de diferença. O Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu que aos familiares de André a reparação foi atribuída no valor de 75 mil reais, enquanto que à família de José foi concedida a quantia de 2 milhões de reais.

Cumprе ressaltar a pesquisa realizada pelo CNJ, na qual se apresentou a lista das 30 empresas mais acionadas nos Juizados Especiais Cíveis (JEC) do estado do Rio entre os anos de 2005 a 2011. A Telemar/Oi foi a vencedora por seis anos consecutivos, isto é, por mais que tenha havido condenações as punições à empresa não foram suficientes ao ponto de melhorarem os serviços fornecidos.

Além disso, segundo a pesquisa coordenada pelo professor Mário Scheffer³⁵, da FMUSP (Faculdade de Medicina da USP), as ações judiciais contra planos de saúde no Estado de São Paulo cresceram de forma exponencial entre 2011 e 2016. As ações na primeira instância aumentaram 631%, enquanto que na segunda instância houve um crescimento, no mesmo período, de 146%, comprovando assim o fato de que a má prestação do serviço é uma prática rotineira e que por mais que essas empresas sejam condenadas a conduta ainda compensa.

³⁴ REVISTA VEJA. São Paulo, n. 1675, 15 nov. 2000. Disponível em: <<https://www.ajure.com.br/03052000/11/2000-11-16>>.. p. 61.

³⁵Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo. Disponível em: <<http://www.iea.usp.br/pessoas/pasta-pessoam/mario-cesar-scheffer>>. Acesso em: 30 jun. 2018.

Estes são apenas alguns dos casos em que se evidencia a falta de critério seguro para a determinação do *quantum* indenizatório. Em determinados momentos se conferem indenizações justas e se busca desestimular o ofensor a praticar o ato, porém em outras vezes tal concepção é completamente abandonada, o que acaba por banalizar o instituto.

Podemos ter como exemplo a apelação cível nº 0012026-44.2008.8.19.0002 (2009.001.59032), do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que ressalta, tecnicamente, que dano moral não é dor, vexame ou humilhação. Com efeito, o dano moral nada tem que ver com sentimentos tão subjetivos, voláteis e mutáveis de indivíduo para indivíduo, ou para uma mesma pessoa. O acórdão ainda salienta que esse caráter subjetivo que vulgarmente associa-se ao dano moral não se presta ao ideal de Justiça e gera profunda insegurança jurídica.

Ocorre que no Superior Tribunal de Justiça ainda é possível encontrar muitas decisões que fazem referência à concepção antiga do dano moral. No REsp 361.415, por exemplo, o relator, Ministro Luis Felipe Salomão entendeu que na hipótese não houve dano moral, pois o ilícito praticado não foi capaz de causar sofrimento à vítima, gerando mero dissabor.

Na nova perspectiva civil-constitucional, o dano moral não está ligado a uma reação psíquica da vítima, consistindo na violação aos direitos da personalidade que são protegidos pelo valor constitucional da dignidade da pessoa humana. Eventual dor ou sofrimento experimentado pela vítima será consequência do dano. Com ele não se confundido.

A rigor, a indenização por dano moral trata-se mais de uma compensação do que propriamente de ressarcimento como no dano material, até porque o dano moral não é suscetível de ser avaliado em termos pecuniários, em sua precisa extensão.

Prevalece a orientação de que o dano moral prescinde de prova, sendo que a responsabilidade de seu causador opera-se, *in re ipsa*, por força do simples fato da violação aos direitos da personalidade. Assim, não é necessária a prova do dano moral, mas apenas do ato ilícito causador do dano.

Uma das dificuldades na reparabilidade do dano moral é o seu arbitramento. Em razão do seu caráter extrapatrimonial, a fixação do valor apto à compensação dos danos morais tem se mostrado, e continuará se revelando, uma das mais complexas tarefas a cargo do Poder Judiciário, pois com o transplante do instituto do *punitive damage*, de um sistema jurídico díspare, para ajudar na parametrização da quantificação do dano moral acabou por tornar ainda

mais complexo o tema, porém o magistrado *Hércules*³⁶ aceitou mais este trabalho a qual o foi imposto.

A interpretação da doutrina e da jurisprudência sobre o instituto do dano moral se mostra insuficiente na proteção, principalmente com relação a encontrar meios que quantifiquem e que coíbam as práticas lesivas.

Uma possível resposta para esta questão está vinculada a adoção pelos aplicadores do direito do caráter punitivo e exemplar na fixação das reparações dos danos extrapatrimoniais como ferramenta indispensável de proteção aos direitos e garantias individuais constitucionalmente protegidos. Entretanto, o caráter punitivo no Brasil enfrenta o seguinte paradoxo, segundo Moraes³⁷: “Deve-se punir o ofensor, mas não a ponto de enriquecer a vítima”, visto que nesse caso a vítima estaria recebendo mais do que a compensação do dano demandaria.

A solução para se evitar o enriquecimento ilícito e garantir maiores punições seria a criação legislativa de um fundo de reparação que atenda aos interesses públicos, o que já existe em algumas legislações, como por exemplo o artigo 13 da Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/80). Nesse caso, o causador do dano seria condenado a pagar duas indenizações: uma equitativa para a vítima, levando-se em conta a sua realidade econômica e social, e outra mais elevada, direcionada ao fundo, ajustando assim a função reparatória com a desestimuladora, além de atender ao princípio da vedação ao enriquecimento sem causa.

2.4 Transplante de normas e de sistemas jurídicos axiologicamente distintos

Segundo a doutrina³⁸ transplantar é “remover e reposicionar”, “transportar ou remover para outro lugar”, “transportar para outro país ou local de residência”. *Transplante*, então, implica

³⁶ DWORCKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução Luis Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.. e OST, François. Júpiter, Hércules e Hermes: os três modelos de juízes. **Supremo Tribunal de Justiça**, Brasília, DF, 2009. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01048841455381501310035/cuaderno14/doxa14_11.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2018.

³⁷ MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos Danos Morais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.p. 33.

³⁸ LEGRAND, Pierre. A Impossibilidade de “Transplantes Jurídicos”. **Cadernos do Programa de Pós-graduação em Direito/UFRGS**, Porto Alegre, v. 9, n. 1, p.11-39, 2014..

deslocamento. Seria a transferência que ocorre entre as jurisdições: há algo em uma dada jurisdição que não é nativo a ela e que foi levado para lá de outra jurisdição.

Essa metáfora do transplante com sua conotação³⁹ orgânica é um dos paradigmas-chave do Direito Comparado (clássico)⁴⁰. Denota, essencialmente, a transferência de normas legais de um sistema jurídico para outro. Desta forma, é o ponto de partida para a conceitualização da incorporação de Direitos para esferas culturais distintas.

Mas, ao mesmo tempo, tais Direitos não se enquadram facilmente com a lógica da transplantação. Suas características específicas podem, de fato, restringir ou inteiramente comprometer a sua “transplantabilidade”. A recepção dos direitos humanos para cultura jurídica, tanto como seu efeito direto ou indireto na cultura geral, determina até que ponto comporta-se como um “transplante” no sentido clássico.

Pegoraro⁴¹ entende a importância do transplante de normas e institutos em seu artigo, porém a análise deve ser prévia e não deverá ser impositiva⁴²:

³⁹ O seu uso primário é da medicina; a definição no dicionário é: “transplantação de órgãos não é mais do que o colher de um órgão, ou parte dele, de um ser humano (doador), e na implantação do mesmo noutro indivíduo (receptor), em http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/dicas/142transplante_de_orgaos.html.

⁴⁰ WATSON, Alan. **Legal transplants: an approach to comparative law**. 2. ed. Estados Unidos: University of Georgia Press, 1993..

⁴¹ PEGORARO, Lucio. Estudio Introductorio. Transplantes, injertos, diálogos. In: _____. **Jurisprudencia y doctrina frente a los retos del Derecho Comparado**. [Espanha]: [Tirant lo Blanch], 2013. P. 33-80. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r31219.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2018.

⁴² "Transplante", "Transposição", "migração" e também "o turismo legal '(embora mais relaxante) axiologias taxonomical evocar a ideia de dominação, de superioridade, de direcionalidade "Fertilização cruzada" e "diálogo" nos permitem pensar em situações conjuntas, de troca recíproca. Por essa razão, o uso da palavra "diálogo" é criticado para designar a influência recíproca entre os tribunais; na verdade, como veremos, há alguns tribunais considerados "importantes" que mostram parcimônia, discriminação e certa arrogância no uso de jurisprudência estrangeira. Para eles, no entanto, ao contrário do caso dos governos e parlamentos, com base em dados de pesquisa empírica parece mais difícil de provar situações subordinação unidirecional e unilateral.

No plano terminológico, em seu sentido estrito, a palavra mais usada - "transplante" - pressupõe primeiro uma "explantation" e, em sentido estrito, só ocorre no caso de migrações. A doutrina expandiu o significado do termo, dispensando o fenômeno da extirpação do corpo original. Hoje, por outro lado, quase nunca migram migrações de povos para outros territórios, de tal forma que acabam cancelando todo o direito pré-existente. macro Key, nunca acontece que a migração Uma resultou na superposição de uma organização constitucional inteiro (embora se ahara em vastas áreas do planeta, são fenômenos generalizados de cancelamento de culturas jurídicas indígenas por causa da colonização econômica e cultural, mas no nível estado). Mas transplante podem registrar-se no nível micro, em conexão com institutos singulares ou valores ou princípios, como no caso de uma visão particular da igualdade entre homens e mulheres dentro de uma comunidade de migrantes que trazem seus próprios direitos reconhecida ou aceita como "status pessoal" da própria comunidade (dentro dos limites do que pode ser tolerado pela lei constitucional do país de chegada). Este conflito - o conflito entre valores constitucionais e entre direitos individuais e direitos comunitários ou culturais - representa uma das questões mais sensíveis e sensíveis do constitucionalismo moderno.

Sempre a partir de uma perspectiva de definição, outra palavra usada frequentemente - "fertilização cruzada" - eu acho um termo enfático se refere à formante regulamentar, enquanto eles discutem a importação de elementos de sistemas de famílias culturalmente diferentes, e mesmo Às vezes, se a tabela de valores é compartilhada como na lei ocidental. O fenômeno hoje é bastante unidirecional, no sentido de que geralmente são as ordens tradicionais ou

"*Transplant*", "*transposition*", "*migration*", y también "*legal tourism*" (aunque más relajante) evocan axiologías taxonómicas, la idea de dominación, de superioridad, de unidireccionalidad.

"*Cross fertilization*" y "diálogo" permiten pensar en situaciones paritarias, de intercambio recíproco. Por esto, se critica el uso de la palabra "diálogo" para designar la influencia recíproca entre las cortes; en realidad, como veremos, existen algunas cortes que se consideran "importantes" que manifiestan parsimonia, discriminación y una cierta soberbia en el uso de la jurisprudencia extranjera. Para ellas, sin embargo, diferentemente del caso de los gobiernos y parlamentos, con base en los datos de la investigación empírica parece más difícil demostrar situaciones de subordinación unidireccional y unilateral.

En el plano terminológico, en su significado estricto, el vocablo más usado - "trasplante"- presupone primero una "explantación", y en un sentido estricto sólo se da en caso de migraciones. La doctrina ha ampliado el sentido del término, prescindiendo del fenómeno de la extirpación del cuerpo originario. Hoy en día, por otro lado, casi nunca se verifican migraciones de pueblos a otros territorios, tales que lleguen a cancelar todo el derecho preexistente. En clave *macro*, no pasa nunca que una migración tenga como consecuencia la superposición de una *entera* organización constitucional (aunque si ahora en vastas áreas del planeta, son difundidos fenómenos de cancelación de culturas jurídicas autóctonas a causa de colonizaciones económicas y culturales, sino a nivel estatal). Pero el trasplante puede registrarse a nivel *micro*, en relación con institutos singulares o valores o principios, como en el caso de una visión particular de igualdad hombre-mujer dentro de una comunidad de emigrantes, que llevan consigo sus derechos propios, reconocidos o aceptados como "estatuto personal" de la comunidad misma (en los límites de cuanto puede ser tolerado por el derecho constitucional del país de llegada). Este conflicto - el conflicto entre valores constitucionales, y entre derechos individuales y derechos comunitarios o culturales - representa uno de los temas más delicados y sensibles del constitucionalismo moderno.

Siempre desde una perspectiva definitoria, otro vocablo usado a menudo - "*cross-fertilization*"- me parece un término enfático si se refiere al formante normativo, siempre y cuando se discuta de la importación de elementos de ordenamientos de familias culturalmente diferentes, e incluso a veces, si la tabla de valores es compartida como en el derecho occidental. El fenómeno hoy es bastante unidireccional, en el sentido de que generalmente son los ordenamientos con base tradicional u "orientales" los que imitan al Occidente, y

"orientais" que imitam o Ocidente, e as ordenações "menos desenvolvidas" imitam as ordens dos líderes. Não acho correto usar o termo "fertilização cruzada" quando se discute a circulação de soluções normativas fora de áreas limitadas, ainda menores que as famílias. No entanto, vale a pena considerar se isso também se aplica à esfera doutrinal e jurisprudencial.

Agora é necessário fazer algumas precisões: uma tem a ver com os temas que "dialogam" (constituintes e legisladores, doutrina, juízes); Um segundo diz respeito às causas que justificam a circulação do direito (imposição? Prestígio?); a última sobre a posição institucional dos sujeitos envolvidos: no caso dos tribunais, uma coisa é importar o direito pela livre escolha, outro é usar a lei estrangeira porque ela é devida.

los ordenamientos "menos desarrollados" imitan a los ordenamientos *leader*. No creo entonces que sea correcto usar el término "*cross-fertilization*" cuando se habla de circulación de soluciones normativas fuera de aéreas limitadas, incluso más pequeñas que las familias. Sin embargo, vale la pena considerar si esto vale también en el ámbito doctrinal y jurisprudencial.

Ahora es necesario hacer algunas precisiones: una tiene que ver con los sujetos que "dialogan" (constituyentes y legisladores, doctrina, jueces); una segunda concierne a las causas que justifican la circulación del derecho (imposición? prestigio?); la última respecto a la posición institucional de los sujetos implicados: en el caso de las cortes, una cosa es importar el derecho por libre elección, otra es valerse del derecho extranjero porque se debe.

Em outras palavras, os estudos de Direito comparado tratam – ou, pelo menos, deveriam tratar – de “transplantes jurídicos” que, em si, tratam de regras jurídicas díspares enxertadas em sistemas axiológicos distintos, como por exemplo, dano moral e *punitive damage*, são um exemplo da influência da cultura jurídica norte-americana no seu modelo de reparação de condutas danosas ao âmago dano moral brasileiro.

Sendo o objeto de estudo desta dissertação, aprofundaremos a questão axiológica, pois a primeira questão a ser apontada consiste na forma de tratamento dada ao sujeito nos Estados Unidos. De acordo com DaMatta⁴³, enquanto que no Brasil existe um sistema social “dividido e até mesmo equilibrado entre duas unidades sociais básicas: o indivíduo (o sujeito das leis universais que modernizam a sociedade) e a pessoa (o sujeito das relações sociais, que conduz ao pólo tradicional do sistema)”, nos Estados Unidos o sujeito é tratado apenas como indivíduo.

A supramencionada situação é capaz de explicar a razão pela qual, no Brasil, a norma acaba por conferir um tratamento diverso em razão das particularidades dos sujeitos envolvidos em situações que deveria ser aplicada igualmente a todos, ou seja, aqui a norma universal em determinados casos atende a certos privilégios pessoais. Trazendo esta tônica para a questão do dano moral, é possível observar as diferenças nos valores de reparação nos casos que envolvem classes sociais opostas.

Moraes⁴⁴ indica que o tom personalista do ordenamento jurídico brasileiro ao levar em consideração as condições econômicas da vítima para a fixação do *quantum* indenizatório

⁴³ DAMATTA, Roberto. **O que faz o brasil, Brasil?** Rio de Janeiro: Rocco, 1986. p. 94.

⁴⁴ MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos Danos Morais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007..p. 32.

estaria na verdade servindo como um instrumento para reduzir o valor de indenização, tendo como base o argumento de que não se pode ensejar o enriquecimento sem causa.

Já nos Estados Unidos, DaMatta⁴⁵ aponta que a lei não é feita para explorar ou submeter o cidadão, ou como instrumento para corrigir e reinventar a sociedade, mas sim um mecanismo que objetiva o bom funcionamento do corpo social, sempre se pautando por uma aplicação segura da lei que, por ser norma universal, não pode pactuar com o privilégio ou com a lei privada, ou seja, não existe um sistema legal que aceita o “jeitinho” e a interferência das relações pessoais na lei universal.

Sendo assim, ao receber o tratamento de indivíduo, o cidadão norte-americano, independentemente da sua classe social ou do potencial econômico do ofensor, ao requerer uma indenização pela lesão sofrida, não sofre com o risco de ter os seus direitos reduzidos em razão das características pessoais envolvidas.

Além disso, segundo Garapon e Papapoulos⁴⁶, em razão da cultura norte-americana ser impregnada pelo protestantismo, este que valoriza a igualdade, as penas se apresentam de forma mais severas, sendo elas denominadas de *shame sanctions*, isto é, se busca punir diretamente a reputação dos indivíduos que praticam o ilícito e promover junto à sociedade um sentimento de justiça, o que também acaba por justificar o fato de que nos Estados Unidos o dano existe unicamente na esfera patrimonial, isto é, inexistente dano moral, visto que a maior preocupação é com o bem de cunho material e não com os bens que formam a personalidade.

Enquanto isso, nos países de cultura católica, tal como na França e no Brasil, mais sensíveis à ideia de dignidade, o que fundamenta a existência de uma espécie de dano que atinge os bens integrantes da personalidade, as penas são aplicadas com um menor rigor, observando certa preocupação com o ofensor e um paternalismo por parte do Estado.

Importante esclarecer que o protestantismo, diferentemente do catolicismo, não condena o lucro, como bem aponta Webber⁴⁷:

Se aquele Deus, cuja mão o puritano via em todas as eventualidades da vida, mostrava a um de seus eleitos uma chance de lucro, ele devia fazer isso com algum propósito. Consequentemente, o cristão fiel devia seguir o chamado, tirando vantagem da oportunidade.

⁴⁵ DAMATTA, Roberto. **O que faz o Brasil, Brasil?** Rio de Janeiro: Rocco, 1986. p. 95

⁴⁶ GARAPON, Antoine; PAPAPOULOS, Ioannis. **Julgado nos Estados Unidos e na França: cultura jurídica francesa e common law em uma perspectiva comparada.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.. p. 16.

⁴⁷ WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo.** Antônio Flávio Pierucci. São Paulo. Companhia das Letras, 2004.. p.243.

Portanto, ao trazer este panorama de uma justiça mais punitiva e de uma sociedade que possui como cultura a busca pelo lucro, para questão *quantum* indenizatório pelos danos, é possível visualizar o fato de que não existe qualquer preocupação com o possível enriquecimento daquele que sofre a lesão, justificando assim a presença do *punitive damages* no Direito norte-americano e a não configuração do enriquecimento ilícito.

Cumprе mencionar que o Estados Unidos adotou o sistema da *Common Law*, este que, ao contrário da *Civil Law*, não limitou a responsabilidade civil à função reparatória, retirando o papel exclusivo de punição do Direito Penal e conferindo o mesmo papel ao juízo cível. Garapon e Papapoulos⁴⁸ ainda apontam que a *Common Law* reduz o Direito ao estatuto de bem mercantil e que na concepção americana os direitos de defesa são direitos de consumo, ou seja, existe uma perspectiva econômica do Direito.

Tal contexto explica as razões da divergência dos modelos de reparação adotado pelos Estados Unidos e pelo Brasil. Enquanto que no primeiro se encontra terreno fértil para a utilização do sistema denominado *punitive damages*, caracterizado pelos altos valores indenizatórios e eficiente no que tange à coibição de práticas lesivas reiteradas, o segundo transplantou este modelo com intuito de definir o dano moral, assim o *punitive damage* em livre tradução transmutou-se em reparatório e pedagógico, cabendo mais uma vez magistratura o papel hercúleo de definir e quantificar, indenizar e reparar sob a lente do caso concreto.

2.5 Punitive Damage - o órgão transplantado

A Suprema Corte dos Estados Unidos é fruto de uma previsão expressa na Constituição Federal Americana e a mesma tem sua sede localizada em Washington nas proximidades do Capitólio⁴⁹, conforme enfatiza Moraes⁵⁰.

⁴⁸ GARAPON, Antoine; PAPAPOULOS, Ioannis. **Julgar nos Estados Unidos e na França:** cultura jurídica francesa e common law em uma perspectiva comparada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.. p. 246.

⁴⁹ “O Art. III da Constituição dos Estados Unidos da América prevê em sua seção 1 que o Poder Judiciário será investido em uma Suprema Corte e nos tribunais inferiores que forem oportunamente estabelecidos por determinação do Congresso. A Suprema Corte tem sede em Washington, reunindo-se anualmente durante um período que começa na primeira segunda-feira de outubro e dura normalmente até o início de junho, ocupando prédio próprio desde 1935, em um quarteirão inteiro no lado oposto ao Capitólio”.

⁵⁰ MORAES, Alexandre de. Jurisdição Constitucional: Breves Notas Comparativas sobre a Estrutura do Supremo Tribunal Federal e a Corte Suprema Norte-Americana. **Cadernos de Direito:** Cadernos do Curso de Mestrado em

A Suprema Corte Americana é citada em função de sua importância no contexto mundial e pelo fato de muitas de suas decisões servirem de parâmetro para os julgados de diversos outros países, inclusive o Brasil, de forma que, observa-se a visão histórica da Suprema Corte Americana e qual o papel que a mesma exerce no Judiciário Americano.

Numa visão mais aprofundada tem-se que as decisões proferidas pela Suprema Corte acabam por influenciar também na política dos Estados Unidos. Nesse prisma, observa-se que as decisões de julgados relativos a danos morais naquele país estão fundamentadas no *punitive damage*, o que será abordado em seguida.

Por conseguinte tem-se que as decisões de julgados na Corte Americana pautam-se muitas vezes no *punitive damage*, todavia, existe uma preocupação muito grande em não se gerar enriquecimento ilícito fruto da aplicação desse instituto.

Desta forma, muitas das decisões da Suprema Corte Americana acabam por influenciar nas decisões do judiciário brasileiro.

A utilização das soluções aplicadas pela Suprema Corte Americana, vale salientar que a justiça brasileira não tem a mesma formação estrutural que a justiça americana, a exemplo das decisões proferidas pelo tribunal do Júri que não são aplicadas da mesma forma aqui em nosso país. Desta forma, não há o que se falar em competência do Tribunal do Júri para aferir e aplicar o valor condizente a título de caráter punitivo dos danos morais.

Nesse sentido, observa-se a existência de uma grande receptividade do *punitive damage* na jurisprudência brasileira como forma de coibir determinadas ações que possam ser reincididas ou mesmo desprezadas pelos baixos valores condenatórios.

No que diz respeito ao *punitive damage*, tem-se que o mesmo está relacionado a uma penalidade além do que é devido pelo prejuízo causado de forma a desestimular o ofensor a reincidir a ação que provocou o dano moral.

De acordo com Resedá⁵¹, constata-se ser uma ideia de vingança devido ao valor aplicado que pode criar restrições econômicas ao ofensor buscando-se assim a imposição de uma

Direito da Universidade Metodista de Piracicaba - Controle de Constitucionalidade. São Paulo, v.5, n. 8-9, jan./dez., 2005. p. 28.

⁵¹ RESEDÁ, Salomão. **A Aplicabilidade do Punitive Damage nas ações de indenização por dano moral no ordenamento jurídico brasileiro**. 2008. 324 f. Dissertação (Mestrado em Direito Privado e Econômico).

Universidade Federal da Bahia, UFBA, Salvador, 2008. Disponível em:

<<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/12303/1/SALOM%C3%83O%20RESED%C3%81.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2018. p. 224.

penalidade, afinal, a ânsia pela sustentação da paz social faz com que sejam necessários contornos mais agressivos do que aqueles apresentados pela ideologia do ressarcimento.

De acordo com Bastos⁵², trata-se de uma indenização com o objetivo de punir o réu em uma ação civil com um valor suplementar ao que poderia ser necessário para suprir o agravo recebido, nesse sentido, tem-se que o sentimento de vingança acaba por ser aplacado com o pagamento da referida quantia.

Acrescente-se que o *punitive damage* pode ser visto na doutrina americana por nomes sinônimos⁵³, contudo, o significado é o mesmo. Nesse prisma, historicamente, tem-se que o *punitive damage* teve suas origens na Inglaterra, fruto do direito consuetudinário, quando ultrajes eram punidos de forma severa pelo júri.

Conforme exemplifica Resedá⁵⁴, mesmo sendo constantemente relacionado a doutrina americana, a Inglaterra foi o berço do *punitive damage* por volta do século XVII . A maioria dos doutrinadores aponta o surgimento do instituto a partir do direito consuetudinário em decisões nas quais o júri buscava punir os ofensores quando estes agiam valendo-se de malícia, fraude ou opressão.

A doutrina americana traz ainda a figura do *exemplary damage* que tem por intuito coibir a repetição do referido ato criminoso por outrem através de penas severas. Na visão de Resedá⁵⁵ “a indenização punitiva possui também a função de desestímulo a novas condutas danosas, é o que assevera”.

Outras categorias de imputação aos atos danosos são intituladas como *actual damages*, que pode ser chamado de *compensatory damages* e o *nominal damage*. No primeiro caso tem-se uma compensação da vítima de forma a desprezar a situação do sujeito ativo enquanto que no segundo caso existe uma indenização simbólica para danos causados em menor potencial.

⁵² BASTOS, Guilherme Augusto Caputo. Danos Morais: O conceito, a banalização e a indenização. Revista TST, Brasília, v. 73, n. 2, abr./jun. 2007.. p. 89.

⁵³ “Porém, antes disso, também é necessário lembrar que o ordenamento americano apresenta inúmeros sinônimos para o instituto em estudo. “*Exemplary damage*”, “*vindictive damage*”, “*smart damage*” ou até mesmo “*smart money*” são expressões utilizadas pelos Norte-Americanos como equivalentes ao *punitive damage*. Não há qualquer diferença entre eles, todos se referem ao mesmo foco”. Ibid., p. 232.

⁵⁴ Ibid., p. 236.

⁵⁵ Ibid., p. 226.

Resedá⁵⁶ acrescenta a existência de outras duas categorias: “o *general damage* e o *direct damages* ou *necessary damages*”⁵⁷.

O direito americano tem como base jurídica predominante a utilização do *Common Law*, ou seja, o direito fundamentado na jurisprudência, o que é diferente do direito aplicado no Brasil que é fundamentado principalmente no *Civil Law*, que é o direito fundado nos textos legais.

Nesse prisma, tem-se que o *punitive damage*, segundo Resedá⁵⁸, ganhou bastante força, tornando-se uma forte arma contra abusos que atingiam a coletividade americana, mesmo que implantado a somente aproximadamente sessenta anos, tem tido altíssimo uso nos últimos trinta anos.

Nessa esteira uma preocupação importante não pode deixar de ser pontuada no que tange às indenizações milionárias, ou seja, muitas vezes, com o intuito de se punir severamente com um valor acrescido, objetivando a desestímulo de uma ação, pode-se enveredar por um caminho onde se estimule o enriquecimento fruto de uma decisão judicial.

Feitas as ponderações acerca da importância da Suprema Corte e do modelo utilizado pela mesma para punir de forma severa através do *punitive damage*, observa-se através das situações a seguir expostas como se deu a evolução da aplicação deste instituto em determinados casos relativos a danos morais.

Preliminarmente, visualiza-se que, segundo Resedá⁵⁹, “os primeiros registros relativos ao *punitive damages* datam de 1791” através do caso conhecido como *Coryell v. Colbough*. Na referida lide observa-se o não cumprimento de uma promessa de casamento, ferindo os costumes da época e causando transtornos emocionais indescritíveis para mulher vitimada. Os jurados decidiram pela aplicação do pagamento de uma indenização à vítima no intuito de lhe preservar e também evitar que futuramente outros viessem a ter a referida atitude.

⁵⁶ Ibid., p. 233.

⁵⁷ “Também conhecido por *direct damages* ou *necessary damages* eles estão diretamente relacionados aos danos desprovidos de valoração econômica. Tais danos, por sua vez, não necessitam de comprovação, bastando apenas a demonstração da existência do comportamento ilícito, ou seja, do nexo causal. São consequências de atos que por si só já possuem uma presunção de prejuízo, como no caso da perda de um ente querido”.

⁵⁸ RESEDÁ, op. cit., p. 240.

⁵⁹ RESEDÁ, Salomão. **A Aplicabilidade do Punitive Damage nas ações de indenização por dano moral no ordenamento jurídico brasileiro**. 2008. 324 f. Dissertação (Mestrado em Direito Privado e Econômico). Universidade Federal da Bahia, UFBA, Salvador, 2008. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/12303/1/SALOM%C3%83O%20RESED%C3%81.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2018., p. 241.

Outro caso marcante, segundo Lanne⁶⁰, foi travado entre a BMW of North America vs. Gore (Certiorari to the Supreme Court of Alabama nº 94-896. Argumentos em 11/10/95 – Decisão em 20/05/96) no qual houve valor condenatório a título de *punitive damage* elevadíssimo, todavia a Suprema Corte ventilou que mesmo sendo valor exorbitante, seria justificado por ser uma penalidade imposta pelo Estado a quem descumpre suas leis, baseando-se no interesse do Estado em proteger sua economia e seus consumidores.

Marcante também foi o julgado acerca do caso conhecido como *Ford Pinto Case* que segundo Resedá⁶¹, envolveu a empresa automotiva Ford no ano de 1972 quando a condutora do veículo Ford Pinto, Sra. Luly Gray, foi vitimada em acidente de trânsito em autoestrada indo a óbito, e o passageiro Richard Grimshaw, de treze anos de idade, sofreu lesões corporais gravíssimas. A empresa sopesou os custos com produção dos veículos já fabricados bem como de possíveis indenizações e, devido aos segundos serem mais vantajosos, optaram por não corrigir o erro.

Ocorreu também no Novo México, de acordo com Schreiber (2013, p.19) uma situação que ensejou a aplicação do *punitive damage* em 1992 contra a MC Donald's, na qual uma senhora acompanhava o neto e comprou café, só que a bebida derramou sobre suas pernas e nádegas causando-lhe queimaduras de segundo e terceiro grau. A vítima, Sra. Liebeck, ficou internada no hospital por sete dias e mais três semanas em casa em função de sua elevada idade, 76 anos.

Ela entrou em contato por carta com a MC Donald's informando que a temperatura do café deveria ser mais baixa e requereu o pagamento de seus custos hospitalares na monta de US\$2,000.00, acrescido do salário que a filha se privou de receber em seu emprego em função da companhia que prestou a mãe. A empresa ofereceu somente US\$800.00, o que foi rejeitado pela

⁶⁰ LANNE, Yuri Nathan da Costa. Indústria do dano moral ou da lesão? uma solução a partir do instituto do *punitive damages*. **Argumentum**: Revista de Direito - UNIMAR, São Paulo, n. 15. P. 163-182, 2014. Disponível em: <<http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/57/13>>. Acesso em: 30 jun. 2018.p. 177.

⁶¹ RESEDÁ, op. cit., p. 243: “No julgamento, ficou provado que, durante testes de colisão, os engenheiros da Ford descobriram que um acidente envolvendo a traseira do veículo poderia facilmente romper o tanque de combustível e provocar incêndio. Ocorre que, conforme também se demonstrou, a linha de produção já se encontrava montada ao tempo desta descoberta. Desse modo, os executivos da empresa preferiram produzir o veículo como originalmente projetado, mesmo sabendo que as intervenções necessárias poderiam evitar danos e salvar milhares de vidas. Um documento interno da própria empresa apresentou estudo envolvendo o custo aproximado das indenizações relacionadas com o defeito de fabricação do veículo; valor este que incluía as mortes e lesões corporais. Da mesma forma, foram levantados os gastos necessários para corrigir o problema a partir de um *recall* de todos os veículos. O confronto destes dois tópicos possibilitou à empresa chegar à conclusão de que o pagamento das indenizações era muito mais vantajoso do que o aperfeiçoamento necessário para evitar os acidentes”.

vítima que adentrou as vias judiciais pleiteando US\$100.000,00 por *compensatory damage* e o triplo desse valor por *punitive damage*. Ficou comprovado que a temperatura sendo menor poderia ter causado dano menor à vítima e a empresa foi condenada a indenizar a autora pelo dano sofrido⁶².

Outra situação emblemática foi travada entre *Curtis Publishing Co. v. Butts*, quando houve publicação de matéria ofensiva à reputação do demandante em 1962. Segundo Resedá⁶³, o conteúdo da matéria jornalística versava acerca de uma acusação na qual um jogo de futebol americano entre as Universidades de Alabama e Geórgia tinha sido combinado com participação do diretor esportivo com base em escutas telefônicas sem quaisquer provas da real existência dos enlaces entre as partes.

Butts estava pleiteando uma ascensão profissional no quadro de funcionários ligados a esportes e por causa da notícia publicada acabou sendo prejudicado. Os jurados determinaram o pagamento de US\$ 60.000,00 a título de *compesatory damage* e mais US\$ 3.000.000,00 como *punitive damage*. O tribunal reduziu o total a ser pago para US\$ 460.000,00 através de apelação.

Resedá⁶⁴ assevera os cuidados que devem ser adotados quanto aos pagamentos de *punitive damages* objetivando evitar o que ele chama de transformação das Cortes em “loterias”, mas esses valores certamente são ajustados quando apreciados por instâncias superiores não passando assim despercebidos.

Quanto à utilização das soluções aplicadas pela Suprema Corte Americana, vale salientar que a justiça brasileira não tem a mesma formatação estrutural que a justiça americana, a exemplo das decisões proferidas pela tribuna do Júri que não são aplicadas da mesma forma aqui em nosso país. Desta forma, não há o que se falar em competência do Tribunal do Júri para aferir e aplicar o valor condizente a título de caráter punitivo dos danos morais.

⁶² “Após a apresentação das alegações aos jurados, a Mc Donald’s foi condenada no pagamento da quantia de US\$ 200.000,00 a título de danos compensatórios, com redução de 20% em razão da participação da demandante no resultado e US\$ 2.7000.000,00 como danos punitivos. O julgador, por sua vez, reduziu a quantia em caráter de danos punitivos para US\$540.000,00, calculando-os no triplo do *compensatory damage* recebido”.

⁶³ RESEDÁ, Salomão. **A Aplicabilidade do Punitive Damage nas ações de indenização por dano moral no ordenamento jurídico brasileiro**. 2008. 324 f. Dissertação (Mestrado em Direito Privado e Econômico).

Universidade Federal da Bahia, UFBA, Salvador, 2008. Disponível em:

<<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/12303/1/SALOM%C3%83O%20RESED%C3%81.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2018. p. 247.

⁶⁴ RESEDÁ, Ibid., p. 253.

Nesse diapasão, observa-se a existência de uma grande receptividade do *punitive damage* na jurisprudência brasileira como forma de coibir determinadas ações que possam ser reincididas ou mesmo desprezadas pelos ínfimos valores condenatórios.

Quanto às medidas que vêm sendo adotadas pelo judiciário brasileiro, buscando melhorar a aplicação da justiça, tem-se que é visível o esforço que é aplicado na busca por uma justiça mais célere e eficaz, a exemplo da criação do Conselho Nacional de Justiça – CNJ⁶⁵, que tem buscado cobrar mais das autoridades judiciárias potencializando seus resultados, todavia, na esfera dos danos morais, é cabível maior esforço externo no intuito da busca por educar a população acerca do que vem realmente a ser dano moral e quando se deve pleitear o mesmo.

Algumas sugestões para as melhorias que podem ser reforçadas no processo judicial é a busca pela conciliação, mediação e a arbitragem, bem como uma gestão planejada e participativa em que o processo seja conhecido por todos, buscando-se maior eficácia na celeridade processual. Todavia, do lado de quem adentra as portas do judiciário, o processo educacional ainda se faz essencial objetivando esclarecer acerca do que deve ou não ser conceituado como dano moral ou um acontecimento cotidiano, conforme será explanado a seguir.

No Brasil a aplicação do *punitive damage* ainda não tem os contornos perfeitos a ponto de demonstrar o que é esse instituto, de forma que preside a ideia de vingança que deve ser compensada com vultosas indenizações.

Do ponto de vista de Resedá⁶⁶, muitos daqueles que se dedicam a referida temática esquecem-se de mencionar que a aplicação do *punitive damage* se dá diante de casos considerados de extrema gravidade ou da reiteração de condutas ofensivas.

Na visão de Schreiber⁶⁷, no Brasil não existe essa previsão legal, mas, com o avanço da legislação civil observa-se que a aplicabilidade do caráter compensatório com o caráter punitivo⁶⁸.

⁶⁵FREIRE, Tatiane. Em 10 anos, CNJ consolida sua atuação como órgão de controle do Judiciário. **Conselho Nacional de Justiça**, Brasília, DF, 14 jun. 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79627-em-10-anos-cnj-consolida-sua-atuacao-como-orgao-de-controle-do-judiciario>>. Acesso em: 30 jun. 2018.

⁶⁶ RESEDÁ, Ibid., p. 227.

⁶⁷ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013..p. 20.

⁶⁸ “O instituto não encontra previsão expressa no direito brasileiro. Em nossa tradição, a punição sempre foi desempenhada pelo direito penal, reservando-se ao direito civil uma função exclusivamente reparatória. Entretanto, no campo do dano moral, o espírito punitivo tem feito estrada. No afã de assegurar indenizações mais elevadas às vítimas, a doutrina brasileira tem aludido a um “duplo caráter” da indenização por dano moral, que combinaria (i) o caráter compensatório, voltado a reparar o dano moral sofrido, e (ii) o “caráter punitivo para que o causador do dano,

A receptividade desse instituto na jurisprudência brasileira sobre danos morais vem ganhando força em virtude da possibilidade de, com indenizações bem mais altas, coibir-se a reincidência ou estímulo a prática de determinados atos.

A exemplo tem-se que aquele que possui ganhos financeiros exacerbados pode sopesar se vale apenas persistir no ato danoso uma vez que a indenização que vai pagar pode ser simbólica para seus cofres.

À luz desse entendimento, Souza Costa⁶⁹ aponta que a indenização punitiva tem ganhado força no Brasil, uma vez que a simples reparação por dano moral não tem sido satisfatória na solução de diversos conflitos como, por exemplo, no caso em que o ofensor, mesmo após a reparação do dano que causou, auferir benefício econômico com o ilícito praticado ou quando o ofensor encara a reparação do dano como um preço que ele se propõe a pagar para cometer o ilícito ou persistir a praticá-lo.⁷⁰

Diante do exposto, cuidados são necessários quanto ao transplante de institutos estrangeiros à nossa legislação, uma vez que a estrutura da Suprema Corte Americana tem uma formatação que não condiz com a nossa, assim, nem sempre trazer institutos de outras culturas para nossa pode sempre ser a melhor saída, conforme deixa claro Barbosa Moreira⁷¹.

Como exemplo, tem-se que no Brasil as decisões por danos morais não são tomadas por um Tribunal do Júri enquanto que nos Estados Unidos o panorama é esse, tendo o Tribunal do Júri Brasileiro competência para participar no julgamento de crimes dolosos contra a vida, conforme elucida Resedá⁷² ao mencionar que a Constituição Federal de 1988, na alínea d, do

pelo fato da condenação se veja castigado pela ofensa que praticou”. Diversos autores sustentam, nessa direção, que “a indenização do dano moral tem um inequívoco sabor de pena, de represália pelo mal injusto”.

⁶⁹ SOUZA COSTA, Ana Carolina Gusmão de. **Dano Moral e Indenização Punitiva**. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro: EMERJ, 2009., p. 14.

⁷⁰ Ocorre dano eficiente quando é mais vantajoso para o agente arcar com eventuais indenizações do que prevenir o dano. Quando o litigante contumaz nega um direito a toda uma coletividade, ele está auferindo lucro ou realizando economia que pode ser representada financeiramente pelo valor monetário do direito negado multiplicado pelo número de indivíduos ofendidos. OLIVEIRA, Miguel Luiz Barros Barreto de. *A indústria do mero aborrecimento*. Juiz de Fora: Ed. Associada Ltda, 2016

⁷¹ “Uma coisa, no entanto, afigura-se indubitável: várias das características da Suprema Corte norte-americana causariam estranheza, quando não escândalo, se fossem transplantadas para o nosso universo judicial. Podem ser aceitas, nos Estados Unidos, com tranquilidade, e até produzir, lá, bons frutos; não quer dizer necessariamente que fosse proveitoso copiá-las aqui”. Para aprofundamento verificar em BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A Suprema Corte Norte-Americana: um modelo para o mundo?* **Revista Brasileira de Direito Comparado**, Rio de Janeiro, n. 26, 2004., p. 51.

⁷² RESEDÁ, Salomão. **A Aplicabilidade do Punitive Damage nas ações de indenização por dano moral no ordenamento jurídico brasileiro**. 2008. 324 f. Dissertação (Mestrado em Direito Privado e Econômico). Universidade Federal da Bahia, UFBA, Salvador, 2008. Disponível em:

inciso XXXVIII, do art. 5º determina a competência exclusiva para a “o julgamento dos crimes dolosos contra a vida”. Não havendo o que se falar sobre competência do Tribunal do Júri para aferir e aplicar o valor condizente a título de caráter punitivo dos danos morais.

A necessidade de aplicação do *punitive damage* no Brasil é importantíssima, uma vez que os direitos da personalidade precisam ser protegidos, de forma que, o Poder Judiciário necessita dar uma resposta à sociedade que clama pelo direito de defesa da sua honra. Desta forma, a busca por uma punição mais elevada ou um exemplo para não reincidência, como no *exemplary damage*, faz-se imprescindível para que o direito de reparação por danos morais continue a ser valorizado em nosso país.

Assim, Resedá⁷³ deixa claro que o duplo caráter do *punitive damage* vem sendo plenamente aceito no Brasil no que tange às ações de danos morais individuais, ganhando cada vez mais força na jurisprudência, apesar de não ser um comportamento majoritário, mas já existem posturas mais rígidas do Poder Judiciário na aplicação desse instituto.

O que não pode ser refutado é o objetivo da aplicabilidade desse instituto que é o de ressarcir o dano moral sofrido, bem como desestimular a reincidência da prática que gerou esse dano.

Ao longo dos tempos as demandas judiciais vêm crescendo de maneira exacerbada, isso é fruto do crescimento populacional bem como do dinamismo das relações sociais fruto das facilidades e tecnologias que fazem com que o contexto de vida atual exija muito mais do ser humano, o que se traduz em situações de estresse e impaciência.

Com isso e com as garantias proporcionadas pela legislação vigente, a exemplo da lei dos juizados especiais e da justiça gratuita, as demandas por ressarcimento por danos morais são cada vez maiores. Não distante, a máquina judicial não acompanha o referido crescimento, de forma que existem dois panoramas a serem visualizados no que tange ao tratamento que é dado acerca da matéria dos danos morais.

Primeiramente, tem-se a questão interna do Poder Judiciário que se encontra limitado em atender a crescente demanda, fazendo-se necessária, cada vez mais, a modernização de sua máquina, e, além disso, capacitação de seus funcionários e aumento do número dos mesmos.

<<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/12303/1/SALOM%C3%83O%20RESED%C3%81.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2018., p. 283.

⁷³ RESEDÁ, Ibid., p. 304.

Ao longo dos últimos anos, visualiza-se que o Poder Judiciário tem buscado efetivar ações que contribuem para melhoria no atendimento, mesmo que ficando ainda a dever. Um grande esforço que foi aplicado nessa busca por superação foi a criação do Conselho Nacional de Justiça, o CNJ.

O Artigo 103-B da Constituição Federal de 1988, em seu parágrafo 4º e incisos subscritos, estabelecem as competências do Conselho Nacional de Justiça⁷⁴. Com a implantação do CNJ, houve um dinamismo maior na administração judiciária e resultados foram alcançados através das cobranças exercidas por este Conselho.

O segundo panorama traz uma visão externa; observa-se que o judiciário poderia adotar medidas no sentido de educar a população acerca do que é o dano moral e quando o mesmo efetivamente é cabível, diferenciando-o dos acontecimentos cotidianos aos quais todos estão expostos.

Por fim, observa-se a necessidade de um esforço conjunto no intuito de promover melhorias nos aspectos relativos a questão das ações por danos morais.

Institucionalmente, o Poder Judiciário necessita atuar com processos de gestão onde todos interajam de forma planejada buscando-se antecipar os acontecimentos futuros e adaptando-se às mudanças do ambiente externo que vão criando novas situações, assim, se houver um preparo para se antecipar à chegada de mudanças, certamente a máquina judiciária estará mais preparada para lidar com as mesmas.

Na visão de Martelli Moreira⁷⁵, o planejamento estratégico para atuação dentro do poder judiciário faz uma diferença capaz de acelerar processos e saber lidar com as demandas vindouras, assim, as expectativas criadas pelo planejamento estratégico foram: Antecipação dos acontecimentos; preocupação com o futuro da organização; tomada de decisões de forma

⁷⁴Artigo 103-B § 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura:

II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União;

III - receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa.

⁷⁵ MARTELLI MOREIRA, João Luiz. Planejar o Futuro é Planejar o Presente. **Revista CEJ – Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal**, n. 1, 1997. Brasília: CEJ, 1997., p. 31.

organizada; preocupação com a eficácia; preocupação com mudanças no ambiente externo; correta utilização dos recursos internos; preocupação com a cultura organizacional; caracterização de um processo interno de mudanças; caracterização do processo de aprendizado institucional.

Dessa forma, tem-se que a ampla participação de todos proporciona divisão de responsabilidades, melhorando o cumprimento de prazos e a qualidade do serviço prestado ao público.

Além do processo de educação ao público, bem como da punição de causídicos oportunistas nas ações de danos morais, existe também um investimento maciço e necessário que deve sempre ser feito no intuito de resolver questões relativas a danos morais antes mesmo das mesmas tornarem-se objeto de querelas mais acirradas, para tanto, a conciliação, arbitragem e a mediação desempenham um papel muito importante nesse contexto.

A Conciliação está prevista no art. 3º da lei dos Juizados Especiais Cíveis nº 9.099/95 bem como na esfera Federal no art. 38 da lei 10.259/01. Através desses institutos, os Juizados passaram a ter competência para conciliação das causas a eles submetidas, sendo assim, se uma demanda por danos morais puder ser sanada ou esclarecida através de um processo de conciliação entre as partes, certamente diversas demandas deixarão de inchar a máquina judiciária com processos judiciais.

Nesse contexto, objetivando ou sanar uma demanda que já existe ou tentar evitar que a mesma surja, o conciliador desempenha um papel de suma importância, pois o mesmo sugere, interfere, aconselha as partes, o que não ocorre na mediação, conforme será exposto. O papel do conciliador não é necessariamente analisar ou julgar o conflito, mas sim, tentar forçar um acordo para evitar que a demanda avance.

Na mediação isso não ocorre, o mediador apenas age com o intuito de facilitar a comunicação entre as partes em um procedimento extrajudicial. A mediação pode ser judicial, quando ocorre após a judicialização da ação e as partes resolvem voltar atrás para tentarem nova negociação, ou por via incidental, quando ainda não se adentrou as vias judiciais. Todavia, é sempre fruto de uma negociação que não deu certo e criou barreiras de comunicação entre as partes.

Já na arbitragem, que junto com a mediação são procedimentos privados, elege-se um árbitro imparcial que vai decidir a causa, tendo sua decisão força vinculante e impositiva.

O que merece ser entendido é que deve existir esforço das duas partes, daquele que pretende ou daquele que adentrou às portas do judiciário, bem como do próprio Poder Judiciário no intuito de tentar resolver da melhor maneira possível as questões relativas aos danos morais, evitando assim a banalização dos processos que objetivam a reparação por danos morais.

Através do diálogo entre as culturas é possível chegar ao entendimento de que elas exercem influência direta no mundo jurídico, mais especificamente sobre o tema abordado que trata das questões atinentes ao dano moral no Brasil e nos Estados Unidos.

Além disso, deve-se sempre atentar ao fato de que não existe um modelo de indenização mais correto que o outro, mas sim modelos diferentes que atendem as singularidades de cada país. Segundo Garapon e Papapoulos⁷⁶, cada cultura pode buscar na outra o corretivo para os seus excessos, isto é, “colher na outra o antídoto para as suas derivas”.

3 O PAPEL DO JUIZ BRASILEIRO E SUA RELAÇÃO COM O DANO MORAL

3.1 Tensão entre os modelos de juiz – Breve Hermenêutica dos modelos de juiz na visão de Ronald Dworkin⁷⁷ e François Ost⁷⁸

⁷⁶ GARAPON, Antoine; PAPAPOULOS, Ioannis. **Julgar nos Estados Unidos e na França: cultura jurídica francesa e common law em uma perspectiva comparada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.. p.258.

⁷⁷ Ronald Myles Dworkin (Worcester, Massachusetts, 11 de dezembro de 1931 – Londres, 14 de fevereiro de 2013) foi um dos mais importantes filósofos do direito de língua inglesa da segunda metade do século XX até os dias de hoje. Ainda que a sua contribuição mais original e importante seja no campo da teoria do direito, sua obra tem também significativa relevância no campo da Filosofia Política, Filosofia Moral, Epistemologia Moral e Direito Constitucional, domínios do conhecimento que ele reconhecia como conceitualmente interligados. A atividade como

No capítulo anterior foi apresentado o desenvolvimento do dano moral no judiciário brasileiro, em que o legislador constituinte garantiu ao cidadão ser indenizado quando do prejuízo a sua moral, restando evidenciado que não houve por parte do constituinte definição e parametrização quanto a indenização deste dano.

Assim, na prática coube ao magistrado assumir a responsabilidade de tal trabalho, qual seja, definir e quantificar os pleitos relativos as indenizações por danos à moral.

Verificando-se, por conseguinte, a responsabilidade que foi incumbida a magistratura de mensurar o subjetivo, o indefinido, pois o dano moral, como seu próprio nome diz, refere-se a moral e cada cidadão tem a sua. Fazendo uma referência a períodos literários brasileiros, pode-se exemplificar através do naturalismo⁷⁹ onde a formação do homem, sua visão de mundo será particular e individual sob a influência do ambiente ao qual foi criado, assim é a moral de cada um.

Alguns doutrinadores, como o norte americano Ronald Dworkin⁸⁰ e o belga François Ost⁸¹, elaboraram estudos sobre a atividade da magistratura no aspecto jus-filosófico com o escopo de definir a alma deste profissional, conforme a legislação lhe é entregue e de que forma este a aplica ao caso concreto.

intelectual público estendeu o impacto de suas ideias para além do mundo puramente acadêmico, influenciando profundamente uma geração de juristas e marcando o debate de ideias sobre grandes temas contemporâneos como Aborto, Eutanásia, Liberdade de Expressão, Democracia, Eleições, Ação Afirmativa, Desobediência Civil, Feminismo, Pornografia, etc., em especial em artigos publicados no *The New York Review of Books*. <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/126/edicao-1/ronald-dworkin---teorico-do-direito>>.

⁷⁸ Nascido em Bruxelas, no ano de 1952, François Ost é dono de uma sólida e reconhecida carreira como jurista e filósofo do direito. Em 2001, recebeu o título Doutor honoris causa, da Universidade de Nantes (França). Em 2004, foi eleito membro da Academia Real de Ciências, de Letras e de Belas-Artes da Bélgica. Sua obra *Contar a lei* foi contemplada, em 2006, com o Prix quinquennal de l'essai de la Communauté française de Belgique. Em 2010, recebeu o Grand prix de la Fondation Prince Louis de Polignac pelo conjunto de sua obra. <rdl.org.br/seer/index.php/anamps/article/download/324/pdf_1>.

⁷⁹ O Naturalismo foi um movimento cultural relacionado às artes plásticas, literatura e teatro. Surgiu na França, na segunda metade do século XIX (principalmente entre 1880 e 1900). Este movimento foi uma radicalização e extensão do Realismo. Chegou ao Brasil no final do século XIX. Os escritores brasileiros abordaram a realidade social brasileira, destacando a vida nos cortiços, o preconceito, a diferenciação social, entre outros temas. O principal representante do naturalismo na literatura brasileira foi Aluísio de Azevedo. Suas principais obras foram: *O Mulato*, *Casa de Pensão* e *O Cortiço*. Outros escritores brasileiros que merecem destaque: Adolfo Caminha, Inglês de Souza e Raul Pompéia.

⁸⁰ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução Luis Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007..

⁸¹ OST, François. Júpiter, Hércules e Hermes: os três modelos de juízes. **Supremo Tribunal de Justiça**, Brasília, DF, 2009. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01048841455381501310035/cuaderno14/doxa14_11.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2018.

Os dois jus-filósofos aqui citados são antagônicos em suas opiniões, porém suas análises ajudarão a melhor entender o papel do juiz quanto ao ônus que lhe é imposto.

Em 1977 Dworkin publica o livro *Taking Rights Seriously*⁸², no qual apresenta considerações sobre a análise jurisdicional fundada em princípios que, não obstante, avalia as consequências das decisões tomadas.

De acordo com a obra de Dworkin, ao discorrer sobre os casos difíceis (*hard cases*)⁸³, defende que os juízes, ao enfrentarem problemas concretos, estes não podem ser decididos exclusivamente pelas regras existentes, o magistrado não atua como legislador delegado, suprindo omissões legais. Esses juízes não estariam criando qualquer direito novo, que seria aplicado retroativamente ao caso concreto, mas sim descobrindo quais seriam os direitos efetivos das partes.

Dworkin defende existir sempre uma resposta correta a todos os casos judiciais que se apresentem a um juiz e ainda, que esta solução deve ser preexistente à atividade interpretativa “posta em evidência”⁸⁴ pelo mesmo.

Sendo assim, Dworkin elege como a personificação de seu juiz ideal, Hércules, que simboliza um herói forte e justo, possuidor de além de sua força física, moral inabalável. Importante esclarecer a origem da mitologia grega de Hércules para que se possa compreender a eleição do mesmo pelo jus filósofo norte americano para nomear o juiz perfeito. Hércules é filho de Alcmena – filha de Elétrion, rei de Micenas – e Zeus, que por sua vez era casado com Hera, deusa imortal. Zeus se fez passar por Anfítrion – marido de Alcmena – e teve com a mesma três noites de amor, das quais nasceu Hércules. Zeus queria dar ao mundo “um herói como jamais houvera outro e que libertasse os homens de tantos monstros”⁸⁵. Para realizar seu intento enganou Alcmena e Hera, pois com o intuito de fazer de Hércules um imortal, fez o mesmo sorver o leite materno de Hera enquanto a mesma dormia. Hércules é um símbolo heroico da mitologia grega por seu caráter justo e sua força física e moral.

No que refere-se a moral inabalável de Hércules, lembra François Ost que Hércules é castigado com a maldição de Hera e afirma, em contraposição à construção de Dworkin, este não

⁸² DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução Luis Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

⁸³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007..

⁸⁴ SGARBI, Adrian. **Clássicos de teoria do direito**. Rio de Janeiro: Saraiva, [s.d.], p. 161.

⁸⁵ BRANDÃO, Junito de Souza. *Dicionário mítico-etimológico da mitologia grega*, p. 516

consegue vencer a culpa pelo fato de Hera o ter incitado a cometer um infanticídio⁸⁶, ou seja, este modelo de magistrado não pode se esquecer de que é capaz de falhar.

O argumento desenvolvido por Ost é bastante conhecido: não há um único modelo⁸⁷ capaz de descrever toda a complexidade que envolve a função do magistrado na contemporaneidade. Seja pelos aspectos operacionais, com os quais o juiz está envolvido na lida cotidiana da profissão, seja pela pluralidade de teorias disponíveis para retratar o fenômeno jurídico no nosso contexto atual. Todavia, Ost desafia a tese de que, não é possível falar em um único modelo⁸⁸ de juiz para atualidade, seria possível, por outro lado, buscar uma aproximação do problema a partir de três figuras — que funcionariam como arquétipos — representativos das possibilidades de enquadramento da atividade jurídica na atualidade. Essas três figuras seriam: *Júpiter, Hércules e Hermes*.⁸⁹

Na verdade, o que Ost nos revela através de seu texto são algumas das possibilidades interpretativas que podemos observar no âmbito jurídico ao longo do século XX.

Nesse sentido, o juiz Júpiter⁹⁰ seria aquele que desempenha a sua atividade interpretativa tendo como pressuposto a crença absoluta na teoria do ordenamento jurídico, cuja origem remonta a Teoria Pura do Direito de Kelsen. Assim, para o juiz Júpiter, as normas estariam postas numa cadeia hierárquica e estratificada no interior do ordenamento jurídico, de modo que uma Constituição escrita determinaria a atividade do legislador, ao passo que a atividade do legislador estabeleceria marcos definidores da ação interpretativa do juiz. Nesse contexto, “o juiz Júpiter só poderia se movimentar no espaço semântico a ele permitido pela norma jurídica superior”⁹¹.

O modelo jupiteriano de Ost é o modelo de direito baseado nos códigos de leis emitidos pelos órgãos com autoridade legislativa.

Já o juiz Hércules⁹² seria o arquétipo que reuniria em torno de si os elementos que caracterizam a postura interpretativa observada nas propostas mais extremas do chamado realismo jurídico. Nesse contexto, o juiz seria responsável, concomitantemente, pela decisão do

⁸⁶ OST, François. Júpiter, Hércules e Hermes: os três modelos de juízes. **Supremo Tribunal de Justiça**, Brasília, DF, 2009. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01048841455381501310035/cuaderno14/doxa14_11.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2018. p. 176.

⁸⁷ Ibid., p. 169-194...

⁸⁸ Ibid., p. 169-194...

⁸⁹ Ibid., p. 169-194...

⁹⁰ Ibid., p. 169-194...

⁹¹ Ibid., p. 169-194..

⁹² Ibid., p. 169-194..

caso concreto litigioso e pela criação da norma jurídica que seria a ele aplicado. Assim, não haveria para o juiz Hércules um compromisso em descobrir o direito que as partes tinham no momento de instalação do conflito. Pelo contrário, o juiz Hércules criaria a regra no momento da decisão do caso e a aplicaria, retroativamente, ao momento originário da demanda⁹³.

Ost reconhece que a descrição que ele efetua do juiz Hércules é diferente daquela que ficou célebre com Ronald Dworkin. Neste último caso, a jurisdição de Hércules representaria uma jurisdição com responsabilidade política. Todavia, é preciso ainda afirmar, que para Dworkin o juiz Hércules representa aquele que, a partir de um trabalho sobrehumano de análise do Direito da comunidade política, descobre o direito que as partes efetivamente têm e não aquele que cria Direito e o aplica retroativamente ao caso. Vale dizer, o juiz Hércules de Dworkin é irreal e, ao mesmo tempo, antijupiteriano, na visão de Ost.

Por fim, Ost constrói o arquétipo do juiz Hermes⁹⁴. Para ele, este seria o modelo adequado ao chamado *Direito pós-moderno*. Tal qual a figura do semideus grego — que fazia a mediação entre os deuses e os mortais, traduzindo a linguagem divina em humana e vice-versa — o juiz Hermes é aquele que consegue operar e dialogar com todos os códigos e valores que configuram o horizonte da pós-modernidade⁹⁵. Num tempo de extrema fragmentação, Hermes seria um juiz que se adapta a realidade. “Não conhece outra lei que não a da circulação dos discursos, a partir da qual arbitra os jogos, sempre recomeçados”⁹⁶.

Em contrapartida ao pensamento de Ost, Dworkin afirma que o direito como integridade consiste em uma teoria composta mais por perguntas do que respostas e para tanto, utiliza-se de Hércules como um instrumento para demonstrar a aplicação de sua teoria:

Devo tentar expor essa complexa estrutura da interpretação jurídica, e para tanto utilizarei um juiz imaginário, de capacidade e paciência sobre-humanas, que aceita o direito como integridade⁹⁷.

Seguindo esta idéia, Dworkin afirma que Hércules deve tratar os casos como uma teia completa, de forma que sua decisão não conflite com decisões tomadas no passado, formando

⁹³ Ibid., p. 169-194.

⁹⁴ Ibid., p. 182.

⁹⁵ Ibid., p. 183.

⁹⁶ Ibid., p.169-194..

⁹⁷ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução Luis Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.p. 287.

uma espécie de trama que não apresenta emendas nem costuras, não interrompendo o fio argumentativo⁹⁸. Pontua:

Ele (*Hércules*) deve construir um esquema de princípios abstratos e concretos que forneça uma justificação coerente a todos os precedentes do direito costumeiro e, na medida em que estes devem ser justificados por princípios, também um esquema que justifique as disposições constitucionais e legislativas⁹⁹.

Sendo assim, *Hércules* não cria novos direitos, mas aplica os princípios, justificando a decisão como a única resposta certa no direito vigente, inexistindo assim, a discricionariedade do juiz em sua teoria. Nosso juiz constrói as soluções mais racionais e essencialmente sistemáticas, aplicando com procedimentos intelectuais à resposta mais correta, verdadeira, a melhor resposta para o caso apresentado¹⁰⁰.

Este jus filósofo pauta-se por um esquema de princípios abstratos e concretos para construir sua teoria argumentativa da única resposta certa para cada caso apresentado, que se encaixa nos termos do direito estabelecido¹⁰¹.

Aliás, Dworkin¹⁰² trabalha com essa ideia e ainda acrescenta acerca desse magistrado numa questão de danos morais:

Ele sabe que outros juízes decidiram casos que, apesar de não exatamente iguais ao seu, tratam de problemas afins; deve considerar as decisões deles como parte de uma longa história que ele tem de interpretar e continuar, de acordo com suas opiniões sobre o melhor andamento a ser dado à história em questão. (Sem dúvida, para ele a melhor história será a melhor do ponto de vista da moral política, e não da estética).¹⁰³

Na construção desta figura mítica de Dworkin, o magistrado absorve a situação incontroversa em sua jurisdição e ao inspecionar os casos anteriores proferidas no tribunal. Dworkin acrescenta:

Em seu papel, *Hércules* deverá não só desenvolver as possíveis teorias capazes de justificar os diferentes aspectos do sistema, mas também testá-las, contrastando-as com a estrutura institucional mais ampla, sendo que, ‘quando o

⁹⁸ SGARBI, Adrian. **Clássicos de teoria do direito**. Rio de Janeiro: Saraiva, [s.d.], p. 166.

⁹⁹ DWORKIN, 1977, p. 181 *apud* SGARBI, Adrian. **Clássicos de teoria do direito**. Rio de Janeiro: Saraiva, [s.d.], p. 166.

¹⁰⁰ HABA, Enrique. Rehabilitación del no-saber em la actual teoría del derecho: El bluff Dworkin. **DOXA, Cuadernos de Filosofía Del Derecho**, Alicante, n. 24, p. 165-201, 2001. Disponível em: <<http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/10205#vpreview>>. Acesso em: 30 jun. 2018. p. 173..

¹⁰¹ SGARBI, Adrian. **Clássicos de teoria do direito**. Rio de Janeiro: Saraiva, [s.d.], p. 167.

¹⁰² DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução Luis Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 286

¹⁰³ *Ibid.*, p. 286.

poder de discriminação desse teste estiver exaurido, ele deverá elaborar os conceitos contestados que a teoria exitosa utiliza'.¹⁰⁴

Nesta ótica, mesmo que o “Juiz Hércules” tenha compromisso com a moralidade política, também o tem com a justiça e a equidade, de tal sorte que sua decisão não deve ser exclusivamente política.

Em tese, é neste ponto que se encontra o momento mais delicado da utilização da referida teoria para a solução de casos que se demonstram insolucionáveis, uma vez que é no momento da busca por argumentos ensejadores da decisão, que o Juiz Hércules não deve jamais esquecer que são os legisladores os possuidores de prerrogativa sobre questões puramente políticas.

Portanto, questões de cunho exclusivamente político não devem ser vistas como sendo daquele que diz o direito. De tal modo que sua busca é por aspectos que lhe pareçam identificáveis do ponto de vista da moralidade política pertencem a todo indivíduo, considerando é claro, a conduta delitiva do mesmo.

O conceito de Ronald Dworkin é sem dúvida uma demonstração do que deve ser a construção dos elementos formadores da decisão, ou seja, um romance em cadeia:

Assim, a unidade interpretativa necessária à construção de um romance em cadeia também é requisitada na interpretação jurídica, e isto só é possível porque pelo direito como integridade, “o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade, e o devido processo legal adjetivo”¹⁰⁵. Desta forma, será possível, que “a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas”¹⁰⁶

Entretanto, imperioso é trazer a lume que a interpretação que Dworkin preconiza com sua personagem mitológica, não é a interpretação livre e deliberada do magistrado, mas aquela que molda e exprime uma construção jurídica plausível e de acordo com o texto legal.

Neste diapasão da teoria de Dworkin é necessário atentar-se que o juiz não inventará algo novo, mas irá adequar o melhor possível dentro da legislação em vigência. Sem dúvida, algo que o coloca muito próximo da eficaz e justa prática social. O que se vê implicitamente na figura quase intransponível de Dworkin é a capacidade que esse “novo juiz” terá que ter para visualizar

¹⁰⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. .p168.

¹⁰⁵ Ibid., p.291

¹⁰⁶ Ibid.,p.291

este novo cenário comum em que o indivíduo se encontra, e conseqüentemente o seu respectivo direito.

O modelo de Hércules é mais investigação do que propriamente constatação, explica-se assim que, busca o mítico juiz perscrutar até onde aquele comando pode chegar. Ou seja, efetivamente o que determinada lei aos olhos do princípio da integridade pode fazer pelo direito do indivíduo ou da coletividade. É nesse ponto fulcral que Dworkin defende:

O método de Hércules não leva em conta o importante princípio, firmemente enraizado em nossa prática jurídica, de que as leis devem ser interpretadas não de acordo com o que os juízes acreditam que iria torná-las melhores, mas de acordo com o que pretendiam os legisladores que realmente as adotaram. Suponhamos que Hércules decida, depois de ter levado em conta tudo que seu método interpretativo recomenda que a lei é melhor se entendida que não concede ao ministro o poder de interromper projetos muito dispendiosos e quase concluídos.¹⁰⁷

A nossa prática jurídica, baseada em princípios democráticos, insiste em que Hércules se submeta à intenção dos legisladores e não a seu ponto de vista diferente¹⁰⁸. A esse respeito, Dworkin¹⁰⁹ aponta que, muito embora as decisões legislativas possam ser fundamentadas tanto em argumentos de princípios como de políticas, a aplicação de uma lei – ainda que gerada exclusivamente por uma política – é uma questão de princípio.

A esse respeito, Dworkin¹¹⁰ aponta que, muito embora as decisões legislativas possam ser fundamentadas tanto em argumentos de princípios como de políticas, a aplicação de uma lei – ainda que gerada exclusivamente por uma política – é uma questão de princípio.

Assim, Dworkin¹¹¹ defende a tese dos direitos, onde sustenta que, em casos difíceis, as decisões devem ser tomadas com base em argumentos de princípio, e não em argumentos de política.¹¹²

O autor vai além, destacando, quanto às questões pertinentes a deontologia, utilitarismo e o papel das considerações consequencialistas, que:

¹⁰⁷ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução Luis Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

¹⁰⁸ Ibid., p.378.

¹⁰⁹ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

¹¹⁰ Ibid..

¹¹¹ Ibid.,

¹¹² Ibid.,p. 151-152

Poucas pessoas defendem uma teoria dos direitos rigorosamente deontológica. Assim, a maior parte dos juízes irá pensar que [...] os argumentos consequencialistas têm um papel a desempenhar na definição das dimensões desses direitos. Eles podem, contudo, defender uma grande variedade de teorias diferentes sobre o papel que as considerações consequencialistas podem apropriadamente desempenhar [...].

Alguém pode rejeitar todas as formas de utilitarismo e, ainda assim, atribuir um lugar importante às considerações de consequência nos argumentos sobre os direitos. Alguém poderia pensar que as pessoas têm um direito à consideração dos outros, de onde se depreende que os outros não podem lhe causar um grande prejuízo em troca de ganhos relativamente pequenos para si mesmos, ou que não podem se abster de livrá-las de um grande prejuízo se estiverem em condições de fazê-lo com poucos riscos para si próprios. Este direito abstrato tornará as considerações de consequência relevantes sempre que o ato ou a omissão de uma pessoa possa resultar em graves consequências para o bem-estar dos outros, mas a teoria pode insistir em uma grande variedade de distinções que tornarão diferente o papel das consequências em diferentes situações. Pode configurar um padrão mais elevado de cuidado ou sacrifício quando o risco de prejuízo voltar-se mais para pessoas do que para a propriedade, por exemplo¹¹³

[...] Dworkin espera do seu modelo de Juiz um ato de coerência traduzido pela percepção da realidade que cerca o corpo social e a individualidade de cada um em sintonia com os comandos legais. Engana-se aquele que entende que essa edificante teoria está alicerçada em atos de heroísmo. O que no máximo extrai-se como concreto da mitológica figura é o simbolismo de seu hercúleo esforço, assim como a aplicação do Dano Moral no Brasil, pois o legislador não foi capaz de nortear o magistrado na quantificação e parametrização deste direito.

Desta forma, Hércules surge como resposta a grande demanda moderna de uma atitude interdisciplinar dos juízes reais, servindo como um ideal a ser alcançado, pois o mesmo é capaz de demonstrar a esses profissionais jurídicos como o direito deve ser não só concebido, mas também aplicado como uma prática interpretativa através de seu procedimento diante de cada caso, aplicando a hipótese do romance em cadeia¹¹⁴, onde os juízes devem se comportar como

¹¹³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 480-482

¹¹⁴ Apresentar este aspecto da teoria de Dworkin com o título “Direito como literatura” é uma ideia extraída de François Ost. O autor explica que “os estudos comumente classificados sob o nome geral de ‘direito e literatura’ (nos Estados Unidos, Law and Literature) podem, em realidade, assumir formas bastante diversas que é possível agrupar em três correntes distintas.”. Nesse sentido, são diferenciados pelo autor o direito da literatura, “que estuda a maneira

integrantes de uma romance desenvolvido por todos, devendo trazer soluções que sejam coerentes entre si, mas também que o direito, mediante a aplicação dos princípios e a sua união com a moral, acompanhe as transformações sociais e possam atender às demandas da sociedade, pautando-se pela integridade na prestação jurisdicional.

Da fábula, fica a mensagem emblemática ao magistrado, de que sua decisão é poderosa, tanto que define os rumos individuais e coletivos, por outro lado lhe confere a responsabilidade de dizer o direito, pautado obviamente pelos princípios da integridade e da moral, afim de proferir decisões mais justas possíveis.

3.2 Livre Convencimento

A criação do Novo Código de Processo Civil advém ao fato do legislador se ver preso a um diploma legal que não se adequava mais aos dias atuais. Isso ocorreu por várias razões, como por exemplo, o aumento da demanda que existe atualmente no judiciário e sua morosidade. Assim, se entendeu pertinente a criação de um anteprojeto para um novo código a fim de reformar o direito processual como um todo.

Dentro das diversas modificações realizadas pelo NCPC o dever de fundamentação é um grande exemplo dessas alterações previstas. O tema da fundamentação ou motivação das decisões judiciais sempre foi considerado de extrema importância. Adveio, primeiramente, previsto no texto constitucional, e no antigo CPC que estampava no artigo 458¹¹⁵. Entretanto, as falhas do sistema fizeram com que o legislador passasse a redobrar a atenção no dispositivo de lei, dando mais importância ao tema.

como a lei e a jurisprudência tratam os fenômenos da escrita literária”, o direito na literatura, que é a perspectiva “que se debruça sobre a maneira como a literatura trata questões de justiça e de poder subjacentes à ordem jurídica”, e, para o âmbito deste trabalho que expõe o modelo de racionalidade jurídica de Dworkin, Ost apresenta o Direito como literatura, “que aborda o discurso jurídico com os métodos da análise literária (é a abordagem dominante nos Estados Unidos)”. É para esta última direção que apontam as comparações que Dworkin estabelece entre o direito e a literatura quando, como veremos a seguir, propõe que a atividade judicial é equivalente a de um escritor de um romance em cadeia (OST, François. **Contar a lei**: as fontes do imaginário jurídico. São Leopoldo: Unisinos, 2005.p. 48).

¹¹⁵ Art. 458. São requisitos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem.

Assim o artigo 371¹¹⁶ do Código de Processo Civil de 2015 consagra o Princípio do Livre Convencimento Motivado, corolário do sistema da persuasão racional.

Trata-se de um sistema intermediário entre o sistema regular de provas e o modelo da íntima convicção, valendo o livre convencimento do magistrado, porém adstrito às provas dos autos.

Assim dizendo, o julgador é livre para analisar as provas produzidas e decidir a demanda conforme seus critérios de entendimento, calcado no raciocínio e na lógica, desde que tenha por base os elementos constantes dos autos e que fundamente sua decisão, sempre com esteio na legislação pátria e na Constituição Federal.

O Princípio da Livre Convicção Motivada encontra respaldo ainda no art. 93, inciso IX, primeira parte, da Carta Magna de 1988¹¹⁷, que institui que todas as decisões dos órgãos do poder judiciário deverão ser devidamente motivadas, sob pena de nulidade. O dispositivo constitucional objetiva dar racionalidade às decisões, preservando a legalidade dos pronunciamentos judiciais.

Por conseguinte, não obstante permite que o juiz aprecie livremente as provas, a Constituição Federal veda que o faça sem a apresentação das respectivas justificativas, a fim de evitar que retorne o arbítrio. A propósito, importante comentário foi feito por Nelson Nery Júnior¹¹⁸:

Livre convencimento motivado. O juiz é soberano na análise das provas produzidas nos autos. Deve decidir de acordo com o seu convencimento. Cumpre ao magistrado dar as razões de seu convencimento. Decisão sem fundamentação é nula *pleno jure* (CF 93 IX). Não pode utilizar-se de fórmulas genéricas que nada dizem. Não basta que o juiz, ao decidir, afirme que defere ou indefere o pedido por falta de amparo legal; é preciso que diga qual o dispositivo de lei que veda a pretensão da parte ou interessado e porque é aplicável no caso concreto.

¹¹⁶ Art. 371. 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.

¹¹⁷ Art. 93, IX - Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

¹¹⁸ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 519.

Acerca do tema, Marinoni escreve que: “o juiz, para pôr fim ao conflito, deve estar convicto, dentro das suas limitações, a respeito da verdade, uma vez que sua essência é impenetrável”¹¹⁹.

O convencimento motivado do juiz nada mais é do que a análise das provas dos autos ou todas as alegações das partes, por exemplo. De acordo com a teoria do livre convencimento motivado, o juiz entende, na prática, que não estaria obrigado a analisar todas as provas ou alegações, uma vez que, como o próprio nome já diz, o convencimento é livre, desde que motivado.

O novo código trouxe alterações desde o *caput* do artigo e acrescentou três parágrafos, os quais dão ênfase à fundamentação das decisões. Primeiramente, houve a alteração no termo *requisitos* que foi substituído por *elementos*. Após, pode ser observada a inserção de alguns parágrafos pelo legislador, com destaque ao § 1º, sendo este o principal ponto de referência para este trabalho. Segue o teor do artigo:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

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

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

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

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a

¹¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo Civil**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 2., p.457.

interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

É notória a inserção pelo legislador de novas exigências no que toca à fundamentação das decisões judiciais. Anteriormente, o tema era apenas previsto no texto constitucional. A partir da efetivação de tais alterações, o dispositivo de lei acima consagra o princípio previsto na Constituição Federal, elencando um rol taxativo de situações para as quais não se pode considerar fundamentada uma decisão.

Theodoro Júnior, Nunes¹²⁰ afirmam sobre a inserção dos parágrafos no dispositivo:

[...] mostram uma preocupação do legislador em acolher as críticas que a doutrina jurídica de há muito faz a decisões de fundamentação extremamente deficientes (e superficiais) e que não enfrentam argumentos relevantes trazidos pelas partes, entendidos como tais aqueles aptos a influir no deslinde da causa (o que é uma decorrência lógica da mera subsunção do conteúdo jurídico do direito fundamental ao contraditório, na sua acepção substantiva) [...].

Dessa forma, considerando o atual momento em que se encontra o sistema processual civil, o novo Código pretende alterar a forma como as decisões têm sido proferidas há longo período.

Diante desse patológico cenário, o Novo Código de Processo Civil buscou dar nova dignidade à garantia ao estabelecer, de forma bastante detalhada, o que é motivar adequadamente uma decisão judicial (art. 489, § 1º).¹²¹

Nesse contexto, é perceptível que o autor aponta que o novo Código propõe maior exigência ao julgador, uma vez que o termo fundamentar extrapolou os limites de seu significado há muito utilizado, dando conta de propor maior efetividade jurisdicional nas decisões judiciais.

A decisão judicial que é proferida pelo julgador tem como receptores o povo ou sociedade, os Tribunais Superiores e, claro, as partes que litigam. Assim, a fundamentação da decisão torna-se ainda mais importante a partir do momento em que estes três receptores serão aqueles que irão exercer o controle da atividade jurisdicional, como também será visto posteriormente.

¹²⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto [et al]. **Novo CPC: Fundamentos e sistematização**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015..p.311.

¹²¹ LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O dever de motivação das decisões judiciais**. Salvador: Juspodivm, 2015..p. 26.

Nesse sentido, denota-se que a fundamentação das decisões é elemento indispensável para maior segurança jurídica. “É sabido que ao juiz não compete simplesmente *declarar* a lei. Antes de tudo, o juiz *interpreta* o Direito e, então, extrai a solução do caso concreto”¹²². Ou seja, o juiz, a partir da fundamentação das decisões, demonstra, acima de tudo, que compreende e interpreta o direito. Assim, ainda pode ser dito que:

Interpretar significa individualizar possíveis significados dos fatos, das provas e dos textos com que se expressam legisladores e juízes, valorar argumentativamente esses possíveis significados e decidir entre os significados concorrentes.¹²³

Ao juiz cabe “dizer o direito”, mas para isso deve também saber “desdobrar o direito”, ir além do óbvio, do superficial, do que “salta aos olhos”, a fim de encontrar resposta para a lide existente. A solução dos conflitos depende da interpretação e compreensão que o magistrado faz do conjunto de provas carreadas nos autos em conjunto com a farta legislação, doutrina e jurisprudências existentes no ordenamento jurídico. É com base nesses elementos que irá, de forma fundamentada, formar a razão de seu convencimento.

Para que [a decisão] seja dotada de racionalidade – e, portanto, para que seja aceitável do ponto de vista do Estado Constitucional – a sentença deve ser estruturada não só a partir da fórmula apresentada no art. 489, *caput*, CPC, mas também a partir da necessidade de racionalidade decisória: daí que é imprescindível reconhecer a necessidade de termos para cada decisão correlata justificção.¹²⁴

A decisão judicial deve ser dotada de racionalidade. É a partir da razão que o julgador terá sua fundamentação. Percebe-se que os doutrinadores trazem à tona a questão constitucional, ou seja, a decisão precisa estar em conformidade com os princípios elencados na Constituição, a fim de dar garantia e segurança. E a motivação das decisões judiciais é um destes princípios, que há muito está elencado na Constituição Federal e que precisou ganhar maior ênfase no novo Código de Processo Civil para garantir sua efetividade.

¹²² LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O dever de motivação das decisões judiciais**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 59-60.

¹²³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 491.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 491.

Lucca¹²⁵ também aduz em sua obra que a motivação das decisões é uma garantia processual. Dessa forma, estão interligados motivação, Estado de Direito, segurança jurídica e devido processo legal. Assim, com a chegada do novo CPC, as relações entre esses elementos acima elencados irão se estreitar.

Ainda, o autor complementa que “[...] [a] motivação das decisões judiciais [dentre outras], são todas garantias voltadas à redução do arbítrio e promoção da racionalidade no exercício do poder jurisdicional”¹²⁶

Desse modo, sendo a motivação das decisões judiciais uma garantia inerente ao Estado de Direito, é esperado, em razão da alteração prevista no novo Código, aumento no controle e legitimação jurisdicional. Isso se dá em razão de que são atribuídas novas exigências ao Juiz, esperando-se que dele sobrevenham decisões com maior profundidade e completude em sua motivação, pelo que espera-se promover maior segurança jurídica e o devido processo legal.

Ainda nesta linha é o entendimento de Guilherme Rizzo Amaral¹²⁷, o qual aduz que a fundamentação é a garantia política inerente ao Estado de Direito. Afirma que “a devida motivação da sentença garante às partes e ao órgão recursal o controle do raciocínio adotado pelo seu prolator”. E complementando tal entendimento, Lucca¹²⁸ refere que:

A motivação (ou fundamentação) das decisões judiciais é, portanto, um dever constitucional e legal imposto a todos os magistrados, de modo que, ou o ato jurisdicional com conteúdo efetivamente decisório é motivado (excluindo-se, conseqüentemente, os meros despachos) ou é nulo.

Acrescenta que “motivar uma decisão judicial significa expor de maneira ordenada, lógica, clara e coerente as razões pelas quais se decide de determinada maneira”.¹²⁹

Assim, fica claro que a fundamentação das decisões é essencial para um processo civil colaborativo, bem assim demonstra um “efetivo diálogo entre as partes e o juiz a respeito da causa”.¹³⁰

¹²⁵ LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O dever de motivação das decisões judiciais**. Salvador: Juspodivm, 2015.

¹²⁶ Ibid., P. 72.

¹²⁷ AMARAL, Guilherme Rizzo. **Comentários às alterações do novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015..p.589.

¹²⁸ LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O dever de motivação das decisões judiciais**. Salvador: Juspodivm, 2015. P. 78.

¹²⁹ Ibid., P.79.

Deve ser levado em consideração também que decisão fundamentada não necessariamente é uma decisão extensa, e sim, que expresse as razões do convencimento de forma clara. Theodoro Júnior, Nunes¹³¹ escreve:

Atente-se que “decisão fundamentada”, isto é, que leve a sério os argumentos, teses e provas de ambas as partes não é sinônimo de decisão longa. Pode-se plenamente ter uma sem outra coisa. O que no Novo CPC quer (ou melhor, o que, antes e acima dele, a Constituição quer) é uma decisão legítima, correta e íntegra (Dworkin) e não, necessariamente, uma decisão prolixa.

Desse modo, deve ser levado em conta o fato de que a decisão precisa ser coerente com o postulado. Não basta elencar citações doutrinárias ou jurisprudências sem o juiz expressar a racionalidade com que chegou ao convencimento. Ainda, o autor critica:

Não podemos mais tolerar as simulações de fundamentação nas quais o juiz repete o texto normativo ou a ementa de julgado que lhe pareceu adequado ou preferível, sem justificar a escolha. Devemos patrocinar uma aplicação dinâmica e panorâmica dessa fundamentação que gere inúmeros benefícios, desde a diminuição das taxas de reformas recursais, passando pela maior amplitude e profundidade dos fundamentos determinantes produzidos nos acórdãos e chegando até mesmo a uma prática decisória na qual os tribunais julguem menos vezes casos idênticos em face da consistência dos julgamentos anteriores.¹³²

Ao juiz cabe compreender a vontade da lei, harmonizando-a ao caso concreto e à realidade social. Ele não deve ater-se a rígidos esquemas de aplicação da lei, devendo interpretá-la, sentenciando sempre com arrimo na lei. Nos ensinamentos de Clóvis Beviláqua “interpretar é escolher, dentre as muitas que a palavra oferecer, a justa e conveniente”.

A palavra em destaque dos doutrinadores na pesquisa desenvolvida foi racionalidade, porém não há como ter racionalidade sem parâmetro, sem norte.

Assim como Hércules que não escolheu seus trabalhos, apenas os cumpriu e alcançou sua redenção, o legislador brasileiro age como a deusa Hera com o magistrado.

¹³⁰ AMARAL, Guilherme Rizzo. **Comentários às alterações do novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 589

¹³¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto [et al]. **Novo CPC: Fundamentos e sistematização**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.. p. 302.

¹³²Ibid., p.302.

Ao árbitro das leis, o juiz, cabe a racionalidade, sabedoria e justiça na aplicabilidade da lei ao caso concreto, neste trabalho em específico na aplicabilidade e quantificação do dano moral, porém como realizar tal feito, quando o legislador garantiu direitos, mas omitiu as regras de sua efetividade?

Nesse sentido, não restam dúvidas de que tanto a doutrina quanto o legislador esperam maior comprometimento do julgador ao prolatar decisões. Será dessa maneira que a atividade jurisdicional ganhará destaque e efetividade.

3.3 Segurança Jurídica

A etimologia da palavra segurança exprime a ausência de preocupações, frustrações e surpresas, pois oriunda do latim, *sine + cura* (sem preocupações).

O Dicionário Priberam da Língua Portuguesa¹³³ aponta como significado do verbete:

1. Ato ou efeito de segurar; 2. Qualidade do que é ou está seguro; 3. Conjunto das ações e dos recursos utilizados para proteger algo ou alguém; 4. O que serve para diminuir os riscos ou os perigos; 5. Aquilo que serve de base ou que dá estabilidade ou apoio [...].

Deste modo, o conceito de segurança quando aplicado ao direito e às relações jurídicas exprime a ideia de paz, certeza e garantia de direitos. Neste sentido o dicionário jurídico¹³⁴ define segurança jurídica como:

Princípio geral de direito mantido através das regras de regulação do sistema: “não se pode deixar de obedecer comando do poder público, alegando sua invalidade”, inferidas dedutivamente do princípio da presunção *juris tantum* da veracidade e legitimidade dos atos do Poder Público, e “deve-se respeitar o caso julgado”, que é princípio da coisa julgada”, que é o princípio da coisa julgada pelo qual, tendo havido decisão judicial definitiva, para prestigiar o órgão judicante que a prolatou, se garantirá a impossibilidade de sua reforma e a sua executoriedade, pois terá força vinculante para as partes, devido a presunção absoluta.

¹³³ DICIONÁRIO DA LÍNGUA PORTUGUESA ONLINE. [s.l.]: Priberam, 2008-2013. Disponível em: <<https://www.priberam.pt/dlpo/>>. Acesso em: 30 jun. 2018.

¹³⁴ DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. 2. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1., p.332.

A segurança do direito é um valor jurídico que exige a positividade do direito, enquanto a segurança jurídica é já uma garantia que decorre dessa positividade. Assim é o direito constitucional positivo, traduzido na Constituição, é que define os contornos da segurança jurídica da cidadania. Nos termos da Constituição a segurança jurídica pode ser entendida num sentido amplo e num sentido estrito. No primeiro, ela assume o sentido geral de garantia, proteção, estabilidade de situação ou pessoa em vários campos, dependente do adjetivo que a qualifica. Em sentido estrito, a segurança jurídica consiste na garantia de estabilidade e de certeza de negócios jurídicos, de sorte que as pessoas saibam de antemão que, uma vez envolvidas em determinada relação jurídica, esta se mantém estável, mesmo se modificar a base legal sob a qual estabeleceu.¹³⁵

A segurança está intrínseca à própria noção de Estado Democrático de Direito, como princípio fundamental da Constituição da República em seu art. 1º, caput, de modo a garantir o cidadão, tendo presente a garantia de elementos fundantes da sociedade realmente democrática, como o princípio democrático, o da justiça, o da igualdade, da divisão de poderes e da legalidade.

A idéia de segurança jurídica está intrinsecamente ligada à previsibilidade do direito, como nos ensina a atual Presidente do Supremo Tribunal Federal em sua obra citada, que pode ser alcançada com a utilização do sistema de precedentes, onde casos similares recebam o mesmo tratamento pelo poder judiciário, garantindo-se, igualdade.

A ministra Cármen Lúcia¹³⁶ em sua obra desenvolve o tema:

A segurança do direito é a que exige a positividade do direito e é, neste contexto, que a segurança se entronca com a Constituição, na medida em que esta constitui o fundamento de validade do direito positivo. Embora, como dito antes, o direito positivo, uma vez estabelecido, tenda a impor-se com incondicional validade e obrigatoriedade até independentemente de sua justiça, o certo é que a Constituição que condiciona, não só sua validade, mas também certas exigências a respeito de seu conteúdo, como as exigências de sua praticabilidade. E é também aqui que a segurança pode harmonizar-se com o valor do justo, na medida em que a Constituição tem por missão assegurar a vigência e eficácia do princípio da dignidade da pessoa humana, em que se centram todas as demais manifestações dos direitos fundamentais do homem. [...] Assim, a segurança

¹³⁵ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed. rev. e ampl., Belo Horizonte: Fórum, 2005., p. 17.

¹³⁶ Ibid., p.16.

legítima do direito é apenas aquela que signifique garantia contra a arbitrariedade e contra as injustiças.

Portanto, tendo em vista que a Constituição condiciona todas as normas, estas devem, inexoravelmente, à míngua de sua letra, ir ao encontro dos princípios, direitos e garantias dispostas na Lei Maior.

Destarte, tendo em vista o princípio da dignidade da pessoa humana, gênero dos direitos e garantias fundamentais, deve-se se pautar no intuito de respeito a tal princípio, assim, a segurança jurídica tende a ser justa, pois tem como fonte direito positivado e devidamente constituído em valor maior.

A Segurança Jurídica é um valor essencial para o amadurecimento do Estado Democrático de Direito, do mesmo modo que assim o é o conceito de Justiça. Esses dois valores, embora aparentemente possam entrar em choque, devem atuar em constante harmonia, a fim de valorizar a dignidade humana e a cidadania.

Nos dizeres de Humberto Ávila¹³⁷:

Pode-se conceituar a segurança jurídica como sendo uma ‘norma-princípio que exige, dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, a adoção de comportamento que contribuam mais para a existência, em benefício dos cidadãos e na sua perspectiva, de um estado de confiabilidade e de calculabilidade jurídicas, com base na sua cognoscibilidade, por meio da controlabilidade jurídico-racional da estruturas argumentativas reconstrutivas de normas gerais e individuais, como instrumento garantidor do respeito à sua capacidade de – sem engano, frustração, surpresa e arbitrariedade – plasmar digna e responsabilmente o seu presente e fazer um planejamento estratégico juridicamente informado do seu futuro’.

De acordo com o jurista, “a segurança jurídica é um princípio, possuindo, portanto, força normativa, que estabelece um estado ideal de coisas, que os poderes constitucionais devem promover, por meio das normas jurídicas que produzam, os estados de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade jurídica, que são pressupostos indispensáveis para que o indivíduo seja respeitado pelo Estado como ser humano racional e autônomo, apto a planejar sua própria vida ”.¹³⁸

¹³⁷ ÁVILA, Humberto. **Princípios e regra e a segurança jurídica**. Revista de Direito e Estado, ano 1, n. 1, jan./mar. 2006.

¹³⁸ Ibid.

Humberto Ávila visualiza a segurança jurídica como “a face jurídica da dignidade humana, que, ao exigir a visibilidade da respeitosa transição do passado ao presente, e do presente ao futuro, impede que o Direito se volte contra quem nele confiou e que com a sua contribuição agiu”¹³⁹.

E ainda, o jurista afirma que a promoção dos ideais da segurança jurídica depende da inteligibilidade, da lealdade e da suavidade na aplicação de normas jurídicas pelo Estado, isto é, da administração pública, do legislativo e o juiz, evitando-se engano, frustração e surpresas aos indivíduos.

De acordo com Gomes Canotilho:

O princípio geral da segurança jurídica em sentido amplo pode formular-se do seguinte modo: o indivíduo têm do direito poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçados em normas jurídicas vigentes e válidas por esses actos jurídicos deixado pelas autoridades com base nessas normas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico.¹⁴⁰

Especificadamente, Canotilho afirma que no âmbito dos atos jurisdicionais que:

as ideias nucleares da segurança jurídica desenvolvem-se em torno de dois conceitos (1) estabilidade ou eficácia ex post da segurança jurídica dado que as decisões dos poderes públicos uma vez adoptadas, na forma e procedimento legalmente exigidos, não devem poder ser arbitrariamente modificadas, sendo apenas razoável a alteração das mesmas quando ocorram pressupostos materiais particularmente relevantes; (2) previsibilidade ou eficácia ex ante do princípio da segurança jurídica que, fundamentalmente, se reconduz à exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos em relação aos efeitos jurídicos dos actos normativos.¹⁴¹

Essa é a razão determinante que a doutrina sempre volta a discutir a importância da segurança jurídica, insistindo em considerá-la como princípio fundamental inspirador de condutas a serem exercidas por qualquer agente estatal, político ou não, a fim de que resulte no máximo fortalecimento do Estado Democrático de Direito previsto na Constituição.

¹³⁹ Ibid.

¹⁴⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Almedina, 2003..

¹⁴¹ Ibid.

José Augusto Delgado¹⁴² em seu artigo ao Superior Tribunal de Justiça finaliza:

Segurança jurídica representa confiabilidade no Sistema Legal aplicado. Este deve traduzir ordem e estabilidade, com base na observância dos princípios da igualdade, da legalidade, da moralidade, da irretroatividade de leis, de respeito aos direitos adquiridos, da inexistência de julgamentos parciais, da não mudança injustificada de orientação jurisprudencial, de respeito à coisa julgada quando não inconstitucional, ao ato jurídico perfeito, à concessão de ampla defesa e do contraditório, da aplicação da justiça social, da independência do Poder Judiciário, da valorização dos direitos da cidadania e da dignidade humana.

O que se pode concluir de todas estas opiniões doutrinárias, é que a segurança jurídica está intimamente relacionada ao princípio da legalidade. O Estado tem suas ações limitadas pelo que é garantido aos cidadãos pelo Direito, considerada a expectativa gerada nos indivíduos dependentes desse mesmo Estado.

A Constituição Federal no seu artigo 5º inciso II traz o princípio da legalidade, afirmando que “II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Desta forma este artigo se impõe, afirmando que as divergências sejam resolvidas pela lei, e somente por lei a pessoa será obrigada a fazer ou não fazer algo. Este princípio é genérico, ou seja, vale para todos.

Se o princípio da legalidade emana da lei, a lei é a mais pura expressão do direito colocada na forma escrita, que emana de autoridade competente, que surge após o trâmite de um processo que foi anteriormente traçado pelo Direito, prescrevendo as condutas mais corretas, que teriam uma sanção jurídica que seria imperativa, ou seja, uma norma jurídica de caráter abstrato e geral.

A segurança, assim, não consiste apenas em garantir um ambiente sólido para a realização de negócios jurídicos ou de maneira mais abrangente, para as relações sociais, mas também envolve a participação estatal na manutenção e renovação dessa segurança. Almiro Couto e Silva¹⁴³, que trabalha mais profundamente a existência de um aspecto subjetivo da segurança

¹⁴² DELGADO, José Augusto. A imprevisibilidade das decisões judiciais e seus reflexos na segurança jurídica. **Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, DF, 2007. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/74120>. Acesso em: 30 jun. 2018.

¹⁴³ COUTO E SILVA. Almiro do. O Princípio da Segurança Jurídica: Proteção à Confiança no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**,

jurídica, aponta para a importância das ações do Estado no sentido de garantir que a confiança depositada pelos cidadãos não seja quebrada.

Isso ultrapassa a ideia uniforme de seguir o texto legal e transborda em clara adaptação do princípio da segurança jurídica aos tempos atuais, em que a fugacidade dos momentos torna o direito constantemente obsoleto.

Não se pode deixar de lado o que Paulo Dourado de Gusmão¹⁴⁴ menciona em seu livro *Introdução ao Estudo do Direito*: a segurança jurídica é um aspecto material responsável por estruturar o direito. Sem ela, o predomínio da lei da força é iminente. A segurança jurídica é, doutrinariamente, um princípio essencial à estabilidade e legitimidade do ordenamento jurídico. Teóricos do direito e constitucionalistas dedicaram páginas de suas obras à abordagem deste princípio, ressaltando aspectos legais e materiais, bem como uma nova maneira subjetiva de aplicá-lo nas relações entre Estado e sociedade.

Porém, a imprevisibilidade das decisões judiciais fortalece os males provocados pela insegurança jurídica contribuindo para enfraquecer o regime democrático. A ausência de uniformidade das decisões judiciais, por inexistência de causas jurídicas, não gera tranquilidade e desta forma há aumento dos conflitos. O que ataca aos princípios do regime democrático, do respeito à dignidade humana, da valorização da cidadania e da estabilidade das instituições.¹⁴⁵

Nas palavras do Delgado, melhor resume a imprevisibilidade e seus efeitos: “A imprevisibilidade das decisões judiciais, ao atingir níveis críticos, pode desequilibrar a economia de um país”.

Reduzir o grau de imprevisibilidade das decisões judiciais e, com isso, contribuir para a maior estabilidade do marco institucional é tarefa principalmente dos profissionais do direito - os juízes, em particular. Essa responsabilidade não pode ser transferida a ninguém mais: economistas, legisladores ou mesmo o governo pouco ou nada podem fazer a respeito. Lamentavelmente, contudo, ainda é pequena a percepção entre os profissionais jurídicos acerca da relevância da questão. Treinados para focarem os litígios em sua individualidade, esses profissionais raramente notam os efeitos macro-institucionais que os cercam.

Salvador, n. 2, abr.-jun., 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44376>>. Acesso em: 30 jun. 2018.

¹⁴⁴ GUSMAO, Paulo Dourado de. **Introdução ao Estudo do Direito**. 40. ed. Forense, 2008.

¹⁴⁵ DELGADO, José Augusto. A imprevisibilidade das decisões judiciais e seus reflexos na segurança jurídica. **Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, DF, 2007. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/74120>. Acesso em: 30 jun. 2018.

A reversão desse quadro também é tarefa exclusiva dos advogados, juízes, promotores de justiça e demais profissionais do direito. Estimulá-los a se preocuparem com as repercussões das decisões judiciais na criação de um ambiente institucional que atraia os investimentos produtivos de longo prazo é o primeiro desafio a enfrentar, se quisermos que, no Brasil, a Justiça não desequilibre a economia.¹⁴⁶

Delgado completa com a seguinte argumentação:

Segurança jurídica representa confiabilidade no Sistema Legal aplicado. Este deve traduzir ordem e estabilidade, com base na observância dos princípios da igualdade, da legalidade, da moralidade, da irretroatividade de leis, de respeito aos direitos adquiridos, da inexistência de julgamentos parciais, da não mudança injustificada de orientação jurisprudencial, de respeito à coisa julgada quando não inconstitucional, ao ato jurídico perfeito, à concessão de ampla defesa e do contraditório, da aplicação da justiça social, da independência do Poder Judiciário, da valorização dos direitos da cidadania e da dignidade humana.¹⁴⁷

Importante destacar a divisão da segurança jurídica feita pela autora Cármen Lúcia Antunes Rocha, elencando, desta forma, a segurança como uma garantia, como direito social, como meio de direito e como proteção dos direitos subjetivos, ambos contidos na Carta Magna¹⁴⁸, o qual se passará a esquadriñar.

A segurança como garantia se refere à inviolabilidade de direitos, como por exemplo, a segurança do domicílio, explícita no inciso XI do art. 5º da CF¹⁴⁹, protegendo não apenas o domicílio, mas como, também, a privacidade e a intimidade, salvo em casos de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, por fim, durante o dia, por determinação judicial. Divide-se ainda o presente tópico em segurança de Estado e segurança das pessoas¹⁵⁰.

¹⁴⁶ Ibid.

¹⁴⁷ Ibid.

¹⁴⁸ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed. rev. e ampl., Belo Horizonte: Fórum, 2005... p. 17.

¹⁴⁹ BRASIL. Constituição (1988). Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 30 jun. 2018. Art. 5º [...] XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

¹⁵⁰ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed. rev. e ampl., Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 16.

A segurança de Estado se refere ao estado de defesa e ao estado de sítio, ambos previstos respectivamente nos arts. 36 a 41 da CF¹⁵¹ assim, é defesa do território nacional, da Pátria, ou seja, não de particulares ou, ainda, de determinado grupo de poder, mas, sim, das próprias instituições democráticas, trazidas pela Carta Magna de 1988¹⁵².

Precisamente, acerca da segurança pessoal, ensina Cármen Lúcia Antunes Rocha¹⁵³:

A segurança pessoa (sic) tem duas vertentes: uma que é o direito a uma ordem pública segura, e se realizada pelas técnicas da segurança pública (art. 144), e outra que se efetiva por meio das garantias penais (art. 5º, XXXVII a XLVII). A segurança pública protege a pessoa contra ataques criminosos de outros indivíduos privados, enquanto as garantias penais protegem a pessoa contra as arbitrariedades de agentes públicos. A segurança pública consiste numa situação de preservação ou restabelecimento dessa convivência social que permite que todos gozem de seus direitos e exerçam suas atividades sem perturbação de outrem, salvo nos limites de gozo e reivindicações de seus próprios direitos e defesa de seus legítimos interesses. [...] Segurança em matéria penal. Constitui-se de garantias que visam tutelar a liberdade pessoal. Figura ela no art. 5º, XXXVII a XLVII, mais a hipótese do inc. LXXV, além do habeas corpus. Essas garantias penais ou criminais protegem o indivíduo contra atuações arbitrárias [...].

Portanto, podemos definir, acerca da segurança como meio de direito, que esta se divide, a uma, em segurança de Estado, referindo-se à própria soberania da Pátria interna e externamente e, a duas, em segurança pessoal, a qual é novamente dividida em técnicas da segurança pública e nas garantias plenas, estas frisando a defesa que os indivíduos encontram no art. 5º, incisos XXXVII e XLVII da CF¹⁵⁴, bem como o habeas corpus, contra eventuais atos arbitrários do Estado e aquela se referindo aos particulares, ou seja, a proteção dos indivíduos particulares contra outros da mesma espécie.

Interessante se faz analisar a Exposição de Motivos do anteprojeto do CPC, idealizado por uma comissão de juristas liderados pelo Ministro Luiz Fux, onde estes já preocupavam-se

¹⁵¹ BRASIL. Constituição (1988). Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 30 jun. 2018.

¹⁵² ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed. rev. e ampl., Belo Horizonte: Fórum, 2005 p. 24.

¹⁵³ Ibid., p. 26-27.

¹⁵⁴ BRASIL. Constituição (1988). Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 30 jun. 2018. Art. 5º [...]XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção; [...]XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis

da eficácia da nova lei com a tutela da segurança jurídica e com a uniformidade da jurisprudência.

No texto dedicado a justificar um novo Código de Processo Civil condenou-se a jurisprudência disforme, seja em relação aos jurisdicionados tratados diferentemente doutros em situações substancialmente idênticas, seja em relação àqueles que planejaram sua situação conforme o entendimento dos tribunais e viram-se frustrados.

A insegurança nas decisões judiciais – consignou-se no Anteprojeto – “gera intranquilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade”¹⁵⁵. Muito embora a lista efetivamente posta no art. 927 não preveja os precedentes do STF sobre matéria constitucional e nem os do STJ em matéria infraconstitucional, elas devem ser consideradas obrigatórias por força do direito fundamental à segurança jurídica.

Ainda, como enfatizado pela Comissão de Juristas “esse fenômeno fragmenta o sistema, gera intranquilidade e, por vezes, verdadeira complexidade na sociedade”¹⁵⁶.

Com todas as leituras realizadas ao longo deste segundo capítulo, seja no aspecto jus filosófico, doutrinário ou simplesmente legal, o Poder Judiciário no que refere-se ao dano moral, em certa forma está criando uma colisão de garantias constitucionais¹⁵⁷.

Miguel Barreto analisa:

Por um lado, a fim de possibilitar o cumprimento das metas de produtividade e desafogar o estoque dos tribunais, o Poder Judiciário defende a aplicação extremada da garantia de celeridade processual (corolário do devido processo justo), através da criação da jurisprudência defensiva (processual e material).

Por outro, vislumbra-se a violação das garantias de imparcialidade e independência do juiz, decorrentes do princípio do juiz natural, trazendo insegurança jurídica para o cidadão consumidor.

¹⁵⁵ ANTEPROJETO de reforma do Código de Processo Civil. Brasília, DF, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496296/000895477.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 30 jun. 2018.

¹⁵⁶ Ibid.

¹⁵⁷ OLIVEIRA, Miguel Luiz Barros Barreto de. **A indústria do mero aborrecimento**. Juiz de Fora: Associada Ltda, 2016.. p. 131.

Um embate entre a instrumentalidade processual e o processo de viés constitucional. O tema merece reflexão. Diante desse conflito, qual garantia deve preponderar? Qual tem a maior importância no caso concreto? Qual deve ter o maior peso?¹⁵⁸

Ao magistrado brasileiro cabe a difícil tarefa de aliar seu trabalho hercúleo ao livre convencimento respaldado no diploma legal somado ao fato de que esta decisão deve transmitir segurança jurídica à sociedade.

Com o passar dos anos o resultado foi a criação de premissas atribuídas ao dano moral, que será analisado no terceiro capítulo.

4 PREMISSAS DO DANO MORAL: VERDADES OU FALSIDADES

¹⁵⁸ OLIVEIRA, Miguel Luiz Barros Barreto de. A indústria do mero aborrecimento. Juiz de Fora: Ed. Associada Ltda, 2016. p. 131

A Constituição Federal de 1988 inaugurou uma fase de profundas modificações no Direito Civil brasileiro, em que a dignidade da pessoa humana passou a ser o valor central dos institutos jurídicos. Nesse contexto, a reparabilidade do dano moral passou a ser explicitamente reconhecida no ordenamento jurídico brasileiro, como já dito no primeiro capítulo. Desta forma, desenvolveu-se tal instituto com o transplante de sistemas e adoção de práticas doutrinárias de países de common law.

A dificuldade em quantificar em dinheiro os danos morais, a ausência de uma tarifação estipulada pela lei para sua reparação aliada com a dificuldade que o judiciário tem para estabelecer o *quantum* necessário para restaurar uma lesão à dignidade da pessoa humana, faz com que a maioria das condenações sob esse título não alcance o desejo autoral ou ultrapasse o razoável para o réu.

Essas práticas transplantadas referentes ao dano moral sobreviveram com o passar dos anos através do trabalho hercúleo do magistrado brasileiro, porém o resultado que verifica-se hoje são certas premissas e rejeição a aplicabilidade do instituto do dano moral.

A segurança jurídica no que tange ao dano moral ainda é objeto de construção, pois casos análogos são julgados de forma díspares em razão das nossas bases sócio-culturais-jurídicas brasileiras.

4.1 Indústrias

4.1.1 Indústria do Dano Moral

A indústria do dano moral não tem conceito formulado pela doutrina ou pela jurisprudência brasileira porém, é um termo extremamente utilizado tanto pelos estudiosos do direito quanto pelos aplicadores dele, sendo de ampla citação por parte dos tribunais brasileiros em seus julgados¹⁵⁹, ao qual tem por conteúdo causas relacionadas ao dano moral principalmente em sede dos Juizados Especiais Cíveis¹⁶⁰.

¹⁵⁹ Fonte: <http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=2017.700.582628-6>.

¹⁶⁰ Fonte: <http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.0.3.54>.

Primeiramente trataremos o conceito gramatical de indústria para depois dissecarmos o seu real significado para o direito brasileiro. O Dicionário Online Michaelis¹⁶¹ conceitua o vocábulo indústria sob o seguinte aspecto:

- sf (lat industria)* 1 Aptidão para a execução de um trabalho manual.
- 2 Conjunto de atividades feitas por uma pessoa para alcançar um objetivo.
- 3 FIG Atividade criativa empregada para fazer o mal.
- 4 Atividade exercida profissionalmente por alguém.
- 5 Conjunto de empresas industriais.
- 6 Série de atividades despendidas para transformar matéria-prima em produto comerciável.
- 7 Empresa que se empenha na produção de bens de consumo: “Os tempos estavam difíceis para a indústria automobilística [...]” (EL2).
- 8 Conjunto de maquinaria, instalações e funcionários: “Pedro finalmente assumira a direção na indústria da família, depois de passar um ano na Europa” (LFV).
- 9 Conjunto de pessoas, técnicas e processos envolvidos na produção de algo: “É muito curioso que a maior indústria de cinema do mundo, a da Índia, seja praticamente desconhecida no Brasil” (RN).
- 10 FIG Conjunto das atividades industriais de uma comunidade.
- 11 PEJ Exploração inescrupulosa de uma atividade: Com a promessa de uma vida cheia de facilidades, a indústria do sexo recruta muitas jovens de baixa renda.

Já o Dicionário Aurélio¹⁶² o conceitua sob as seguintes pontuações:

- 1 Arte, manha ou destreza para atingir os objetivos;
- 2 Engenho ou habilidade para fazer algo;
- 3 Atividade profissional;
- 4 Conjunto das atividades que visam a manipulação e transformação de matérias-primas para a produção de bens de consumo;
- 5 Cada uma dessas atividades;
- 6 Fábrica;
- 7 Conjunto das pessoas e dos processos envolvidos no fabrico ou na produção de algo;
- 8 de indústria: de propósito.

Se partirmos da ótica conceitual genérica gramatical da junção dos significados de indústria, dano e moral, e adicionarmos o entendimento do que é o instituto teremos o seguinte:

¹⁶¹ MICHAELIS. **Dicionário da Língua Portuguesa Online**. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/>. Acesso em: 30 jun. 2018.

¹⁶² FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

que a indústria do dano moral é formada pelo conjunto de pessoas e dos processos envolvidos no fabrico ou na produção da reparação da lesão decorrente de uma ofensa ou mal que se fez a outrem, que gerou perda e estragos pela não observância dos preceitos gerais que devem ser observados por todos os membros da sociedade, feita de caso pensado, de propósito.

Analisando o termo, de primeira mão poderíamos dizer que é a grande quantidade de lesões de danos morais que estão sendo geradas todos os dias na sociedade brasileira, em específico, na sociedade fluminense¹⁶³, situações violadoras que geram muitas demandas judiciais, nesse primeiro ponto não veríamos o interesse econômico em si, mas a reparação como forma de punição do lesante e ressarcimento ao lesado.¹⁶⁴

Na visão da doutrina, da jurisprudência e dos demais operadores do direito, a indústria do dano moral está ligada com o princípio legal da vedação do enriquecimento sem causa. Eles temem que tal ocorrência leve ao enriquecimento indevido ou sem causa de quem está recebendo a indenização, e o empobrecimento de quem está pagando. A atual preocupação é de se evitar o enriquecimento desmedido e desproporcional em relação às características do dano em si e as condições do lesado, evitar o locupletamento ilícito.¹⁶⁵

Para tanto, o Judiciário Fluminense encontra-se com a imensa¹⁶⁶ quantidade de ações pleiteando reparação diante de dano moral em sede de Juizados Especiais Cíveis.

Levando a entender e a parecer que este tipo decorrente está banalizado e que em qualquer consequência negativa da situação decorrente da vida em sociedade levará a obter um ganho em dinheiro, ou seja, está sendo vista como uma forma garantida de ganhar dinheiro à custa alheia proporcionada pela tutela do Estado, como se as sentenças fossem um produto pré-fabricado, em que o dano é o insumo adicionado, saindo assim um produto final, a reparação por dano moral.

A chamada Indústria do Dano Moral no Brasil tem uma origem, mas, quais seriam os motivos que levam o judiciário brasileiro a se tornar uma indústria de ações de dano moral, ou seja, de pleitos indenizatórios?

Pelos estudos realizados não é uma pergunta fácil de responder diante a multiplicidade das causas ou ocorrências que geram os supostos fatos danosos e a invocação do que se pretende

¹⁶³ Fonte: <http://www4.tjrj.jus.br/MaisAccionadas/>.

¹⁶⁴ OLIVEIRA, Miguel Luiz Barros Barreto de. A indústria do mero aborrecimento. Juiz de Fora: Associada Ltda, 2016.

¹⁶⁵ Ibid.

¹⁶⁶ Fonte: <http://www4.tjrj.jus.br/MaisAccionadas/>.

em tese atenuar, e principalmente em virtude das inúmeras relações sociais existentes e que dela decorrem tal. Sendo assim, não se pretende apontar as supostas causas geradoras de cada caso concreto, e sim apontamentos de âmbito geral, de forma ampla, que abarcam toda a situação real.

Passamos assim, a fazer os apontamentos que causam a indústria do dano moral.

Como já abordado em tópicos anteriores, a responsabilização civil vem de uma grande evolução histórica mundial, e o dano moral surge desse desenrolar. No primeiro capítulo demonstramos que a aceitação da reparabilidade do dano moral é extremamente jovem no direito brasileiro, em que pese o direito ser muito dinâmico e se renovar a cada instante, não foi assim com o instituto em estudo. Na realidade, foi praticamente impositiva pela nova ordem social que se instalava no país.

Assim sendo, a evolução histórica desse instituto é uma causa intercorrente, pois, até uma determinada época não se aceitava e muito menos se aplicava no caso concreto¹⁶⁷, passando de um momento para outro a ter proteção constitucional e com o decorrer dos anos, proteção infraconstitucional.

O legislador brasileiro resguardou esse direito e o trouxe de modo explícito, mas foi subjetivo na materialização desse direito, pois, o fez de maneira geral e principalmente sem criar mecanismos de mensurar e quantificar.

Porém, é entendível, haja vista a situação política em que se encontrava o país, saindo de uma ditadura militar de duas décadas e meia e entrando novamente na democracia, o que se buscava ao máximo era a questão protecionista de forma geral, deixando as suas especificidades para depois, conforme o passar do tempo e a nova ótica que queria dar ao povo. Então, a partir disso a população passava a ter direitos até então não respeitados e tutelados.

Interligado a isso, está à evolução da sociedade brasileira, tanto política quanto econômica, em que as duas décadas seguintes são de grande florescer, ainda que gradativa e pequena, passando o povo a ter acesso a novas relações de consumo, de trabalho, o desenvolvimento social no campo do conhecimento intelectual, aliado a isso, o desenvolvimento tecnológico que ao longo do tempo o país passou a ter acesso e as grandes evoluções trazidas pelo mundo, como o acesso a internet em computadores, ou seja, o cidadão passou a ter maior acesso as informações e com um meio de comunicação dinâmico e em tempo real.

¹⁶⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012..

Ainda, somado tem a grande oferta de produtos e serviços, que com os incentivos oferecidos pelo Estado para o desenvolvimento econômico do país, e o grande ganho de poder consumerista que o brasileiro adquiriu, são situações que decorrem de um mesmo contexto interligado que propiciam a aumento de demandas de ações por danos morais.¹⁶⁸

Hoje, na atual concepção brasileira em específico a fluminense, os maiores geradores de danos moral são as grandes empresas prestadoras de serviços e fornecedoras de produto¹⁶⁹ ao qual o cliente mantém um contrato ou às vezes nem tem algum de tipo de relação, pois, acabam prestando ou fornecendo serviço/produto de péssima qualidade, sem algum tipo de respeito por seu cliente, visto serem abastadas financeiramente.

O acesso à justiça a partir da atual Constituição ficou mais fácil, sendo facilitadores desse acesso a Lei 9099/95 – Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais somada a Lei 8078/90 – Código de Proteção e Defesa do Consumidor, foram ferramentas para o cidadão alcançar o judiciário.

Enfim, essas causas geram efeitos, quais sejam, a população se tornou conhecedora dos seus direitos, e não admite as lesões e a falta de respeito resultante dos descumprimentos contratuais cotidianos ou de situações principalmente consumeristas, e assim confiam ao judiciário a resolução de seus problemas sociais, e buscam no magistrado Hércules¹⁷⁰, como forma de punir o ofensor e em decorrência disso do já exposto no segundo capítulo, os tribunais principalmente os Juizados Especiais Cíveis fluminenses estão lotados de ações de indenizatórias de teor consumerista.

Assim o dano moral parece não ter caráter punitivo-pedagógico e somente de atenuar a dor do ofendido, as decisões são de valores que estimula o lesante a continuar lesando e persistindo no mesmo sentido, por isso, torna-se uma roda que sempre está voltando ao mesmo ponto, conforme verifica-se nos quadros analíticos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro¹⁷¹.

¹⁶⁸ OLIVEIRA, Miguel Luiz Barros Barreto de. **A indústria do mero aborrecimento**. Juiz de Fora: Associada Ltda, 2016.

¹⁶⁹ Fonte: <http://www4.tjrj.jus.br/MaisAcionadas/>.

¹⁷⁰ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

¹⁷¹ Fonte: <http://www4.tjrj.jus.br/MaisAcionadas/>.

Os juristas brasileiros em sua maior parte são categóricos quanto à questão da indústria do dano moral, em que deve se evitar o enriquecimento sem causa e coibir a sua existência. Deixam de vislumbrar a situação como um todo, no que realmente ocorre e o porquê ocorre¹⁷².

Para eles, o maior medo da indenização por dano moral é a geração de enriquecimento indevido ou sem causa do lesado e o empobrecimento do lesante, sendo que nas suas argumentações, as suas preocupações se remontam no enriquecimento desmedido, desproporcional¹⁷³.

Porém, verificando que o lesado para obter a sua reparação percorre um longo caminho judicial, na qual tem a tutela legal e sobre a chancela do poder judiciário, não há que se falar em enriquecimento sem causa, ilícito ou locupletamento, como muitos classificam, haja vista a arbitração ser feita por decisão judicial motivada e sob o princípio do devido processo legal. Pois cabe ao magistrado na ausência da letra da lei aplicar seu critério para quantificar ou mensurar o dano moral, a subjetividade analítica na decisão da lide.

Se olharmos para a questão do enriquecimento sem causa atrelado a cifras milionárias das condenações, como muitos dispõem, veremos que isso não é real, pois, a realidade são de valores que não intimidam o ofensor a diminuir ou melhorar suas práticas empresariais¹⁷⁴.

Alguns operadores do direito entendem¹⁷⁵ que a chamada indústria do dano moral é apenas um engodo criado para atender os interesses das grandes empresas e maiores lesadoras de direitos alheios com vista a ter decisões favoráveis aos seus interesses. Segundo eles, o que demonstra isso é que os pleitos indenizatórios não diminuem principalmente em sede dos Juizados Especiais Cíveis nas comarcas fluminenses, apesar dos esforços impostos pela META 2.¹⁷⁶

¹⁷² OLIVEIRA, Miguel Luiz Barros Barreto de. **A indústria do mero aborrecimento**. Juiz de Fora: Associada Ltda, 2016.

¹⁷³ STJ reúne julgados sobre esforço da Justiça para evitar a indústria das indenizações: REsp 1.399.931 – STJ; REsp 1.269.246 – STJ; REsp 1.234.549 – STJ; AREsp 489.325 – STJ.

¹⁷⁴ Fonte: <http://www4.tjrj.jus.br/MaisAccionadas/>.

¹⁷⁵ OLIVEIRA, Miguel Luiz Barros Barreto de. **A indústria do mero aborrecimento**. Juiz de Fora: Associada Ltda, 2016.

¹⁷⁶ PRESIDENTE do CNJ pede a magistrados empenho para reduzir estoque de processos. **Conselho Nacional de Justiça**, Brasília, DF, 14 jun. 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/67303-presidente-do-cnj-pede-a-magistrados-empenho-para-reduzir-estoque-de-processos>>. Acesso em: 30 jun. 2018.

Opiniões diversas, a tese da implantação no país do caráter punitivo como função do dano moral, partilhada tanto por alguns doutrinadores e operadores do direito, como erigida pelo Superior Tribunal de Justiça, consubstanciada na *punitive damages* americana¹⁷⁷.

O Ministro Raul Araújo Filho, expos sobre o tema:

Assim como sucedeu com a reparabilidade do dano moral que, ao longo do tempo, encontrou ponderáveis e sólidas resistências na doutrina e na jurisprudência até, gradativamente, afirmar-se de forma prevalente, a aplicabilidade da Teoria do Valor do Desestímulo ou *Punitive Damages* no ordenamento jurídico pátrio também enfrenta consistentes argumentos formulados por talentosos juristas.

Contudo, as concepções doutrinárias favoráveis vêm somando pontos de vista valiosos, que indicam a tendência de formação de uma maioria afirmativa, talvez já reunida no presente.

Os precedentes jurisprudenciais expostos refletem o caminhar no sentido de se ter como aplicável no ordenamento jurídico brasileiro o *Punitive Damages*, ou Teoria do Valor do Desestímulo, quando se tratar de conduta dolosa ou praticada com culpa grave, mostrando-se o comportamento do agente especialmente reprovável, com as adaptações necessárias à observância dos princípios e regras constitucionais e legais aplicáveis, inclusive da premissa da vedação ao enriquecimento sem causa.

Defendendo esse sentido punitivo temos Cavalieri¹⁷⁸ que reflete:

Na verdade, em muitos casos o que se busca com a indenização pelo dano moral é a punição do ofensor. Pessoas famosas, atingidas moralmente por noticiários de televisão ou jornais, constantemente declaram na petição inicial da ação indenizatória que o valor da eventual condenação será destinado a alguma instituição de caridade. O mesmo ocorre quando a vítima de dano moral é criança de tenra idade, doente mental ou pessoa em estado de inconsciência. Nesses casos a indenização pelo dano moral atua mais como forma de punição de um comportamento censurável que como compensação.

Partilhando do mesmo ideal da aplicabilidade da função punitiva, Bittar¹⁷⁹ dispõe que:

¹⁷⁷ ARAÚJO FILHO, Raul. *Punitive damages e sua aplicabilidade no Brasil*. Superior Tribunal de Justiça, Brasília, 2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/Dout25anos/article/view/1117>>. Acesso em: 30 jun. 2018.

¹⁷⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012.

¹⁷⁹ BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 4. ed. rev., aum. e mod. São Paulo: Saraiva, 2015.

Adotada a reparação pecuniária vem-se cristalizando orientação na jurisprudência nacional que, já de longo tempo, domina o cenário indenizatório nos direitos norte-americanos e inglês. É a da fixação de valor que serve como desestímulo a novas agressões, coerente com o espírito dos referidos *punitive or exemplary damages*.

Ainda para segmentar a defesa nesse sentido, Stoco¹⁸⁰ aduz que é realidade a ser aplicada e se tornará uma:

[...] tendência moderna é a aplicação do binômio punição e compensação, ou seja, a incidência da teoria do valor do desestímulo (caráter punitivo da sanção pecuniária) juntamente com a teoria da compensação, visando destinar a vítima uma soma que compense o dano moral sofrido.

Mas há quem discorde desse ponto de vista doutrinário, pugnando pela sua não utilização, sob a argumentação da quebra de autonomia entre o direito civil e penal, e ainda que nesse ponto seria investidor para os elevados valores de indenizações, fomentando assim a tão comentada indústria do dano moral.

Assim entende Schreiber¹⁸¹ em crítica a doutrina americana, que

[...] cria-se uma espécie bizarra de indenização, em que ao responsável não é dado conhecer em que medida está sendo apenado e em que medida está simplesmente compensando o dano, atenuando, exatamente, o efeito dissuasivo que consiste na principal vantagem do instituto.

Em corroboração, vem Delgado¹⁸² com a seguinte sintética:

Adotar a teoria em testilha, seria criar um inaceitável sistema paralelo, que situar-se-ia entre o âmbito civil e o penal, seria um sistema misto, um sistema civil-penal, um sistema eclético, inadmissível, repugnante, impraticável dentro da técnica jurídica, pois, ramos que possuem particularidades, muito específicas, que os distingue e os colocam de lados, diametralmente opostos.

Em que pese as mais variadas opiniões a respeito do tema, não chegando a nenhum acordo por parte dos juristas, doutrinadores e demais operadores do direito, pode-se verificar que

¹⁸⁰ STOCO, Rui. **Responsabilidade Civil: e Sua Interpretação Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

¹⁸¹ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013..

¹⁸² DELGADO, Rodrigo Mendes. **O valor do dano moral: como chegar até ele**. 3. ed. São Paulo: J. H. Mizuno, 2011.

por mais debatida e calorosa seja a discussão, ela é redundante na retórica de se evitar o enriquecimento sem causa e coibir a indústria do dano moral, ou aplicar a indenização, mas desde não extrapole os limites do razoável, ou seja, subjetivo.

4.1.2 Indústria do Mero Aborrecimento e do Dano Eficiente

Para introduzir o tema, precisamos analisar os entendimentos do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, quanto a demandas consumeristas através das súmulas nº 149, nº 199, nº 205, nº 228, nº 230 e nº 280¹⁸³:

Nº 149: NAS AÇÕES INDENIZATÓRIAS DECORRENTES DA CONTRATAÇÃO DO "CARTÃO MEGABÔNUS", OS DANOS MORAIS NÃO PODEM SER CONSIDERADOS IN RE IPSA, CUMPRINDO AO CONSUMIDOR DEMONSTRAR A OFENSA À HONRA, VERGONHA OU HUMILHAÇÃO, DECORRENTES DA FRUSTRAÇÃO DA EXPECTATIVA DE SUA UTILIZAÇÃO COMO CARTÃO DE CRÉDITO

Nº 199: NÃO CONFIGURA DANO MORAL O SIMPLES AVISO, AINDA QUE SEM AMPARO LEGAL, DE INTERRUPTÃO DE SERVIÇO ESSENCIAL, SALVO EM CASO DE COMPROVADA REPERCUSSÃO EXTERNA.

Nº 205: A LIMITAÇÃO JUDICIAL DE DESCONTOS DECORRENTES DE MÚTUO BANCÁRIO REALIZADOS POR INSTITUIÇÃO FINANCEIRA EM CONTA-CORRENTE, NO ÍNDICE DE 30%, NÃO ENSEJA AO CORRENTISTA O DIREITO À DEVOLUÇÃO DO QUE LHE FOI ANTES COBRADO ACIMA DO PERCENTUAL, NEM A CONDUTA CONFIGURA DANO MORAL.

Nº 228: O SIMPLES AVISO ENCAMINHADO POR ÓRGÃO RESTRITIVO DE CRÉDITO, DESACOMPANHADO DE POSTERIOR INSCRIÇÃO, NÃO CONFIGURA DANO MORAL.

Nº 230: COBRANÇA FEITA ATRAVÉS DE MISSIVAS, DESACOMPANHADA DE INSCRIÇÃO EM CADASTRO RESTRITIVO DE CRÉDITO, NÃO CONFIGURA DANO MORAL, NEM RENDE ENSEJO À DEVOLUÇÃO EM DOBRO.

Nº 280: O SIMPLES DISPARO DO ALARME ANTIFURTO EM ESTABELECIMENTOS COMERCIAIS, SÓ POR SI, NÃO CARACTERIZA LESÃO EXTRAPATRIMONIAL, RESSALVADOS OS EPISÓDIOS DE

¹⁸³ Fonte: www.tjrj.jus.br – Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

DESNECESSÁRIA E INCONVENIENTE EXPOSIÇÃO OU GROSSEIRA
ABORDAGEM DA PESSOA, A SEREM AFERIDOS CASO A CASO.

Com estes entendimentos, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro através de suas Câmaras de Consumo, criaram de forma embrionária em território fluminense, entendimentos para criação do mero aborrecimento, ou seja, situações que se faziam reiteradas no tribunal, porém para a Corte não havia substrato ensejador de dano moral.

Nos capítulos anteriores analisamos que o dano moral é imaterial e como o dano sempre decorre de um ilícito, provado este, estará provado o dano moral, este é o entendimento do Cavaliere Filho (2012, n/p):¹⁸⁴ “[...] o dano moral está ínsito na própria ofensa, decorre da gravidade do ilícito em si, de tal modo que, provada a ofensa, ipso facto está demonstrado o dano moral à guisa de uma presunção natural[...]”.

A Teoria do Mero Aborrecimento é caracterizada como um mero dissabor do dia a dia, que não é capaz de atingir a esfera personalíssima do indivíduo e tem sido utilizada de forma banalizada nas fundamentações jurídicas proferidas pelo Poder Judiciário para negar indenizações aos consumidores.

As Turmas Recursais Cíveis do TJRJ, tem se utilizado do enunciado nº 159 do Conselho da Justiça Federal¹⁸⁵, para fundamentar a caracterização do mero aborrecimento, como o exemplo do processo abaixo selecionado:

Enunciado. Nº 159: O dano moral, assim compreendido todo dano extrapatrimonial, não se caracteriza quando há mero aborrecimento inerente a prejuízo material.

0002629-38.2014.8.19.0070 - RECURSO INOMINADO

Juiz(a) CRISTINA GOMES CAMPOS DE SETA - Julgamento: 21/03/2018 -
CAPITAL 4a. TURMA RECURSAL DOS JUI ESP CIVEIS

Recorrente/Réu: BANCO DO BRASIL S A Recorrido/Autor: RONALDO MARTINS DA LIMA VOTO Trata-se de recurso interposto pelo réu contra sentença que JULGOU PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos autorais para determinar que o réu cancele o seguro objeto da lide e devolva o valor pago pelo seguro, que até o momento totaliza R\$10,14, bem como as que por ventura possam ser cobradas e comprovadamente pagar pela parte autora, e ainda condenou ao pagamento de R\$1.500,00 a título de danos morais. No recurso (fls. 103/123) o recorrente argui que não há comprovação de qualquer requisito capaz de gerar dano moral. Requer o conhecimento e provimento do

¹⁸⁴ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012.

¹⁸⁵ Fonte: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/274>.

recurso para que seja julgada totalmente improcedente a pretensão do recorrido. O recorrido em contrarrazões (fls.134/135) salienta que o recurso não merece ser acolhido. Requer que seja negado provimento ao recurso, condenando a recorrente nas custas. Na inicial, às fls. 2/7, narra ser cliente do banco réu e certo dia ao verificar seu extrato observou que o réu descontou indevidamente a título de "PAGTO MENSALIDADE SEGURO 047096" no valor de R\$10,14 (fl.13). Diante disso, alega ter ido a uma agência da ré onde emitiram um cancelamento do referido seguro. Sustenta sofrer estes descontos desde dezembro de 2010 sem a sua anuência. Requer o autor: 1- citação da ré; 2- inversão do ônus da prova; 3- seja acolhido o pedido formulado pelo autor pela fraude cometida pelo banco réu, com a consequente condenação a título de danos morais em 40 salários mínimos; seja o réu obrigado a ressarcir o autor o valor de 46 meses x R\$10,14, perfazendo em dobro o valor R\$932,88. AC (fl.18) sem proposta de acordo. O réu apresenta contestação à fl. 19/38. Preliminarmente argui ausência do interesse de agir. No mérito, aduz inexistência do dano moral, sob argumento de que somente realizou os débitos na conta da autora, tendo em vista contrato pactuado. Sustenta que não deve prosperar o pedido de restituição/devolução dos valores, pois não foi cobrado nenhum valor indevido, pois todos os descontos realizados na conta do autor se deram em razão da contraprestação do serviço pactuado no contrato. AIJ (fl. 93) sem proposta de acordo. Projeto de sentença às fls. 100/101 JULGOU PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos autorais para determinar que o réu cancele o seguro objeto da lide e devolva o valor pago pelo seguro, que até o momento totaliza R\$10,14, bem como as que por ventura possam ser cobradas e comprovadamente pagar pela parte autora, e ainda condenou ao pagamento de R\$1.500,00 a título de danos morais. Relatados. O caso retratado nos autos não ultrapassa o **mero** dissabor, não se inserindo no bojo das considerações acima traçadas como caracterizadores de vilipêndio aos direitos da personalidade, nem mesmo se infere como manifesta ofensa aos direitos consumeristas com reflexos na esfera da dignidade da pessoa humana. Tal tema já fora objeto de consideração na **III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal extraíndo-se o Enunciado n.º 159** com a seguinte redação: "O dano moral, assim compreendido todo o dano extrapatrimonial, não se caracteriza como **mero aborrecimento** inerente a prejuízo material". Isto posto, voto no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento para reformar a sentença excluindo a indenização por danos morais. Sem ônus face ao êxito. Rio de Janeiro, 20 de março de 2018. CRISTINA GOMES CAMPOS DE SETA JUÍZA RELATORA Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro Quarta Turma Recursal Recurso Inominado n.º. 0002629-38.2014.8.19.0070 QUARTA TURMA RECURSAL Beco da Música, n.º 121. Lâmina V. Sala 216. Gabinete 9 Tel. 3133-9398/3133-9349

Somando a este entendimento o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro proferiu a Súmula n.º 75¹⁸⁶ que expõe e pacifica a existência do mero aborrecimento:

¹⁸⁶ DANO moral [verbete]. **Banco do Conhecimento/ Correlação dos Verbetes Sumulares do TJERJ – STJ – STF e dos Enunciados do PJERJ**. Rio de Janeiro: PJERJ, [s.d.]. Disponível em: <<http://portaltj.tjrj.jus.br/documents/10136/31404/dano-moral.pdf?v00>>. Acesso em: 30 jun. 2018.

SÚMULA TJ Nº 75 - O SIMPLES DESCUMPRIMENTO DE DEVER LEGAL OU CONTRATUAL, POR CARACTERIZAR MERO ABORRECIMENTO, EM PRINCÍPIO, NÃO CONFIGURA DANO MORAL, SALVO SE DA INFRAÇÃO ADVÉM CIRCUNSTÂNCIA QUE ATENTA CONTRA A DIGNIDADE DA PARTE.

Percebe-se assim a criação de mais um instituto que possui subjetividade atrelada ao caso concreto, não promovendo de maneira eficaz a segurança jurídica, pois caberá ao magistrado pontuar sua razoabilidade somada a ponderação de quando se restará configurado mero aborrecimento ou dano moral, e caso entenda pela procedência deste dano, terá que arbitrar um quantum indenizatório que não promova enriquecimento ilícito.

Neste contexto, percebe-se o surgimento do Dano Eficiente, como define Barreto (2016, n/p):

Ocorre dano eficiente quando é mais vantajoso para o agente arcar com eventuais indenizações do que prevenir o dano. Quando o litigante contumaz nega um direito a toda uma coletividade, ele está auferindo lucro ou realizando economia que pode ser representada financeiramente pelo valor monetário do direito negado multiplicado pelo número de indivíduos ofendidos.

Ele sabe de antemão que nem todos os prejudicados ingressarão em juízo contra ele. Estima também que dentre aqueles que efetivamente peticionam, nem todos sairão vencedores ao fim do processo, seja por representação mal feita, falta de provas ou porque simplesmente faltaram à audiência.”¹⁸⁷

O dano eficiente vem calçado na produção em larga escala de produtos, que permitiu produzir mais em menos tempo e com menor custo. Todavia, as técnicas empregadas não tiveram a mesma preocupação, em especial a durabilidade.

Ao contrário, a produção em massa acabou por fabricar produtos de pior qualidade, com clara finalidade de serem substituídos no menor tempo possível¹⁸⁸, a chamada obsolescência programada.

¹⁸⁷ OLIVEIRA, Miguel Luiz Barros Barreto de. **A indústria do mero aborrecimento**. Juiz de Fora: Associada Ltda, 2016.

¹⁸⁸ Afinal de contas, nos mercados de consumidores-mercadorias, a necessidade de substituir objetos de consumo “defasados”, menos que plenamente satisfatórios e/ou não mais desejados está inscrita no design dos produtos e nas campanhas publicitárias, calculadas para o crescimento constante das vendas. A curta expectativa de vida de um produto na prática e na utilidade proclamada está incluída na estratégia de marketing e no cálculo de lucros: tende a ser pré-concebida, prescrita e instalada nas práticas dos consumidores mediante a apoteose das novas ofertas (de

A produção massificada também aumenta o risco provocado por defeitos de fabricação. Basta um aperto equivocado no botão para que milhares de produtos sejam fabricados com problema colocando igualmente milhares de consumidores em situação de risco.

Entretanto, não é possível questionar que as situações de risco são inerentes ao mundo contemporâneo. Vivemos em uma sociedade de risco (Risikogesellschaft¹⁸⁹), evidencia os irremediáveis perigos produzidos pela civilização contemporânea e a sua impossibilidade de enquadramento no espaço ou no tempo. O risco é inevitável, globalizado e conectado ao *way of life* moderno¹⁹⁰.

O exercício da mercancia, em certos setores da economia, pressupõe produção em grande escala de produtos, bem como a prestação de serviços em favor de um grande número de consumidores.

Qualquer inconsistência nos processos produtivos pode ser decisiva para o sucesso ou fracasso do empreendimento, em especial, se considerarmos os dispêndios que foram suportados para identificar quem são seus possíveis clientes, suas preferências, características ou qualidades dos produtos ou serviços oferecidos por seus concorrentes, dentre outros custos de transação.

De fato, no exercício deste tipo de atividade, existe o risco de que o serviço ou produto, por uma falha de determinado processo de produção, atendimento ou mesmo logística seja executado ou produzido de forma inadequada, diversa da que fora contratada pelo consumidor. Assim, pode ocorrer a completa inexecução da obrigação assumida pelo prestador, pelo fabricante ou fornecedor, ou mesmo a entrega viciada em desfavor do consumidor.

Apesar de não ser possível evitar que o dano aconteça é viável adotar medidas concretas que visem reduzir sua incidência, principalmente quando se percebe facilmente a reiteração de sua ocorrência, como no direito do consumidor. O que não se pode admitir é que os grandes

hoje) e a difamação das antigas (de ontem). BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Zahar, 1999..p.31.

¹⁸⁹ Tipo de sociedade pesquisada pelo sociólogo Ulrich Beck - O trabalho de Ulrich Beck se concentrou nas seguintes temáticas: globalização, individualização, modernização, problemas ambientais, sociedade de risco, transformações no mundo do trabalho e desigualdades sociais. Recentemente ele se engajou no estudo das mudanças das condições de trabalho no contexto da difusão e aprofundamento do capitalismo global. Ulrich Beck nasceu na cidade de Stolp (atual Słupsk), que pertencia à Pomerânia, território alemão que hoje integra a Polônia. Beck iniciou vida acadêmica em Hanôver. Logo após terminar o Liceu iniciou seus estudos em direito na Universidade de Freiburg. Em seguida estudou psicologia, sociologia, filosofia e ciências políticas na Universidade de Munique. Lá ele obteve seu doutorado em 1972, e se especializou em sociologia.

¹⁹⁰ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Tradução de Sebastião nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

conglomerados empresariais permitam que o dano aconteça porque é mais caro melhorar os meios de produção do que arcar com eventuais indenizações.

Nessa linha de raciocínio cria-se a Indústria do Dano Eficiente sendo resultado e/ou consequência da Indústria do Dano Moral, ou seja, institutos que permeiam a plena eficácia da aplicabilidade de uma garantia fundamental tutelada pela Constituição brasileira.

Caso o dano eficiente fosse nulificado pelo Judiciário este não teria sua eficácia, seria ineficiente. A problemática relativa ao dano ineficiente é equacionar as duas posições. De um lado, o valor da condenação há de ser substancial, para que o dano seja de fato ineficiente para seu causador. De outro, deve-se evitar que a indenização seja fonte de enriquecimento, apenas cumprindo seu papel como reparadora de danos e repressora de reincidência.

O problema de difícil solução, merecedor de profunda reflexão da comunidade jurídica. No Brasil, em patente contradição, litigar habitualmente no polo passivo das demandas consumeristas se transformou de possibilidade de perda para subjetividade do êxito em maior proporção.

Para Cappelletti e Garth a litigância habitual é um sério obstáculo ao acesso à justiça. A litigância contumaz traz vantagens estratégicas sobre as demais partes, denominadas eventuais, que não participam de lides judiciais com a mesma frequência¹⁹¹.

O problema da litigância habitual já havia sido identificado por Galanter, que distinguia os litigantes eventuais e litigantes habituais. Galanter conceitua litigantes habituais aqueles que participam de diversas causas similares constantemente e de litigantes eventuais aqueles que apenas utilizam o sistema judicial com pouca frequência.¹⁹²

A litigância habitual indica atitude de quem se considera acima das leis e/ou de quem entende que a observância das leis depende do lucro decorrente deste cumprimento ou descumprimento. A litigância habitual sugere que não cumprir a legislação de regra é mais lucrativo do que inverso.

Resumindo os benefícios do litigante ou litigado contumaz são diversos: a) maior experiência com a demanda que lhes possibilita melhor planejamento e estratégia de atuação; b) litigância com economia de escala; c) oportunidade de desenvolver relações informais com

¹⁹¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Grancie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

¹⁹² GALANTER, Marc. Why the `Haves` Come out Ahead: Speculations on the limits of legal change. **Law and Society Review**, Amherst, n. 9, p. 3, 1974. Disponível em: <<http://jan.ucc.nau.edu/~phelps/Galanter%201974.pdf>> Acesso em: 30 jun. 2018.

serventuários da justiça; d) diluição dos riscos da demanda por maior número de casos; e) possibilidade de testar estratégias visando a um melhor desempenho em casos futuros¹⁹³.

Importante se faz a Análise Econômica do Direito, sem a pretensão de exaurir o tema, para fins de verificação do êxito financeiro da conduta adotada pelos litigados reiterados. Pois a Análise, resumidamente, é a técnica de estudo da teoria econômica principalmente voltada para as consequências de eventual aplicação de instituições jurídicas e normas legais em determinada situação, *in casu*, o mercado de consumo. Originou-se por conta da multiplicidade de doutrinas econômicas que estudavam o impacto de questões jurídicas no ambiente econômico.¹⁹⁴

O Poder Judiciário preocupa-se com as consequências de suas decisões no mundo da economia. Pesquisa realizada pelo Anuário da Justiça 2015 do Conselho Nacional de Justiça aponta que a extensa maioria dos ministros das cortes superiores (61%) considera que ao julgar o juiz deve levar em consideração os impactos de sua decisão em termos sociais, econômicos e de governabilidade.¹⁹⁵

Desta forma, devemos observar o direito também sob a ótica das ciências econômicas, conforme proclama a Constituição Federal (BRASIL, 1988, n/p):

O direito é, então, um importante elemento na conformação da sociedade e sua orientação à maximização da riqueza e otimização de sua distribuição. Analisar o Direito conforme critérios e métodos econômicos nada mais é do que procurar elaborá-lo, interpretá-lo e aplicá-lo de modo a alcançar a eficiência econômica, entendida esta como a maximização na geração e distribuição dos recursos materiais disponíveis em uma dada comunidade, [...] Assim, a análise e aplicação do Direito de forma economicamente eficiente (ou seja, com o objetivo de maximização da riqueza) é não apenas possível mas é também uma exigência da Constituição Federal de 1988, que a elevou, como se vê, à posição de um dos objetivos fundamentais da República.¹⁹⁶

O maior objetivo de qualquer empresa é aperfeiçoar seus procedimentos em busca de eficiência e melhores resultados. A busca pela competitividade não tolera perda de espaço no mercado, muito pelo contrário impõe ao fornecedor eterno aperfeiçoamento da qualidade dos

¹⁹³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Grancie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

¹⁹⁴ OLIVEIRA, Miguel Luiz Barros Barreto de. **A indústria do mero aborrecimento**. Juiz de Fora: Associada Ltda, 2016.

¹⁹⁵ SADEK, Maria Teresa. Dez anos do Anuário da Justiça: muito a comemorar e a preservar. **Revista Consultor Jurídico**, 23 abr. 2016.

¹⁹⁶ PIMENTA, Eduardo Goulart. **Recuperação de empresas**: um estudo sistematizado da nova lei de falências. São Paulo: IOB Thompson, 2006.

bens e serviços ofertados. O mundo dos negócios não permite estagnação ou relutância na tomada de decisões, principalmente aquelas que não contribuam para a conquista de novos espaços mercadológicos.

Todavia, a busca pela eficiência econômica ou empresarial encontra limites claramente estabelecidos pela legislação consumerista, ou seja, não vale e não pode tudo pelo lucro. A ponderação deve ser justamente essa. Deve-se perquirir até que ponto a política de comercialização ultrapassa a fronteira ética e o dever de lealdade entre comerciante e consumidor.

Não se pode afastar que os contratos de consumo são regidos pelo princípio da boa-fé objetiva¹⁹⁷, que destaca a importância da transparência nas relações comerciais e atua como instrumento limitador da livre iniciativa e da autonomia da vontade¹⁹⁸. O interesse social e o bem-estar da população tem maior importância do que a simples busca pelo lucro.

A busca pela lucratividade deve sempre vir acompanhada da ética de mercado. Os preceitos constitucionais devem ser preservados, a despeito da concorrência cada vez mais acirrada entre as empresas, que incentiva condutas que atingem o limite da legalidade.

Teóricos da Análise Econômica do Direito defendem:

O que se pressupõe a análise econômica do Direito é que a conduta legal ou ilegal de uma pessoa é decidida a partir de seus interesses e dos incentivos que encontra para efetuar-la ou não, [...] Como já salientamos, a Economia estuda as escolhas, os custos, riscos e benefícios que os agentes econômicos (sujeitos de direito) encontram na busca pela maximização de seus próprios interesses.¹⁹⁹

O ordenamento jurídico visa justamente balizar a condução dos negócios, incentivando a inovação, mas evitando exageros que violem a lei. É de extrema importância a realização de estudos estatísticos para se analisar até que ponto as decisões judiciais e normais legais impactam na economia das empresas e do mercado, assim, deve-se harmonizar o interesse econômico e o respeito à legislação:

¹⁹⁷ Art. 4º, inciso III da Lei 8078/90.

¹⁹⁸ Art. 4º, inciso III da Lei 8078/90 combinado com Art. 5º, inciso XXXII e Art. 170, caput e inciso V da Constituição da República Federativa do Brasil.

¹⁹⁹ PIMENTA, Eduardo Goulart. **Recuperação de empresas**: um estudo sistematizado da nova lei de falências. São Paulo: IOB Thompson, 2006.

A questão, portanto, não é tanto se eficiência pode ser igualada à justiça, mas sim como a construção da justiça pode se beneficiar da discussão de prós e contras, custos e benefícios. Noções de justiça que não levem em conta as prováveis consequências de suas articulações práticas são, em termos práticos, incompletas. Num certo sentido, o que a escola de Direito e Economia de New Haven buscou consagrar a ética consequencialistas da Economia com a deontologia da discussão do justo. O resultado é, em primeiro lugar, a abertura de uma nova janela do pensar, que integra novas metodologias (inclusive levantamentos empíricos e estatísticos) ao estudo das instituições jurídico-políticas, de forma que o Direito possa responder de modo mais eficaz, as necessidades da sociedade. E, em segundo lugar, o enriquecimento da gramática do discurso jurídico tradicional, com uma nova terminologia que auxilia o formulador, o aplicador, e o formulador da lei na tarefa de usar o Direito como instrumento do bem comum.²⁰⁰

O Poder Judiciário é o guardião da defesa da cidadania, tem papel decisivo para que sejam sanadas as deformidades mercadológicas. A fixação de valor ínfimo das indenizações implicará no simples provisionamento deste custo nos balanços das grandes corporações, não colaborando para a melhoria dos serviços prestados à população brasileira.

4.2 Critério Bifásico²⁰¹

O incremento da cultura jurídica não nos permitiu alcançar um sistema de quantificação desprovido de falhas, pelo exposto nos capítulos anteriores esse estágio de perfeição não será alcançado.

Porém em nosso sistema jurídico pátrio, o Superior Tribunal de Justiça²⁰², vem utilizando o que denominou de critério bifásico, sendo de metodologia simples.

²⁰⁰ SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em Direito e Economia? **Cadernos Direito GV**, v. 5, p. 24, 2008.

²⁰¹ SALOMÃO, Luis Felipe et al (Org.). **Direito Civil: Diálogos entre a doutrina e a jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2018..

²⁰² Quarta Turma adota método bifásico para definição de indenização por danos morais.

A Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) adotou o método bifásico para analisar a adequação de valores referentes a indenização por danos morais. A novo critério foi adotado em julgamento realizado no dia 4 de outubro. Segundo o ministro Luis Felipe Salomão, relator do processo, a aplicação desse método – que já foi utilizado pela Terceira Turma – uniformiza o tratamento da questão nas duas turmas do tribunal especializadas em direito privado. O magistrado explicou que o método bifásico analisa inicialmente um valor básico para a indenização, considerando o interesse jurídico lesado, com base em grupo de precedentes que apreciaram casos semelhantes. Em um segundo momento, o juízo competente analisa as circunstâncias do caso para fixação definitiva do valor da indenização. Salomão, em voto que foi acompanhado pelos demais ministros da turma, disse que na segunda fase do método o juiz pode analisar a gravidade do fato em si e suas consequências; a intensidade do dolo ou o grau de culpa do agente; a eventual participação culposa do ofendido; a condição econômica do ofensor e as condições pessoais da vítima. Para o magistrado, o método é mais objetivo e adequado a esse tipo de situação.

Em um primeiro momento, buscaram-se, mediante pesquisa jurisprudencial, casos iguais ou semelhantes àquele que está sendo apreciado, efetuando-se uma soma dos valores fixados a título de indenização, para se apurar uma média. Em um segundo momento, utilizando-se a média como referencial, majora-se ou diminui-se o quantum, de acordo com as peculiaridades do caso concreto.

Com efeito de ilustrar o exemplo, selecionamos o julgado:

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. MORTE DE MENOR POR AFOGAMENTO. RESPONSABILIDADE DO CLUBE PELA FALHA NO SERVIÇO. DANO MORAL. QUANTUM INDENIZATÓRIO. CRITÉRIOS DE ARBITRAMENTO EQUITATIVO. MÉTODO BIFÁSICO. NÚCLEO FAMILIAR SUJEITO DO DANO. NECESSIDADE DE INDIVIDUALIZAÇÃO DA INDENIZAÇÃO. PENSÃO MENSAL DEVIDA.

1. O clube recreativo que possui em sua estrutura piscinas e lagoas é responsável pelo afogamento e óbito de criança em suas dependências, quando comprovada falha na prestação do serviço, configurada pela não adoção de medidas preventivas adequadas ao risco de sua fruição: segurança dos banhistas, salva-vidas, boias para a indicação da parte funda da rasa do lago, profissional médico, aparelho de respiração artificial.

2. O Superior Tribunal de Justiça, quando requisitado a se manifestar sobre o arbitramento de valores devidos pelo sofrimento de dano moral, deve interferir somente diante de situações especialíssimas, para aferir a razoabilidade do quantum determinado para amenizar o abalo ocasionado pela ofensa

3. O método bifásico, como parâmetro para a aferição da indenização por danos morais, atende às exigências de um arbitramento equitativo, pois, além de minimizar eventuais arbitrariedades, evitando a adoção de critérios unicamente subjetivos pelo julgador, afasta a tarifação do dano. Traz um ponto de equilíbrio, pois se alcançará uma razoável correspondência entre o valor da indenização e o interesse jurídico lesado, além do fato de estabelecer montante que melhor corresponda às peculiaridades do caso.

4. Na primeira fase, o valor básico ou inicial da indenização é arbitrado tendo-se em conta o interesse jurídico lesado, em conformidade com os precedentes jurisprudenciais acerca da matéria (grupo de casos).

5. Na segunda fase, ajusta-se o valor às peculiaridades do caso, com base nas suas circunstâncias (gravidade do fato em si, culpabilidade do agente, culpa

“Realmente, o método bifásico parece ser o que melhor atende às exigências de um arbitramento equitativo da indenização por danos extrapatrimoniais, uma vez que minimiza eventual arbitrariedade de critérios unicamente subjetivos do julgador, além de afastar eventual tarifação do dano”, argumentou. Razoabilidade. No caso analisado, os ministros mantiveram decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) que fixou em R\$ 250 mil uma indenização por danos morais decorrente da veiculação de entrevista falsa em rede nacional de televisão.

Os ofensores entraram com recurso e buscaram diminuir o valor da condenação. Para o ministro Luis Felipe Salomão, a valor foi fixado dentro de critérios razoáveis, sendo desnecessária qualquer alteração na decisão do TJSP. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Quarta-Turma-adota-m%C3%A9todo-bif%C3%A1sico-para-defini%C3%A7%C3%A3o-de-indeniza%C3%A7%C3%A3o-por-danos-morais.

concorrente da vítima, condição econômica das partes), procedendo-se à fixação definitiva da indenização, por meio de arbitramento equitativo pelo juiz. Documento: 67859296 - EMENTA / ACORDÃO - Site certificado - DJe: 07/12/2016 Página 1 de 2 Superior Tribunal de Justiça

6. Ainda na segunda fase de fixação, tendo em vista tratar-se de um núcleo familiar como titular da indenização, há que se ponderar acerca da individualização do dano, uma vez que um evento danoso capaz de abalar o núcleo familiar deve ser individualmente considerado em relação a cada um de seus membros (EResp 1127913/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, CORTE ESPECIAL, DJe 05/08/2014)

7. Conforme a jurisprudência do STJ, a indenização pela morte de filho menor, que não exercia atividade remunerada, deve ser fixada na forma de pensão mensal de 2/3 do salário mínimo até 25 (vinte e cinco) anos, e a partir daí, reduzida para 1/3 do salário até a idade em que a vítima completaria 65 (sessenta e cinco) anos.

8. Recurso especial parcialmente provido (REsp 1332366/MS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 10.11.2016, DJE 07.12.2016).

Com efeito, sem desconsiderar a importância dos outros padrões de cálculo, o critério bifásico é, sem dúvida, o que melhor atende à exigência de máxima precisão possível na quantificação do dano moral, porquanto, de um lado, mantém uma linha de uniformidade e segurança jurídica em face da tendência pretoriana vigente, e, de outro, não descuida das especificidades do caso concreto.

Consiste assim em um critério, mais seguro, respeitada, claro, a natural e sempre presente margem da falibilidade humana.

5 CONCLUSÃO

A escolha do dano moral como objeto de estudo desta dissertação, se faz em razão de que este instituto sempre se apresenta como um grande problema jurídico sem grandes perspectivas de melhora, e desta forma sempre indago: qual a origem dos problemas?

Assim início este estudo explorando o transplante de normas realizado entre a doutrina brasileira e a norte americana, onde neste país o instituto do dano moral não existe de fato, porém a figura do *punitive damage*, a penalidade aplicada na esfera na cível foi implantada em nosso ordenamento jurídico.

As penas aplicadas nos Estados Unidos além do caráter punitivo tem o objetivo educador buscando reformular o ponto de vista daquele que praticou o dano, assim os julgados das Corte Norte Americanas influenciaram muito as decisões jurisprudenciais brasileiras, porém cuidados que deveriam ter sido adotados quando se utilizaram da legislação estrangeira, como as adaptações axiológicas necessárias, ou seja, para efetividade do transplante da norma, “imunossupressores” deveriam ter sido inseridos para melhor absorção jurídica.

Porém, o silêncio do Legislativo na elaboração da letra da lei constitucional ao inserir o dano moral como direito e garantia fundamental, imputou ao Poder Judiciário criar a rotina deste instituto, mas o peso de normatizar foi imputado efetivamente ao magistrado.

A cobrança imputada a magistratura, pode-se constatar na teoria dworkiniana, que molda o direito concebendo-o como uma prática interpretativa e construtiva, como resultado a criação de um juiz Hércules, o que significa um juiz filósofo de capacidade e paciência sobre-humanas, que se e apresenta como um parâmetro, um exemplo de ética e integridade a ser seguido pelos nossos juízes reais em sua atividade judicante, procurando incorporar ao máxima essa figura hercúlea.

Porém o magistrado se faz figura tão complexa que invocamos também o jus filósofo Ost em nossos estudos para demonstrar a complexidade e a responsabilidade destes profissionais, pois o filósofo belga não apenas nomeia um arquétipo, mas sim três tipos de magistrados baseados em figuras mitológicas gregas.

Hércules surge como resposta a grande demanda moderna de uma atitude interdisciplinar dos juízes reais, servindo como um ideal a ser alcançado, pois o mesmo é capaz de demonstrar a esses profissionais jurídicos como o direito deve não só ser concebido, mas também aplicado

como uma prática interpretativa através de seu procedimento diante de cada caso, aplicando a hipótese do romance em cadeia, onde os juízes devem se comportar como integrantes de uma romance desenvolvido por todos, devendo trazer soluções que sejam coerentes entre si, mas também que o direito, mediante a aplicação dos princípios e a sua união com a moral, acompanhe as transformações sociais e possam atender às demandas da sociedade, pautando-se pela integridade na prestação jurisdicional.

A missão do magistrado não se conclui tão facilmente, pois aliado a solução de como quantificar o dano moral, este deve estar aliado ao princípio da segurança jurídica, mais do que um dos pilares do Estado de Direito, deve propiciar a interação humana, de forma a buscar ao máximo possível neutralizar as incertezas que a rodeiam, pois a segurança jurídica propicia previsibilidade, estabilidade, certeza, não só nas relações entre particulares, mas também nas relações destes com o Estado.

A certeza nas relações jurídicas, e a previsibilidade de que suas ações encontrarão respaldo no Estado, permite que o cidadão programe com bases razoáveis as implicações futuras de suas ações. A ausência ou desrespeito a esse princípio fundamental, o qual vem ao longo da história se fortalecendo e se mostrando cada vez mais indispensável, tornar-se-á inviável qualquer tipo de relação jurídica, já que os riscos advindos dessa garantia permeiam de insegurança a sociedade, inibindo-a a iniciar qualquer tipo de relação, seja de âmbito pessoal, comercial, ou de qualquer outra natureza.

Vale salientar que não será apenas a sociedade a grande e única prejudicada pela não efetivação desse direito. O próprio Poder Judiciário não dará conta das inúmeras demandas que terá que julgar, uma vez que aos envolvidos, diante da ausência de uma jurisprudência bem estabelecida, faltarão parâmetros para que os conflitos sejam resolvidos e solucionados entre as próprias partes.

A aplicação dos danos punitivos de maneira indiscriminada é uma simplificação demasiada ou uma recusa a uma reflexão mais profunda. No Brasil, a tendência à simplificação e à facilitação na argumentação conduz à formação de uma jurisprudência insegura e contraditória.

Alguns dos fundamentos utilizados para aplicação dos danos punitivos parecem inadequados quando pensados isoladamente, como a condição social e econômica do agente e da vítima.

Por outro lado, aplicar uma indenização mais elevada apenas com base no fato de que se trata de um agente causador do dano economicamente mais abastado também não parece argumento suficiente.

Com o passar dos anos o dano moral no direito brasileiro acabou por criar premissas em razão do principal problema não solucionado apresentado nesta dissertação, qual seja, a falta de critérios de quantificação para o ressarcimento do dano sofrido, o resultado assim foi a criação de terminologias em que o termo indústria em sem tom mais pejorativo foi imputado de forma simbiótica ao dano moral.

A luz deste raciocínio, verifica-se que a suposta “indústria” do dano moral, merece ser severamente repudiada do nosso ordenamento jurídico, eis que o reconhecimento do dano moral decorre de um ato lesivo causado e sem a ocorrência deste não há que se falar em efeito sem causa. Visto desta forma, o dano moral não merece permanecer ser visto as avessas, menos ainda ter sua efetividade reduzida sob o fundamento do enriquecimento indevido, pois se existiu o dano este mercê ser exemplarmente corrigido.

Nosso ordenamento jurídico possui as ferramentas necessárias para fazer frente às praticas contrarias a lei. Nosso ordenamento jurídico hoje verifica que entendimentos como o critério bifásico servem para melhor mensurar o *quantum* indenizatório e podem ser fórmulas de melhor levar a segurança jurídica a todos jurisdicionados.

REFERÊNCIAS

ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto; OST, François. **Júpiter, Hércules, Hermes e, talvez, algo mais.** Disponível em: <https://www.academia.edu/27157920/Fran%C3%A7ois_Ost_-_Jupiter_Hercules_Hermes_e_talvez_algo_mais>. Acesso em: 30 jun. 2018

AMARAL, Guilherme Rizzo. **Comentários às alterações do novo CPC.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ANTEPROJETO de reforma do Código de Processo Civil. Brasília, DF, Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496296/000895477.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 30 jun. 2018.

ARAÚJO FILHO, Raul. Punitive damages e sua aplicabilidade no Brasil. **Superior Tribunal de Justiça, Brasília**, 2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Dout25anos/article/view/1117>>. Acesso em: 30 jun. 2018.

ASCARELLI, Tullio. Osservazioni di diritto comparato privado brasiliano. **Il Foro Italiano**, Milano, v. 70, parte 4, p. 97-110, 1947. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/23143147?seq=1#page_scan_tab_contents>. Acesso em: 30 jun. 2018.

ÁVILA, Humberto. **Princípios e regra e a segurança jurídica.** *Revista de Direito e Estado*, ano 1, n. 1, jan./mar. 2006.

AXT, Dieter. Entrevista com François Ost. Direito e literatura: os dois lados do espelho. **Anamorphosis – Revista Internacional de Direito e Literatura**, [s.l.], v. 3, n. 1, p. 259-274, 2017. Disponível em: <http://rdl.org.br/seer/index.php/anamps/article/view/324/pdf_1>. Acesso em: 30 jun. 2018.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A Suprema Corte Norte-Americana: um modelo para o mundo?* **Revista Brasileira de Direito Comparado**, Rio de Janeiro, n. 26, 2004.

BARROS MONTEIRO, Washington de. **Curso de Direito Civil.** 25. ed., v. 50, São Paulo: Saraiva, 2004.

BASTOS, Guilherme Augusto Caputo. Danos Morais: O conceito, a banalização e a indenização. **Revista TST**, Brasília, v. 73, n. 2, abr./jun. 2007.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas.** Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Tradução de Sebastião nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

BEVILACQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil: Obrigações**. 5. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1943. Tomo 2.

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 4. ed. rev., aum. e mod. São Paulo: Saraiva, 2015.

BOMFIM, Benedito Calheiros. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais**. Rio de Janeiro: Destaque, 1996.

BRASIL. Código Civil. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 30 jun. 2018.

_____. Constituição (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 19 abr. 2018.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. São Paulo: RT, 1998.

CÂMARA, Alexandre de Freitas. **Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais: uma abordagem crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. **Lições de Direito Processual Civil: volume 1**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Os tribunais internacionais contemporâneos e a busca da realização do ideal da justiça internacional**. Brasília, DF: Funag, 2013. Disponível na internet em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r30426.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Grancie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Novo Código de Processo Civil: anotado e comparado - lei 13.105, de 16 de março de 2015**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à Justiça, Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública: uma nova sistematização da Teoria Geral do Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CARNELLUTTI, Francesco. **Instituições do Processo Civil**. São Paulo: ClassicBook, 2000.

CARPENTER, Luis Frederico S., Deve ser assegurada a indenização dos danos puramente morais? **Revista de Direito**, v. 22, p. 13, [s.d.].

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. Rio de Janeiro: civilização brasileira, 2002.

CARVALHO, Weliton. **Direito Comparado: Método ou ciência?** v. 45, n. 80, p. 139-146, out./dez. 2008. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176559/000848846.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 30 jun. 2018.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. **Visão constitucional do dano moral**. UFSC, 2007. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/15943-15944-1-PB.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2018.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Principios de Derecho Processual Civil**. Madrid: Reus, 1925.

CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

CIANCI, Mirna. **O valor da reparação moral**. São Paulo: Saraiva, 2003.

COUTO E SILVA, Almiro do. O Princípio da Segurança Jurídica: Proteção à Confiança no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 2, abr.-jun., 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44376>>. Acesso em: 17 de maio de 2018.

DAMATTA, Roberto. **O que faz o brasil, Brasil?** Rio de Janeiro: Rocco, 1986.

DANO moral [verbetes]. **Banco do Conhecimento/ Correlação dos Verbetes Sumulares do TJERJ – STJ – STF e dos Enunciados do PJERJ**. Rio de Janeiro: PJERJ, [s.d.]. Disponível em: <<http://portaltj.tjrj.jus.br/documents/10136/31404/dano-moral.pdf?v00>>. Acesso em: 30 jun. 2018.

DELGADO, José Augusto. A imprevisibilidade das decisões judiciais e seus reflexos na segurança jurídica. **Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, DF, 2007. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/74120>>. Acesso em: 30 jun. 2018.

DELGADO, Rodrigo Mendes. **O valor do dano moral: como chegar até ele**. 3. ed. São Paulo: J. H. Mizuno, 2011.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1954. Tomo 1.

_____. **Da responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1954. Tomo 2.

DICIONÁRIO DA LÍNGUA PORTUGUESA ONLINE. [s.l.]: Priberam, 2008-2013.

Disponível em: <<https://www.priberam.pt/dlpo/>>. Acesso em: 30 jun. 2018.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. 2. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução Luis Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FLEXA, Alexandre; MACEDO, Daniel; BASTOS, Fabrício. **Novo Código de Processo Civil: o que é inédito, o que mudou, o que foi suprimido**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 621.

FREIRE, Tatiane. Em 10 anos, CNJ consolida sua atuação como órgão de controle do Judiciário. **Conselho Nacional de Justiça**, Brasília, DF, 14 jun. 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79627-em-10-anos-cnj-consolida-sua-atuacao-como-orgao-de-controle-do-judiciario>>. Acesso em: 30 jun. 2018.

FUX, Luiz. BATISTA, Weber Martins. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais e Suspensão Condicional no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

FUX, Luiz (org.). **O novo processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 3.

GALANTER, Marc. Why the `Haves` Come out Ahead: Speculations on the limits of legal change. **Law and Society Review**, Amherst, n. 9, p. 3, 1974. Disponível em: <<http://jan.ucc.nau.edu/~phelps/Galanter%201974.pdf>> Acesso em: 30 jun. 2018.

GARAPON, Antoine; PAPAPOULOS, Ioannis. **Julgar nos Estados Unidos e na França: cultura jurídica francesa e common law em uma perspectiva comparada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GEERTZ, Clifford. **O saber local: Novos ensaios em antropologia interpretativa**. 8. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2006.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, [2016].

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios**. 6. ed.. São Paulo: Malheiros, 2013.

GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

- GRECCO, Leonardo. Os Juizados Especiais como Tutela Diferenciada. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro: UERJ, v. 3, ago., 2009.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do Processo**. 22. ed., São Paulo, Melheiros, 2005. P. 237.
- GUIMARAES, Mário. **O juiz e a função jurisdicional**. [Rio de Janeiro]: [Forense], [1958].
- GUSMAO, Paulo Dourado de. **Introdução ao Estudo do Direito**. 40. ed. Forense, 2008.
- HABA, Enrique. Rehabilitación del no-saber em la actual teoría del derecho: El bluff Dworkin. **DOXA, Cuadernos de Filosofía Del Derecho**, Alicante, n. 24, p. 165-201, 2001. Disponível em: <<http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/10205#vpreview>>. Acesso em: 30 jun. 2018. p. 173.
- HARPERCOLLINS PUBLISHERS. **Collins Dicionário Prático: Inglês - Português - Inglês**. 3. ed. Glasgow: Harpercollins Publishers, 2012.
- HOLANDA, Sérgio Buarque. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- IORIO FILHO, Rafael Mario. **Uma questão da cidadania: o papel do Supremo Tribunal Federal na intervenção federal (1988-2008)**. 1. ed. Curitiba, PR: CRV, 2014.
- IORIO FILHO, Rafael Mario; SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. A lógica do contraditório: ainda somos medievais. **Conpedi: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito**, Florianópolis, p. 22-45, 2015. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/405y7512/pl1102aGtQDxF62B.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2018.
- IÓRIO FILHO, Rafael Mário; DUARTE, Fernanda. A impossibilidade da igualdade jurídica no Brasil. **Reunião de Antropologia do Mercosul**, IX, 10 a 13 de julho. Curitiba, PR, 2011. Disponível em: <<http://portal.estacio.br/media/2482/juris-poesis-14-11-maio1.pdf>>- acessado em 13dez.2017>. Acesso em: 30 jun. 2018.
- KHALIL, Antoin Abou. **A Personalidade do juiz e a condução do processo**. São Paulo: Antoin Abou Khalil, 2011.
- KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Traduzido do alemão por Paulo Quintela. Lisboa: Edições 10, 2009.
- LANNE, Yuri Nathan da Costa. *Indústria do dano moral ou da lesão? uma solução a partir do instituto do punitive damages*. **Argumentum: Revista de Direito - UNIMAR**, São Paulo, n. 15. P. 163-182, 2014. Disponível em: <<http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/57/13>>. Acesso em: 30 jun. 2018.
- LARARIA, Roque de Barros. **Cultura: Um conceito antropológico**. 27. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1986.

LEGRAND, Pierre. A Impossibilidade de “Transplantes Jurídicos”. **Cadernos do Programa de Pós-graduação em Direito/UFRGS**, Porto Alegre, v. 9, n. 1, p.11-39, 2014.

LIMA, Alvino. **Culpa e Risco**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. **O dever de motivação das decisões judiciais**. Salvador: Juspodivm, 2015.

MACEDO JUNIOR, Ronald Dworkin - Teórico do direito [verbete]. **Enciclopédia jurídica da PUCSP**. São Paulo: PUCSP, 2017. Disponível em:

<<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/126/edicao-1/ronald-dworkin---teorico-do-direito>>. Acesso em: 30 jun. 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 292.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo Civil**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 2.

_____. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: RT, 2011.

MARTELLI MOREIRA, João Luiz. *Planejar o Futuro é Planejar o Presente*. **Revista CEJ – Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal**, n. 1, 1997. Brasília: CEJ, 1997.

MARTINS, Plínio Lacerda. **Anotações ao Código de Defesa do Consumidor: Conceitos e noções básicas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**. [21. ed.]. Rio de Janeiro: Saraiva, [2017].

MEINHERDT, Betina Pohl. Funcionamento dos juizados: pesquisa de campo. **Juizados de Pequenas Causas – doutrina e jurisprudência**. Porto Alegre, dezembro, 1991.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas: e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **Ações Coletivas: e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MICHAELIS. **Dicionário da Língua Portuguesa Online**. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/>. Acesso em: 30 jun. 2018.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1967.

MORAES, Alexandre de. *Jurisdição Constitucional: Breves Notas Comparativas sobre a Estrutura do Supremo Tribunal Federal e a Corte Suprema Norte-Americana*. **Cadernos de**

Direito: Cadernos do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba - Controle de Constitucionalidade. São Paulo, v.5, n. 8-9, jan./dez., 2005.

MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à pessoa humana:** uma leitura civil-constitucional dos Danos Morais. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito.** 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

NERY JUNIOR, Néilson. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, [DATA?].

_____. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal.** 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NETTO, Fernando Gama de Miranda. Garantias do Processo Justo nos Juizados Especiais Cíveis. In: ROCHA, Felipe Borring; NETTO, Fernando Gama de Miranda (Org.). **Juizados Especiais Cíveis: Novos Desafios.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor.** São Paulo: Saraiva, 2004.

OLIVEIRA, Miguel Luiz Barros Barreto de. **A indústria do mero aborrecimento.** Juiz de Fora: Associada Ltda, 2016.

OST, François. *Júpiter, Hércules e Hermes: os três modelos de juízes.* **Supremo Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 2009.** Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01048841455381501310035/cuaderno14/doxa14_11.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2018.

_____. **Contar a lei:** as fontes do imaginário jurídico. São Leopoldo: Unisinos, 2005.

PEGORARO, Lucio. Estudio Introductorio. Transplantes, injertos, diálogos. In: _____. **Jurisprudencia y doctrina frente a los retos del Derecho Comparado.** [Espanha]: [Tirant lo Blanch], 2013. P. 33-80. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r31219.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2018.

_____. **Derecho Constitucional y método comparativo.** México, UNAM, [s.d.]. <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1793/6.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2018.

_____. A circulação, a recepção e a hibridação dos modelos de justiça constitucional. **Revista de Informação Legislativa.** Brasília, DF, v. 42, n. 165, p. 59-76, jan./mar. 2005. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15543-15544-1-PB.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, [s.d.].

PIMENTA, Eduardo Goulart. **Recuperação de empresas**: um estudo sistematizado da nova lei de falências. São Paulo: IOB Thompson, 2006.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito Processual Civil Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1.

PRESIDENTE do CNJ pede a magistrados empenho para reduzir estoque de processos.

Conselho Nacional de Justiça, Brasília, DF, 14 jun. 2015. Disponível em:

<<http://www.cnj.jus.br/noticias/67303-presidente-do-cnj-pede-a-magistrados-empenho-para-reduzir-estoque-de-processos>>. Acesso em: 30 jun. 2018.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

REIS, Clayton. **Dano Moral**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

RESEDÁ, Salomão. *A Aplicabilidade do Punitive Damage nas ações de indenização por dano moral no ordenamento jurídico brasileiro*. 2008. 324 f. Dissertação (Mestrado em Direito Privado e Econômico). Universidade Federal da Bahia, UFBA, Salvador, 2008. Disponível em:

<<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/12303/1/SALOM%C3%83O%20RESED%C3%81.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2018.

REVISTA VEJA. São Paulo, n. 1675, 15 nov. 2000. Disponível em:

<<https://www.ajure.com.br/03052000/11/2000-11-16>>.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed. rev. e ampl., Belo Horizonte: Fórum, 2005.

RODRIGUES, Roberto de Aragão. O julgamento por amostragem dos recursos excepcionais.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. **O julgamento por amostragem dos recursos excepcionais repetitivos**: análise crítica e perspectivas. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. P. 248.

SADEK, Maria Teresa. Dez anos do Anuário da Justiça: muito a comemorar e a preservar.

Revista Consultor Jurídico, 23 abr. 2016.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em Direito e Economia? **Cadernos Direito GV**, v. 5, p. 24, 2008.

SALOMÃO, Luis Felipe et al (Org.). **Direito Civil**: Diálogos entre a doutrina e a jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2018.

SÁNCHEZ-BAYÓN, Antonio. ¿Fundamentos de derecho comparado y global: cabe un orden común en la globalización? *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, n. 141, p. 1021-1051. 2014. Disponível em:

<<http://eprints.ucm.es/44946/1/Fundamentos%20de%20Derecho.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2018.

SCHELEDER, Adriana Fasolo Pilati. A inconstitucionalidade da aplicação do incidente de resolução de demandas repetitivas nos juizados especiais. 2015. 215 f. Tese (doutorado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina, UFSC, Santa Catarina, 2015.

SCHEREIBER, Anderson. *Direitos da Personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SGARBI, Adrian. **Clássicos de teoria do direito**. Rio de Janeiro: Saraiva, [s.d.].

SHARP JUNIOR, Ronald. **Dano Moral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Destaque, 2001.

SILVA, Luiz Claudio. **Os Juizados Especiais Cíveis na Doutrina e na Prática Forense**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

SILVA, Wilson Melo da. **O dano moral e sua reparação**. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Elementos da Teoria Geral do Direito*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SOUZA COSTA, Ana Carolina Gusmão de. Dano Moral e Indenização Punitiva. **Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro: EMERJ, 2009.

STOCO, Rui. **Responsabilidade Civil: e Sua Interpretação Jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias Discursivas*. da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. O (pós) positivismo e os propalados modelos de juiz (Hércules, Júpiter e Hermes) – dois decálogos necessários. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 7, p. 15-45, jan./jun. 2010. Disponível em: <<http://www.direitocontemporaneo.com/wp-content/uploads/2014/02/O-P%C3%93S-POSITIVISMO-E-OS-PROPALADOS-MODELOS-DE-JUIZ-H%C3%89RCULES-J%C3%9APITER-E-HERMES-%E2%80%93-DOIS-DEC%C3%81LOGOS-NECESS%C3%81RIOS.pdf>>. Acesso em: 21 fev. 2018.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Método, 2014.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO [página eletrônica]. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br>>. Acesso em: 30 jun. 2018.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 2.

THEODORO JÚNIOR, Humberto [et al]. **Novo CPC: Fundamentos e sistematização**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. A responsabilidade civil e sua função punitivo-pedagógica no direito brasileiro. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas). Programa de Pós-Graduação em Direito. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2006.

WATANABE, Kazuo. **Cognição no processo civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

WATSON, Alan. **Legal transplants: an approach to comparative law**. 2. ed. Estados Unidos: University of Georgia Press, 1993.

WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. Antônio Flávio Pierucci. São Paulo. Companhia das Letras, 2004.

WILLEMANN, Flávio. **Responsabilidade das agências reguladoras**. Lúmen Júris, 2005.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho dúctil**. 2 ed. Madrid: Trotta, 1997.