



FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA
Mestrado - Ciências Jurídico-Civilísticas / Menção em Direito Civil
Dissertação para a obtenção de grau de Mestre
ANO LETIVO 2013/2015

O dano social e as funções punitiva e social da responsabilidade civil

ADRIANO BARRETO ESPÍNDOLA SANTOS

Dissertação apresentada como requisito à obtenção de grau de Mestre, no Curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas / Menção em Direito Civil, ano letivo 2013/2015, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Orientador: Professor Doutor Francisco Manuel de Brito Pereira Coelho.

COIMBRA
2015

Tendes ouvido o que foi dito: *Olho por olho, dente por dente*. Eu, porém, vos digo: não resistais ao mau. Se alguém te ferir a face direita, oferece-lhe também a outra. Se alguém te citar em justiça para tirar-te a túnica, cede-lhe também a capa. Se alguém vem obrigar-te a andar mil passos com ele, anda dois mil. Dá a quem te pede e não te desvies daquele que te quer pedir emprestado. (Mt 5, 38-42).

AGRADECIMENTOS

Ao único que é digno de toda honra e glória, Deus, pela força que me destes!

Aos meus amados familiares, especialmente Bernadete, Cristiano, Cybele, Eduardo e Mônica Espíndola, pelo exemplo de vida e pelo amor!

Ao meu saudoso Pai, Pedro Nolasco dos Santos (*in memoriam*), pelo amor incondicional!

Aos meus queridos amigos, pela satisfação em tê-los sempre presentes e pela força: Aldo Gaudêncio, Aline Fonseca, Benevides Júnior, Felipe Comarela, Felipe Crisafulli, Henrique Guimarães, James Castro, João de Paula, Leonardo dos Anjos, Leonardo Braga, Marlus Riani, Pedro Anibal e Wilson Machado.

À minha namorada, Mayara Mader, por nutrir meus sonhos.

Ao Professor Doutor Francisco Manuel de Brito Pereira Coelho, pela paciência e, sobretudo, pelos ensinamentos.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ASAE – Autoridade de Segurança Alimentar e Económica;

BBC – Corporação Britânica de Radiodifusão, do inglês *British Broadcasting Corporation*;

BGH – Supremo Tribunal Federal da Alemanha, do alemão *Der Bundesgerichtshof*;

CACMEP – Comissão de Aplicação das Coimas em Matéria Económica e de Publicidade;

CC – Código Civil brasileiro (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002);

CJF – Conselho da Justiça Federal;

DL – Decreto-Lei;

DN – Diário de Notícias;

e.g. – Proveniente do latim, “por exemplo”;

EJEF – Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes;

EMERJ - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro;

FCT – Fundação para a Ciência e a Tecnologia;

FEPDC - Fundo Estadual de Proteção e Defesa ao Consumidor;

IDH – Índice de Desenvolvimento Humano;

i.e. – Proveniente do latim, “isto é”;

JFRJ – Justiça Federal Seção Judiciária do Rio de Janeiro;

LC – Lei Complementar;

OA – Ordem dos Advogados;

OMS – Organização Mundial da Saúde;

ONG - Organização não Governamental;

PGDLISBOA – Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa;

PGJ – Procuradoria Geral de Justiça

PHDA – Perturbação da Hiperactividade e Défice de Atenção;

PNUD – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento;

STF – Supremo Tribunal Federal;

STJ – Supremo Tribunal de Justiça;

TJMG – Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais;

TJRJ – Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro;

UFC – Universidade Federal do Ceará;

UFMG – Universidade Federal de Minas Gerais;

UFPI – Universidade Federal do Piauí;

UFRGS – Universidade Federal do Rio Grande do Sul;

UFRJ – Universidade Federal do Rio de Janeiro;

UL – Universidade de Lisboa;

UNICEUB - Centro Universitário de Brasília;

UNIFESP – Universidade Federal de São Paulo;

UNIFEV – Centro Universitário de Votuporanga;

v.g. – Proveniente do latim, “por exemplo”;

vd. – vide;

WHOQOL – *World Health Organization Quality of Life*

RESUMO

Observa-se o avanço vertiginoso de condutas antissociais graves provocadas por entes de grande poder socioeconómico, desprezando-se, por conseguinte, a percepção do outro; a dignidade humana e o bem-estar subjetivo que lhe são intrínsecos. Agrava-se a situação, porquanto tais comportamentos parecem constranger o povo a lutar e, ainda mais, provocam descrédito dos cidadãos quanto às eventuais mudanças desse quadro instalado. Tudo isso converge, negativamente, para um panorama de resignação social. O que tais sujeitos poderosos estão a provocar é o denominado dano social, que, por acharem ser mais vantajoso economicamente praticar o ato ilícito, acabam por sobrepor os seus interesses em detrimento da dignidade da pessoa humana, atingindo-a, e agridem uma massa social com objetivo meramente de auferir mais lucros. Há de se fazer alusão ao que dispõe César Fiúza sobre o que seja o dano eficiente, o qual ocorre quando o ente se vê confortável em praticar o dano porque lhe seria mais proveitoso patrimonialmente, sem, por óbvio, se preocupar com as consequências daí advindas. Nesse contexto, far-se-á um estudo dirigido, também a compreender as possibilidades de aplicação de medidas preventivas e repressivas, especialmente com o auxílio de institutos como a análise económica do Direito, da Teoria do Valor do Desestímulo e da Função Punitiva da Responsabilidade Civil, uma vez que se vislumbra que a interação coordenada de tais medidas poderá provocar uma diminuição drástica dos danos, a ponto de se conseguir conter esses comportamentos reprováveis. Além disso, mister se faz perceber a aplicação da pena civil num contexto social, atrelado, essencialmente, à atenção do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Alcança-se, naturalmente, a seara da Psicologia, a prestar todo o amparo ao lesado, no sentido de lhe dotar de plenas condições de reestruturação em esfera psicofísica, sem, contudo, se olvidar do mesmo domínio existencial e da dignidade que assiste igualmente o lesante. Tendo em conta a função social da responsabilidade civil e a dignidade da pessoa humana, dar-se-á ênfase à transformação psicofísica necessária desse indivíduo para a sua reintegração em sociedade, com o apoio da Psicologia, a fim de que se resolva, de modo preventivo e definitivo, o grande mal da atualidade, o dano social.

Palavras-chave: Dano social. Funções punitiva e social da responsabilidade civil. Psicologia Forense. Reestruturação e Reintegração.

ABSTRACT

Observe the vertiginous advance of antisocial behaviors caused by severe ones of major socio-economic power, neglecting therefore the perception of other; human dignity and the subjective well-being that are intrinsic. Worsens the situation because such behavior seem to embarrass the people to fight and, even more, causing discredit citizens about the possible changes to this framework installed. All this relates negatively to a panorama of social resignation. What these powerful individuals are causing is the so-called social damage, which they feel is more advantageous economically practice tort, eventually override their interests at the expense of human dignity, hitting her, and attack a social mass with aim merely to earn more profits. One has to make reference to what has César Fiúza about what is efficient damage, which occurs when the entity is comfortable in practice the damage because it would be more profitable patrimonially, without, obviously, worry about the resulting consequences. In this context, far up will study led also to understand the application possibilities of preventive and repressive measures, especially with the help of institutes such as the economic analysis of law, of discouragement of value theory and punitive damages, as it sees that the coordinated interaction of such measures may cause a drastic decrease of the damage about to get hold these reprehensible behavior. In addition,

necessary becomes realize the application of civil penalty in a social context, linked essentially to the attention of the fundamental principle of human dignity. Can be reached, of course, the harvest of Psychology, to provide all support to the victim, in order to provide you the full conditions of restructuring in psychophysical sphere, without however forgetting is the same existential domain and dignity watching also aggressor. Having regard to the social function of civil responsibility and the dignity of the human person, will give the necessary emphasis-psychophysical transformation of this individual for their reintegration into society, with the support of Psychology, to be resolved, in a preventive way and ultimately, the great evil of our time, the social damage.

Keywords: *Social damage. Punitive and social functions of liability. Forensic psychology. Restructuring and Reintegration.*

ÍNDICE

1. INTRODUÇÃO.....	10
2. A DIGNIDADE HUMANA E A UBIQUIDADE IMANENTE.....	12
2.1. O princípio em contexto histórico-social.....	17
2.2. Domínios de tutela e projeção.....	22
2.3. Os deveres de “prestações positivas” do Estado.....	25
3. A RESPONSABILIDADE CIVIL E O ERIGIR DE UM NOVO TEMPO.....	31
3.1. Os conteúdos da punição e da prevenção – a teoria do valor do desestímulo.....	33
3.2. O controlo do “dano eficiente”: primeira defesa interdisciplinar.....	39
3.3. Há um cariz punitivo da responsabilidade civil em Portugal e no Brasil?.....	43
3.4. Por que incluir uma função punitiva autónoma?.....	50
4. O DANO SOCIAL E AS ATECNIAS DE SEU TEMPO.....	57
4.1. O dano social e a dignidade (integridade) sistémica.....	60
4.2. A sujeição socioeconómica: um panorama global.....	65
4.3. As implicações do dano social: segunda defesa interdisciplinar.....	75
5. O DANO SOCIAL PRESENTE: DO CAOS AO <i>START</i> DA RESIGNIFICAÇÃO..	89
6. CONCLUSÃO.....	97

REFERÊNCIAS..... 102

1. INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil é instrumento para a concretização do Direito. Portanto, necessita acompanhar os avanços sociais para coibir os impactos graves, especialmente os danos imateriais. Assim, faz-se necessária a incorporação autónoma de mais uma função, extremamente eficaz, direcionada a aplicar penalização severa no lesante e, conseqüentemente, prevenir o dano (caráter exemplar), a denominada função punitiva da responsabilidade civil¹.

Perceber-se-á que a tutela do ser humano poderá ser mais aperfeiçoada em decorrência de institutos essenciais a acompanhar a responsabilidade civil: a análise económica do Direito, que tem por objetivo arranjar a norma de modo mais eficiente para prevenir o surgimento de dano, e a teoria do valor do desestímulo, que produz impulso ao lesante para não praticar o dano, gerando, por conseguinte, a prevenção.

De tal modo, o presente estudo pretende evidenciar as potencialidades da função punitiva da responsabilidade civil perante o âmbito social, ainda mais se harmonizada à teoria do valor do desestímulo e à análise económica do Direito². Para tanto, necessário se faz ter real e atual percepção do caráter punitivo da responsabilidade civil nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro, para, posteriormente, se indicarem os aspetos positivos à inclusão da função punitiva autónoma – norma genuína e incisiva contra males de largo espectro social.

Em momento oportuno, será realizado fechamento das opiniões detidamente analisadas, que convergem em aspetos positivos para a inclusão da função punitiva autónoma. Estes comprovam que os ganhos sociais serão maiores que as perdas com a aludida inserção, porque o ser humano, portador de direitos fundamentais e de personalidade, logrará mais um forte aliado à sua tutela e ao combate de danos, especialmente os sociais.

¹ “Não obstante as críticas uma tal função punitiva poderia ser admitido em muitos casos como forma de ‘controlo preventivo’, visando a adopção de condutas preventivas com intuito de evitar o dano, essencialmente nos casos em que o infractor revela um comportamento reprovável que demonstra um total desrespeito pelos valores mais altos defendidos pela ordem jurídica”. DELGADO, Dilma Vanise Varela. **Responsabilidade Civil: Função ressarcitória ou punitiva?** Dissertação de mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Orientador: Prof. Dr. Filipe Miguel Cruz Albuquerque Matos. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2009. p. 41.

² “Também a incapacidade de resposta do direito penal económico e sobretudo o aparecimento de formas de ilícito, intermédias entre o ilícito penal e o ilícito administrativo como é entre nós, o ilícito de mera ordenação social, onde aliás, considerações pragmáticas levam ao abandono de princípios fundamentais do direito penal clássico, sugerem que, *longe de nos devermos ater a considerações estritamente lógicas do género de ‘o direito civil não é o meio apropriado para punir’, temos antes que aproveitar as potencialidades das sanções civis, sobretudo, procurando satisfazer algumas das críticas que legitimamente lhe são feitas*”. GOMES, Júlio. **Uma função punitiva para a responsabilidade civil e uma função reparatória para a responsabilidade penal?** Revista de Direito e Economia – Ano XV 1989. Coimbra: Edição do Centro Interdisciplinar de Estudos Jurídico-Económicos, 1989. p. 111.

No cenário hodierno, depara-se com um grave fenómeno que demanda maior participação do Estado e do Direito, para o fim supremo de se conseguir tutelar o ser humano. Trata-se, neste caso, do dano social, evento silencioso que promove aparência putativa de normalidade no quadro social, quando, na verdade, acomete parcela da sociedade, deixa-a apática, indevidamente resignada, a depreciar, até mesmo, o desenvolvimento humano.

Diante desse mal, que atinge impetuosamente as sociedades portuguesa e brasileira, analisar-se-ão meios de se aplicarem, de modo acertado, as normas e os institutos que geram a proteção e a promoção da vida humana, quais sejam, o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, a responsabilidade civil e a sua função social, a fim de se alcançar, propositadamente, o equilíbrio de interesses e de necessidades sociais.

Para tanto, faz-se necessário volverem-se os olhares dos operadores do Direito não só para o ente lesado, que merece toda a atenção, mesmo porque não deu causa à situação danosa e restou diretamente prejudicado, mas também para o lesante. Isso se dá com o objetivo, primeiramente, de preservar a sua dignidade humana e, posteriormente, oferecerem-lhe condições de ter seu estado normal psicofísico reconstruído, para que, desta forma, não se tenha mais a ideação danosa.

Como se desenvolverá neste estudo, a ciência da Psicologia terá importante papel na definição de elementos aptos a constatar e a tratar os entes envolvidos. No caso do lesante – outrora marginalizado por seu erro –, ter-se-á a pretensão de oferecer luzes para patrocinar uma cultura retributiva, baseada na função social da responsabilidade civil.

A responsabilidade civil, como se sabe, não tem o mero condão de penalizar, mas, igualmente, de trazer efetivos reflexos positivos à sociedade. Recuperar psicologicamente um ente que promoveu um mal evita, seguramente, que ele reincida. Observar-se-á, pois, a completude sistémica que a responsabilidade civil deve promover em sociedade, no sentido de operar a penalização, com a condenação em *quantum* indemnizatório adequado para se promoverem os efeitos compensatório, exemplar, educativo e dissuasivo, sem, contudo, deixar de propiciar a restauração de estruturas psicofísicas dos entes lesado e lesante, porque a todos assiste o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

Especialistas da Psicologia disporão perspectivas de patologias vinculadas ao dano social, com diagnósticos a embasar medidas humanizadoras. Ousar-se-á propor instrumentos eficazes a alterar o quadro moderno de resposta social da responsabilidade civil.

Sendo tarefa difícil a dosimetria da pena, não deve ser, então, chamariz para mais desordens; ao contrário, tem de dar respostas positivas, pedagógica e psicológica. E, ainda, a critério do lesante – autonomia –, seria minorado o *quantum* se se submetesse a tratamento.

Há em tudo um viés conformador: além de se corroborarem os citados benefícios sociais, deixam-se sensações de satisfação. Passando o lesante por tratamento, adicionada a condenação em *quantum* indemnizatório razoável, crê-se, também, em regozijo do lesado.

2. A DIGNIDADE HUMANA E A UBIQUIDADE IMANENTE

Mesmo antes da formação da sociedade civilizada, o homem tem inato à sua natureza a necessidade de se proteger, seja de ameaças externas, seja de problemas atmosféricos, ou mesmo no que diz respeito às relações interpessoais.

Os eventos sociais, que se calharam ao longo da história, certificam, notadamente, as fragilidades física e moral do ser humano, precisamente ante os abusos cometidos na maioria das vezes pelos Estados. Uma breve ponderação sobre o passado não muito distante traz às claras grandes mazelas sociais, tais quais, o holocausto, a primeira e a segunda guerras mundiais, com o extermínio despropositado de grupos de pessoas, ditos erroneamente como certas “raças” – porque há somente uma raça, a humana –, entre diversas demonstrações de intolerâncias de quaisquer ordens. Os aludidos episódios lançaram o irresistível desejo de se implementarem medidas atinentes à tutela do ser humano, como se deu logo a seguir, com a fixação da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)³.

A aspiração popular por incorporar tais mecanismos de defesa não é premissa vazia ou estanque no tempo, nem há uma sensação de satisfação iminente a cada ciclo político, porque novas são as violações e constantes as necessidades do homem, o que avoca mais prevenção do Estado, provedor de instrumentos para tal efetivação de manutenção da dignidade humana.

Nas relações sociais, apodera-se de prerrogativas vãs, violam-se e maculam-se os direitos da vida alheia, ainda nestes tempos, o mais forte, o altivo ente económico opressor. A dor não cabe mais, nem os males podem vingar. A asserção do ser humano como tal, daquilo que busca desde há muitos anos, vem encontrando guarida nas mais diferentes legislações da

³ “Uno de los rasgos sobresalientes del constitucionalismo de la segunda postguerra es la elevación de la dignidad de la persona a la categoría de núcleo axiológico constitucional, y por lo mismo, a valor jurídico supremo del conjunto ordinamental, y ello con carácter prácticamente generalizado y en ámbitos socio-culturales bien dispares, como muestran los ejemplos que más adelante ofrecemos. Ello tiene una explicación fácilmente comprensible. Los horrores de la Segunda Guerra Mundial impactarían de tal forma sobre el conjunto de la humanidad, que por doquier se iba a generalizar un sentimiento de rechazo, primeiro, y de radical rectificación después, que había de conducir en una dirección que entendemos sintetiza con meridiana claridad el primer párrafo del Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, en que puede leerse lo que sigue: “Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”. SEGADO, Francisco Fernández. *La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico*. estado & direito : revista semestral luso-espanhola de direito público. Nº 17-18, ano 1996. Lisboa: A. O. Martins, 1996. p. 97.

atualidade. É o esforço de uma viva consciência coletiva, de que existem direitos, e do inadmissível recuo aos erros do passado.

Abrem-se portas não mais unicamente da esperança, mas também de segurança e de confiança de que a luta não foi improfícua, sem jamais se perder o que se conquistou – princípio da proibição do retrocesso⁴. Com mais empenho e sem resignação, conseguir-se-ão os instrumentos ansiados, o aperfeiçoamento e a inspiração para formar eficientes institutos do Direito.

Nessa guisa, importa apresentar opiniões abalizadas de Brunello Stancioli, seguindo TAYLOR: “TAYLOR é um dos autores hodiernos que bem retrata a evolução e o processo de (re)fundamentação da pessoa humana. Esse autor fundamenta a personalidade em três eixos-base, que podem ser vistos como uma generalização, sob a ótica secular, do pensamento teológico-cristão”⁵. Portanto, retrata-se o que assevera Taylor, acima mencionado, em que se conformarão três elementos para embasar a personalidade: a autonomia da vontade, como confirmação do respeito à livre vontade individual; depois, a alteridade, ser sensível e perceber o outro, haja vista que se convive e se desenvolve em ambiente social; e, por fim, a soberana dignidade, que constitui, como acentuado em outros momentos, a própria essência humana. Esses elementos citados por Taylor só têm razão de ser se aplicados em conjunto, ou seja, existe, aí, uma regra de complementaridade necessária, posto que a particularização ou a extração de qualquer um deles geraria, seguramente, o comprometimento da dignidade da pessoa humana.

Note-se que Stancioli exemplifica nitidamente a aludida sequência de acontecimentos para concretizar a atenção à dignidade da pessoa humana: “Assim, tentando sintetizar o pensamento de TAYLOR, pode-se afirmar que a proteção da personalidade tem como elementos cruciais o respeito pela *autonomia* e a busca da *dignidade*, que se implementam na *alteridade*”⁶.

⁴ Vale referir que José Joaquim Gomes Canotilho é um dos expoentes, mormente em língua portuguesa, no que se refere ao princípio da proibição do retrocesso, ensejando importantes estudos sobre o tema, tratando, inclusivamente, a título ilustrativo, do “princípio da proibição do retrocesso ecológico”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. 2.^a ed. 273 p. Coimbra: Coimbra Editora, Limitada, 2008, p. 182. Veja-se que, desde há muito, o aludido autor vem tratando desta matéria: “Quer dizer: as normas constitucionais que reconhecem direitos económicos, sociais e culturais de carácter positivo têm pelo menos uma função de garantia da satisfação adquirida por esses direitos, implicando uma *proibição de retrocesso*, visto que, uma vez dada satisfação ao direito, este <<transforma-se>>, nessa medida, em <<direito negativo>> ou direito de defesa, isto é, num direito a que o Estado se abstenha de atentar contra ele (cfr., *supra*, 4.3.1.)”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 2.^a edição revista e ampliada. 1.º volume. 481 p. Coimbra: Coimbra Editora, Limitada, 1984, p. 134.

⁵ STANCIOLI, Brunello. **Sobre os Direitos da Personalidade no Novo Código Civil Brasileiro**. Disponível em: <<http://www.hottopos.com/videtur27/brunello.htm>>. Acesso em: 18 nov. 2014.

⁶ Ibid. Loc. cit.

Por certo, tanto Taylor como Brunello Stancioli, apresentam, embutidos em suas opiniões, a representação concreta da dignidade que atende ao ser humano. É dizer-se: afastadas as idealizações ou vislumbradas as circunstâncias vindouras, o ser humano autoafirma-se à medida que consegue exercer plenamente a sua liberdade⁷ de escolha, certificando a sua independência no meio em que vive, sem olvidar e mesmo a perceber a existência do outro, para se entender em seu sentido existencial com a dignidade, especialmente preservada.

Afasta-se dessas posições o percentual insignificante de porventura existentes vaguezas terminológicas, porque a substância da completude se mostra assaz satisfatória para a dignidade da pessoa humana e, assim, quanto mais extensiva mais se abarcarão possibilidades de contemplação.

O marco de proficuidade de tais elementos perfaz-se no momento em que se consegue solidificar os instrumentos de proteção do ser humano, como se antevê com a certificação normativa do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. De certo modo, vê-se que a base para o florescer de acréscimos instituídos aos indivíduos advém exatamente desse mesmo princípio fundamental.

É nesse sentido que a adequação dos imperativos sociais perpassa, necessariamente, pelo crivo do Estado, que, por seu turno, não pode olvidar dos efeitos, sempre presentes, da cláusula geral da dignidade da pessoa humana como princípio basilar do ordenamento jurídico dos países Democráticos de Direito.

O comando normativo não é a essência da tutela humana; é dizer-se: não emana dele a dignidade propriamente dita, mas a materialização do substrato de proteção. Nasce com o ser humano, porque lhe é intrínseca⁸ – e isso está claro nas palavras de Brunello Stancioli, seguindo, uma vez mais, Taylor: “A dignidade é fruto de autoconstrução (autonomia) e

⁷ Esta liberdade (pretensões pessoais no espaço), como demonstra Kant – na quinta proposição do título “Idea de uma história universal com um propósito cosmopolita (1784)” –, aperfeiçoa-se nos moldes da constituição civil: “A necessidade é que constringe o homem, tão afeiçoado, aliás, à liberdade irrestrita, a entrar neste estado de coacção; e, claro está, a maior de todas as necessidades, a saber, aquela que reciprocamente se infligem os homens, cujas inclinações fazem que eles não mais possam viver uns ao lado dos outros em liberdade selvagem. Só dentro da cerca que é a constituição civil é que essas mesmas inclinações produzem o melhor resultado [...]. Toda a cultura e toda a arte, que ornamentam a humanidade, e a mais bela ordem social são frutos da insociabilidade que por si mesma é forçada a disciplinar-se e, deste modo, a desenvolver por completo, mediante uma arte forçada, os germes da Natureza”. KANT, Immanuel. *Zum Ewigen Frieden, ein Philosophischer Entwurf, etc.* (A Paz Perpétua e Outros Opúsculos). Tradução: Artur Morão. Lisboa: Edições 70, Lda. e Artur Morão, 2009. pp. 26-27.

⁸ “[...] y una reafirmación de que la persona no es un mero reflejo de la ordenación jurídica, sino que, bien al contrario, tiene una existencia previa, y aunque es evidente que el ordenamiento jurídico habrá de dotarla de significación, no lo es menos que en ningún caso podrá ignorar esa preexistencia que se manifiesta en el hecho de que de la persona dimanar unos derechos inviolables que han de ser considerados como inherentes a ella”. SEGADO, Francisco Fernández. Op. cit. p. 103.

realização em sociedade (alteridade). Portanto, a dignidade não é algo ‘dado’ (pelo Estado, pela ciência, etc.), mas, sobretudo, uma busca de auto-realização. Não se devem buscar normas que imponham, aos indivíduos, uma dignidade pré-estatuída”⁹. A dignidade é inata, pois o homem é o senhor da sua autorrealização, como denota Brunello Stancioli.

O bem-estar subjetivo, a humanidade e a autonomia dignificam o ser; o Estado, em razão disso, tem de fazer imperar tais bens, que se confirmam pela dignidade humana. Se não há freios legais, o sujeito tendente a lesar se sentirá confortável. É uma reação própria daqueles que não percebem o outro, mas temem a lei e o tribunal. Racionalizam-se, daí, a aplicação da pena e os modelos de recuperação. Racionalizar tem a ver, também, com a consideração da dignidade que assiste ao lesante, em abstrair-se da pena o caráter que talvez possa expressar de não condigna com a humanidade.

Não se vislumbra mais o arranjo social apartado de tutelas próprias aos seres humanos – a submissão do homem pelo próprio homem como em época de barbárie –, pois, sem tais aparatos, restam relegados à própria sorte, sujeitos aos mais brutais tratamentos.

Immanuel Kant expõe objetivamente o papel do ser humano em sociedade, que, como ser racional, e por sua elevada essência de constituição como valor absoluto, faz jus ao mais alto posto da dignidade a si intrínseca, conforme esmiúça, com detalhes, em suas explicações¹⁰.

Por isso, e pela especial relevância do pensamento Kantiano, faz-se constantemente alusão às ideias por ele formuladas – ainda mais se se considerar que ali se demonstra a ética necessária que deve brotar do ser e, por conseguinte, permear o tratamento entre os entes em suas relações¹¹.

⁹ STANCIOLI, Brunello. Op. cit. Loc. cit.

¹⁰ “(...) supondo que haja alguma coisa cuja existência em si mesma tenha um valor absoluto e que, como fim em si mesma, possa ser o fundamento de determinadas leis, nessa coisa, e somente nela, é que estará o fundamento de um possível imperativo categórico, quer dizer, de uma lei prática. Agora eu afirmo: o homem – e, de uma maneira geral, todo o ser racional – existe como fim em si mesmo, e não apenas como meio para uso arbitrário desta ou daquela vontade. Em todas as suas ações, pelo contrário, tanto nas direcionadas a ele mesmo como nas que o são a outros seres racionais, deve ser ele sempre considerado simultaneamente como fim”. KANT, Immanuel *apud* QUEIROZ, Victor Santos. **A dignidade da pessoa humana no pensamento de Kant**. Da fundamentação da metafísica dos costumes à doutrina do direito. Uma reflexão crítica para os dias atuais. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 757, 31 jul. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7069>>. Acesso em: 13 nov. 2014.

¹¹ “Muitas das suas reflexões estão diretamente associadas à ideia de dignidade humana e, conseqüentemente, não é surpresa que ele seja o autor mais frequentemente citado nos trabalhos sobre essa matéria. A ética kantiana é inteiramente baseada nas noções de razão e dever, na capacidade do indivíduo dominar suas paixões e interesses próprios e descobrir, dentro de si mesmo, a lei moral que deve orientar sua conduta”. BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial / Luís Roberto Barroso ; tradução Humberto Laport de Mello. – 2ª reimpressão. – Belo Horizonte : Fórum, 2013. p. 68.**

Para Kant, só se pode compreender a exata moral se se estiver diante da humanidade própria ao ser. Deste ponto, pode-se concluir que a moral é um valor condicionante para se reforçar a dignidade como princípio, porquanto advém da humanidade¹².

Além disso, infere-se do pensamento de Kant que o ser humano, por seu valor absoluto, é razão para a elaboração de normas a ele direcionadas, e à sua tutela integral, inclusive contra possíveis abusos que possam vir a ser perpetrados por seus pares, visto o homem ser tido como um fim em si mesmo, consoante suas palavras. O que se impõe de facto é a consideração dos conceitos “humanidade” e “fim em si mesmo” como conteúdos interdependentes, que têm propósitos necessários para caracterizar o ser¹³.

Não é demais asseverar, baseado em concepções kantianas, que a dignidade é elemento fundamental para autoafirmação do indivíduo em sociedade, não o deixando ser subjogado por quem quer que seja, em virtude de sua elevada consideração pessoal, moral e social¹⁴. É dizer-se: o homem tem importância, mas valor acima de qualquer quantificação mercantil, por isso não pode ser trocado, substituído, tendo relevância absoluta sobre todas as coisas em esfera social¹⁵.

¹² “A filosofia prática de Kant é globalmente dominada pela procura da “humanidade” na pessoa, e esta ideia seria certamente, para o filósofo, o próprio *critério delimitador da moral autêntica* que procurava. Só *existe verdadeira moral onde houver humanidade*. Onde termina a “humanidade”, só poderá haver uma falsa moral, uma aparência de moral, uma pseudo-moral. É no contexto desta procura pela humanidade, que o Homem e a sua dignidade surgem como princípios do Direito, pois, também para Kant, todo o Direito se constitui por causa do Homem – *hominum causa omne ius constitutum est*”. CORTÊS, António. **O princípio da dignidade humana em Kant**. Boletim da Faculdade de Direito. Vol. LXXXI [SEPARATA], Ano 2005. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2005. p. 603.

¹³ “Esta ideia de tratar a humanidade em cada pessoa como fim em si mesmo é expressamente reconhecida por Kant como *‘princípio prático supremo’*. Na referida segunda fórmula do imperativo categórico, Kant introduz três conceitos: ‘humanidade’, ‘pessoa’ e ‘fim em si mesmo’. Com esta noção de ‘fim em si mesmo’ surge a ideia de algo incondicionado, não disponível em nome de outros fins. Em rigor o que para ele é “fim em si” é a própria humanidade: ‘A humanidade na nossa pessoa deve ser tida como sagrada’”. KANT, Immanuel *apud* Ibid. p. 607.

¹⁴ “Apesar da grande participação dos pensadores cristãos na fundação de um ideário humanista, pode-se afirmar que a modernidade na cultura ocidental foi marcadamente influenciada pela visão de Kant, basicamente em sua *Crítica da Razão Prática*, de 1788. Na esteira da escola jusnaturalista e dos ideais racionalistas e iluministas dos séculos XVII e XVIII, o filósofo prioriza o ser humano como elemento decisivo na elaboração do conhecimento”. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de Direito Civil – Teoria geral da responsabilidade civil – Responsabilidade civil em espécie**. – 3. vol. – ed. 2014. Salvador: Editora *Jus Podivm*, 2014. p. 49.

¹⁵ “Como ‘valor absoluto’, o homem não é suscetível de coisificação. Porque é dotado de autonomia da vontade se torna livre de qualquer condicionalidade para se sujeitar à lei moral, através do uso da razão. Suas inclinações e desejos não se articulam com a lei moral; fazem com que tenha uma tendência contínua de transgredir a lei. Mas, devido à autonomia da vontade se sujeita à lei moral”. PEREIRA, Regina Coeli Barbosa; PEREIRA, Rosilene de Oliveira. **A dignidade humana: Kant e seus fundamentos**. Disponível em: <http://www.ifcs.ufrj.br/~sfjp/revista/downloads/a_dignidade_humana_kant.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2014. p. 53.

Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana, como princípio fundamental, arranja de modo expresso o valor que se deve operar em face de qualquer indivíduo, ou seja, que o respeito pleno é algo que se deve ter inerente ao próprio âmbito social¹⁶.

Nota-se a inelutável estima quando se confrontam situações em que há relações comerciais, tendo em conta que, muitas das vezes, os entes mais favorecidos economicamente, ou com alta posição social, tendem a oprimir os mais fracos, lesando-os, o que gera, de imediato, o suporte por meio de institutos tão caros à sociedade, como o da responsabilidade civil – conforme se verá amiúde no decorrer deste trabalho –, certificando o apelo à dignidade humana.

Dessa feita, o ser humano corresponde ao centro do ordenamento jurídico, o que, de certo, delimita os seus termos para que não se o deixe de observar. Volve-se o sistema jurídico para se o atender globalmente, por meio do princípio da dignidade da pessoa humana¹⁷. Não pode, portanto, o homem sofrer qualquer tipo de intromissão danosa, seja do Estado, seja de entes particulares, posto de si emanarem elementos que consubstanciam seus valores existenciais imanentes perante a sociedade¹⁸.

2.1. O princípio em contexto histórico-social

Cabe trazer à baila breve exposição histórica da gênese da dignidade em sociedade, a qual se deu, inicialmente, de maneira a servir a pequena parcela da sociedade, mais

¹⁶ “Diante desta reposta, que é dada também por alguns homens da ciência, o espírito humano se rebela. O homem sente não ser um acidente biológico, um animal entre outros animais. Todo o movimento da História humana vai precisamente no sentido do reconhecimento, sempre mais claro, do valor do ser humano. Uma civilização é tanto mais desenvolvida quanto mais amplo e profundo tiver o sentido da dignidade humana, do seu valor incomparável; quanto mais exalta o que distingue o homem do animal, isto é, a razão, a liberdade, a capacidade artística, a criatividade, a capacidade de fazer História e de emergir do determinismo da natureza, o sentido ético. Para superar a crise contemporânea e evitar novos desvios, é necessário realizar uma escolha para o homem, restituindo-lhe o primeiro lugar. O humanismo integral deverá ser a base da nova civilização, a civilização da fraternidade”. DENNY, Ercílio A. **Fragmentos de um discurso sobre liberdade e responsabilidade** / Ercílio A. Denny. – Campinas, SP : Edicamp, 2003. p. 75.

¹⁷ “*Esa sensibilidad por el ser humano ha teñido hondamente el constitucionalismo occidental europeo, que ha venido a consagrar la dignidad de todo ser humano como valor material central de la Norma fundamental, derivando del mismo un amplísimo reconocimiento de los derechos de la persona y una multiplicidad de mecanismos de garantía*”. SEGADO, Francisco Fernández. Op. cit. p. 99.

¹⁸ “*En la actualidad suele utilizarse con más asiduidad un concepto de dignidad asentado sobre alguno de estos tres pilares: 1) el hombre o persona humana como valor límite de toda organización política y social, 2) el reconocimiento de la libertad y racionalidad como valores constitutivos y rasgos identificadores de la persona humana y 3) la aceptación de que todos los seres humanos son básica y esencialmente iguales en cuanto a tenencia y disfrute de la dignidad, la racionalidad y la libertad. De esta manera la dignidad aparece como un límite, como el límite al poder del Estado que debe ser impuesto a éste para que no se exceda en su labor de dirección y control de la sociedad*”. PARGA, Milagros Otero. **Reconocimiento legal del valor dignidad**. Boletim da Faculdade de Direito. Vol. LXXIX, Ano 2003. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2003. p. 440.

precisamente aos entes distinguidos, em razão de seus postos sociais¹⁹. Inobstante, percebe-se que a dignidade sempre vem associada a uma posição de extrema consideração à condição humana, embora nem todos possuísem tais benefícios.

Lançaram-se, em sociedade, diversos movimentos, que, imediatamente, agruparam pensamentos e projetos de propósito à proteção e à promoção do ser humano²⁰. Entre tais movimentos, destacam-se o Cristianismo e o Iluminismo, os quais fundaram bases para notável estrutura, eixo central de ordenamentos modernos²¹. Este primeiro movimento citado auxiliou, também, a justificar a concepção da dignidade, em que se baseava na proximidade do ser humano com o divino, como notam Krielle e António Cortês²².

De todo modo, mesmo nos tempos hodiernos, tenta-se incrementar as proteções existentes com organismos mais eficientes, seguindo-se, obviamente, a ideia de que o homem delimita o erigir de novas construções doutrinárias e legais.

Ainda na esfera do Direito Romano, considerava-se o ser humano como senhor do Direito²³: o homem seria, assim, a referência maior para a concepção deste, o qual, por seu

¹⁹ “Em uma linha de desenvolvimento que remonta a Roma antiga, atravessa a Idade Média e chega até o surgimento do Estado liberal, a dignidade – *dignitas* – era um conceito associado ao *status* pessoal de alguns indivíduos ou à proeminência de determinadas instituições. Como um *status* pessoal, a dignidade representava a posição política ou social derivada primariamente da titularidade de determinadas funções públicas, assim como do reconhecimento geral de realizações pessoais ou de integridade moral. O termo também foi utilizado para qualificar certas instituições, como a pessoa do soberano, a coroa ou o Estado, em referência à supremacia dos seus poderes. Em cada caso, da dignidade decorria um dever geral de respeito, honra e deferência, devido àqueles indivíduos e instituições merecedores de tais distinções, uma obrigação cujo desrespeito poderia ser sancionado com medidas civis e penais”. BARROSO, Luís Roberto. Op. cit. p. 13.

²⁰ “Deve-se recordar que a concepção de promoção humana, que faz parte da mentalidade e convicção geral do tempo atual, influenciou aquele desabrochar de idéias que foi o Iluminismo e do qual nasceu o mundo moderno. O Iluminismo formulou dois princípios que se encontram na base da idéia hodierna. Em primeiro lugar, a afirmação da dignidade absoluta do homem, que faz dele um sujeito de direitos, os quais não lhe provêm do exterior (de Deus, do príncipe ou da sociedade), mas de sua própria dignidade de homem. Em segundo lugar, a afirmação de que as estruturas sociais não fazem parte de uma ordem natural, desejada por Deus, portanto fixa e imutável, mas são obra do homem, são históricas, e, portanto, são dirigidas e reguladas de modo a contribuir para a satisfação das exigências da dignidade do homem e dos direitos que dela derivam”. DENNY, Ercílio. Op. cit. p. 2.

²¹ “A **inspiração e fundamentação** dos direitos fundamentais está na idéia do direito natural, nas doutrinas filosóficas, no pensamento cristão e no Iluminismo e, mais recentemente, nos ideais socialistas, na doutrina social da Igreja e no intervencionismo estatal”. MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da. **Direito constitucional: teoria, jurisprudência e 1.000 questões** / Sylvio Motta. – 18. ed. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2006. – (Impetus provas e concursos). – 2ª reimpressão. p. 66.

²² “Na sua expressão mais simples, a ideia de dignidade humana poderá ser considerada como um dado antropológico fundamental: ela corresponde à consciência que o Homem tem da especificidade da sua condição no contexto global do Universo. A ideia de dignidade humana é também inerente a todas as tradições religiosas que estabeleçam ‘uma relação entre Deus e o Homem, Criador e Criatura, Céu e Terra’”. KRIELLE *apud* CORTÊS, António. Op. cit. p. 601.

²³ “§67. **SUJETO DE DERECHO EN GENERAL.** – ‘A causa de los hombres se constituyó todo el ius’ (o ‘todo ius’), dice el Digesto (1, 5, 2). Los romanos tenían una actitud demasiado pragmática, por lo menos en un principio y por largos siglos, como para atribuir facultades y obligaciones a otro ente fuera del humano. Esta afirmación de Hermogeniano hace obviamente alusión al ‘hombre’, que en el concepto romano era la criatura de nuestra especie, en general, fueran cuales fueren sus circunstancias. Es decir que no sólo el derecho romano se habría hecho por su causa, sino que lo jurídico, como tal, es inseparable y esencialmente humano. Esta

turno, possivelmente, teria de corroborar as bases para a sua especial observância, levando a cabo, pois, efeitos e contribuições mútuas.

O processo de transformação e consolidação da dignidade a abarcar todos os seres humanos ocorreu de modo gradual, mas crescente, inclusive para que se alcançasse a indispensável fixação em ordem normativa. É o que acentua mais uma vez Luís Roberto Barroso, corroborando este processo evolutivo: “Até o final do século XVIII a dignidade ainda não estava relacionada com os direitos humanos. De facto, na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, ela estava entrelaçada com ocupações e posições públicas”²⁴.

Diante da necessidade de se blindarem certos entes, mesmo aqueles de classes ou de posições mais privilegiadas, a dignidade começou a ganhar seu precípuo papel de elemento conformador da ordem jurídica para atender aos seres humanos em geral, sem distinção, dando continuidade à semente fomentada desde as raízes religiosas e filosóficas²⁵.

A dignidade da pessoa humana ganha patamar de soberana importância social, porque o indivíduo guarda em si os preceitos máximos e possíveis ao desenvolvimento e à existência humana. Logo, não se pode olvidar que a dignidade diz respeito à própria condição de constituição humana, sem a qual não se logra viver²⁶. E, seguindo-se o pensamento de Luís Roberto Barroso, tem-se que a dignidade valoriza o indivíduo como ser único, seja qual for, para fazer jus e receber o olhar vigilante e cuidadoso dos demais entes sociais, amparada, sobretudo, pelas normas.

Como se pode perceber, este espectro de atividades não se vem fechando de forma pacífica. Ainda que diante da já reconhecida importância do ser humano, passou-se, na

afirmación no deja de ser interesante por su potencial contradicción con la idea de Ulpiano, inspirada en Aristóteles, de la existencia de una especie de instituciones jurídicas entre los animales (que serían la base comparativa de uno de los iura, el 'natural')”. RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D. **Derecho romano**. Ciudad de Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2001. p. 241.

²⁴ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit. pp. 13 e 14.

²⁵ “A noção atual de dignidade humana não substitui a antiga, pois é produto de uma história diferente, que correu paralelamente à narrativa apresentada acima. Deve ficar claro, contudo, que o entendimento atual de dignidade humana possui origens religiosas e filosóficas que remontam a muitos séculos, sendo talvez quase tão antigo quanto o anterior”. Ibid. p. 14.

²⁶ “A dignidade humana, como atualmente compreendida, se assenta sobre o pressuposto de que cada ser humano possui um valor intrínseco e desfruta de uma posição especial no universo. Diversas religiões, teorias e concepções filosóficas buscam justificar essa visão metafísica. O longo desenvolvimento da compreensão contemporânea de dignidade humana se iniciou com o pensamento clássico e tem como marcos a tradição judaico-cristã, o Iluminismo e o período imediatamente posterior ao fim da Segunda Guerra Mundial”. Ibid. pp. 14-15.

história, por grandes percalços até se vir a aplicar, de maneira quase unânime, o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana²⁷.

Nessa ótica, tem-se uma sociedade em progresso em que se anseia e, efetivamente, se oferece a promoção de Direitos atinentes à proteção humana. É inegável que se buscam constantes aperfeiçoamentos, até mesmo na fundamentação extensiva do que seja o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, mas igualmente manifesto é que se vem alcançando, também, reflexivamente com outros institutos do Direito, a excelência na tutela do ser humano.

Intervenções ilícitas, que subjuguem ou ofendam frontalmente a dignidade do ser humano, sofrerão, automaticamente, repressão moral, convalidando-se em virtude de ferramentas/institutos que servem ao Direito como braço forte a ampará-lo na concretização da justiça.

No corpo normativo, incorpora-se a dignidade humana como eixo principal de seu direcionamento, ocorrendo tal fenómeno em âmbito constitucional ou infraconstitucional.²⁸ Não se formulam quaisquer normas caso não sejam observados imperativos do direito fundamental mais importante, a saber, a dita dignidade humana²⁹.

Diante destas observações, tem-se que a dignidade da pessoa humana serve, sobretudo, de base à formulação de imperativos normativos de quaisquer ordens, porque tal cláusula

²⁷ “A civilização dos direitos é evidente aos olhos do homem de hoje, mesmo do homem comum da nossa civilização. Tão evidente que ele dificilmente se dará conta que essa civilização é muito recente. Explode no séc. XVIII, que é o século da grande viragem do ocidente. E explode radicalmente: a uma sociedade em que a sociedade política apelava aos deveres dos cidadãos sucede-se uma sociedade em que se apela aos direitos. Há uma passagem da comunidade sócio-política, de comunidade de deveres para comunidade de direitos; e até, nas formas mais adiantadas, comunidade de direitos sem deveres. Pelo menos, os deveres ocupam um lugar recuado, perante essa categoria nuclear que é representada pelos direitos humanos ou direitos do homem. Já lá vão mais de dois séculos de expansão contínua. Neste domínio o traço marcante foi a noção de progresso, que se futurava ilimitado e sustentava a soberania do homem. Implicou muitos aspectos positivos, como aliás os há em todas as épocas históricas. Mas nem todos os resultados foram tranquilizadores. Paralelamente, vimos cometerem-se as aberrações mais clamorosas, atingindo justamente o homem carregado de direitos. Não dou um único exemplo, porque determo-nos no singular faz perder de vista o colectivo. Apelo apenas à vossa imaginação. Tivemos sempre, nestes mais de dois séculos dos direitos do homem, as mais chocantes violações desse homem com os seus direitos invioláveis”. ASCENSÃO, José de Oliveira. **A dignidade da pessoa e o fundamento dos direitos humanos**. Disponível em: < http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idsc=71981&ida=72386>. Acesso em: 17 nov. 2014.

²⁸ “A **dignidade da pessoa humana** como fundamento da República Federativa do Brasil consagra, desde logo, nosso Estado como uma organização centrada no ser humano, e não em qualquer outro referencial”. PAULO, Vicente, 1968- **Direito Constitucional descomplicado** / Vicente Paulo, Marcelo Alexandrino. – 4. ed., rev. e atualizada. – Rio de Janeiro : Forense ; São Paulo : MÉTODO : 2009. p. 86.

²⁹ “A Constituição eleva o princípio da dignidade à posição de norma das normas dos direitos fundamentais, situado no mais alto posto da hierarquia jurídica do sistema constitucional como princípio fundamental da República Federativa do Brasil”. FALCÃO, Valdirene Ribeiro de Souza. **Os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana**. Disponível em: <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrtj/article/viewFile/465/377>. Acesso: 13 nov. 2014. p. 230.

geral possui relevo de direito fundamental³⁰, ainda mais o maior direito fundamental insculpido em sede de Lei Maior, como se expõe na Constituição da República Portuguesa, em seu artigo 1.º, e na Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 1º, inciso III³¹. Ao ter como esteio as palavras de MIRANDA e a própria Constituição da República Portuguesa, vez que resta nítida a determinação, Francisco Fernández Segado conclui, precisamente, que a dignidade e, por necessária continuação, o homem estão arraigados ao eixo fundamental de constituição da sociedade portuguesa³².

Demonstra-se no próprio arranjo constitucional a elevada importância do citado direito fundamental, ocupando posição distinguida e imperante em relação aos demais direitos: está-se, pois, diante de uma norma substancial, com significado único – em virtude de sua essência –, que proporciona base nuclear para a feitura e a consolidação dos demais direitos.

Então, partindo dessa premissa, deve-se obedecer, fundamentalmente, a materialização do bem-estar, da paz e da felicidade dos entes particulares, sem se olvidar dos demais elementos que se consubstanciam para consagrar a dignidade humana – observe-se a humanidade e a autonomia. Ora, porque se mostra imprescindível para o progresso da vida em sociedade, pugna-se, ao menos, pela sua observância, ainda que não sejam promovidos processos isentos de interesses políticos, entre outros³³.

³⁰ Vale dizer que nem sempre a dignidade da pessoa humana é dita como direito fundamental, porque, como neste caso, tem maior grau de consideração: *“Pero si es claro que en nuestro ordenamiento constitucional la dignidad de la persona no puede ser entendida como derecho fundamental, no lo es menos que la dignidad puede ser considerada como la fuente de todos los derechos”*. SEGADO, Francisco Fernández. Op. cit. p. 117.

³¹ “Por outro lado, não podemos esquecer que a própria Constituição aponta “a dignidade da pessoa humana” como base da República (juntamente com a vontade popular) logo no art. 1. Dá-lhe assim um relevo particularíssimo, pois todos os restantes preceitos constitucionais lhe estariam subordinados no ponto de vista substancial. É análoga a situação à face do art. 1 III da Constituição Federal brasileira, por exemplo. Não são casos isolados. Os apelos à dignidade da pessoa humana multiplicam-se nas constituições, como fundamento geral. Inspiram-se todos no modelo paradigmático da Grundgesetz alemã, sem nunca atingirem todavia a grandeza lapidar desta: *“Die Würde des Menschen ist unantastbar”* (a dignidade da pessoa humana é inviolável). Abre a própria Constituição, separada de tudo o resto, pois tudo o mais surge como concretização desta grande premissa”. ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit. Loc. cit.

³² *“Y si nos referimos por último a la Constitución de la República Portuguesa de 1976, su artº. 1º comienza afirmando que “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana...”, lo que ha conducido a MIRANDA a considerar que la Constitución confiere una unidad de sentido, de valor y de concordancia práctica al sistema de los derechos fundamentales, que a su vez descansa en la dignidad de la persona humana, o sea, en una concepción que hace de la persona fundamento y fin de la sociedad y del Estado”*. SEGADO, Francisco Fernández. Op. cit. p. 102.

³³ “E todavia, a sociedade parecia orientar-se decididamente em direcção ao homem, a quem servia. O homem é colocado como o centro da vida organizada. Como tal, tudo se lhe oferece. O que se lhe oferece é, antes de mais, a adulação. Na propaganda política. Na publicidade omnipresente. Nos meios de comunicação. Tudo a reboque das sondagens. ‘Você merece...’. Merece ser feliz, naturalmente. Então, porque não é feliz? O expandir dos direitos do homem no âmbito internacional é também grande, absorvendo progressivamente os espaços ainda arredios ao sistema. Mas não podemos deixar de ficar perturbados quando verificamos que afinal muitos dos que ditam as regras internacionais – obviamente, para defesa dos direitos do homem – têm as mãos sujas. E ninguém repara, a não ser quando individualmente algum cai em desgraça. E os outros?”. ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit. Loc. cit.

O direito fundamental da dignidade da pessoa humana conflui, em si, aos anseios da sociedade de segurança historicamente requestados, a fim de tornar realizáveis as possibilidades de proteção a combater os males sociais.

2.2. Domínios de tutela e projeção

Nota-se a especial acomodação da dignidade às necessidades humanas, que, como cediço, possui intrínsecos elementos, quais sejam, de proteção e de promoção do ser humano. É dizer-se: por meio da dignidade, todos fazem jus ao respeito e à blindagem em suas searas física e psicológica, ao passo que a promoção garante ambiente de desenvolvimento e de liberdade pessoal, para se promover as atividades permitidas³⁴.

Nessa sequência de ideias, depreende-se que a dignidade é ferramenta condutora do ser humano para dirimir problemas de ordem social. Ocorre que, com a dignidade da pessoa humana, impõe-se uma organização cerrada do ordenamento jurídico, atinente a afastar tudo aquilo que prejudique o desenvolvimento do indivíduo, porque a dignidade contempla a certeza da proteção e da promoção deste.

É imperioso que haja uma perfeita harmonia entre os campos que promovem o crescimento humano, notadamente a economia e o social, os quais têm de convergir precisamente para resguardar e promover o ser humano. Dessa feita, forma-se a legislação aparelhada ao ser humano, donde os ganhos de capital satisfazem à atividade de mercado que não deveria impedir ou prejudicar a mencionada atmosfera, mas, evidentemente, se vincular à melhoria de vida, à projeção, sem olvidar da tutela³⁵.

³⁴ “A dignidade é protetiva e promocional. É protetiva no sentido de garantir a todo ser humano um tratamento respeitável, não degradante, tutelando a sua integridade psicofísica. É promocional, no sentido de viabilizar as condições de vida para que uma pessoa adquira a sua liberdade e possa projetar a direção que queira conceder a sua existência. Na vida há uma dualidade entre o *destino* e o *caráter*. O destino é o apelido para tudo sobre o que não temos influência; o caráter é individual, está sob o nosso controle. Cabe ao ordenamento jurídico impedir que o destino seja redutor e degradante, removendo as manifestações de injustiça – mediante educação, assistência social e segurança social –, para que cada pessoa, em termos de liberdade, tenha uma gama de opções realistas e que dentro de suas possibilidades e de seu caráter, escolha o seu direcionamento para a vida ou o seu ‘máximo existencial’”. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. Op. cit. p. 52.

³⁵ “Pois bem, o Direito deve ser entendido não apenas como uma ordem de valores garantidores de um âmbito de liberdade em face do Estado, mas também como um sistema de normas indispensáveis para o acesso e a preservação da dignidade da pessoa humana. Se o ordenamento democrático tutela a autonomia do indivíduo como condição *sine qua non* de opções de escolha na realização existencial e patrimonial, somente se cogitará de alternativas de vida em nações capitalistas, quando o Estado, o mercado e a sociedade consensualmente deliberarem por uma atitude de proteção à vida digna – que perpassse o campo da mera subsistência –, como instrumento de desenvolvimento máximo das potencialidades do ser humano e, conseqüentemente, de desfrute de uma existência com autêntica liberdade”. Ibid. p. 52.

No modelo de sociedade a que se está inserto, busca-se, incessantemente, o lucro como razão de satisfação pessoal. É um projeto no qual, em regra, não há mal, porque traz a valorização, o crescimento económico que a todos serve. Isso se faz mais comumente entre particulares, em esfera privada, pela própria condição da liberdade de mercado oferecida pelo Estado Democrático de Direito. Entretanto, há de se atentar para a preservação do campo psicofísico dos sujeitos para que se transcorram, adequadamente, as relações comerciais e de trabalho.

Considera-se que a dignidade não pode ser enquadrada num molde pronto e acabado, haja vista que se provocaria ato de imprudência em restringir o seu alcance e se redundaria, certamente, na imperfeição terminológica. Contudo, é sabido que a dignidade tem o condão de concretizar a tutela máxima do ser humano, em face do Estado ou de particulares, sem deixar de converter os anseios sociais em legítimas determinações públicas, tais quais, políticas de amparo à moradia e à saúde³⁶. A fim de marcar direcionamento de definição da dignidade da pessoa humana, porque é importante para se traçarem os pontos de confluência entre o Direito e o ser humano, pode afirmar-se que a dignidade tem mesmo a ver, e está intimamente atrelada, com a capacidade de autodeterminação do indivíduo em sociedade, exercendo-a livremente, segundo suas necessidades³⁷.

Além do mais, a dignidade é tão ampla do ponto de vista substancial que se acredita não ser essa a pretensão de muitos doutrinadores; mas é dever do operador do Direito buscar elementos a mais, por meio da dignidade, para combater os males sociais cometidos contra o homem em favor de sua tutela e de sua elevação.

O princípio da dignidade da pessoa humana é expressão legal que justifica os fins que propugna realizar³⁸, de tal maneira que da dignidade se ponderam todas as suas

³⁶ “A dignidade diz com a condição humana do ser humano e, portanto, guarda relação com as imprevisíveis e ilimitadas manifestações da personalidade humana, daí a dificuldade da busca de uma definição de seu conteúdo. Todavia, o Direito tem a função de proteger e promover a dignidade. Assim, é fundamental que o jurista investigue as diversas dimensões da dignidade”. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. Op. cit. p. 53.

³⁷ “La mayor problemática que había de suscitar esta elevación de la dignidad del ser humano a la categoría de núcleo axiológico central del orden constitucional consistía precisamente en definir qué había de entenderse por ‘dignidad del hombre’. Quizá una de las definiciones más citadas sea la de VON WINTRICH, para quien la dignidad del hombre consiste en que ‘el hombre, como ente ético-espiritual, puede por su propia naturaleza, consciente y libremente, autodeterminarse, formarse y actuar sobre el mundo que le rodea’. Las dificultades de una definición del concepto de dignidad se documentan en el extremo de que la doctrina jurídico-constitucional no ha llegado todavía a una definición satisfactoria, permaneciendo atrapados los intentos de definición en formulaciones de carácter general (‘contenido de la personalidad’, ‘núcleo de la personalidad humana’...)”. VON WINTRICH *apud* SEGADO, Francisco Fernández. pp. 100-101.

³⁸ “La sociedad actual ha superado, o al menos así lo entendemos, la fase del “deber-ser”, en cuanto al derecho a la dignidad se refiere, y debe enfrentar ahora el momento del “ser”. La dignidad, sin abandonar la fuerza tópica de la que se ha hecho acreedora, debe ser protegida de una forma suficientemente clara y explícita que asegure su efectiva realización”. PARGA, Milagros Otero. Op. cit. p. 443.

potencialidades, para que abarque as situações mais diversas de proteção e de promoção humana.

A dignidade gera máximas assecuratórias de liberdade, de autodeterminação, de importância da convivência em sociedade, de respeito ao próximo, de existência digna com fins à satisfação pessoal, de elevada consideração humana, de tutela do ser humano, entre muitas outras – tudo a corroborar a amplitude terminológica a compreender as várias possibilidades de tutela e de promoção humana³⁹. Para adensar tal entendimento sobre a autodeterminação vinculada à dignidade humana, faz-se referência novamente a Francisco Fernández Segado, segundo se pode compreender que muito confirma a dignidade o facto de se exprimir, satisfatoriamente, o anseio pessoal de afirmação em sociedade⁴⁰.

Produz-se, pela dignidade, o mais exato sentido de percepção entre os homens: viver em sociedade implica rejeitar impulsos negativos – reconhecer o próximo como a si mesmo, com justiça –, quando aquilo que se queria ultrapassava os parâmetros da razoabilidade e da probidade. Se se compreende o outro e a humanidade nele contida, tem-se perfeita ambiência. Por tal superioridade, o princípio agregador do sistema lança suporte matricial para a confirmação e a consolidação de medidas para o inexorável progresso. Evidencia-se o homem como a razão e o fim da norma, a qual se arranja ao compasso de seus interesses. Involucrar o ordenamento, então, sem as devidas experimentações, diminui seguramente o sentido da dignidade – esta o torna mais fluido à inter-relação entre regras já definidas.

Consoante as Constituições Portuguesa e Brasileira, a dignidade liberta o povo; dão-se, então, condições em dimensões não calculadas para definir o múnus do Estado como provedor de direitos que constituem mecanismos de alijamento de mazelas. A dignidade humana, assim, mais do que aspiração de conformação social, fomenta a criação de novos ideários e possibilita a discussão doutrinal para a construção de alternativas, como ora se faz, a coibir os problemas que afligem a sociedade. A dignidade, logo, por ser base aos direitos fundamentais, fixa-se permanentemente em âmbito privado, estabelecendo-se uma eficácia

³⁹ “Neste diapasão, aduz MARIA CELINA BODIN DE MORAES: ‘O substrato material da dignidade assim entendida pode ser desdobrado em quatro postulados: i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele; ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado. São corolários desta elaboração os princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral – psicofísica – da liberdade e da solidariedade’”. MORAES, Maria Celina Bodin de *apud* FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. Op. cit. p. 55.

⁴⁰ “*Los derechos fundamentales son inherentes a la dignidad del ser humano y, por lo mismo, se fundan en ella y, a la par, operan como el fundamento último de toda comunidad humana, pues sin su reconocimiento quedaría conculcado ese valor supremo de la dignidad de la persona en el que ha de encontrar su sustento toda comunidad humana civilizada. A la par, como ya indicamos, la dignidad de la persona bien puede entenderse que consiste o, por lo menos, que entraña ineludiblemente la libre autodeterminación de toda persona para actuar en el mundo que la rodea*”. SEGADO, Francisco Fernández. Op. cit. p. 101.

horizontal⁴¹. Os direitos fundamentais, luzes axiológicas da dignidade da pessoa humana, devem permear as relações privadas – nomeadamente pelas suas extensões de direitos subjetivos⁴² –, a fim de que se previnam quaisquer tipos de interferências danosas, ainda mais as de abrangências física e psíquica (direito à integridade pessoal), que afetem o desenvolvimento humano.

2.3. Os deveres de “prestações positivas”⁴³ do Estado

Numa dimensão económica, que designa a divisão de bens escassos, naturalmente se processa uma ordem de valores, pessoais, comunitários ou mistos, sequencialmente alinhados, v.g., a dignidade, a liberdade e a segurança, a paz e a justiça. De tal modo, impostos por definição legal, estabelecem dever correspondente de proteção, a luta persistente por mais direitos, até mesmo uma readequação em modelos por eles mesmos delineados⁴⁴. Daí o Estado, como ente supremo da organização civil, que dita as regras de convivência e zela pela paz social, ter de prover meios para o aprimoramento e a concretização dos anseios do povo – detentor de expetativas a projetar a necessidade do Estado⁴⁵.

Nada mais basilar que se aprove, primordialmente, o princípio da dignidade da pessoa humana – alberga-se, até mesmo, a constitucionalização da pessoa para a ampliação de

⁴¹ “Contudo, muito se tem discutido quanto à aplicação dos direitos fundamentais no interior das relações particulares. Trata-se da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Defende a doutrina que os direitos fundamentais não são dirigidos apenas ao Estado, e sim a toda a comunidade”. VASCONCELOS, Clever. **Direito constitucional** / Clever Vasconcelos. – São Paulo : Saraiva, 2011. – (Coleção Preparatória para concursos jurídicos; v. 1). p. 67.

⁴² “17. Os direitos fundamentais, ao beneficiarem da qualidade de direito constitucional formal, tornam inconstitucional qualquer disciplina jurídica que os viole. Por outras palavras: as normas de direitos fundamentais configuram-se como normas de direito *objectivo* prevalecentes em relação às normas de direito ordinário. Para além disso, os direitos fundamentais transportam uma *dimensão subjectiva*. São direitos subjectivos, vinculando todos os poderes públicos e irradiando a sua dimensão vinculante para as próprias relações jurídicas privadas”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Dignidade e constitucionalização da pessoa humana**. Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda. Vol. II, Direito Constitucional e Justiça Constitucional. coord. Marcelo Rebelo de Sousa...[et al.]. Coimbra: Coimbra Editora, S.A., 2012. pp. 292-293.

⁴³ Termo empregado por Luís Roberto Barroso: “a cláusula da dignidade possui dimensão subjetiva e objetiva, investindo os indivíduos em certos direitos e impondo determinadas **prestações positivas para o Estado**”. BARROSO, Luís Roberto. Op. cit. p. 21. Grifou-se.

⁴⁴ São ideias formuladas a partir de ALMEIDA, Vasco Duarte de. **Sobre o valor da dignidade da pessoa humana**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Volume XLVI – N.º 1. Lisboa: Coimbra Editora, Limitada, 2005. p. 630.

⁴⁵ “En la indagación del proceso causal por el que los hombres han llegado a constituirse en sociedad y a establecer sobre ellos una autoridad, los teóricos empíricos del Estado van poniendo al descubierto, en efecto, una serie de impulsos, afectos, temores e intereses por parte del individuo, los cuales constituyen el suelo psicológico sobre el que se alza el Estado como una necesidad”. KANT, Immanuel; GONZÁLEZ VICEN, Felipe. **Introducción a la teoría del Derecho - La Filosofía del Estado en Kant, por Felipe González Vicen**. Versión del alemán e Introducción por FELIPE GONZÁLEZ VICEN. *Clásicos del Pensamiento Jurídico*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 1997. p. 69.

direitos fundamentais.⁴⁶ Sem a referida cláusula geral, deixa-se desprezada a essência humana e o sumo elemento para a manutenção de sua existência⁴⁷.

Portanto, o Estado, sob nenhuma circunstância – nem mesmo em situação extrema de guerra –, deve afastar tão soberana medida, visto que, do contrário, ensejaria impulsos degradantes que poderiam condicionar ou impedir a continuidade da vida humana. A Lei Fundamental de Bonn, de 1949 é exemplo de determinação pelo Estado de tal diretriz suprema⁴⁸.

Nesse diapasão, o Estado tem o dever positivo de propiciar a efetivação da dignidade humana. Ou seja, tem de oferecer plenas condições, tanto de proteção como de promoção, a fim de que o indivíduo faça jus à sua dignidade. GOLDSCHMIDT, por seu turno, ainda certifica a prioridade do ser humano em face do Estado, que tem de servir, efetivamente, aos interesses daquele, posto que por esta razão se funda⁴⁹.

Kant assinala a dignidade como sendo fonte de deveres, os quais se poderiam concretizar socialmente, de modo a ocasionar direitos, porque aqueles alcançariam a todos como titulados “princípios objetivos”, conforme orienta António Cortês⁵⁰. A própria dignidade, como tal, chama o Estado ao seu dever de fazer cumprir os seus desígnios.

⁴⁶ “Neste contexto, a dignidade da pessoa humana anda ligada à *constitucionalização da pessoa* e ao alargamento do âmbito normativo dos direitos fundamentais, a fim de dar conteúdo jusfundamentalmente protegido às novas exigências da razão prática e da imbricação profunda da *existência* com a liberdade e a dignidade. Esta imbricação é particularmente evidente quanto a *novos direitos* (ex. ‘direito à morte’, ‘direito a morrer com dignidade’) e quanto a *novos corpos de existência* (‘corpo recauchutado’, ‘corpo controlado’, ‘corpo falsificado’, ‘corpo informatizado’). CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit. p. 286.

⁴⁷ “De acordo com o Tribunal, a dignidade humana se situa no ápice do sistema constitucional, representando um valor supremo, um bem absoluto, à luz do qual cada um dos outros dispositivos deve ser interpretado. Considerada como o fundamento de todos os direitos mais básicos, a cláusula da dignidade possui dimensão subjetiva e objetiva, investindo os indivíduos em certos direitos e impondo determinadas prestações positivas para o Estado”. BARROSO, Luís Roberto. Op. cit. p. 21.

⁴⁸ “*La Ley Fundamental de Bonn de 1949 va a dar pasos muy importantes en la misma dirección. Su misma norma de apertura (art.º.1.º.1) proclama solemnemente: ‘La dignidad del hombre es intangible y constituye deber de todas las autoridades del Estado su respeto y protección’, para, en el siguiente apartado, el propio artículo (art.º. 1.º.2) añadir: ‘Conforme a ello, el pueblo alemán reconoce los inviolables e inalienables derechos del hombre como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo’. Como ha reconocido el Tribunal Constitucional Federal, este artículo figura entre los principios básicos de la Constitución que dominan todos los preceptos de la Ley Fundamental. Y en otro momento, ha admitido el mismo Tribunal que la dignidad es el valor jurídico supremo dentro del orden constitucional*”. SEGADO, Francisco Fernández. Op. cit. p. 100.

⁴⁹ “*Como dijera GOLDSCHMIDT, cada persona humana individual es una realidad en sí misma, mientras que el Estado no es más que una realidad accidental, ordenada como fin al bien de las personas individuales; consecuentemente, es del todo oportuno afirmar que el derecho fundamental para el hombre, base y condición de todos los demás, es el derecho a ser reconocido siempre como persona humana*”. Ibid. pp. 104-105.

⁵⁰ “Hoje as questões sobre a dignidade humana aparecem tratadas sob a perspectiva dos direitos fundamentais; Kant abordava-as sob a perspectiva dos deveres. No entanto, uma vez que esses deveres impendiam de igual forma sobre todos, eles seriam também princípios objetivos e, enquanto tais, podiam originar direitos (definindo simultaneamente os seus limites)”. CORTÊS, António. Op. cit. p. 611.

Ademais, o Estado não pode ser omissivo às questões que limitam ou prejudicam o exercício da dignidade humana, sendo firmemente considerado que o ente soberano é corolário da própria existência do ser, para o satisfazer⁵¹. Diz-se isso, principalmente, em razão de avanços comerciais que, por vezes, atropelam direitos que assistem ao sujeito, inclusivamente o direito supremo da dignidade humana, perfazendo em algo assaz danoso à vida humana e à sociedade.

As relações privadas devem submeter-se ao olhar cauto do Estado, sempre vinculadas às balizas de estrita observância ao direito fundamental da dignidade da pessoa humana. É dizer-se: todas as relações particulares devem girar em torno da dignidade humana, como medida norteadora dos processos de interação civil⁵².

Se há espaços em que o Estado não consegue chegar, deve, imediatamente, preocupar-se em mudar a situação hodierna, porque senão incorrerá em omissão. Deixar que o cidadão se prejudique nas mãos de lesantes implacáveis, por questões ideológicas ou burocráticas, é esquecer de bens supremos resguardados pela Lei Maior. Portanto, se se está diante de um caso em que, continuamente, se aplica grave lesão aos seres humanos e, em resposta a isso, se impõe tão somente medida indemnizatória de carácter compensatório ao ente lesante, revela-se, aí, a omissão estatal⁵³.

O princípio da dignidade humana dá margem, justamente, à atuação do Estado em defesa do cidadão⁵⁴; logo, por suas atitudes, não pode neutralizar a abrangência desse princípio. Consolidam-se, pois, os *punitive damages* como elemento a fomentar as potencialidades deste.

Ora, vê-se que o Estado não provê o cidadão de medidas suficientes para a sua tutela e promoção – sem se nortear pela dignidade humana. Ficam comprometidas as relações particulares se não há a consagração de medida eficaz ao combate de lesões de alta repercussão. Vale dizer que o lesado que reconhece, no ente estatal, um aliado não se sentirá

⁵¹ “*El precepto, de entrada, nos pone de relieve que la persona es un "prius" respecto de toda ordenación jurídico-positiva, existe en cuanto tal; por lo mismo, los derechos le son inherentes y constituyen el fundamento de toda comunidad humana. De este principio ha de partir el poder del Estado. Y es a todas luces una evidencia, bien que muchas veces ignorada, olvidada o transmutada, que el hombre no existe para el Estado, sino que es el Estado el que existe para el hombre*”. SEGADO, Francisco Fernández. Op. cit. pp. 111-112.

⁵² “Entretanto, tutelar interesses públicos ou privados transcende o próprio Estado e constitui função primordial da ordem jurídica e, por esta razão, a relação obrigacional entre o ofensor e o ofendido que surge com a lesão/dano deve possibilitar não só a satisfação integral do interesse contrariado mas, a efetividade da sanção preconizada pela violação”. FENSTERSEIFER, Nelson Dirceu. **Dano extrapatrimonial e direitos fundamentais** / Nelson Dirceu Fensterseifer. – Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Ed., 2008. p. 144.

⁵³ “Se o fundamento da reparabilidade do dano moral está que, a par do patrimônio em sentido técnico, o indivíduo é titular de direitos integrantes de sua personalidade, não pode conformar-se a ordem jurídica de que tais direitos sejam impunemente atingidos”. Ibid. p. 134.

⁵⁴ “Cada pessoa, só pelo facto de o ser, é merecedora do máximo respeito e protecção sociais, sobretudo em contextos que tornam evidente a fragilidade da condição humana”. ALMEIDA, Vasco Duarte de. Op. cit. p. 631.

coagido a buscar a justiça no caso concreto; se sofrer abusos, se sentirá fortalecido para encarar quaisquer entes, por mais poderosos que sejam.

Por *prestações positivas para o Estado*, polidas pela dignidade humana, espera-se o incremento de função sancionatória como instrumento de direta interferência em comportamento de tendentes opressores. Assim, o lucro será somente o resultado do trabalho, ainda mais se concretizada a recuperação psicológica do lesante, como se justificará adiante.

Põe-se em cheque, hoje, a tutela do Estado face ao indivíduo e, propriamente, a sua significação quanto à dignidade. De tal modo, este ente estatal deve comprometer-se com os interesses do povo, notadamente a sua tutela máxima pelo princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, como regula a Constituição da República Portuguesa de 1976, em seu Artigo 1.º: “Portugal é uma República soberana, baseada na **dignidade da pessoa humana e na vontade popular** e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária” (grifou-se).

Outrossim, estampa a Lei Maior brasileira, em seu art. 1º, parágrafo único: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] Parágrafo único. **Todo o poder emana do povo**, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (grifou-se). Mais clara ainda a responsabilidade do Estado quando se aponta o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana como elemento maior a determinar caminhos diretivos para as normas; na mesma Lei fundamental há primordial referência: “Art. 1º [...] **III - a dignidade da pessoa humana;** [...]” (grifou-se).

Para o atender em sua condição existencial, não cabe ao Estado somente expressar por meio de normas tais pretensões, devendo, de facto, realizá-las. Em seu modelo, Kant exhibe a superação de uma amostra outrora estática para a verdadeira consagração do ser pela sua promoção social, tudo através da dignidade humana⁵⁵. No entanto, ainda se evidenciam casos como o ora abordado, que não ocupam lugar em corpo de lei, o que torna penosa a efetuação de direitos.

Fruto da construção popular, retorna a dignidade da pessoa humana ao seio da sociedade, desta feita consagrada como arma para a ampliação de direitos, inclusivamente

⁵⁵ “Além disso, a ‘humanidade’ constitui um desígnio político-social, um objectivo da história, um horizonte do tempo. O princípio da dignidade humana não é apenas uma fórmula vazia, mas uma directiva para as opções políticas e legislativas de maior alcance. Relembre-se o passo já citado em que Kant diz: ‘não basta que a acção não esteja em contradição com a humanidade na nossa pessoa como fim em si, é necessário que *concorde* com ela...não basta conservar a humanidade como um fim em si, é necessário *promovê-la*’”. CORTÊS. Op. cit. pp. 624-625.

para desempenhar “o desenvolvimento da Humanidade”, maior razão do homem na Terra, a assegurar-se pelas palavras de Herder⁵⁶. Faz-se, assim, útil, para impedir o retrocesso social, não se descuidar do indivíduo ante as práticas inumanas conhecidas em relações privadas. Esta realidade deve ser remodelada continuamente para o atendimento da humanidade inerente ao ser.

Com uma pena civil diferenciada, impõe-se a previsibilidade na relação jurídica obrigacional – e, nesse sentido, tem-se a segurança jurídica que, por seu turno, legitima a cláusula geral da dignidade humana⁵⁷. É uma sequência que deve permanecer muito bem arranjada, para propiciar, ao final, a promoção e a proteção do indivíduo. Logo, a efetivação da dignidade da pessoa humana não dispensa a segurança jurídica, a qual se alcança a partir da proteção da confiança do indivíduo, que se dá e se garante por meio do amparo e da manutenção do Direito – o que demonstra carecer de completude a prática de certos institutos do Direito, tais como o ora abordado. Em suma, portanto, a proibição do retrocesso é peça indispensável à garantia da dita dignidade⁵⁸.

Raciocina-se que, além de tudo, tal incremento punitivo ensejará novos contornos às relações, mormente as de probidade, lealdade, cooperação e justiça, com esteio na dignidade. Pensa-se, ainda, não ser demasiada a propositura de algo que se equivalha a preceitos insculpidos pela citada cláusula geral. Se é dever do Estado fazer cumprir a dignidade humana, é, igualmente, dever seu introduzir ao sistema jurídico somente aquilo que com esta não choque e, mais que isso, seja vinculado de modo dependente à execução de suas pretensões⁵⁹.

⁵⁶ “Aqui Kant converge com Herder e eles devem ser lidos em conjunto. Para Herder o fim da existência dos Homens era a Humanidade, ou melhor, ‘o desenvolvimento da Humanidade’: ‘Vimos que o fim da nossa existência está dirigido para o desenvolvimento da *Humanidade*, a que todas as necessidades menores da Terra estão subordinadas e devem mesmo conduzir’”. Ibid. p. 625.

⁵⁷ “Considerando que também a segurança jurídica coincide com uma das mais profundas aspirações do ser humano, viabilizando, mediante a garantia de uma certa estabilidade das relações jurídicas e da própria ordem jurídica como tal, tanto a elaboração de projetos de vida, bem como a sua realização, desde logo é perceptível o quanto a idéia de segurança jurídica encontra-se umbilicalmente vinculada à própria noção de dignidade da pessoa humana”. SARLET, Ingo Wolfgang. **Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais**: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. Boletim da Faculdade de Direito. Vol. LXXXII, Ano 2006. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2006. p. 246.

⁵⁸ “Não sendo o caso de detalhar – neste contexto – ainda mais a conexão entre dignidade da pessoa e segurança jurídica, importa, todavia, registrar que um patamar mínimo em segurança (jurídica) estará apenas assegurado quando o Direito assegurar também a proteção da confiança do indivíduo (e do corpo social como um todo) na própria ordem jurídica e, de modo especial, na ordem constitucional vigente, inclusive no que diz com uma certa estabilidade e continuidade do e no Direito. Tal constatação, a despeito de não constituir nenhuma novidade, nem por isso deixa de ser de alta relevância, reclamando algumas considerações adicionais, inclusive no que diz com a sua vinculação com a proibição de retrocesso”. Ibid. p. 248.

⁵⁹ “Paradigmático desta exigência é o texto considerado por PISANI como ‘o documento mais elaborado e mais importante da escola positiva sobre o problema da reparação do dano’, a saber, ‘o Progetto preliminare di Codice penale italiano per i delitti’ (1921), fortemente influenciado pelas teses de FERRI, presidente da comissão de

O mencionado princípio fundamental avoca – em razão do sistema de *civil law* – a conceção de ferramentas legais, por mais que isso se converta num ordenamento jurídico detalhista. No Brasil, por exemplo, há expressa previsão de direitos de resposta e de indemnização na Constituição Federal (vide art. 5º, inciso V). Ato contínuo, existem, no âmbito do Código Civil brasileiro, dispositivos que tratam especificamente de indemnização por perdas e danos (*e.g.*, art. 927). Não só na seara constitucional, mas em âmbito civil, por ser, talvez, menos usual a compreensão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, dever-se-ia determinar a função punitiva autónoma da responsabilidade civil.

É facto que a responsabilidade civil se incorpora à sociedade de tal maneira que não se conjectura o desenvolvimento apartado de tal instituto, visto que, como a dignidade é inata ao ser, a responsabilidade é-lhe essencial. Pela convicção de suas aproximações, não deve o ordenamento estagnar-se – a proteger, em tese, o lesado, mas a deixar perdurar a ideia de que os lucros justificam os meios – e relegar-se a questões retributivas. No sentido de conetar ainda mais este tema à dignidade da pessoa humana, é de se afirmar, por relevante completude terminológica, que a responsabilidade civil tem íntima relação e interferência em diversas esferas da dignidade da pessoa humana, com especial aplicação àquelas ligadas aos princípios fundamentais que dela são sucedidos⁶⁰.

Não compete ao operador do Direito (e ao Estado), pois, contentar-se com o corpo normativo presente, especialmente quando se precisa efetivar algo tão sublime quanto a dignidade humana. Os alvitre das doutrinas e das jurisprudências devem ser bem ponderados, posto demonstrarem as aspirações do povo: dia após dia, decisões das mais diversas confirmam a necessidade de medidas mais austeras e retributivas – mas o julgador fica, por

redacção. A filosofia subjacente a tal projecto ressalta, com clareza, das próprias palavras de FERRI ao apresentá-lo: ‘na defesa social contra a criminalidade, os meios de reparação que, com os meios de prevenção da infracção, foram, até ao presente, demasiado negligenciados em relação aos meios de repressão e eliminação tomam, assim, um papel importante. E, pois que todos estes meios de defesa social contra a infracção são de interesse público, daí decorre, naturalmente, o conceito jurídico sustentado desde o início pela Escola criminal positivista segundo o qual a obrigação de indemnizar a vítima que incide sobre o delincente não é apenas uma obrigação de direito privado como o é, por exemplo, a obrigação decorrente da inexecução de um contrato, mas *é essencialmente e sempre uma obrigação de direito público*. Ela deve, portanto, ser função do Estado como o é a prevenção e repressão dos delitos’. Noutro passo FERRI afirma, inclusivé, que ‘assimilar a obrigação do delincente de reparar os danos provocados pelo seu delito, à obrigação resultante do não cumprimento de um contrato é simplesmente imoral’ ao mesmo tempo que sublinha a necessidade de considerar a vítima como <<o terceiro protagonista da justiça penal’>>. GOMES, Júlio. Op. cit. pp. 130-131.

⁶⁰ “Neste contexto, em busca de uma concretização da dignidade da pessoa humana na perspectiva da responsabilidade civil, MARIA CELINA BODIN DE MORAES, sustenta que do substrato material da dignidade decorrem quatro princípios jurídicos fundamentais, nomeadamente os da igualdade (vedando toda e qualquer discriminação arbitrária e fundada nas qualidades da pessoa), da liberdade (assegurando autonomia ética à pessoa), da integridade psicofísica e da solidariedade (que diz com a garantia e promoção da coexistência humana, em suas diversas manifestações)”. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. Op. cit. p. 334.

vezes, vinculado muito mais à força de sua convicção, de sua certeza da aplicação da justiça e das importantes bases de experiências e de legislações alienígenas. Portanto, o Direito deve concorrer com a imanência do Estado para, ambos, regularem a coexistência ideal, como preconiza Felipe González Vicen ao analisar *Kant y el problema del Estado*⁶¹.

3. A RESPONSABILIDADE CIVIL E O ERIGIR DE UM NOVO TEMPO

Em seguimento, trata-se da especial Lei das XII Tábuas, que é marcante nas bases históricas, uma vez que, para além de outras contribuições sociais, ali se certificou que a sanção está atrelada à inexecução de obrigações. Dito doutra maneira: evidenciou-se que a sanção acompanha a sociedade para defesa dos direitos dos cidadãos⁶².

Gerardo Brogginì, socorrendo-se do pensamento de Saporetti, aborda a evolução do tema ao mesmo tempo em que certifica a consolidação de uma estrutura de compensação (*teoria del risarcimento*) muito mais arraigada à sociedade, dando lugar, compassadamente, ao que se exercia: a retaliação (*teoria del taglione*)^{63 64}.

⁶¹ “*El Derecho no es meramente un esquema de conducta debido, sino un orden cierto y permanente de las relaciones humanas, un orden que, por este su carácter de certeza y permanencia, representa y garantiza el máximo de acción libre en la convivencia, y es, en este sentido, condición de la determinación moral del hombre como ser social. Este concepto del Derecho lleva, empero, implícita en sí la noción de una instancia decisoria suprema en la cual se haga real la idea de la certeza y permanencia de la regulación: es decir, la noción del Estado. De esta suerte, a través de la idea de la libertad y del Derecho, el concepto del Estado aparece como condición de la moralidad en la interdependencia del mundo social, o bien, dicho en otros términos, como un postulado absoluto de la razón*”. KANT, Immanuel; GONZÁLEZ VICEN, Felipe. pp. 72-73.

⁶² “Nas fases mais anteriores, os *delicta* quando praticados, abriam as portas à vingança privada e a outras formas persecutórias de composição particular. Por um lado, o Estado acabaria chamando a si o poder de retribuir os *delicta* mais graves, para aos quais viria a ser reservada a designação de *crimina*, ficando, para os particulares, os *delicta* ou *maleficia* estritamente entendidos. Por outro lado, passou a admitir-se uma composição voluntária dos *delicta*, pela qual o agente não ficava já sujeito a que lhe fosse infligido um qualquer sofrimento pelo ofendido, mas antes adstrito à obrigação de satisfazer determinada prestação”. GUIMARÃES, Patrícia Carla Monteiro. **Os danos punitivos e a função punitiva da responsabilidade civil**. Direito e Justiça – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. Vol. XV, Tomo 1, Ano 2001. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2001. p. 162.

⁶³ “*Nelle strutture arcaiche, l'intervento diretto della collettività per controllare la 'vis', è limitato alle situazioni di maggiore emergenza (paricidium, perduellio). La pena pubblica (e quindi il diritto penale pubblico) ha un campo d'applicazione che, visto nella prospettiva attuale, appare estremamente limitato. Nella vita quotidiana, il contenimento della vis avviene attraverso il principio del taglione o attraverso il componimento pecuniario (noxiam sarcire, damnum decidere), quantificato dalla legge o dal giudice (il diritto penale privato). Già nei frammenti della legislazione di UR-Nammu (2061-2043) si trovano chiare tracce di composizioni obbligate (§§ 16-32) a regolamento di atti di lesioni corporali ed a superamento del taglione e del contrappasso. Non è facile comprendere le linee di una presupposta 'evoluzione', quando si constata che, quasi trecento anni più tardi, Hammurapi non esita a prevedere quella misura, per situazioni del tutto analoghe. Come dice Saporetti: 'la teoria del risarcimento, certamente più avanzata e più 'civile', precede però nel tempo, e non segue, la teoria del taglione'*”. BROGGINI, Gerardo. *Compatibilità di sentenze statunitensi di condanna al risarcimento di «punitive damages» con il diritto europeo della responsabilità civile*. Europa e diritto privato – Rivista trimestrale A cura di Joachim Bonell, Carlo Castronovo, Adolfo di Majo e Salvatore Mazzamuto. Ano 1999 2. Copertina di A. Mazzamuto, *Pluteo sin. IV, cod. I, fol. 132 r.* Cesena, Biblioteca Malatestiana. Milano: A. Giuffrè Editore S. p. A., 1999. p. 496.

O instituto da responsabilidade civil alberga os mais acentuados meios a tutelar o ser humano, v.g., a sua vigorosa matriz repressora do dano – por este elemento, também, surge a obrigação de reparar⁶⁵ –, especialmente porque desde a sua constituição vêm sendo, de maneira continuada, agregadas substanciais estruturas que dão suporte à vida.

Com base nessas premissas, vê-se que o instituto da responsabilidade civil presta-se, essencialmente, à proteção do homem, à medida que propõe restabelecer a vida humana lesada ao ambiente mais próximo de *status quo ante*⁶⁶, a conferir-lhe, também, a satisfação, um lenitivo à dor^{67 68 69}. Note-se que o maior pilar social do instituto é a proteção humana, que, por conseguinte, sobrepõe a situação repelida socialmente para a alterar beneficentemente.

Frisa-se: a responsabilidade civil tem na sua formação o objetivo de compensar o indivíduo lesado através de um valor pecuniário, denominado *quantum* indemnizatório, o qual trará certo conforto ao lesado. Geralmente, a indemnização compensatória cumpre o seu papel social, vinculado à responsabilização do lesante. Todavia, há casos em que, ante a proporção

⁶⁴ “*Il pagamento della somma di danaro in sostituzione del taglione, il risarcimento del danno provocato da atto illecito, continua ad esser concepito, nella tradizione giuridica romana, e quindi anche europea, come atto inteso a placare la esigenza di vendetta della parte lesa, nella persona o nei beni*”. Ibid. p. 497.

⁶⁵ “*En suma, como estima mi buen amigo el profesor EDUARDO A. ZANNONI (El daño en la responsabilidad civil. Buenos Aires 1987, p. 2), ‘el daño constituye uno de los presupuestos de la obligación de resarcir o si se prefiere de la responsabilidad jurídica. No hay responsabilidad jurídica si no hay daño; pero el daño, para generar responsabilidad debe haberse producido en razón de un acto antijurídico que, en su consideración objetiva, se atribuye a un sujeto, sea a título de culpa u otro factor de atribución objetivo (riesgo, obligación legal de garantía), mediando además una relación de causalidad adecuada entre el acto imputable – atribuido – y el daño’*”. SARRIÓN, Ángel Martínez. **La evolución del Derecho de daños**. Derecho de Daños: Ponencias y coloquios en la Jornada sobre Derecho de daños celebrada en Barcelona el 12 de diciembre de 1991. Coordinador: Luis Ribó Durán. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, S.A., 1991. p. 65.

⁶⁶ “Um ponto é certo: o dano moral, em seu aspecto naturalístico, é irreparável. Uma vez padecida a humilhação, não há a *restitutio in integrum* nem o retorno ao *status quo ante*. Por mais satisfatório e razoável o montante da indenização, o prejuízo espiritual permanece irressarcível; não pode ser delido nem desfeito”. FENSTERSEIFER, Nelson Dirceu. Op. cit. p. 138.

⁶⁷ “Inclui-se entre as fontes das obrigações a responsabilidade civil. Denomina-se responsabilidade civil o conjunto de factos que dão origem à obrigação de indemnizar os danos sofridos por outrem. A responsabilidade civil consiste, por isso, numa fonte de obrigações baseada no princípio do ressarcimento dos danos”. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **Direito das Obrigações**. Introdução da Constituição das Obrigações. – 10. ed., vol. I. – Coimbra : Edições Almedina, S.A., 2013. p. 255.

⁶⁸ “A reparação dos danos não patrimoniais justifica-se, pois, mais do que pela ideia de indemnização, em sentido próprio, antes pela de *compensação*: o dinheiro não remove o dano, mas proporciona uma *satisfação* ao lesado, susceptível de o *compensar*. E entre os interesses que o dinheiro permite satisfazer incluem-se, indubitavelmente, interesses de vária ordem, mesmo de ordem espiritual ou ideal”. MONTEIRO, Fernando Pinto. **Sobre a reparação dos danos morais**. Revista Portuguesa do Dano Corporal. Setembro 1992, nº 1, 1º Ano. Depósito legal nº 59744/92. Coimbra: G.C. – Gráfica de Coimbra, 1992. p. 20.

⁶⁹ “Assim, pode dizer-se que qualquer atribuição pelo agente do facto danoso de uma quantia ao lesado ‘satisfaz’ este, como, também, se pode afirmar que o mesmo ficará ‘satisfeito’ ao ver como o infractor tem de pagar pelo ilícito que cometera. Esta condenação do infractor apaziguará o lesado cujo sentimento jurídico foi violado e reforçará a sua confiança no Direito (trata-se aqui, de uma argumentação que já se pode encontrar em JHERING. Para lá do seu conteúdo simbólico a função de satisfação do lesado exprime nas palavras do BGH ‘uma certa relação pessoal entre lesante e lesado, criada através do facto danoso’ e possibilita, sobretudo, ter em atenção o grau de culpa do lesante e a situação económica deste e do lesado”. GOMES, Júlio. Op. cit. pp. 119-120.

do dano (gravidade), não acompanha precisamente as necessidades desse sujeito fortemente lesado⁷⁰.

3.1. Os conteúdos da punição e da prevenção – a teoria do valor do desestímulo

Este instituto ganha mais um vértice no campo da tutela do ser humano, notadamente nos meios inglês e estadunidense, ambos países de formação anglo-saxônica e com sistema *common law*, o que favoreceu o surgimento e a difusão da indemnização punitiva, uma espécie de acompanhamento à responsabilização compensatória⁷¹. É dizer-se: quando se impõe a responsabilização ao indivíduo lesante, a depender da gravidade do dano, entre outros fatores, podem juntar-se à penalização os dois caracteres, quais sejam, o compensatório – largamente usado, inclusive em países de sistema *civil law* – e o punitivo – modalidade ainda mais severa para reprimir condutas de alto potencial ofensivo. Assim, compreende-se uma remodelação do que seja a pena civil, influenciada, agora, pelos padrões do sistema *common law*⁷².

Quando se trata de eficiência e rigidez no combate de danos provocados por conduta grave do lesante, percebe-se que os países de sistema *common law* não hesitaram em aproveitar as potencialidades do instituto da responsabilidade civil, com os denominados *punitive damages*. Nos Estados Unidos da América, comprova-se exemplo positivo, que

⁷⁰ “2.1. *Punitive or exemplary damages are money damages assessed against a defendant in a civil action for misconduct that the legal system regards as heinous or egregious. The adjectives 'punitive' and 'exemplary' are often used interchangeably and express the two purposes of punitive damages - punishment and deterrence. Punishment or retribution is individual but backward looking, in that it focuses on the individual wrongdoer and his or her specific misconduct. The degree of punishment depends on both the egregiousness of the specific misconduct, and the wrongdoer's financial capacity to bear and internalize the punishment. Deterrence or prevention is more general and forward looking, in that it focuses not only on the individual wrongdoer, but on others who might consider engaging in similar misconduct in the future. Deterrence is achieved by attaching on certain conduct a price tag that is much higher than the gains one might expect from engaging in that conduct. Thus, punitive damages differ in important respects from compensatory damages, the purpose of which is to compensate the victim, and hence are proportional to the victim's harm or loss*”. SYMEONIDES, Symeon C. **Resolving punitive-damages conflicts**. *Yearbook of private international law*. Volume V – 2003. Editors: Petar Sarcevic and Paul Volken. *The Hague : Kluwer Law International*, 2003. p. 5.

⁷¹ “A origem dos *punitive damages* no *common law*, estaria na circunstância de que os juízes não interferiam na quantificação dos danos realizada pelos júris. Além disso os *punitive damages* permitiam compensar o lesado, nomeadamente quando os tribunais não reconheciam a existência de danos morais. As situações que deram azo, pela primeira vez, aos *punitive damages* em Inglaterra eram, precisamente, situações em que o comportamento do agente era particularmente ofensivo e vexatório segundo os padrões sociais dominantes ou representavam um grave abuso de autoridade por parte de funcionários públicos”. GUIMARÃES, Patrícia Carla Monteiro. Op. cit. p. 168.

⁷² “Y termino mis referencias a las opiniones de PEÑA LÓPEZ. Después de manifestar que, a su juicio, ninguno de los argumentos aducidos por la doctrina entraña la imposibilidad de atribuir a la responsabilidad civil una función preventiva, el autor, refiriéndose a algunas normas del Derecho español, entendió que podrían constituir manifestaciones de la figura de la pena privada”. ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo de. **Daños Punitivos**. Primera edición. 243 p. Navarra: Editorial Aranzadi, SA., 2012. p. 104.

merece aplicação somente em casos de grave e condenável conduta do agente lesante, como acentua André Gustavo Corrêa de Andrade⁷³.

A função punitiva da responsabilidade civil tem como característica primordial a repressão às condutas excessivamente graves, para que, educativamente e dissuasivamente, se possa evitar que o causador do dano pratique novamente o mesmo ato, ao passo que tenta restabelecer a vida do indivíduo lesado ao estado inicial⁷⁴.

Judith Martins-Costa e Mariana Souza Pargendler explicam claramente o que seja a indenização punitiva. Há ideias que não deixam perceber que os *punitive damages* são superiores ao necessário – isso se justifica pela complexidade de determinar a extensão de danos não patrimoniais, também porque o instituto atende à dignidade da pessoa humana⁷⁵.

Assim, a função punitiva tem o poder: (i) de dissuadir o lesante a não praticar o mesmo ato; (ii) educativo, à medida que impõe a conduta social desejável; e (iii) punitivo, atribuindo uma pena civil em razão da má conduta. O ato de punir no âmbito civil vem ligado ao efeito de reprimir a conduta que não corresponde à praticada pela sociedade, e nada tem a ver com a punição advinda do direito penal – não se confundem^{76 77}.

⁷³ “Os *punitive damages* são definidos como: ‘Indenização outorgada em adição à indenização compensatória quando o ofensor agiu com negligência, malícia ou dolo.’ São também usualmente denominados *exemplary damages*. Constituem uma soma de valor variável, estabelecida em separado dos *compensatory damages*, quando o dano é decorrência de um comportamento lesivo marcado por grave negligência, malícia ou opressão. Se a conduta do agente, embora culposa, não é especialmente reprovável, a imposição dos *punitive damages* mostra-se imprópria”. ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva**. Os *Punitive Damages* na Experiência do *Common Law* e na Perspectiva do Direito Brasileiro. – 2. ed., atual. e ampl. – Rio de Janeiro : Editora *Lumen Juris*, 2009. p. 186.

⁷⁴ “O escopo da responsabilidade tem sido cindido (*Deutsch*) consoante se trate de responsabilidade por culpa ou pelo risco – subjectiva e objectiva). Naturalmente, na primeira, é possível tentar apontar-lhe, além da função primordial do ressarcimento dos danos, funções preventivas e punitivas. A responsabilidade pelo risco escapa, dada a sua involuntariedade, ao círculo das duas últimas funções, circunscrevendo-se, à reparação dos danos. Mas não é possível, para além de traços tendenciais, apontar a responsabilidade por culpa uma função punitiva”. CORDEIRO, António Menezes. **Direito das Obrigações**. – 2º vol., Reimpressão. – Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1986. p. 277. Grifou-se

⁷⁵ “Tal qual delineada na tradição anglo-saxã, a figura dos *punitive damages* pode ser apreendida, numa forma introdutória e muito geral, pela idéia de **indenização punitiva** (e não “dano punitivo”, como às vezes se lê). Também chamados *exemplary damages*, *vindictive damages* ou *smart money*, consistem na soma em dinheiro conferida ao autor de uma ação indenizatória em valor expressivamente superior ao necessário à compensação do dano, tendo em vista a dupla finalidade de punição (*punishment*) e prevenção pela exemplaridade da punição (*deterrence*) opondo-se – nesse aspecto funcional – aos *compensatory damages*, que consistem no montante da indenização compatível ou equivalente ao dano causado, atribuído com o objetivo de ressarcir o prejuízo”. MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. **Usos e Abusos da Função Punitiva** (*punitive damages* e o Direito brasileiro). Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/643/823>>. Acesso em: 09 dez. 2013. p. 16.

⁷⁶ “Portanto, se o dano infligido a bens, direitos ou interesses sem conteúdo econômico deve ser objeto de indenização adotando-se a tese da plena reparabilidade, tem-se que o montante da indenização terá a função e caráter pedagógico de punição, constituindo-se em sanção civil, sinalizando ao ofensor o repúdio do direito brasileiro com a existência de qualquer lesão, tenha ela ou não, reflexo direto ou indireto no patrimônio individual, coletivo ou difuso”. FENSTERSEIFER, Nelson Dirceu. Op. cit. p. 145.

⁷⁷ “Do nosso lado, o lado civilista, cumpre lembrar, antes mais nada, que **não é verdade** que o direito civil não puna. Em várias situações, o próprio Código Civil emprega até mesmo a palavra ‘pena’. Assim,

Logo, o desdobramento do instituto repousa em duas vertentes, quais sejam, a compensatória e a punitiva – cada qual com um papel bem definido⁷⁸.

O instituto mencionado e a sua função punitiva, em relação ao lesante, provocam cautela antes inobservada, mas dessa vez imposta – como, por analogia, aponta o jurista norte-americano Oliver Wendell Holmes Jr., fazendo um comparativo ao indivíduo mau, o qual percebe o corpo da lei, sem se ocupar com a moral, contudo com o resultado, se praticada uma conduta ilícita⁷⁹.

O caráter punitivo supre, certamente, uma lacuna social, para coibir as práticas desonestas e desumanas realizadas por entes de grande poder económico, que, ao invés de suportarem perdas financeiras, resolvem interferir danosamente na vida de outrem⁸⁰.

Infere-se que o maior contributo do aludido instituto e seu caráter punitivo seria a atenção à dignidade da pessoa humana, na exata medida em que é o ser humano o cerne de tutela dos ordenamentos jurídicos português (artigo 1.º da Constituição) e brasileiro (art. 1º, inciso III da Constituição). Com efeito, como se poderia concretizar a dignidade da pessoa humana sem a plena proteção do indivíduo em face dos abusos perpetrados por particulares de grande poder económico? Isso seria possível por meio de uma medida eficaz, capaz de satisfazer o lesado e provocar severa repressão ao causador do dano⁸¹.

exemplificativamente, após prever que o herdeiro que sonega bens da herança perde o direito que sobre eles tinha (art. 1.992), determina (art. 1.993): *“além da pena cominada no artigo antecedente, se o sonegador etc. etc.”* Nos artigos 939 e 940, o Código prescreve que o credor ganancioso que cobra o devedor antes do vencimento da dívida ou demanda por dívida já paga sofre sanções patrimoniais e, no artigo 941, determina: *“as penas previstas nos arts. 939 e 940 não se aplicarão etc. etc.”*. AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Novos estudos e pareceres de direito privado** / Antonio Junqueira de Azevedo. – São Paulo: Saraiva, 2009. p. 379.

⁷⁸ “No caso da responsabilidade por culpa, além da função principal de reparação do dano, existe também uma clara função preventiva e punitiva, a qual se demonstra pela diminuição da indemnização em caso de negligência (art. 494º); pela repartição da indemnização em função da culpa dos agentes, em caso de pluralidade de responsáveis (art. 497º, nº 2); pela redução ou exclusão da indemnização em caso de culpa do lesado (art. 570º), e pela normal irrelevância da causa virtual na responsabilidade civil”. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. Op. cit. pp. 255-256.

⁷⁹ HOLMES JR., Olivier Wendell *apud* SILVEIRA, Lauro Frederico Barbosa da; MARTINEZ, Vinício C. **Veredas do Direito “Path of the Law”** - do juiz Oliver Wendell Holmes Jr. Disponível em: <<http://revista.grupointegrado.br/revista/index.php/discursojuridico/article/view/262/126>>. Acesso em: 22 mar. 2014.

⁸⁰ “*Pure il requisito per cui i punitive damages devono essere proporzionati, rispetto al danno concretamente sofferto dalla vittima (risarcito con i compensatory damages), ha subito un radicale cambiamento. Si è ammesso, infatti, che la giuria tenga conto delle condizioni economiche del responsabile, al fine di attuare lo scopo afflittivo e deterrente della condanna ai punitive damages. Il che comporta spesso che i giurati si discostino notevolmente dall’entità dei compensatory damages, al momento della commisurazione di punitive damages, ove reputino che ciò sia giustificato, nel caso concreto, in considerazione, appunto, della posizione del danneggiante.*”. URSO, Elena. **Recenti sviluppi nella giurisprudenza statunitense e inglese in materia di punitive damages: i casi txo production corporation v. alliance resources corporation e ab v. south west water services ltd.** Rivista di Diritto Civile. Anno XLI, N. 1 Gennaio-Febrero 1995. Padova: Cedam – Casa Editrice dott. Antonio Milani, 1995.p. 137.

⁸¹ “Recomenda-se, assim, especialmente no âmbito de protecção das pessoas, no que diz respeito à sua honra, privacidade e dignidade, a função punitiva da responsabilidade civil instrumentalize uma efectiva substituição da

A função punitiva tem caráter de penalização civil à conduta antissocial, com inferência na esfera patrimonial do ofensor⁸² – e este é o seu maior fundamento de constituição, em que pese os argumentos contrários advindos do campo do Direito Civil, os quais sugerem que a pena deveria ocupar um ambiente próprio, e este seria o Direito Penal. Entretanto, argumentos há a desconstruir essa ideia, sobretudo porque não se confundem (exemplo: na sanção penal, aplica-se a privação de liberdade) e têm âmbitos de atuação diferentes⁸³ – sendo certo que esta questão de separação de searas é menor perante prementes demandas sociais⁸⁴.

Destaca-se, assim, a esfera de atuação desta sanção civil, que pretende atender à sociedade em espaços lacunosos deixados, sobretudo, por outros ramos do Direito: onde não se conseguir aproveitamento com exatidão, o instituto em tela logrará, certamente, dar alento aos anseios sociais, efetivando a imperiosa repressão ao dano⁸⁵.

A teoria do valor do desestímulo tem o poder de prevenir a conduta lesiva. Nesse sentido, a norma é preparada com a finalidade precípua de implantar no possível lesante uma ideia viva capaz de o fazer recuar da prática pretendida⁸⁶. Assim sendo, tal teoria consagra

própria sanção penal, seja na sua ausência, seja na sua insuficiência”. DELGADO, Dilma Vanise Varela. Op. cit. p. 40.

⁸² “A antijuridicidade, embora seja um dos atributos do crime, contém sempre um juízo de reprovação da ordem jurídica que irá traduzir-se em ilícito penal, ou em ilícito administrativo, ou em ilícito civil, dependendo da esfera jurídica infringida. Um fato que se apresenta antijurídico em face de qualquer ramo do Direito conservará sempre o atributo de antijuridicidade em relação a qualquer ramo do domínio jurídico”. FENSTERSEIFER, Nelson Dirceu. Op. cit. pp. 142-143.

⁸³ “De facto, as sanções civis e penais são inconfundíveis. Faltam as sanções civis elementos característicos da pena criminal, como a privação de liberdade ou até mesmo a possibilidade de penas substitutivas pois existem condutas que não concretizam ilícitos penais, e todavia merecem punição e as sanções civis podem conseguir. O direito penal apresentado como corolário do princípio da subsidiariedade segundo a qual só deve ser utilizada como *ultima ratio* da política criminal, destinado a punir as condutas intoleráveis aos valores ou interesses fundamentais, não sendo lícito recorrer a ele para sancionar infrações que não tem dignidade penal comprovada. Nesse sentido a função sancionatória da responsabilidade civil pode apresentar alguns aspectos sedutores perante alguma incapacidade do direito penal, sem ultrapassar a fronteira que os separa”. DELGADO, Dilma Vanise Varela. Op. cit. p. 40.

⁸⁴ “O momento que estamos vivendo, especialmente no Brasil, de profunda insegurança quanto à própria vida e incolumidade física e psíquica deveria levar todos os juristas, independentemente do seu campo de atuação, a refletir e procurar soluções para aquilo que poderíamos afirmar, pedindo desculpas, se for o caso, aos penalistas, como ineficiência do direito penal para impedir crimes e contravenções – atos ilícitos, na linguagem civilista. Segue-se daí que a tradicional separação entre direito civil e direito penal, ficando o primeiro com a questão da reparação e o último com a questão da punição, merece ser repensada”. AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social.** O Código Civil e sua interdisciplinaridade: os reflexos do Código Civil nos demais ramos do Direito / José Geraldo Brito Filomeno, Luiz Guilherme de Costa Wagner Junior e Renato Afonso Gonçalves, coordenadores. – Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 372.

⁸⁵ “Uma figura que tem despertado uma atenção crescente no espaço jurídico europeu-continental é a dos «punitive damages» - o interesse por ela suscitado tem, de resto, servido em primeiro lugar, como faz notar PONZANELLI, a dar maior força às opiniões interpretativas segundo as quais as penas privadas, ou de modo mais geral, as sanções civis punitivas, longe de serem relíquias históricas, podem constituir figuras sancionatórias úteis num quadro de declarada impotência do legislador penal e de estéril fidelidade do legislador civil a modelos ressarcitórios”. GOMES, Júlio. Op. cit. pp. 106-107.

⁸⁶ “Salutar mencionar que o desestímulo se difere da função punitiva do dano moral, isto pois, o desestímulo se preocupa com o dano superveniente, que poderá vir a acontecer, visa gerar no agressor um sentimento de

uma das mais importantes pretensões da responsabilidade civil, qual seja, prevenir futuros danos⁸⁷; tem por principal objetivo frear o ímpeto de prática danosa. Ademais, guarda certas diferenças com relação à função punitiva da responsabilidade civil, entre as quais figura o caráter preventivo, essencial na completude do sentido social da responsabilidade civil. Mas também, compõe este rol o papel de impedir condutas repetidas e que promovam ganhos ao agente lesante⁸⁸.

Em atenção aos valores sociais, a teoria do valor do desestímulo comunga dos propósitos da responsabilidade civil e da sua função punitiva, pois se pretende aproximar a norma dos imperativos sociais, do respeito e da proteção contra atos lesivos e repetitivos. Se se aliar a teoria do valor do desestímulo à função punitiva da responsabilidade civil, reprime-se de modo eficaz o ente lesante.

Há momentos em que a responsabilização com caráter compensatório não consegue atingir o objetivo repressivo – assim, a necessidade da prevenção do dano advinda da teoria do valor do desestímulo. E, se cometido o dano grave, aplicar-se-á, através da função punitiva, uma pena civil ao lesante capaz de desencorajar e servir de exemplo aos demais⁸⁹. A teoria do valor do desestímulo e a função punitiva, juntas, previnem e reprimem o dano.

Com isso, é indispensável trazer ao presente estudo o pensamento de Oliver Wendell Holmes Jr., pensador e jurista estadunidense que ajudou a fundar as bases do realismo jurídico e que tratou, em seu trabalho *The Path of the Law*, sobre a figura do homem mau. O ilustre

desencorajamento para a prática do dano. Por sua vez, a função punitiva da indenização visa punir o agente de ato já ocorrido, passado”. LEITE, Rafael Batista. **A função punitiva do dano moral**. Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/64/3/20553918.pdf>>. Acesso em: 19 jan. 2013. p. 32.

⁸⁷ “Observamos, sobre isso, que a pena tem em vista um **fato passado** enquanto que o valor de desestímulo tem em vista o **comportamento futuro**; há punição *versus* prevenção. O desestímulo é tanto para o agente quanto para outros que fiquem tentados a repetir o mesmo ato lesivo. Nesse sentido, a indenização dissuasória é **didática**. Como todo ensinamento, projeta-se no futuro. O valor de desestímulo, por outro lado, voltado à comparação com a punição, é especialmente útil quando se trata de empresa, pessoa jurídica, agindo no exercício de suas atividades profissionais, em geral atividades dirigidas ao público, como no caso de consumidores”. AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Novos estudos e pareceres de direito privado**, op. cit. p. 380.

⁸⁸ “Outra diferença é quanto a sua possibilidade de aplicação. O *punitive damages* é aplicado sempre que os atos que ocasionaram a lesão forem evitadas de dolo ou grande reprovabilidade. A teoria do valor do desestímulo não abrange tamanha demanda, mas sim, vem para ser aplicada quando a conduta em tela mantém um histórico de reiterações (no que concerne a falta de medidas preventivas por parte do ofensor) ou quando geradora de lucros (casos em que o ofensor conhece os danos que irá causar, mas os ignora para obter lucros)”. SANTOS JÚNIOR *apud* FUERBACK, Leonardo. **As consequências jurídico-sociais da aplicação da teoria do valor do desestímulo no ordenamento jurídico pátrio**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2766, 27 jan. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18359>>. Acesso em: 22 mar. 2014. p. 1.

⁸⁹ “Mesmo atribuindo-lhe um papel secundário, isto é, subordinado, aceita-se hoje, em princípio, a importância da finalidade preventivo-punitiva da responsabilidade civil. Dizemos preventivo-punitiva porque, no fundo, prevenção e punição são duas faces de uma mesma medalha, expressões de um único princípio, «namely, that private law should promote, besides compensation and restoration, the independently significant purpose of controlling unlawful conduct». Apesar de alguma incerteza terminológica – pois há quem, p. ex., apenas fale em função punitiva quando o montante da indemnização a pagar é superior ao dano – parece poder afirmar-se ser cada vez mais frequente e bem sucedida essa utilização da responsabilidade civil para o «controlo de condutas ilícitas». GOMES, Júlio. Op. cit. p. 106.

pensador desenvolveu trabalho acerca do papel do juiz perante o meio social, certamente influenciado pela prática de suas atividades, em razão da qual exerceu a função de Juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos da América.

Oliver Wendell Holmes Jr. defendia a coexistência em âmbito social, que poderia ser formada sem influências de fatores externo, advindos do ambiente ao qual fazia parte – razão pela qual era considerado um jurista prático. Assim sendo, tinha a pretensão de ajustar o Direito à realidade social, para que, a partir disso, fosse possível antever as implicações. Seguindo a ideia concebida do homem mau, assim pondera: “*Tratando de predecir cuáles pueden ser las consecuencias que le acarrearía emprender un determinado curso de acción*”⁹⁰.

Ocorre que, segundo os ensinamentos de Oliver Wendell Holmes Jr., o homem mau corresponde ao indivíduo que não tem qualquer preocupação em praticar uma conduta aceita socialmente, mas a realiza, precisamente, com receio das consequências da lei e da resposta do Estado. Ou seja, a norma e o poder judiciário são meios de coerção capazes de envolver o pensamento deste indivíduo, que, por medo, deixa de cometer condutas antissociais⁹¹.

Conforme as citadas definições, o comportamento do indivíduo está atrelado ao que determina a lei e, seguindo esses limites conscientemente, este se sentirá obrigado a desempenhar o dever legal, temendo o peso do revide do Estado. Infere-se, portanto, que, se o comportamento adequado socialmente não se apresenta de modo natural, o Estado efetivamente imporá tal conduta através do ordenamento jurídico e dos tribunais⁹².

Kant, igualmente, faz reflexão sobre os deveres éticos e jurídicos, determinando que estes têm o comando da coerção – já que acolhida no campo da moral –, enquanto que os primeiros se concluem por iniciativa da pessoa, de acordo com a consciência individual, o que, com base em Oliver Wendell Holmes Jr., não é aptidão natural do “homem mau”⁹³.

⁹⁰ HOLMES JR., Oliver Wendell *apud* FUCITO, Felipe. **Sociologia del derecho**. 1993. El orden jurídico y sus condicionantes sociales. Segunda edição, Editorial Universidad. [1993]. p. 205.

⁹¹ “As pessoas querem saber sob que circunstâncias e até onde correrão o risco de irem contra o que é tão mais forte que elas, e, portanto, torna-se um negócio descobrir quando esse perigo deve ser temido. O objeto de nosso estudo é, por conseguinte, uma predição, a predição da incidência do poder público através da instrumentalidade dos tribunais”. HOLMES JR., Olivier Wendell *apud* SILVEIRA, Lauro Frederico Barbosa da; MARTINEZ, Vinício C. Op. cit. p. 266.

⁹² “Mas, como tentarei mostrar, um assim chamado dever legal nada mais é senão uma predição de que se um homem faz ou omite certas coisas, será ele submetido, dessa ou daquela maneira, ao juízo do tribunal – e, portanto, de um direito legal”. HOLMES JR., Olivier Wendell *apud* Ibid. p. 267.

⁹³ “Kant distinguia dois domínios dentro da moral: o direito e a virtude. Para ele, o direito tem autonomia face à virtude, mas integra-se, ainda, no conjunto global da moral. O direito e a virtude diferenciam-se, não tanto pelo conteúdo do dever, mas mais pelo *método de obrigar*. ‘O dever ético deve distinguir-se do dever jurídico essencialmente pelo facto de, para este, ser moralmente admissível a coerção exterior’. O direito supõe que seja moralmente admissível a coerção. Há deveres que podem ser impostos coercivamente e outros não: os primeiros designam-se *jurídicos*, os segundos *éticos* (ou de virtude). O cumprimento dos deveres éticos não pode, pois, ser

Compatibilizam-se de maneira adequada a teoria do valor do desestímulo com o conceito de homem mau, empregado por Oliver Wendell Holmes Jr., nomeadamente porque a norma, além, obviamente, de ser ferramenta para concretizar a justiça com a aplicação da pena, servirá como uma permanente lembrança de que haverá um sério controlo do Estado caso se pretenda adotar um comportamento ilícito.

Já no caso da função punitiva da responsabilidade civil, esta, igualmente, vem a calhar com o conceito do homem mau supramencionado, posto que deixará explícito que, no cometimento de uma lesão moral grave, o tribunal⁹⁴ determinará, a seu critério, uma indemnização de alto valor a título de punição.

Atente-se para o facto de que, na aplicação do *quantum* indemnizatório, quando se cometem danos não patrimoniais graves, estes, por regra, são de difícil mensuração. Não deve, então, o lesado ser constringido a receber ínfimo valor, sob os limites da função compensatória, haja vista que, possivelmente, não contemplará as suas necessidades ou dissuadirá a conduta lesiva.

3.2. O controlo do “dano eficiente”⁹⁵: primeira defesa interdisciplinar

Hodiernamente, em certos casos, ocorre fenómeno inverso ao pretendido: a legislação deixa de ser cumprida porque se torna mais atractivo economicamente ao lesante não a seguir. A norma deve orientar a conduta social, sem, contudo, se tornar meio facilitador para a sua própria transgressão. Observe-se que uma forte sanção económica pode ser suficiente para determinar a atenção à lei.

imposto do exterior, resultando apenas da *consciência* e da *boa vontade* (pertence ao foro da consciência); os deveres jurídicos, pelo contrário, podem ser *coercivamente impostos* e a sua violação sancionada através de um terceiro: um tribunal ou outra autoridade pública”. KANT, Immanuel *apud* CORTÉS, António. Op. cit. pp. 619-620.

⁹⁴ “El Poder Judicial se convierte así no sólo en un patrón normativo y conductual, que permite a los ciudadanos conocer qué puede esperar y qué puede hacer, y cuál serán las reacciones de las personas con las que interactúan, sino que, en términos de Gergen (1982), se transforma en una sistema generativo de conocimiento; es un marco ideológico a partir del cual las personas pueden interpretar las situaciones interpersonales y sociales en que viven. El Poder Judicial es un instrumento de conocimiento, interpretación y evaluación de las relaciones sociales en conductas tanto interpersonales como sociales, laborales, políticas, etc. Esta valoración y anticipación de las conductas propias y de los demás es lo que configura un orden social de facto, que aunque guarda relación con el que se deriva de los sistemas ideológicos (orden ideal), no es identificable con él”. GARZÓN, Adela. *Procesamiento Social y Conflicto Civil. Psicología y Jurados*. Adela Garzón. Colección: *Psicología Teórica*. Valência: Edita PROMOLIBRO, 1990. pp. 58-59.

⁹⁵ “Dano eficiente” é termo adotado por FIÚZA, César *apud* PIMENTA, Eduardo Goulart; LANA, Henrique Avelino R. P. *Análise econômica do Direito e sua relação com o Direito Civil brasileiro*. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 57, jul./dez. 2010. p. 128.

Dessarte, a norma não pode provocar uma espécie de “dano eficiente” que favoreça a desobediência da lei, porque, se assim ocorrer, os lucros do lesante serão maiores se comparados com os valores ínfimos a pagar a título de indemnização⁹⁶.

Assim, a responsabilidade civil evita que o dano seja cometido, impondo determinações que demovam o lesante; logo, tem a função preventiva em seu âmago, sendo comando de aplicação de boa conduta.

Compara-se tal questão ao *Pinto Case*, no qual a empresa Ford deixou de promover os ajustes necessários ao carro *Pinto* em razão de possíveis perdas económicas, contrariando os estudos que indicavam a alteração do *design* do carro. Compensava mais para a Ford vender o automóvel e manter o dano e, se fosse o caso, pagar a indemnização pertinente⁹⁷. Vê-se, aí, o descaso com a vida humana. Por isso, a norma tem de ser rígida, para que esse tipo de atitudes seja rechaçado.

Certas empresas ou entes de grande poder económico e social avaliam se é mais proveitoso permanecer nessa situação, quando se tem noção dos gastos com indemnizações para os lesados, o que se pode aferir com apoio na análise económica do Direito⁹⁸.

Dessa feita, confia-se que tal a análise possa guiar o agente de poder económico ou social a não cometer o dano, ou seja, que o juízo meramente económico deste seja movido pela norma a fazer a escolha condizente com o ganho económico, mas que, não por isso, venha a interferir danosamente na vida de outrem. É dizer-se: também a norma não pode dispor de espaços tendenciais à aplicação do designado “dano eficiente”, como apontado alhures.

Assim, a análise económica do Direito corresponde a um estudo moderno que visa compreender os efeitos das normas a serem aplicadas em dado contexto. Ademais, utiliza elementos da Economia, notadamente a eficiência na distribuição de recursos escassos, para

⁹⁶ “Fala-se, por fim, em dano eficiente e dano ineficiente. Ocorre dano eficiente, quando for mais compensador para o agente pagar eventuais indenizações do que prevenir o dano. Se uma montadora verificar que uma série de automóveis foi produzida com defeito que pode causar danos aos consumidores, e se esta mesma empresa, após alguns cálculos, concluir ser preferível pagar eventuais indenizações pelos danos ocorridos, do que proceder a um *recall*, para concertar o defeito de todos os carros vendidos que forem apresentados, estaremos diante do dano eficiente” FIÚZA, César *apud* Ibid. p. 128.

⁹⁷ LOURENÇO, Paula Meira. **A indemnização punitiva e os critérios para a sua determinação**. Disponível em: < http://www.stj.pt/ficheiros/coloquios/responsabilidadecivil_paulameiralourenco.pdf>. Acesso em: 08 dez. 2013. p. 4.

⁹⁸ “Porém, resulta da **análise económica do Direito (*law and economics*)** que as opções da conduta humana e das pessoas colectivas são enformadas por postulados de ordem económica. Se o agente compara o *quantum* indemnizatório com o lucro que previsivelmente lhe advirá da violação da norma, e conclui que a indemnização será inferior (a qual só terá de pagar mais tarde, se o lesado intentar uma acção judicial), escolherá a violação da norma jurídica”. Ibid. p. 25.

vislumbrar a interferência social da norma, ajudando, assim, na sua interpretação, aplicação e construção⁹⁹.

De tal modo, Aldo Chiancone e Donatella Porrini asseveram a possibilidade de incidência do estudo viabilizado pela análise econômica do Direito na seara da Responsabilidade Civil¹⁰⁰.

Note-se que ocorre a complementaridade interdisciplinar das ciências da Economia e do Direito para propiciar a eficiência econômica, o bem-estar e o crescimento social, a fortalecer a responsabilidade civil e impedir o “dano eficiente”.

Ao aproximar a abordagem quanto aos institutos em tela, da função punitiva da responsabilidade civil e a análise econômica do Direito, compreende-se que esta tem o condão de auxiliar no controle preventivo do surgimento de dano, de modo que tal ajuste seja eficiente¹⁰¹, ou seja, se um ente que tem a intenção de praticar um dano, mas sabendo do conteúdo da norma e da possibilidade do julgador aplicar uma punição elevada (*quantum* indenizatório), avaliará a situação¹⁰².

A análise econômica do Direito e a função punitiva da responsabilidade civil retiram dos possíveis lesantes a possibilidade de prever os custos com as demandas judiciais futuras, e, assim, previnem-se os danos de maneira eficiente.

São verdadeiras ferramentas que conduzem ao perfeito cumprimento da norma. A responsabilidade civil impõe a verificação irrestrita da lei, a responsabilizar o lesante. Já a análise econômica do Direito tem por competência social atribuir à lei, desde a sua concepção até à sua aplicação, a concretização da eficiência econômica, extraíndo do ordenamento

⁹⁹ Eduardo Goulart Pimenta dispõe que: “[...] análise econômica do Direito como escola de pensamento que se propõe ao estudo da legislação conforme critérios e métodos característicos da Ciência Econômica para demonstrar sua especial adequação ao processo de elaboração e interpretação de normas e institutos reguladores de relações patrimoniais”. PIMENTA, Eduardo Goulart. **Direito, Economia e relações patrimoniais privadas**. 159-173 p. Brasília a. 43 n. 170 abr./jun. 2006. p. 160.

¹⁰⁰ “*Il nucleo centrale della materia, così come si è venuto sviluppando storicamente, non si rivolge tuttavia in egual misura a tutti i settori del diritto: relativamente poco numerosi sono, ad esempio, gli studi che applicano le tecniche analitiche dell’economia al diritto pubblico in genere o al diritto internazionale. L’analisi delle implicazioni economiche delle norme giuridiche e l’applicazione al mondo del diritto dei metodi analitici e logici specifici del calcolo economico sono state invece dirette, tradizionalmente, a temi di diritto privato quali la proprietà, i contratti, la responsabilità o di diritto penale quali il problema delle sanzioni e delle pene*”. CHIANCONE, Aldo; PORRINI, Donatella. **Lezioni di Analisi Economica del Diritto**. – Terza edizione. – Torino: G. Giappichelli Editore, 1998. p. 2.

¹⁰¹ “Portanto, em apertada síntese, busca a Análise Econômica do Direito, em relação a responsabilidade civil, alcançar o equilíbrio mais eficiente entre prevenção e dano”. PIMENTA, Eduardo Goulart; LANA, Henrique Avelino R. P. Op. cit. p. 129.

¹⁰² “Estudar o Direito sob uma perspectiva econômica exige que a legislação seja analisada à luz dos custos que acarreta para os agentes, dos benefícios que traz para cada um deles e também do número de opções que podem ser legalmente oferecidas a esses sujeitos. Tal estudo só se valida se amparado por análises eminentemente quantitativas marcadas pela precisão matemática”. PIMENTA, Eduardo Goulart. Op. cit. p. 163.

espaços que propiciem vantagens económicas indevidas aos lesantes, assim como alia eficiência ao controle do dano.

É sabido que a responsabilidade civil tem por elemento a prevenção, pelo que a análise económica do Direito encontra campo fértil de atuação, haja vista tender a corroborar tal componente com a eficiência, especialmente porque guia os cidadãos à observância da norma, os quais, se assim não procederem, sofrerão a devida sanção.

A sanção económica parece exprimir maior repressão no que respeita a se evitarem práticas ilícitas. Pode citar-se um caso concreto ocorrido no Brasil recentemente, por disposição de nova redação, concernente ao Código de Trânsito Brasileiro, Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, que foi alterado para punir mais severamente o indivíduo que, ao realizar “teste de alcoolemia ou toxicológico, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos”, se comprove uma taxa de alcoolemia com “concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar”. Tal sujeito estará passível de ser punido com “detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor”¹⁰³.

Com esse novo quadro legal, o número de acidentes automobilísticos diminuiu sensivelmente, haja vista que o pagamento de multa, acrescido de pena de detenção, levou os condutores que pensavam em praticar tal ato lesivo, com risco de morte para si ou para outrem, a abandonar essa iniciativa¹⁰⁴.

A legislação pode ser elaborada para direcionar a conduta social. São extremamente sensíveis os efeitos que provoca na sociedade, porque guiam os indivíduos, inclusivamente, a escolherem o resultado que seja mais proveitoso do ponto de vista económico. Frise-se: fica nítida a interferência da análise económica do Direito para a construção da norma eficiente no sentido de se prevenirem possíveis danos, como se tratou na questão de diminuição de acidentes de viação, em razão, principalmente, da multa aplicada¹⁰⁵.

¹⁰³ Artigo 306, Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997.

¹⁰⁴ O site do governo brasileiro apresentou nota sobre o assunto: “A penalidade após autuação é a multa de R\$ 1.915,30, recolhimento da habilitação, suspensão do direito de dirigir por 12 meses, além da retenção do veículo”. PORTAL BRASIL. **Nova resolução deixa Lei Seca mais rígida**. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/governo/2013/01/nova-resolucao-deixa-lei-seca-mais-rigida>>. Acesso em: 21 mar. 2014.

¹⁰⁵ “O que pressupõe a análise económica 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 efetuá-la ou não. Parte-se da premissa que os agentes – sujeitos de direito – irão conduzir-se diante da legislação de forma a fazer a escolha que incorra em uma melhor relação quantitativa entre os custos e riscos envolvidos e os possíveis benefícios (escolha baseada no critério eficiência)”. PIMENTA, Eduardo Goulart. Op. cit. p. 169.

Chega-se à conclusão de que a economia é importante para o desenvolvimento social e não pode o seu fim ser desvirtuado, sobrepondo-se aos direitos fundamentais, de personalidade e sociais. Para a manutenção saudável do desenvolvimento económico eficiente e a atenção aos direitos que assistem ao ser humano na sua tutela¹⁰⁶, nada mais justo do que se firmarem a análise económica do Direito, a função punitiva da responsabilidade civil e a teoria do valor do desestímulo nos Direitos português e brasileiro, afastando-se, concomitantemente, as barreiras culturais – haja vista que advêm do *common law* – e burocracias operadas pelo sistema *civil law*¹⁰⁷.

3.3. Há um cariz punitivo da responsabilidade civil em Portugal e no Brasil?

Nesta etapa, verificar-se-á, tendo como base avaliações de jurisprudências e de autores portugueses e brasileiros, se ocorre no âmbito dos ordenamentos jurídicos a função punitiva da responsabilidade civil. A relevância da análise luso-brasileira se justifica pela probabilidade de se obterem luzes, experiências positivas, a nortear a construção de legislações mais protetivas em países com unicidade de sistema, *civil law*, e com estreitas ligações culturais.

O empenho em trabalhar a questão da função punitiva da responsabilidade civil teve momento mais acentuado já no término do século XX em Portugal, nomeadamente em razão da “desmaterialização do Direito privado”. A força do aludido estudo se deu pelo infeliz crescimento dos danos não patrimoniais – fenómeno igualmente ocorrido em todo o mundo –, estes, coligados à preocupação exacerbada dos entes lesantes com os lucros e a consequente desconsideração do ser humano (lesões aos direitos de personalidade e aos direitos fundamentais, em especial). Viu-se, portanto, a importância de se incorporar novo viés à responsabilidade civil, além da sua capacidade ressarcitória, para atender precisamente às necessidades dos lesantes e atacar, dissuadir e servir de exemplo aos lesantes¹⁰⁸.

Para iniciar esta apreciação, por sua relevância no âmbito civil, tratar-se-á do art. 70.º – Tutela geral da personalidade – e sua relação com a função punitiva da responsabilidade civil.

¹⁰⁶ “Recentemente, SUZANNE CARVAL tem vindo a defender a aplicação de punições em sede de responsabilidade civil (*condamnations punitives*), para assegurar a moralização da ordem económica, atentas as violações à integridade física decorrentes da fabricação de produtos perigosos ou defeituosos”. LOURENÇO, Paula Meira. **A indemnização punitiva e os critérios para a sua determinação**, op. cit. p. 26.

¹⁰⁷ “Movidos por um intuito puramente lucrativo, se os agentes económicos chegam à conclusão de que a indemnização a pagar, será inferior ao lucro (porque a indemnização só será paga mais tarde, no caso de condenação judicial), escolhem a violação dos direitos de personalidade, porque *‘o lucro compensa’*”. Ibid. p. 15.

¹⁰⁸ Ibid. p. 11.

O aludido artigo, no seu n.º 2, dispõe, em certo trecho, que “a pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso”, pelo que se conclui que tais “providências adequadas às circunstâncias do caso” têm aparência de cláusula geral e, se assim realmente o for, dariam extensa possibilidade de atuação ao julgador, podendo ele, desse modo, aplicar os *punitive damages*, se pertinentes¹⁰⁹.

O mesmo art. 70.º, n.º 2, aborda, ainda, que “2- Independentemente da responsabilidade civil a que haja lugar [...]”, o que poderia inviabilizar a possibilidade de uma indemnização punitiva em sede de responsabilidade civil. Deve realizar-se, para tanto, uma interpretação especialmente hodierna, mas também extensiva e teleológica para a questão, uma vez que o Código Civil Português é datado de 1966 e à época, seguramente, fazia-se alusão à responsabilidade civil a partir de uma perspetiva claramente ressarcitória. Portanto, adotando-se esta perspetiva mais contemporânea e comprometida com a tutela do ser humano, a questão supracitada (“as providências adequadas às circunstâncias do caso”) daria azo ao pedido de uma indemnização punitiva¹¹⁰. Pensa-se do caso citado que não se pode, a bem da tutela do ser humano, realizar uma interpretação limitada, porque se estaria a obstar as possibilidades que a indemnização punitiva pode oferecer, especialmente se amparada pela magnitude propiciada pelo art. 70.º do Código Civil Português.

Segundo DINIZ (2008, p. 124), o autor Pereira Coelho acolhe a existência da aludida função punitiva, tendo como esteio, também, o art. 494.º do Código Civil Português, no qual se estabelece, precisamente, a possibilidade de diminuição da indemnização em correlação aos danos, considerando-se o grau de culpabilidade do agente, a situação económica deste e do lesado e as demais circunstâncias do caso.¹¹¹

Acresce-se, rigorosamente com base nas razões apresentadas por LOURENÇO (2008, p. 22) – com as quais nos filiamos - que do mesmo artigo 494.º do Código Civil Português, tendo em conta o “critério do grau de culpabilidade do agente”, cria-se a possibilidade, também, da indemnização ser majorada em função de culpa grave do lesante. Tal argumentação tem razão de ser, precisamente, porque o art. 496.º, na primeira parte do seu n.º 4, trata que “O montante da indemnização é fixado equitativamente pelo tribunal, tendo em atenção, em qualquer caso, as circunstâncias referidas no artigo 494.º; [...]” (PORTUGAL,

¹⁰⁹ Ibid. p. 24.

¹¹⁰ Ibid. p. 25.

¹¹¹ “O simples facto de a obrigação de indemnizar se basear, em regra, na culpa do agente, não pode deixar de levar ao reconhecimento de que a responsabilidade meramente civil exerce, ainda que em plano secundário, funções punitiva e preventiva. Aliás, verifica-se a tendência de parte da doutrina moderna, para a graduação da responsabilidade meramente civil em função do grau de culpabilidade do agente. Exemplo dessa preocupação no nosso direito é o artigo 494.º do Código Civil”. GUIMARÃES, Patrícia Carla Monteiro. Op. cit. pp. 165-166.

1966), e, destas “circunstâncias”, pode-se considerar somente “o grau de culpabilidade do agente”. Observe-se que estas exposições podem ser acolhidas pela comunidade académica como mais uma forma de se apontar indicativos da função punitiva da responsabilidade civil no ordenamento jurídico português, porque, em caso de culpa grave do lesante, a majoração da indemnização se faz necessária para que se cumpram os fins supremos do instituto em face da tutela do ser humano¹¹².

Ousa-se dizer que, do teor do art. 496.º, de maneira especial no seu n.º 1, quando trata da gravidade dos danos não patrimoniais que fazem jus à tutela do direito, deixa percorrer-se, no âmbito do código civil, o *fumus* dum desejo de vigor no combate às condutas antissociais, da qual se sugestiona, possivelmente, a aplicação da função punitiva da responsabilidade civil pela sua precípua atenção ao ser humano na sua tutela.

Transcreve-se, pelo grau de excelência na análise, o pensamento do doutrinador MATOS, relativamente ao art. 494.º do Código Civil Português, mormente sobre a percepção de uma função punitiva da responsabilidade civil, *in verbis*: “Não é de uma função punitiva pura, mas não deixa de haver pelo sentido premial do agente”¹¹³. Subentende-se da aludida exposição que há, possivelmente, uma função punitiva, mas não autónoma, como se possa pensar, porque parece baixar o *quantum* indemnizatório em relação ao dano, quando se leva em conta especialmente o “grau de culpabilidade do agente”, diga-se, a “mera culpa”.

Menezes Leitão entende estar consagrada a função punitiva da responsabilidade civil no Direito Português, a partir do exame do art. 496º, n.º 4, primeira parte, e do art. 494º, ambos do Código Civil Português. Extrai-se dessas normas que a indemnização será atribuída equitativamente no caso de danos não patrimoniais, ponderando a proporção dos danos, o grau de culpabilidade do agente, a situação económica deste e do lesado e as demais circunstâncias do caso¹¹⁴.

¹¹² “Dito isto, coloca-se a questão de **saber se o grau de culpabilidade do agente, sendo um critério previsto no Código Civil, não pode ser utilizado pelo julgador para aumentar o montante da indemnização atribuída ao lesado para punir o agente, à semelhança dos *punitive damages* anglo-saxónicos** (já que o art. 494.º permite expressamente diminuí-lo). Entendemos que isso é possível, pois, por um lado, nenhuma norma jurídica proíbe a ponderação da culpa grave do agente para efeitos de aumento do montante da indemnização. E, por outro lado, parece-nos razoável que **o julgador o faça para calcular o montante a atribuir por danos não patrimoniais, sempre que esteja em causa a tutela de situações jurídicas de personalidade, maxime quando se coloca em causa direitos de personalidade**”. LOURENÇO, Paula Meira. **A indemnização punitiva e os critérios para a sua determinação**, op. cit. p. 22.

¹¹³ Ideia colhida em sala de aula segundo exposição do Prof. Dr. Filipe Miguel Cruz Albuquerque Matos, na disciplina de Direito da Responsabilidade, do Mestrado em Direito Civil, pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

¹¹⁴ “A lei refere-nos que a indemnização pelos danos não patrimoniais é fixada equitativamente, tomando em consideração não apenas a extensão dos danos causados, mas também o grau de culpabilidade do agente, a situação económica deste e do lesado e as demais circunstâncias do caso (arts. 496º, n.º 4, primeira parte, e 494º). Daqui resulta que a indemnização por danos não patrimoniais não reveste natureza exclusivamente ressarcitória,

Por razões de organização académica nas explicações e sistematização do trabalho, atre-se-á, aqui, ao exame dos artigos supracitados, principalmente porque são os mais ventilados pela doutrina portuguesa. Entretanto, LOURENÇO afirma que há verdadeiros indícios de uma função punitiva da responsabilidade civil tratados no âmbito do Código Civil Português¹¹⁵. Assim sendo, pode-se supor que o legislador, talvez de modo instintivo, possibilitou a aplicação de uma espécie de pena civil ao lesante para evitar os danos num período já de expansão económica, cenário fértil para tal agente.

A jurisprudência portuguesa abordou um caso paradigmático, e o primeiro a tratar do tema, refere-se ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 14 de maio de 1998. Cumpre apresentá-lo justamente por tratar de lesão aos direitos de personalidade, relativamente à integridade e à personalidade moral. De modo sucinto, tais lesões aos direitos de personalidade, que causaram danos não patrimoniais, foram provocadas por jornalista de rádio ao divulgar informações infundadas em meio mediático de grande exposição que comprometiam seriamente a honra e a integridade do lesado. Nesse mesmo acórdão, o relator, Noronha do Nascimento, enaltece os valores da sociedade, relativamente aos direitos de cidadania e de personalidade, os quais têm papel relevante à tutela do ser humano e nunca podem ser submetidos a lesões, ou seja, isso não pode corresponder a algo indiferente à sociedade.

Ainda, dando seguimento à análise do citado acórdão, considerou-se a possibilidade dos lucros ilícitos do lesante serem convertidos ao lesado através da indemnização a ser-lhe conferida, o que se encaminha perfeitamente a um caso de coerência e, por conseguinte, de plena justiça. Não seria admissível socialmente que o lesante, após o cometimento dos danos e auferindo lucros indevidamente, permanecesse com o valor sobrevivendo da lesão¹¹⁶.

Mais um importante Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça deve ser analisado, qual seja, relativo ao processo 198/06TBPMS.C1.S1, datado de 24/04/2013¹¹⁷. De modo resumido,

mas também cariz punitivo, assumindo-se como uma pena privada, estabelecida no interesse da vítima, por forma a desagrá-la do comportamento do lesante”. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. Op. cit. p. 305.

¹¹⁵ LOURENÇO, Paula Meira. **A indemnização punitiva e os critérios para a sua determinação**, op. cit. p. 13.

¹¹⁶ Ibid. p. 12.

¹¹⁷ Parte do teor do sumário do citado acórdão: “I - A indemnização por danos não patrimoniais sem embargo da função punitiva que outrossim reveste, tem por fim facultar ao lesado meios económicos que, de alguma sorte, o compensem da lesão sofrida, por tal via reparando, indirectamente, os preditos danos, por serem hábeis a proporcionar-lhe alegrias e satisfações, porventura de ordem puramente espiritual, que consubstanciam um lenitivo com a virtualidade de o fazer esquecer ou, pelo menos, mitigar o havido sofrimento moral.

II - Tal indemnização deve, ainda, englobar, nomeadamente, os prejuízos estéticos, os sociais, os derivados da não possibilidade de desenvolvimento de actividades agradáveis e outros.

III - A sua fixação não deve ser simbólica, miserabilista, ou arbitrária, mas nortear-se por critérios de equidade, tendo em atenção as circunstâncias referidas no art. 494.º do CC.

tem-se um caso de acidente de viação em que a autora sofreu, especialmente, dano sério em sua perna esquerda, passando por tratamentos e período de recuperação que comprometeram sua vida laboral durante tempo excessivo, como dispõe o mesmo acórdão: “44. A Autora sofreu um período de incapacidade temporária profissional total fixável em 371 dias, acrescido de 30 dias para EMOS [doc. de fls. 145 – cfr. art. 659.º, n.º 3, do CPC]”. Em virtude de numerosos e graves inconvenientes, o relator, Pereira da Silva, foi sensível ao avaliar a ação, de modo a ter em conta razoável *quantum* indemnizatório pelos danos não patrimoniais que implicaram negativamente na continuidade de uma vida digna para a autora.

Ademais, na aludida decisão, teve-se em consideração a função punitiva jungida à indemnização em razão dos danos não patrimoniais para punir o lesante, mas, sobretudo, que o *quantum* da indemnização possuiu a finalidade de satisfazer a autora. Vê-se, pois, uma constatação na jurisprudência portuguesa atual da existência de tal caráter da responsabilidade civil a punir severamente o lesante e, igualmente, atender à vítima lesada em sua esfera moral.

Noutro ponto, o mencionado acórdão aborda que a indemnização deve conter *quantum* considerável, certamente para atingir seu fim punitivo ao lesante, mas, antes, precisa ser baseada em critérios, entre os quais a equidade e as circunstâncias dispostas no art. 494.º do Código Civil Português. Ou seja, não se pode aplicar um *quantum* indemnizatório desconexo aos critérios ditos, porque se estaria a desviar das disposições legais e dos moldes da justiça.

Finalmente, afirma-se, ainda, a desconsideração da circunstância atinente à “situação económica do lesado” do art. 494.º do Código Civil Português por esta não se coadunar com o princípio constitucional da igualdade, estabelecido no art. 13.º da Constituição da República. Acredita-se, com a devida vênua, que tal ponderação pode ser motivada, usando-se, inclusivamente, referência do Supremo Tribunal Federal brasileiro: “Não há como falar em igualdade sem lembrar o célebre conceito delineado por Rui Barbosa, para o qual a igualdade se consubstancia em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais”¹¹⁸. Tenta-se justificar tal posição no sentido de que o julgador pode ter avaliado que a “situação económica do lesado” seria um elemento desconforme quando se estão em causa os danos não patrimoniais e o princípio da igualdade. Acredita-se que tal medida tem o intuito de tutelar mais ainda a vítima que sofreu danos não patrimoniais, já em situação assaz desproporcional.

IV - Entre estas é, porém, de afastar, por violação do princípio constitucional da igualdade (art. 13.º da CRP), a relativa à situação económica do lesado. [...]”. PORTUGAL. **Supremo Tribunal de Justiça**. 198/06TBPMS.C1.S1 . Rel. Pereira da Silva. Julgado em: 24/04/2013. Disponível em: <<http://www.stj.pt/>>. Acesso em: 12 dez. 2013.

¹¹⁸ BRASIL. **Notícias STF**, datada de 13 de julho de 2009, com o título “Igualdade perante a lei, sem preconceitos de raça, gênero, crença, origem e opção sexual”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=110841>>. Acesso em: 29 jun. 2014.

No Brasil, há uma tendência, tanto da doutrina quanto da jurisprudência, para se acolher a função punitiva da responsabilidade civil. Isso se explica pela dificuldade, ou mesmo quase impossibilidade, de se atribuir um *quantum* indemnizatório quando se está diante de danos extrapatrimoniais (não patrimoniais)¹¹⁹. É cediço no meio jurídico que é difícil de se precisar o *quantum* indemnizatório em se tratando de dano não patrimonial. Vale salientar que somente a vítima tem noção da proporção da lesão não patrimonial.

Sabe-se que a indemnização com carácter punitivo tem o lenitivo de tentar restaurar a vida do lesado, ponderando-se, certamente, de modo razoável, os critérios legais e teóricos possíveis, pois o *quantum* indemnizatório não deve exorbitar o que seja justo¹²⁰. O enriquecimento sem causa, pois, não deve sobrevir à indemnização de carácter punitivo.

¹¹⁹ “No que se refere ao *quantum* indenizatório referente ao dano moral, a despeito de não ser expressamente adotada por nosso ordenamento jurídico a doutrina norte-americana do *punitive damages*, é lugar comum na doutrina e na jurisprudência que a indenização deve levar em conta o dano, a capacidade econômica da vítima e do agente, bem como o viés pedagógico da indenização, capaz de desestimular a reiteração da conduta social indesejada”. MINAS GERAIS. **Tribunal de Justiça**. Ap. n. 1.0106.09.043091-4/001. Rel. Sebastião Pereira de Souza Diário de Justiça, Minas Gerais, 25 mar. 2011.

¹²⁰ Podia utilizar-se uma “fórmula” tão ajustada quanto a teoria da diferença em campo não patrimonial, a orientar a medida de uma indemnização, diga-se, mais justa, ainda que a punitiva, a despeito de se dever observar o princípio da reparação integral do dano, como ora se justifica: “Na verdade, no tocante à determinação do *quantum* da indemnização do dano não patrimonial, a lei aponta nitidamente para uma valoração casuística, orientada por critérios de equidade (artº 494, *ex-vi* artº 493, 1ª parte, do Código Civil). O critério de determinação da indemnização do dano não patrimonial não obedece, portanto, à teoria da diferença que, de resto, se mostra para essa finalidade, imprestável. **Mas esta circunstância não obsta à aplicação àquele dano de um princípio orientador do cômputo do dano patrimonial: o princípio da reparação integral do dano**” (grifou-se). PORTUGAL. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra. 793/07.4TBAND.C1. Rel. Henrique Antunes. Julgado em: 21/03/2013. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/4ab602da023606dd80257b56003ade42?OpenDocument>>. Acesso em: 13 jun. 2015. Vale ter em conta, neste seguimento, a análise de uma crise da teoria da diferença, apresentada pelo Prof. Dr. Francisco Manuel Pereira Coelho: “**45.-** Da «teoria da diferença» pode dizer-se – se bem a interpretamos – que a razão da sua força é a razão, ao mesmo tempo, da sua fraqueza. De facto, assentando exclusivamente na ideia de compensação da diferença («nada menos, e também nada mais, deve receber a vítima»), ela representa um desenvolvimento lógico da ideia de que a obrigação de indemnizar serve só para reparar o dano causado. Foi moldando a obrigação de indemnizar sobre uma única ideia (no que só foram fiéis ao espírito do seu tempo) que os pandectistas alemães do século passado puderam erguer uma construção de uma arquitectura tão simples e tão perfeita como é a «teoria da diferença». Mas esta, que é a razão da sua aliciente força lógica, é ao mesmo tempo, segundo cremos, a razão da sua fraqueza. É que a soma do dano a indemnizar vem a ser afinal, segundo o critério da diferença, um acaso. **Podendo a diferença ser influída (tanto no que toca à situação real como no que diz respeito à situação hipotética) por circunstâncias as mais variadas, sem qualquer conexão com a entidade da conduta que obriga a reparar, a indemnização mostra-se em muitos casos injusta, desproporcionada (por ser grande ou por ser pequena) à gravidade da mesma conduta.** O seu acento «excessivamente lógico» – fruto não só do espírito abstracto e simplificador da pandectística como também, porventura, de certos prejuízos ideológicos – é, pois, o lado fraco da «teoria da diferença», cuja crise, que desde Neuner a doutrina vem denunciando, **não é senão a crise da ideia de que a obrigação de indemnizar apenas se destina a reparar o dano causado**”. PEREIRA COELHO, Francisco Manuel. **O problema da causa virtual na responsabilidade civil**. Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídicas na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, Limitada, 1955. pp. 275-277.

Judith Martins-Costa e Mariana Souza Pargendler apresentam ideias, fundadas em estudos do Direito, relativas à propensão brasileira em recepcionar os *punitive damages*¹²¹.

Nota-se que em Portugal podem-se extrair do ordenamento jurídico luzes indicativas de um formato de função punitiva, ainda que não autónoma e/ou expressamente disposta, mas que podem chegar a cumprir o seu papel social, equivalendo-se, com as devidas proporções, aos *punitive damages*. Mais facilmente perceptível é uma espécie de função sancionatória que se apresenta em seara contratual: trata-se da possível cláusula penal exclusivamente punitiva, que representa a autonomia da vontade e a liberdade de contratar, com seus limites estritamente delineados nos artigos 810.º a 812.º do Código Civil Português¹²². Neste último dispositivo, a favorecer a equidade, pode o tribunal reduzir a indemnização fixada se esta exorbitar os seus fins, designadamente, sancionatórios.

Por seu turno, no Brasil, inobstante a inexistência de previsão legal^{123 124}, nomeadamente no Código Civil, adeptos há a lutarem pela sua incorporação, corroborando-se

¹²¹ “Afirma-se como necessário um instituto apto a coibir ou a desestimular certos danos particularmente graves cuja dimensão é transindividual, ou comunitária, sendo certo que a pena pecuniária é eficiente fator de desestímulo. Daí a razão pela qual as características funcionais dos *punitive damages* (a punição e a exemplaridade) têm atraído os estudiosos, insatisfeitos com a linearidade do princípio da reparação na sociedade atual, sabendo-se que muitas empresas cujos produtos são danosos em escala massiva amparam a continuidade de sua produção (e dos danos causados) numa espécie de raciocínio por custo/benefício entre o lucro auferido pela disposição do produto no mercado e o custo da indenização a ser paga aos indivíduos que ingressarem em juízo, buscando ressarcimento pelos danos individualmente sofridos”. MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. Op. cit. p. 16.

¹²² O Prof. Dr. António Pinto Monteiro analisa a cláusula penal indemnizatória, notadamente a ser albergada pelo art. 810º, nº 1, nos limites do 811.º, nº 3, sem, contudo, colidir com o que dispõe, adequadamente, o art.º 812.º. Vejam-se estas lúcidas considerações, com reforço do Supremo Tribunal de Justiça: “Sim, dizemos nós, o *creditor poderá vir a receber mais pelo incumprimento do que receberia pelo cumprimento do contrato*. Mas isso é *imputável* ao devedor: porque *acordou* uma cláusula penal e porque *culposamente* não cumpriu! São os princípios da *autodeterminação* e da *liberdade contratual* a funcionar! Claro que partimos do princípio de que a cláusula penal foi *validamente estipulada* e o incumprimento do contrato é *imputável ao devedor*. **Assim sendo, só em casos excepcionais, para evitar abusos, é que se permite a redução de penas, desde que ‘manifestamente excessivas’**; daí, justamente, o art. 812º, entre nós, tal como outros preceitos idênticos, em várias ordens jurídicas, designadamente alemã, italiana, francesa e brasileira. **Afinal, partilhando desta compreensão do problema, também o Supremo Tribunal de Justiça, ao referir que o montante da pena ‘deve ser, em regra, de valor superior aos danos a ressarcir, sob pena de frustrar a finalidade compulsória referida.**’ [...] Foi imbuído deste *espírito construtivo* que temos procurado demonstrar ser possível dar ao nº 3 do art. 811º um sentido útil, *sem pôr em causa o art. 812º*, sobre a redução da pena, *e sem pôr em causa a índole ‘forfaitaire’* da indemnização fixada através da cláusula penal. Só assim se *evitará* que se cante um ‘*requiem*’ pela cláusula penal, ou, pelo menos, pela cláusula penal indemnizatória. Numa palavra, para concluir, tendo as partes tido a preocupação de fixar, por acordo, o ‘montante da indemnização exigível’ (art. 810º, nº 1) – e, portanto, tratando-se de uma *cláusula de fixação antecipada da indemnização* –, só haverá lugar a uma ‘indenização pelo dano excedente’ mediante uma ‘convenção’ apropriada (nº 2 do art. 811º), mas não podendo o credor, *através dessa convenção*, exigir mais do que o estritamente necessário para o indemnizar do ‘valor do prejuízo resultante do incumprimento da obrigação principal’ (nº 3 do mesmo art. 811º)”. MONTEIRO, António Pinto. **Artigo 811º, nº 3, do Código Civil: “requiem” pela cláusula penal indemnizatória?** Estudos em Homenagem a António Barbosa de Melo. Coimbra: Edições Almedina, S.A., 2013. pp. 161 e 174. Grifou-se.

¹²³ “O Código Civil brasileiro não contempla expressamente a aplicação de indenização com caráter punitivo. Ao contrário, como já observado em mais de uma passagem, a regra geral acerca da matéria é a do art. 944, que estabelece que a extensão do dano constitui a medida e o limite da indenização”. ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva**, op. cit. p. 236.

tal facto pela doutrina e jurisprudência. Esses mesmos operadores do Direito compartilham das ideias do modelo da figura alienígena, já que exerce elevada função social; contudo, responsabilmente, orientam a adequação da função punitiva aos padrões do Direito brasileiro.

Para certificar a intenção subjacente ao Código de Defesa do Consumidor brasileiro, caberia estar assentada a função punitiva. Determinar-se-ia no Brasil, por exemplo, um paradigma de referência quanto ao respeito à dignidade da pessoa humana e se certificaria a firme inter-relação sistemática e harmónica de seu ordenamento jurídico.

A Lei n.º 24/96, de 31 de julho, regula em Portugal, entre tantas proteções ao consumidor – pelo dever geral de proteção em seu art. 1.º, inclusivamente a fazer referência, no n.º 2, a respeito de uma intervenção legislativa e regulamentar –, designadamente, os direitos do consumidor, em seu art. 3.º. Para além disso, dispõe, em seu art. 12.º, acerca do direito à reparação de danos, com direito à indemnização por danos não patrimoniais causados em razão de fornecimento de bens ou prestações de serviços defeituosos. De modo semelhante, o Código de Defesa do Consumidor brasileiro proíbe qualquer tipo de interferência danosa ao consumidor, a estabelecer os direitos do consumidor, a política nacional de relações de consumo e os direitos básicos do consumidor, respetivamente, no título I e capítulos I, II e III, sendo estes os mais importantes em sua tutela, e apresenta capítulo próprio (III do título III) a tratar da “Das Ações de Responsabilidade do Fornecedor de Produtos e Serviços”. Contudo, não alcançam plenamente a dignidade em matéria de responsabilidade civil, que pode oferecer mais, sabidamente, nem há disposição suplementar vinculada à recuperação psíquica do lesante. Ainda que tal regra não consiga, por si só, solucionar os graves entraves, conduzirá ao aprimoramento para a aplicabilidade do princípio da dignidade.

3.4. Por que incluir uma função punitiva autónoma?

¹²⁴ “O advento do novo Código Civil trouxe, pelo menos aparentemente, uma modificação no quadro anterior; introduziu regra sem correspondência no Código de 1916, o art. 944 (‘A indenização mede-se pela extensão do dano’) que, numa primeira leitura, impede qualquer acréscimo na indenização. Esta, segundo o artigo, somente poderá ser nos limites do dano. E o dano, dizem, é patrimonial ou moral. Logo, não seria mais possível qualquer imputação de “punitive damages”, no sentido próprio, nem como punição nem como desestímulo. Obviamente, não estamos cogitando de decisões que, *dissimuladamente*, aumentem as indenizações, carregando no valor dos danos da vítima, sem declarar que esse aumento é punição ou desestímulo – isso não deve ocorrer, é mau direito. Perante a lei, então, continuando nosso raciocínio sobre a primeira leitura, os danos, especialmente os morais, não poderiam ser aumentados com um *plus*, a título de pena ou de dissuasão, porque essas verbas não são, evidentemente, cobertura dos danos da vítima. Têm outras finalidades; basta pensar, aliás, que estão centradas no agente do dano, e não, na vítima”. AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social**, op. cit. p. 371.

Percebe-se que empresas com acentuado poder económico são sensíveis a intervenções financeiras vultosas, porque isso poderá tornar-se óbice ao seu desenvolvimento. No caso da indemnização compensatória, que não tem o carácter efetivamente de punir, mas sim de restabelecer a vida do lesado com o *quantum* indemnizatório rigorosamente proporcional ao agravo, as empresas citadas não têm necessariamente a preocupação de mudar a estrutura comercial; isso porque se pensa ser possível resolver-se pela administração do pagamento da quantia compensatória.

E, em se tratando de um problema previamente conhecido que possa ceifar vidas, como o paradigmático *Pinto Case*, o qual ocorreu com a empresa Ford nos Estados Unidos da América, qual a atitude a ser tomada pelo Estado para reprimir veementemente essa conduta reprovável? Pensa-se que deve ser severa, a ponto da empresa adotar um comportamento probo – seguindo, inclusivamente, a boa fé objetiva e seus deveres anexos –, já que não se dispôs a fazê-lo naturalmente. E isso se resolve com a responsabilização civil dotada de medidas compensatória e punitiva, com os benéficos efeitos já demonstrados.

Ademais, esses entes que pretendem agir dolosamente ficam impedidos de avaliar a vantagem económica de se manter tal comportamento¹²⁵. Ou seja, com a figura dos *punitive damages* não há possibilidade de se ponderar se compensará economicamente manter o dano¹²⁶, porque a indemnização punitiva a se pagar é inconsiderada antecipadamente¹²⁷.

Vale salientar que o mais importante direito fundamental, qual seja, a dignidade da pessoa humana, seria posto em prática se, efetivamente, fosse observada a função punitiva da responsabilidade civil. Não se vislumbra o bem-estar máximo, entre outros valores diversos, sem a atenção a dignidade da pessoa humana¹²⁸.

¹²⁵ “A incerteza do quantitativo e da inexistência de qualquer limite impede, ou dificulta, ao menos, o agente de decidir pela prática do crime, após a comparação entre o lucro que ele pode obter e a indemnização a pagar pela prática do facto ilícito. Não tem faltado quem defenda que, essa imprevisibilidade confere a eficácia das sanções punitivas, por constituir uma ameaça ao infractor, este consubstancia numa única forma de evitar que o agente aja orientado por critérios de racionalidade económica”. DELGADO, Dilma Vanise Varela. Op. cit. pp. 40-41.

¹²⁶ “Assim, a circunstância de a quantia atribuída a título de «exemplary damages», não dever estar limitada à partida, apontada com frequência pelos detractores da figura como um dos seus defeitos essenciais, é, afinal, para empregar as palavras de ZENO-ZENCOVICH a única ou, ao menos, a principal, garantia da sua eficácia. Na verdade, a incerteza do quantitativo da sanção e a inexistência de qualquer limite máximo desta impede, ou, na pior das hipóteses, dificulta que o agente se decida pela prática da conduta ilícita impelido pela convicção de que esta «vale a pena», após uma comparação entre o lucro que dela, previsivelmente, pode retirar e as quantias que poderá vir a ter que pagar a título de reparação do dano e a título de multa ou coima”. GOMES, Júlio. Op. cit. p. 114.

¹²⁷ “Como na maioria dos países anglo-saxónicos o quantitativo de *punitive damages* é indeterminado, o lesante fica impedido de fazer cálculos económicos para apurar se o **lucro** que espera obter ultrapassa, ou não, a **indemnização** que terá de pagar ao lesado, acrescida da quantia imposta a título de *punitive damages*”. LOURENÇO, Paula Meira. **A indemnização punitiva e os critérios para a sua determinação**, op. cit. pp. 5-6.

¹²⁸ “A indemnização punitiva surge, no sistema jurídico vigente, não apenas como reacção legítima e eficaz contra a lesão e a ameaça de lesão a princípios constitucionais da mais alta linhagem, mas como medida necessária para a efetiva protecção desses princípios. Com efeito, não é possível, em certos casos, conferir efetiva protecção à

Sem dúvida, os vértices dessa questão relacionam-se à dignidade da pessoa humana e aos direitos de personalidade, v.g., a honra e o bom nome. Os direitos de personalidade, quando lesados, avocam a proteção conferida pela função punitiva da responsabilidade civil, a atribuir uma sanção civil ao lesante¹²⁹. Como demonstrado, é instituto verdadeiramente eficaz para repelir danos à personalidade daquela dimensão (honra e bom nome)¹³⁰.

Como dito, os *punitive damages* são entraves à prática danosa. Mas, quando o lesante já tenha atuado com culpa grave – fator de ponderação relevante para o aumento do *quantum* indemnizatório –, o princípio da tutela geral da pessoa humana exige que a indemnização punitiva seja elevada, com o fito de coibir severamente¹³¹.

Salienta-se que todos os povos são responsáveis pela construção do Direito, uma vez que as experiências bem sucedidas servem e se direcionam para o desenvolvimento humano. Portanto, pensa-se que não se deve criar barreiras e dimensões tão abissais entre os sistemas *civil law* e *common law*, visto a finalidade dos Estados ser sempre a tutela do ser humano¹³².

Então, a função punitiva da responsabilidade civil, os *punitive damages*, corresponde a uma experiência positiva ocorrida em outra esfera de sistema e que, comprovadamente, traz benefícios à sociedade, a tentar expurgá-la dos grandes agentes lesantes¹³³.

dignidade humana e aos direitos da personalidade se não através da imposição de uma sanção que constitua fator de desestímulo ou dissuasão de condutas semelhantes do ofensor, ou de terceiros que pudessem se comportar de forma igualmente reprovável”. ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva**, op. cit. p. 238.

¹²⁹ “Por seu turno, a **jurisprudência italiana** tem aumentado o montante das *indenizações sancionatórias* ou *punitivas* por danos não patrimoniais sempre que ocorre a violação de direitos de personalidade através dos meios de comunicação (*maxime* os direitos à imagem, à reputação, ao bom nome, à honra e à privacidade), louvando-se, na maioria dos casos, na doutrina de PAOLO GALLO, para quem a violação do direito à imagem por tais agentes económicos provoca o “*curto-circuito do contrato*”, sendo legítimo obrigar o lesante à restituição do lucro obtido com a conduta ilícita, designadamente nos casos em que **actua de má fé** ou **com culpa grave**”. LOURENÇO, Paula Meira. **A indemnização punitiva e os critérios para a sua determinação**, op. cit. p. 10.

¹³⁰ “Em certas áreas caso de difamação via imprensa, as sanções civis, podem revelar as mais das vezes, infalíveis, pois como muitos autores já defenderam, e nós compartilhamos de tal opinião, a lei penal em tais casos não consagra nenhuma alternativa objectivamente efectiva, o que da motivo aos jornais de lucrarem da situação”. DELGADO, Dilma Vanise Varela. Op. cit. p. 41.

¹³¹ “Ora, é precisamente atendendo à relevância dos bens jurídicos abrangidos pelo princípio da tutela geral da pessoa humana que defendemos o aumento da indemnização em caso de culpa grave do lesante, sendo admissível a condenação do lesante num montante punitivo, que visa sancioná-lo. Esta ponderação da culpa grave do agente deve ser feita no âmbito de um critério geral orientador: a equidade”. LOURENÇO, Paula Meira. **A indemnização punitiva e os critérios para a sua determinação**, op. cit. p. 23.

¹³² “*Despite constant rumours to the contrary, punitive damages do not seem to be of any significance in EU law yet. While language aiming at such non-compensatory awards reappears occasionally in documents of the European legislator or judiciary, it can hardly be interpreted as a serious plea for expanding this concept throughout Europe*”. KOCH, Bernhard A. **Punitive Damages in European Law. Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives. Tort and Insurance Law**. Vol. 25. Helmut Koziol; Vanessa Wilcox (eds.). Germany: Springer-Verlag / Wien New York, 2009. p. 208.

¹³³ “Portanto, somos impelidos a investigar todas as potencialidades do instituto de responsabilidade civil, em especial, da sua função preventiva e punitiva, já que a sua função reparatória não impede os meios de

Países de sistema romano-germânico confiam que a função punitiva da responsabilidade civil é uma medida apta a ser experimentada e, certamente, agregada à sociedade. Mas vale salientar que o seu implemento demanda a aplicação de ponderadas técnicas jurídicas em diferentes cenários sociais, para ser eficaz e não dar azo a um sentido inverso¹³⁴.

Importante salientar que, ao contrário do que se possa pensar, o instituto do enriquecimento sem causa não é óbice à concretização dos denominados *punitive damages*, mormente porque o que se está em questão é a punição do lesante. Ou seja, o centro das atenções dos *punitive damages* é o lesante, é dissuadi-lo a não mais provocar o dano; logo, trata-se de uma nova ideia de pena civil¹³⁵, como aplicada no âmbito do Direito Romano¹³⁶.

Em razão dessas colocações, percebe-se que, por vezes, o lesante de grande poder económico ou social acaba por lucrar exageradamente em decorrência do dano praticado. Esse tipo de prática denota que quem pode estar a se locupletar de uma situação ilícita seria, em verdade, o lesante¹³⁷. Isso não pode ocorrer, em respeito à dignidade da pessoa humana, assim como por amparo aos direitos de personalidade – não se consegue, pois, conceber a ideia de que a ofensa à dignidade tenha qualquer correspondência com um *quantum* indemnizatório¹³⁸.

O certo é que a indemnização punitiva a ser atribuída ao lesado não pode ultrapassar os padrões da razoabilidade e da justiça. Não se pode fazer do instituto um instrumento para o

comunicação social de auferir elevados lucros, a troco de irrisórias indemnizações”. LOURENÇO, Paula Meira. **A indemnização punitiva e os critérios para a sua determinação**, op. cit. p. 10.

¹³⁴ “Implica ainda quebrar preconceitos em sede de linguagem jurídica, pois se é verdade que a palavra ‘indemnização’ decorre do latim ‘retirar o dano’ (por ter sido essa a função primordial da responsabilidade civil: ressarcir o lesado, reparando o dano), isso não quer dizer que um dos mais importantes institutos de Direito civil tenha de ficar estagnado, devendo outrossim evoluir e testar a sua capacidade de resposta perante novos cenários. Esta perspectiva já ocorreu na jurisprudência e doutrina italiana (*danni punitivi*), francesa (*intérêts e dommages punitifs*) e espanhola (*indemnizaciones sancionatorias* ou *indemnizaciones punitivas*)”. Ibid. pp. 11-12.

¹³⁵ “Na doutrina portuguesa, PINTO MONTEIRO e JÚLIO GOMES parecem igualmente defender a pena privada como reacção eficaz face às insuficiências do Direito Penal, restituindo ao Direito Civil o seu papel fundamental, nomeadamente como direito constitucional das pessoas”. LOURENÇO, Paula Meira. **A função punitiva da responsabilidade civil**. Coimbra: Coimbra Editora, Lda., 2006. p. 191.

¹³⁶ Id. **A indemnização punitiva e os critérios para a sua determinação**, op. cit. p. 10.

¹³⁷ “Por outro lado, o argumento do enriquecimento indevido torna-se mais fraco ainda nos casos em que a indenização punitiva atua como forma de impedir o lucro do ofensor com o ato lesivo. Nesse caso há de convir que a verdadeira afronta ao Direito consiste na possibilidade de alguém poder obter vantagem com o dano que causou a outrem. Antes, pois, a vítima receber um *plus* pelo dano sofrido que permitir o lucro do ofensor com sua atividade antijurídica”. ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva**, op. cit. pp. 275-276.

¹³⁸ “O princípio do enriquecimento sem causa não se aplica sem grandes dificuldades à indenização por dano moral, já que compara bens de natureza distinta. A dignidade humana e os atributos da personalidade não são redutíveis à pecúnia. Relembre-se a distinção kantiana entre preço e dignidade. Somente tem *preço* aquilo que pode ser substituído por um equivalente; o que não tem equivalência e está acima de todo preço compreende uma *dignidade*. Não há, pois, como afirmar que alguma quantidade possa ser considerada excessiva como indenização pela morte de um ente querido, ou por uma lesão deformante ou incapacitante. É no mínimo embaraçoso sustentar que alguma soma em dinheiro possa ser desmedida ou exagerada em comparação com os atributos da personalidade, mormente quando trazidos para esse confronto aqueles atributos de maior relevância, como a vida, a integridade física e a honra”. Ibid. p. 275.

próprio enriquecimento, porque, assim, se criaria um caos nas bases tão bem fundadas de um instituto voltado ao bem-estar máximo da sociedade e da tutela do ser humano. Deve-se, sim, impor padrões de controlo tanto para se ingressar com o pleito judicial quanto nos limites criteriosos para o pedido e consideração pelo julgador de uma função punitiva da responsabilidade civil¹³⁹.

A função punitiva da responsabilidade civil tem como espoco precípua punir o lesante, embora abarque, também, o lesado no sentido de promover a proteção adequada. Assim sendo, o enriquecimento sem causa do deste último deve ser rechaçado. É necessário ponderar a questão, pois o *quantum* indemnizatório deve ser alto, a fim de dissuadir o lesante, mas não pode ser suficiente para mudar extraordinariamente o *status* do agente lesado, porque, por óbvio, este não é o fim do instituto e, também, não é o almejado pela sociedade.

Afronta os preceitos sociais mais dignos se, mesmo em razão de um dano, o lesado puder mudar absurdamente seu *status* social. Tudo deve estar em conformidade com os bons costumes, a ordem pública, a boa fé objetiva, sem, todavia, se olvidar da dignidade e dos direitos de personalidade que assistem ao lesado. A compatibilização tem de ser adequada para que não haja abusos.

E observe-se: quando se trata de sistema *civil law*, torna-se difícil a ponderação de uma indemnização punitiva que possa atingir valores astronómicos¹⁴⁰. Nos países de sistema *common law*, o cálculo do *quantum* punitivo é realizado pelo júri¹⁴¹, enquanto que no sistema *civil law* a aludida avaliação seria concretizada pelo juiz, com maior capacidade técnica e experiência para atribuir uma indemnização adequada¹⁴².

¹³⁹ “Em sede de determinação do montante de punitive damages, a ponderação pelo júri da riqueza do infractor tem aumentado o valor das quantias em relação a agentes ricos, e diminuído esse montante no caso do infractor ser pobre”. LOURENÇO, Paula Meira. **A função punitiva da responsabilidade civil**, op. cit. p. 187.

¹⁴⁰ Id. **A indemnização punitiva e os critérios para a sua determinação**, op. cit. p. 30.

¹⁴¹ Para ilustrar o tema, apresenta-se a formação do júri: “Although there are differences among states, virtually all U.S. residents are eligible to be selected for jury service. Most states choose randomly from voters' lists or driver's license and nondriver identification card lists to select individuals for jury service. Appearing for jury service, however, remains a long way from being chosen to sit on a jury and even further from sitting on a jury to determine punitive damages. Only a small fraction of those persons obliged to report for jury service ever ends up sitting on a jury in an actual trial. An even smaller fraction ever serves on a jury determining punitive damages. Thus, it would be extremely unusual for any single person chosen for a jury to have had any experience whatsoever in determining an appropriate level of punitive damages”. PRIEST, George L. **Punitive damages : how juries decide / Cass R. Sunstein ... [et al.]; with an introduction by George L. Priest**. XI. Chicago: The University of Chicago Press, Chicago 60637 – The University of Chicago Press, Ltd., London, 2002. p. 6.

¹⁴² George L. Priest aponta procedimentos do júri, para se ter uma noção genérica do que se pratica em sistema *common law* sobre os *punitive damages*: “Only after all the evidence on liability and compensatory damages is presented does the jury reach the issue of punitive damages. Procedures differ across the states in terms of the presentation of argument involving punitive damages. Some states allow the punitive damages question to be raised at the time of the basic liability and compensatory damages trial. Other states provide for what is called a bifurcated procedure: First, a trial on liability and compensatory damages; second, a separate trial on punitive

LOURENÇO ainda expõe forma de remediar o problema do enriquecimento sem causa do lesado¹⁴³. Tal situação se daria do seguinte modo: o *quantum* de caráter punitivo seria de maneira justa dividido entre o lesado e um “Fundo de Garantia”, o qual supriria as necessidades de futuros lesados, a socorrê-los quando o lesante não possuísse bens penhoráveis a satisfazer a questão. Trata-se de uma solução muito satisfatória, equilibrada e adequada tecnicamente do ponto de vista jurídico, capaz de compor os interesses sociais. Igualmente, Symeon C. Symeonides faz menção ao denominado “public fund” e a sua não expressiva adesão social¹⁴⁴.

O principal desígnio da função punitiva é punir o *modus* subjetivo¹⁴⁵. Contudo, volta ao lesado aquilo que verdadeiramente deveria lhe pertencer em razão do seu esforço (perigoso) empregado para os ganhos do lesante. Embora haja discussão sobre a distribuição da indemnização de caráter punitivo, o montante indemnizatório tem o condão de extrair forças do lesante sem retirar o que é seu de direito¹⁴⁶. E, ainda que o lesado não receba o *quantum*

damages. Still other states allow the parties to agree on whether they want a unified or bifurcated procedure”. Ibid. p. 10.

¹⁴³ LOURENÇO, Paula Meira. **A indemnização punitiva e os critérios para a sua determinação**, op. cit. pp. 30-31.

¹⁴⁴ “2.2. *The fact that punitive damages are awarded to a private plaintiff, in a civil trial, indicates their differences from criminal and civil fines, both of which inure to a public fund. Although a recent movement to direct a portion of punitive damages to a public fund tends to blur this distinction, that movement has had only limited success so far*”. SYMEONIDES, Symeon C. Op. cit. p. 5.

¹⁴⁵ “*Un buen número de autores ha destacado la atención que, de facto, los Tribunales suelen prestar a la gravedad de la culpa concurrente en la conducta del dañador para cuantificar, conforme a ella, la indemnización que éste debe satisfacer al perjudicado en concepto de reparación de los perjuicios causados. Esta toma en consideración del grado de culpa del responsable por parte de los órganos judiciales se hace patente si se presta atención a las enormes variaciones cuantitativas que cabe apreciar en las indemnizaciones que se conceden frente a perjuicios análogos y, en ocasiones, ha sido invocada como manifestación del desarrollo por el Derecho de daños de una función punitiva. Ha de hacerse notar, no obstante, que tal influencia del ánimo subjetivo del dañador sobre la cuantificación de la suma debida a título de indemnización se aprecia básicamente en relación con los perjuicios no patrimoniales, circunstancia ésta que ha permitido a un amplio grupo de autores rehusar las tesis de quienes observan en dicha práctica de los órganos judiciales una manifestación en favor de la asignación a la responsabilidad civil extracontractual de un fin aflictivo*”. ZARRA, Maita María Naveira. **El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual**. Colección de monografías jurídicas «Gregorio López». Prólogo de José María Pena López. Madrid: Editoriales de derecho reunidas, S.A., 2006. pp. 308-310.

¹⁴⁶ Ao acrescer importantes observações sobre o enriquecimento sem causa, desta feita, o lucro ilícito conseguido pelo lesante, em suas exposições, o Prof. Dr. Francisco Manuel Pereira Coelho defende que a indemnização decorrente deva estar sempre compreendida no quadro da extensão do dano praticado. Fia-se, particularmente, em repúdio ao enriquecimento sem causa do lesante, que afeta, inclusivamente, âmbito não patrimonial, a restituir ao lesado o que lhe foi tirado indevidamente. Veja-se: “Assim, a primeira orientação a fixar é que o enriquecimento do lesante não releva na obrigação de indemnizar que incumba ao interventor em face do titular do direito, ou, se quisermos dizer as coisas por este modo, só releva *até ao limite do dano e como dano*. E, já que o conceito de dano relevante em matéria de responsabilidade civil é o «patrimonial» (*supra*, n.º 3 e 5), daí vem a resultar que o titular do direito, *invocando os princípios da responsabilidade civil e nos quadros deste instituto*, não poderá exigir do interventor mais que a indemnização do dano concreto sofrido, da diferença para menos que exista no seu património; o enriquecimento do interventor que exceda o dano concretamente sofrido pelo titular do direito, a diferença para mais que exista no património do primeiro, não poderá pois ser exigida pelo segundo. O que pode e deve admitir-se, sem prejuízo desta directiva geral, é só que, tendo o interventor procedido com mera culpa ou negligência, o seu enriquecimento seja uma das «circunstâncias do caso» a atender pelo juiz, no uso da faculdade, que o art. 494.º tão amplamente lhe dá, de fixar «equitativamente» a indemnização a prestar. Decerto que o juiz não poderá fixar indemnização superior aos danos causados em

total da indemnização, certamente o peso da mão do Estado, em subtrair do “património” do lesante aquilo embolsado ilicitamente, fará com que este e outros pretendentes se sintam preocupados. Acomoda-se, precisa e absolutamente, a dignidade da pessoa humana.

A maneira de distribuição do *quantum* indemnizatório não corresponde ao ponto fulcral, mas sim, a descontinuidade da prática lesiva, que se dá pela retirada do montante indemnizatório sancionatório e pelo tratamento psicológico do lesante. O lesado merece mesmo a quantia necessária para o custeio de tratamentos e para reconstituir a sua vida, e isso não quer dizer que lhe seja atribuído todo o *quantum* – o que não se descarta em espécie –, de modo que o restante poderá ser dedicado, conforme já asseverado, aos outros cuidados sociais, por meio de entidades (ex.: o Fundo de Garantia)¹⁴⁷.

A despeito de não se acompanhar o juízo de que o lesado não mereça certo *quantum* indemnizatório, ressalta-se a possibilidade exequível, abordada por Fabrício Simão da Cunha Araújo, de se encaminhar parte deste montante à entidade beneficente – o valor retornará à sociedade, a prestigiar a função social da responsabilidade civil –, ou mesmo aos fundos gestores¹⁴⁸. Já Antonio Junqueira de Azevedo avalia a questão de maneira a admitir que a indemnização proveniente de dano social deva ser encaminhada em sua integralidade ao lesado, vez que este é autor processual (condição especial de promotor privado de interesse público) e vítima direta da lesão¹⁴⁹.

consideração do enriquecimento do agente. Mas poderá, isso sim, levando em conta esse enriquecimento, fixar indemnização superior à que fixaria – dada a pequena gravidade da culpa, a desproporção em desfavor do responsável das condições económicas das partes, etc. – se o enriquecimento do agente não se tivesse verificado. **Cremos até que, sempre dentro do montante dos danos, em caso algum deverá o juiz fixar indemnização inferior ao mesmo enriquecimento. [...] Já vimos que, invocando os princípios do enriquecimento sem causa e nos quadros deste instituto, pode o titular do direito exigir do interventor o que este obteve à custa dele, ou seja, o locupletamento, a diferença ou saldo existente no património do interventor à data em que lhe for judicialmente exigida a restituição, mas só até ao limite – pois só até aí o interventor se terá enriquecido «à custa» do titular do direito – do valor objectivo do uso ou dos bens consumidos ou alienados**”. PEREIRA COELHO, Francisco Manuel. **O enriquecimento e o dano (conclusão)**. Revista de Direito e de Estudos Sociais. Publicação Trimestral. Ano XVI – 1969, Janeiro-Junho de 1969, N.º 1-2. Directores: Francisco Manuel Pereira Coelho e Carlos Alberto da Mota Pinto. Editor: Joaquim Lopes Cravo. Coimbra: Propriedade da ATLÂNTIDA EDITORA, S.A.R.L., 1969. pp. 22-25.

¹⁴⁷ LOURENÇO, Paula Meira. **A indemnização punitiva e os critérios para a sua determinação**, op. cit. pp. 30 e 31.

¹⁴⁸ “Concluído que o montante arbitrado a título de dissuasão do causador de danos morais não deve ser destinado à própria vítima, mister verificar quem seria o destinatário: entidade beneficente local, nos termos do artigo 883, parágrafo único do CC/02 ou fundo de direitos difusos mencionado no artigo 13 da Lei n.º 7.347 de 1985, que em regra tem âmbito estadual, como ocorre em Minas Gerais, com o Fundo Estadual de Proteção e Defesa ao Consumidor – FEPDC, criado pela Lei Complementar Estadual n.º 66/2003 alterado pela LC 119/2011 e regulamentado pela Resolução PGJ n.º 43 de 04/05/2011”. ARAÚJO, Fabrício Simão da Cunha. **Indenização por danos morais: destinação da parcela pedagógica**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3371, 23 set. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22664>>. Acesso em: 5 jun. 2015. p. 2.

¹⁴⁹ “Todavia, ainda que não sejamos grandes admiradores da cultura jurídica norte-americana, pensamos que a indenização por dano social deva ser entregue à própria vítima, que foi parte do processo, eis que, para a obtenção da indenização, foi ela quem de fato trabalhou. O operário faz jus ao seu salário. Os danos sociais, em tese, poderiam ir para um fundo como ressarcimento à sociedade, mas aí deveria ser por ação dos órgãos da

Então, de modo geral – e a depender do caso concreto –, raciocina-se que a indenização de caráter punitivo, nomeadamente advinda de dano social, deva ser em parte concedida ao lesado – a dar-lhe todas as condições de tratamento psicofísico e de reconstruir sua vida –¹⁵⁰ e, o restante (sempre em segundo plano), a um fundo gestor – posto, assim, regressar à sociedade. Ademais – e concluindo o presente ponto –, há de se asseverar o seguinte: havendo a sentença judicial atribuído um *quantum* de uma indenização punitiva ao lesado, esta não se pode configurar como enriquecimento indevido, uma vez que, seguramente, tem a chancela do Estado¹⁵¹.

4. O DANO SOCIAL E AS ATECNIAS DE SEU TEMPO

A responsabilidade civil vem a corroborar-se como instrumento eficaz no combate a parte significativa das mazelas sociais, mormente aquelas que envolvem entes de elevado poder a subjugar e a lesar os mais carentes de defesas. Tal arranjo leva a crer que a responsabilidade civil participa decisivamente do processo de evolução das relações sociais e seus instrumentos correlatos de proteção. O tempo é de incerteza e de imprescindível adequação para se apresentarem os elementos jurídicos necessários à continuidade natural do

sociedade, como o Ministério Público. As condições concretas que vivemos não são, porém, favoráveis a criação de mais deveres para o Estado. É irrealismo; o Ministério Público já tem trabalho suficiente. Aqui, no caso, estamos, pois, entendendo que o particular, na sua ação individual de responsabilidade civil, age também como defensor da sociedade. Exerce um *munus* público que alguns autores americanos, a respeito da mesma situação nos “punitive damages”, denominam de “private attorney general”. O autor, vítima, que move a ação, age também como um “promotor público privado” e, por isso, merece a recompensa. Embora esse ponto não seja facilmente aceito no quadro da mentalidade jurídica brasileira, parece-nos que é preciso recompensar, e estimular, aquele que, embora por interesse próprio, age em benefício da sociedade. Trata-se de incentivo para um aperfeiçoamento geral”. AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social**, op. cit. p. 377.

¹⁵⁰ Reflete de modo assemelhado Maria Alexandra Xavier Ferreira Guiné, no sentido de pugnar por um *bem-estar equivalente*: “O montante da indenização deve ser proporcional à diminuição da qualidade de vida, caso não tivesse ocorrido a lesão, devendo ser atribuídos meios ao lesado para obter um bem-estar equivalente, assumindo tendencialmente relevo o grau de diminuição do bem-estar subjectivo do lesado”. GUINÉ, Maria Alexandra Xavier Ferreira. **O preço da dor – Critérios Operativos para Determinação do Quantum Indemnizatório de Danos Não Patrimoniais**: Uma Proposta Inspirada na Psicologia Positiva. Dissertação apresentada para obtenção do Grau de Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sob orientação do Senhor Professor Doutor Jorge Sinde Monteiro. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2009. p. 128.

¹⁵¹ “A bem da verdade, como observa Maria Celina Bodin de Moraes, ‘a sentença de um juiz, arbitrando o dano moral, é razão jurídica mais do que suficiente para impedir que se fale, tecnicamente, de enriquecimento injustificado’. Esse ‘enriquecimento’ teria como causa ou justificativa a própria decisão judicial, devidamente fundamentada, e, remotamente, a lesão provocada pelo réu”. ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva**, op. cit. p. 275.

desenvolvimento social, como acentua Nelson Rosenvald, com iluminadas considerações e referências de José de Oliveira Ascensão¹⁵².

Nessa ordem de ideias, a mudança é algo concreto, real, que deve ser sentido pela sociedade como importante vetor de conformação social, para, assim, se determinarem as regras de proteção humana. E o Direito, que deve sempre atender às demandas sociais, certifica que se reveste do mais alto zelo às causas sociais.

De tal maneira, o instituto da responsabilidade civil deve manter-se profícuo ao tempo atual, abrangente, ajustado, notadamente, aos imperativos de balizamento da conduta humana, com o fito principal de se evitar a concretização do dano¹⁵³. Como disposto por Nelson Rosenvald, e ora reiterado pela especial relevância do tema, devem estar devidamente alinhados à nova teoria geral da responsabilidade civil “os princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da prevenção e da reparação integral. Esses quatro princípios fundam uma teoria geral da responsabilidade civil”¹⁵⁴.

Portanto, não se deixa de observar, primeiramente, o ser humano, como portador inato da dignidade humana. Nesta esfera, preocupa-se com a prevenção – blindar o indivíduo para não ferir a sua dignidade e conservar a sua integridade psicofísica –, e, se não for possível, tendo ocorrido o dano, determinar-se-á a restauração absoluta, inclusivamente para servir de exemplo social.

A moderna teoria geral da responsabilidade civil não pode estar alheia às determinações sociais, quais sejam, a preservação permanente da dignidade da pessoa humana, assim como a atenção à prevenção do dano, porque somente assim se conseguirá formar um ordenamento coeso. Por conseguinte, os pressupostos de formação de uma responsabilidade civil amoldada à sociedade são, certamente, o alcance da extensão e a compreensão do dano, a prevenção e a extinção da situação danosa.

¹⁵² “Estas novas bases da coesão social e dos fundamentos de racionalidade do direito civil do século XXI visam adaptar as instituições e os modelos jurídicos ao período da incerteza. É a era da extrema complexidade e da desumanização inerente, em que a crise quase se torna a forma normal de vida; mas justamente por isso, expõe OLIVEIRA ASCENSÃO, *‘É também a da consciência da necessidade de mudança, para corresponder à necessidade de encontrar as novas categorias capazes de enquadrar uma realidade em evolução. É já uma resposta ou uma reação jurídica o apontar para um direito que é antes de mais princípio que regra, um direito de cláusulas gerais que rejuvenesça constantemente o sistema com as implicações valorativas que contém’*”. ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil** : a reparação e a pena civil / Nelson Rosenvald. – 2. ed. – São Paulo : Atlas, 2014. p. 11.

¹⁵³ “Assim, dando continuidade ao estudo de um modelo da responsabilidade civil que se queira como hábil ao enfrentamento dos desafios e dilemas impostos pela dinâmica da sociedade brasileira contemporânea, cabe, primeiramente, introduzir um conceito de responsabilidade civil para os dias em que vivemos e, em sequência, a escolha de princípios que mereçam protagonismo na ordem civil constitucional e atendam às demandas de um renovado direito de danos, despido do medo paralisante. São eles: os princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da prevenção e da reparação integral. Esses quatro princípios fundam uma teoria geral da responsabilidade civil”. Ibid. p. 13.

¹⁵⁴ Ibid. p. 13.

A teoria geral da responsabilidade civil, tendo de se harmonizar à dignidade da pessoa humana, não pode vacilar na observância de instrumentos a conseguir atingir, com eficiência, os pontos mais sensíveis da questão – as fases de seu aparelhamento, por certo. Enfraquecer os atos do lesante, pondo em prova o seu intento, mostra-se ser a etapa de enfrentamento mais relevante, para verdadeiramente encerrar a continuidade danosa, sem deixar de estimular a sua transformação psíquica, para o bem da sociedade.

Por esta linha de raciocínio, vislumbra-se um dano de elevado espectro social, muitas vezes até desconhecido do público em geral por força da problemática engendrada. O tema reveste-se da mais alta complexidade, embutindo-se em comunidade de forma velada, a relegar civis à perigosa “tolerância”.

Vale refletir que o dano não pode ensejar a resignação – da dignidade não se pode dispor –, mas a habilidade conferida pela resiliência. O mal perpetrado várias vezes não deve sacrificar o pensamento de reação.

O dano social é grave mácula que se instala; os entes sentem-se submetidos a tolerar os mandos de açambarcamento mercantil. Impinge-se o sentimento de intranquilidade; quebra-se, verdadeiramente, a paz social. Por afetar uma grande massa, impõe uma apatia global, ou ausência de forças para lutar contra os abusos agora explícitos¹⁵⁵. Há, por assim dizer, um rompimento progressivo, e muitas vezes silencioso, da tranquilidade, que é sucedida pela falta de segurança e de confiança em virtude de termos praticados pelo grupo opressor.

Reflexivamente, ao se atingir um ente, sentida a desproporção na condenação, ou mesmo a dificuldade de ser operada, gera-se uma descrença social de que aquela espécie de lesão poderá ser debelada. E, para extinguir o dano social, complementando o que se havia ponderado, deve impor-se ao agente lesante medida de choque, e eficaz¹⁵⁶. Não basta neutralizá-lo, porque, como ocorre em epidemias (*e.g.*, a guerra contra o vírus ébola), o mal pode alastrar-se e atingir mais indivíduos. Pelos ditos aparatos e suas potencialidades, o homem é sublimado a desconstituir *soi-disant* a universalização do dano social.

¹⁵⁵ “11. A segunda questão é mais importante e representa o ponto central das presentes considerações: é que um ato, se doloso ou gravemente culposos, ou se negativamente exemplar, não é lesivo somente ao patrimônio material ou moral da vítima, mas sim, **atinge a toda a sociedade, num rebaixamento imediato do nível de vida da população. Causa dano social.** Isto é particularmente evidente quando se trata da segurança, que traz diminuição da tranquilidade social, ou de quebra da confiança, em situações contratuais ou paracontratuais, que acarreta redução da qualidade coletiva de vida”. AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Novos estudos e pareceres de direito privado**, op. cit. pp. 380-381.

¹⁵⁶ “Não só é interesse comum que não sejam cometidos delitos, mas também que eles sejam tanto mais raros quanto maior o mal que causam à sociedade. Portanto, devem ser mais fortes os obstáculos que afastam os homens dos delitos na medida em que estes são contrários ao bem comum e na medida dos impulsos que os levam a delinquir. Deve haver, pois, uma proporção entre os delitos e as penas”. BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi di. **Dos delitos e das penas** / Cesare Beccaria ; tradução Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa ; revisão Roberto Leal Ferreira. – 3ª ed. – São Paulo : Martins Fontes, 2005. (Clássicos). p. 50.

Frise-se que ainda há tímido tratamento da matéria em julgados no Brasil, apesar de seu reconhecimento pelo Conselho de Justiça Federal, através do Enunciado nº 456 da V Jornada de Direito Civil¹⁵⁷. Pensa-se que o juiz, por sua aptidão técnica, aliada à experiência, tem habilidade suficiente para aplicar medidas incisivas, porque, sensível ao mal causado à sociedade, não se deve acomodar com a situação pela ausência de normas cogentes. Entretanto, a matéria não ganhou o destaque e a discussão que merece, somente breves reflexões, emanadas do Superior Tribunal de Justiça do Brasil, não propriamente sobre a conceção, a respeito do que seja o dano social¹⁵⁸.

4.1. O dano social e a dignidade (integridade) sistêmica

Ao domínio forçado a que é submetido um indivíduo, autónomo por natureza, que sofre um prejuízo e uma efetiva perda de substratos material ou imaterial, dá-se o nome de dano. Para não se incorrer em inexatidões, vale ter bem presente o conceito de dano do Prof. Dr. Francisco Manuel Pereira Coelho: “Por dano pode entender-se, por um lado, o prejuízo real que o lesado sofreu *in natura*, em forma de destruição, subtração ou deterioração de um certo bem corpóreo ou ideal. Dano será, por exemplo, a perda ou a deterioração de uma certa coisa, o dispêndio de certa soma de dinheiro para fazer face a uma despesa tornada necessária, o impedimento da aquisição de um determinado bem, a dor sofrida. Pode falar-se aqui em dano real. Por outro lado, pode entender-se por dano o valor, expresso numa soma de dinheiro, do prejuízo sofrido, podendo falar-se agora em dano de cálculo”¹⁵⁹. O dano não patrimonial, arcabouço deste trabalho, então, segundo aponta Antonio Junqueira de Azevedo, deve ser compreendido da seguinte forma: “O dano moral, por sua vez, é, na verdade, o não-

¹⁵⁷ “A expressão ‘dano’ no art. 944 abrange não só os danos individuais, materiais ou imateriais, mas também os danos sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos a serem reclamados pelos legitimados para propor ações coletivas”. BRASIL. **Enunciado nº 456 do Conselho de Justiça Federal**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/403>>. Acesso em: 07 jun. 2015.

¹⁵⁸ “[...] mesmo que a autora formulasse eventual pedido de condenação em danos sociais na ação em exame, o pleito não haveria de ser julgado procedente, porquanto esbarraria na ausência de legitimidade para postulá-lo. Os danos sociais são admitidos somente em demandas coletivas e, portanto, somente os legitimados para propositura de ações coletivas têm legitimidade para reclamar acerca de supostos danos sociais decorrentes de ato ilícito, motivo por que não poderiam ser objeto de ação individual”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Rcl 12062 / GO RECLAMAÇÃO 2013/0090064-6. Rel. Ministro RAUL ARAÚJO (1143). Diário de Justiça, Brasília, 20 de nov. 2014.

¹⁵⁹ PEREIRA COELHO, Francisco Manuel. **O problema da causa virtual na responsabilidade civil**, op. cit. pp. 250-251.

patrimonial; deve ser conceituado por *exclusão* e é todo aquele dano que ou não tem valor econômico ou não pode ser quantificado com precisão”¹⁶⁰.

Para Fernando Pinto Monteiro, relevante nesta construção é compreender a extensão, as implicações e a interligação que há entre os danos patrimoniais e não patrimoniais, visto que, assim, resta palpável a categorização. Demonstra o mencionado autor que mesmo uma lesão à esfera não patrimonial de um indivíduo poderá trazer sérias consequências em âmbito profissional, por exemplo, gerando-se, com isso, o dano patrimonial¹⁶¹.

A fim de formar um entendimento igualmente aprimorado, o aludido jurista traça a definição mais exata do que seja o dano moral, que está, por seu turno, compreendido pelo dano não patrimonial, termo mais genérico. Para ele, o dano moral diz respeito ao plano dos danos que interferem diretamente na seara moral, *v.g.*, a honra, o bom nome etc.¹⁶². Ver-se-á, adiante, que o dano social se equipara mais ao dano moral pela significação, mas com espectro muito maior de interferência na vida humana¹⁶³.

O dano social, portanto, é um fenômeno social que se sucede em episódios repetitivos, alheios ao quadro da normalidade, a perturbar, entre outros domínios, o sossego, o bem-estar subjetivo e a paz da população¹⁶⁴. Tudo isso vale para certificar a firme adesão à dignidade

¹⁶⁰ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil**: o dano social, op. cit. p. 371. E o autor complementa: “Em geral, esse dano moral será um dano de sofrimento, daí se falar em “pretium doloris”, mas algumas vezes haverá também dano moral que foge a essa caracterização, porque se trata de dano – e basta pensar nas pessoas jurídicas, ou nas pessoas físicas que não tem condições de discernimento, ou ainda nos nascituros – que representa algum prejuízo não avaliável pecuniariamente de modo exato”. Ibid. pp. 371-372.

¹⁶¹ “Apelidam-se de *não patrimoniais* os danos que não são susceptíveis de uma avaliação pecuniária, em dinheiro. Pode o bem ou interesse lesado não ter natureza patrimonial, como sucede com a integridade física, com a saúde, a liberdade, a honra, o bom nome e reputação – e, apesar disso, da lesão resultarem danos patrimoniais. É o que pode acontecer, por exemplo, caso ocorra uma ofensa ao bom nome e reputação de um médico, advogado ou engenheiro: embora o bem lesado, em si mesmo, careça de valor pecuniário, a ofensa traduzir-se-á, frequentemente, num prejuízo pecuniário, expresso numa diminuição das receitas provenientes do exercício da actividade profissional respectiva (perda de clientela). Inversamente, pode tratar-se da violação de um bem patrimonial – e, ainda assim, da lesão resultarem (também) danos não patrimoniais. [...]”. MONTEIRO, Fernando Pinto. **Sobre a reparação dos danos morais**, op. cit. p. 18.

¹⁶² “Ora, se confrontarmos estes últimos danos com os do parágrafo anterior, observamos que eles têm uma característica comum: uns e outros se mostram insusceptíveis de uma avaliação pecuniária, sendo, portanto, danos não patrimoniais. Mas só os primeiros (‘in casu’, os vexames e a desconsideração social), resultantes da ofensa a bens ou valores de ordem moral (como a honra, o bom nome e reputação), se podem considerar, em rigor, como danos morais propriamente ditos. A mesma preocupação de rigor leva a que não possam ser incluídos na categoria dos danos morais, em sentido próprio, os sofrimentos físicos, os danos estéticos, etc”. Ibid. p. 19.

¹⁶³ Cumpre marcar aspetos característicos do dano moral coletivo: “Assim, podemos conceituar o dano moral coletivo como *o resultado de toda ação ou omissão lesiva significativa, praticada por qualquer pessoa contra o patrimônio da coletividade, considerada esta as gerações presentes e futuras, que suportam um sentimento de repulsa por um fato danoso irreversível, de difícil reparação, ou de consequências históricas*”. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. Op. cit. p. 385.

¹⁶⁴ “Portanto, a nossa tese é bem clara: a responsabilidade civil deve impor indenização por danos individuais e por *danos sociais*. [...] Os danos sociais, por sua vez, são lesões à sociedade, no seu nível de vida, tanto por rebaixamento de seu patrimônio moral – principalmente a respeito da segurança – quanto por diminuição de sua

humana, posto se estabelecer, de maneira forçada e velada, uma aparente situação natural, como se fosse comezinha, do dia a dia. Os lesados não têm perfeita noção da gravidade e a suportam porque tem aspeto putativo regular, na maioria das vezes. Esta porção tende a se resignar, mesmo que num primeiro momento tenha havido uma insuportável rejeição.

O lesado espera uma reação conjunta, pois reflete, talvez, que a sua reivindicação não surta efeito. Por achar que não tem força, dinheiro, tempo e apoio, abandona a sua pretensão e acaba por “tolerar” os abusos. Resulta, daí, o agravamento progressivo da lesão, a degradar o seu estado psicofísico, deixando-o numa condição de aviltamento da dignidade. O segundo colaborador anónimo diz que há sentimentos de impotência e fatalista da realidade¹⁶⁵.

A teoria desenvolvida por Antonio Junqueira de Azevedo é desdobramento ao que determina a função social da responsabilidade civil, muito mais jungida às necessidades sociais, com o esforço normativo de se chegar próximo à tutela do ser humano pela cláusula geral da dignidade humana¹⁶⁶.

O dano social gera reflexos difusos negativos em sociedade, de modo que vale acentuar o profundo comprometimento em nível de bem-estar social, no sentido de se gerar uma espécie de achatamento da condição de vida humana, o que interfere, seguramente, na dignidade da pessoa humana. É desse mesmo modo que aprecia Antonio Junqueira de Azevedo: “Para Antônio Junqueira de Azevedo, a prática de atos negativamente exemplares e que não devem ser repetidos geram rebaixamento do nível coletivo de vida, mais exatamente da qualidade de vida, o que enseja a devida reparação”¹⁶⁷. É mais adequado, para o controlo dessa grave prática social, a função punitiva da responsabilidade civil, por seu eficaz efeito inibitório: “Os danos sociais são causa, pois, de *indenização punitiva* por dolo ou culpa grave,

qualidade de vida. **Os danos sociais são causa, pois, de indenização punitiva por dolo ou culpa grave**, especialmente, repetimos, se atos que reduzem as condições coletivas de segurança, e de *indenização dissuasória*, se atos em geral de pessoa jurídica, que trazem uma diminuição do índice de qualidade de vida da população”. AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social**, op. cit. p. 376. Grifou-se.

¹⁶⁵ “Reflexos na vida do indivíduo: Sentimento de impotência diante da impossibilidade de modificar sua realidade, estado de alienação social que favorece uma consciência Mágica ou pouco crítica, segundo Paulo Freire, ou seja, fatalista, de que a realidade é assim mesmo, ficando submisso ao discurso do outro, o sofrimento ético-político citado acima, sentimento de vergonha, dentre outros”. COLABORADOR ANÓNIMO 2, Graduado e Mestre em Psicologia pela Universidade Federal do Ceará – UFC. **Anexo** - Questionário no ramo da Psicologia para servir à Dissertação de Mestrado em Direito Civil pela Universidade de Coimbra, orientada pelo Professor Doutor Francisco Manuel de Brito Pereira Coelho, tendo como mestrando Adriano Barreto Espíndola Santos. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015.

¹⁶⁶ “A novel teoria do dano social tem por fundamento o princípio da função social da responsabilidade civil, segundo o qual o instituto da responsabilidade civil deve afinar-se com a cláusula geral da dignidade da pessoa humana, considerando-se, ainda, o papel das indenizações no contexto social”. KUGUIMIYA, Luciana Lie. **Indenização por dano social: primeiros julgados**. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3801, 27 nov. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25938>>. Acesso em: 10 fev. 2015. p. 1.

¹⁶⁷ Ibid. p. 1.

especialmente, repetimos, se atos que reduzem as condições coletivas de segurança, e de indenização dissuasória, se atos em geral de pessoa jurídica, que trazem uma diminuição do índice de qualidade de vida da população”¹⁶⁸.

Na sequência do pensamento de Antônio Junqueira de Azevedo acerca da teoria atinente ao dano social, abre-se campo de reflexão sobre o papel da responsabilidade civil e de sua função social. Não é a imposição estrita da pena, mas uma forma imediata de se determinar uma conduta que não se aperfeiçoou naturalmente. A condenação pecuniária em razão do dano social tem o condão de mudar o curso dos atos praticados, a tornar a sociedade apta a prosseguir em suas aspirações de segurança e de tranquilidade. Sendo, pois, o lesante condenado ao pagamento de *quantum* indenizatório em caráter exemplar, com os denominados *punitive damages*, repõem-se a ordem, a tranquilidade e a segurança para o progresso social.

A existência humana é radicada em ditames da dignidade, que firmam o bem-estar subjetivo, a paz e a harmonia social. Isso tem a ver com a função social da responsabilidade civil, que envolve a situação em perfeita compatibilização com os anseios da população: do dano decorre o papel corretor do instituto, mas o que se também pretende é a recuperação integral dos prejuízos causados à sociedade¹⁶⁹.

Tem-se, pois, que o dano não patrimonial – e muito mais o dano social –, ao lesar um ente em particular, gera do mesmo modo uma série de perdas à sociedade. Note-se a desordem ocasionada em virtude da expectativa de novos danos, de gastos públicos pela movimentação do Poder Judiciário, entre outros efeitos negativos.

Há de se atender não somente a integridade psicofísica do indivíduo, já justificada pelo dever de tutela da cláusula geral da dignidade da pessoa humana. Da mesma forma, deve-se buscar consolidar o bem-estar social, a permitir que se estabeleça incólume a integridade social, como ventila Paulo Eduardo Vieira de Oliveira¹⁷⁰.

Compete aos entes sociais proporcionar meios em que se fomentem e se ressalvem os direitos mais básicos jungidos ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Exemplo claro disso é que, na relação trabalhista, tem de estar presente o sentido da

¹⁶⁸ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil:** o dano social, op. cit. p. 376.

¹⁶⁹ “Na ocorrência de dano de natureza social, surge, por óbvio, a necessidade de se apenar o autor do ilícito, para recuperar a eficácia do ordenamento, pois um ilícito não é mero inadimplemento contratual e o valor da indenização, conforme prevê o art. 944, do CC, mede-se pela extensão do dano, ou seja, considerando o seu aspecto individual ou social. Como já advertira *Paulo Eduardo Vieira de Oliveira*, o efeito do ato ilícito é medido, igualmente, sob o prisma da integridade social”. (MAIOR, 2007, p. 1319).

¹⁷⁰ *vd.* MAIOR, Jorge Luiz Souto. **O dano social e sua reparação.** Revista Legislação do Trabalho - Ano 71, nº 11, mês NOV., ano 2007. São Paulo: LTr Editora Ltda., 2007. p. 1319.

responsabilidade social, insculpido pelo modelo do Estado Social, no qual, ainda que se utilize a força de trabalho de outrem para se auferirem lucros, não se pode provocar abatimento do nível de vida da coletividade¹⁷¹. Tem-se a noção de que, na relação de trabalho, como em quaisquer relações particulares, existe a possibilidade de se praticar o dano social, porque um ente de maior poder social e económico está em posição tida como vantajosa, em detrimento, se for o caso, do estado psicofísico do subordinado.

Um dano gerado a outrem, mesmo que reflexamente, poderá dar causa ao denominado dano social, porque lança, conseguintemente, uma possibilidade negativa que compromete de maneira forçosa o ambiente normal da sociedade, ou seja, a paz, a segurança e o bem-estar. Os prejuízos são consumados, em parte, e iminentes, por ocasião de novos e de plausíveis eventos trágicos¹⁷².

O que se percebe, então, é que a efetuação de uma lesão grave, mesmo que a um ente individual, como acentua Antonio Junqueira de Azevedo, provoca, respetivamente, um prejuízo no plano de vida da sociedade. E é nesse sentido que surge o amparo doutrinal à condenação exemplar do ente lesante por causar o dano social, com o escopo de devolver o padrão normal da qualidade de vida da coletividade. Trata-se, na verdade, de se evidenciar um dano já existente há muito, para, assim, através de meios legais, o extinguir.

Júlio Gomes, em referência às ideias de Zeno-Zencovich, demonstra, de modo coeso, como os danos provocados a um indivíduo podem interferir, igualmente, na sociedade: primeiro porque o próprio interesse público almeja a concretização dos interesses privados; segundo, porquanto se fragiliza o interesse público quando há uma expectativa legítima de que as normas, por si só, se cumpram e se estabeleçam definitivamente em âmbito social¹⁷³.

Estão aí presentes elementos que se consubstanciam para firmar a necessidade de responsabilização civil – tentar restabelecer ao máximo o *status quo ante* – por meio de uma

¹⁷¹ “A responsabilidade social, tão em moda, não pode ser vista apenas como uma ‘jogada’ de marketing, como se a solidariedade fosse um favor, um ato de benevolência. Na ordem jurídica do Estado Social as empresas têm obrigações de natureza social em razão de o próprio sistema lhes permitir a busca de lucros mediante a exploração do trabalho alheio. Os limites dessa exploração, para preservação da dignidade humana do trabalhador, respeito a outros valores humanos da vida em sociedade e favorecimento da melhoria da condição económica do trabalhador, com os custos sociais consequentes, fixam a essência do modelo de sociedade que a humanidade pós-guerra resolveu seguir e do qual a Constituição brasileira de 1988 não se desvinculou, como visto”. Ibid. p. 1318.

¹⁷² “A segurança, nem é preciso salientar, constitui um valor para qualquer sociedade. Quanto mais segurança, melhor a sociedade, quanto menos, pior. Logo, qualquer ato doloso ou gravemente culposos, em que o sujeito ‘A’ lesa o sujeito ‘B’, especialmente em sua vida ou integridade física e psíquica, além dos danos patrimoniais ou morais causados à vítima, é causa também de um dano à sociedade como um todo e, assim, o agente deve responder por isso. [...] A ‘pena’ – agora, entre aspas, porque no fundo, é reposição à sociedade -, visa restaurar o nível social de tranqüilidade diminuída pelo ato ilícito”. AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social**. p. 375.

¹⁷³ GOMES, Júlio. Op. cit. pp. 111-112.

condenação por dano social, quais sejam, a responsabilidade social, presente no Estado Social; a função social da responsabilidade civil; e as integridades psicofísica individual e social. Principalmente por estas integridades, permite-se alargar os conceitos de “dano”, além de se dar espaço para novos institutos.

Para se ter compreensão mais ampla, a responsabilidade social e a função social da responsabilidade civil decorrem do Estado Social¹⁷⁴, em que se fixam fundamentos de tutela do cidadão, sem, contudo, se olvidar do desenvolvimento económico responsável – tudo orquestrado por este Estado –, ponderando-se interesses em que se preserve, prioritariamente, a cláusula geral da dignidade da pessoa humana¹⁷⁵.

4.2. A sujeição socioeconómica: um panorama global

Exercer o princípio da livre concorrência está conforme a harmonia de mercado. Consoante se extrai da Constituição da República Portuguesa de 1976, o Estado tem o dever de propiciar meios de movimentação apropriada do mercado, a priorizar a eficiência de suas práticas comerciais. O excerto é liberal ao ponderar tal determinação, como se depreende do artigo 81.º, relativo às incumbências prioritárias do Estado, em que se destaca maior construção e organização de ideias legislativas na alínea f). Da análise desta alínea, nota-se que há incentivo do Estado Português para que a esfera económica tenha condições de exercer com eficiência as suas atividades, mas que, não por isso, se incorra em práticas destrutivas, quais sejam, o monopólio, o abuso de posição dominante e demais práticas lesivas.

¹⁷⁴ “Na base e na origem do Estado social está a sociedade. Estão os cidadãos, tanto como pessoas singulares, como unidos livremente em formações sociais, constituindo aqueles mundos vitais, que são os lugares privilegiados onde se faz cultura, onde se exprimem necessidades antigas e novas, onde se fixam e se desenvolvem as convicções profundas sobre a natureza e o fim do homem e da sociedade. Aos cidadãos e aos grupos sociais e culturais, na liberdade de adesão que estes pressupõem, competem funções primárias não delegáveis a outros, bem como direitos fundamentais inalienáveis, que não podem ser expropriados por ninguém, como a liberdade de consciência, de pensamento e de palavra, o direito à educação e à informação, o direito de se associar livremente... Tudo isto constitui a base do sistema democrático, como deveria se realizar no Estado social contemporâneo”. DENNY, Ercílio A. Op. cit. pp. 280-281.

¹⁷⁵ “Enquanto gestor global deste sistema, o Estado assume grande complexidade porque tem de garantir uma articulação estável entre os três princípios de regulação do Estado moderno propícios a tensões entre si: o Estado, o mercado e a comunidade. A estabilidade exige que o Estado tenha certa primazia sem asfixiar o mercado ou a comunidade. Se, por um lado, o Estado garante a consolidação do sistema capitalista, por outro lado, obriga os principais atores do sistema a alterarem o seu cálculo estratégico: os empresários são levados a trocar o curto prazo pelo médio prazo e os trabalhadores são levados a trocar um futuro radioso mas muito distante e incerto por um presente e um futuro próximo com alguma dignidade. O Estado social assenta, assim, na ideia da compatibilidade (e até complementaridade) entre desenvolvimento económico e proteção social, entre acumulação de capital e legitimidade social e política de quem a garante; em suma, entre capitalismo e democracia”. SANTOS, Boaventura de Sousa. **O Estado social, Estado providência e de bem-estar.** Disponível em: <http://www.dn.pt/inicio/opiniaio/interior.aspx?content_id=2968300&seccao=Convidados&page=2>. Acesso em: 26 mar. 2015. p. 2.

Importa, ainda mais, conferir, naturalmente, relevância pragmática à norma ordinária, Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, que controla a atividade empresarial em campo de efetiva concorrência, por meio da qual o abuso de posição dominante é precisamente reprimido, dando conta, em seu artigo 11.º, inciso 1, que “1 — É proibida a exploração abusiva, por uma ou mais empresas, de uma posição dominante no mercado nacional ou numa parte substancial deste”, definindo-se, em seguimento, o que se pode perceber por abusivo em seu inciso 2. Ressalta-se, aí, o compromisso da prevenção e da penalização a tal abuso, conforme ditam os artigos 67.º e 68.º – valendo destacar-se a alínea a) do número 1 deste último dispositivo: “1 — Constitui contraordenação punível com coima: a) A violação do disposto nos artigos 9.º, 11.º e 12.º”.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 tem especial cuidado, em seu art. 170, com o tratamento da ordem económica, estão ali devidamente insertos alguns termos-chave, tais quais, a valorização do trabalho humano, a livre iniciativa, a existência digna e a justiça social. Todos esses elementos devem ser atendidos conjuntamente, haja vista não se poder conceber o crescimento económico sem se considerar o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

Tanto Portugal quanto o Brasil demonstram o empenho em fomentar o desenvolvimento económico saudável, sem, contudo, olvidarem de expurgar deste cenário os atos abusivos, desconformes à harmonia social, provocados, por exemplo, pelo dano social – agressão grave a fragilizar a estrutura dos bens estabelecidos. Com isso, segue-se a inelutável compreensão prática do tema. Ora, veja-se.

Em tempos de velocidade na informação, globalização do comércio via internet e outros meios facilitadores, os consumidores, sem se aperceberem, entram num processo perigoso de assunção de obrigações não muitas vezes cobertas de licitude ou tendentes a albergar a segurança necessária. Hoje, ocorre um fenómeno social até mais comum do que se imagina, o sobreendividamento, que se avoluma, especialmente, quando se verifica a instabilidade da economia e a dificuldade de conseguimento de empregos e da sua manutenção¹⁷⁶.

¹⁷⁶ “c) *Causas do sobreendividamento*

O principal motivo que levou as pessoas a deixar de pagar ou a estarem na eminência de o fazer foi a insuficiência de rendimentos (33,7%). A insuficiência de rendimentos compreende a insuficiência de rendimentos propriamente dita, os salários em atraso e a frustração na obtenção de melhores salários. Em segundo lugar, surgem os problemas de saúde (18,2%), seguido dos casos de desemprego, englobando o desemprego das pessoas que pedem apoio, do cônjuge ou de ambos (14,6%). Assumem também alguma importância as situações onde ocorre uma alteração no agregado familiar (sobretudo por divórcio ou morte) que origina uma quebra nas fontes de rendimento (12,8%). Vemos, assim, que a escassez de rendimentos aliada à instabilidade no emprego e à doença constituem os elementos perturbadores do cumprimento regular dos compromissos financeiros das famílias (Quadro 8)”. CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS DA FACULDADE DE

A capacidade de consumo e de honrar com o pagamento corresponde a uma dicotomia da realidade, notadamente na sociedade brasileira, em que se há estímulo para o consumo, mas, por outra parte, não se garante a estabilidade da moeda, vez que a inflação está a ressurgir. Quando se instala questão de respeito às condições mínimas de vida, Antonio Junqueira de Azevedo baseia a sua orientação na teoria alemã dos “limites do sacrifício”, para justificar o não cumprimento de contrato em razão de elevados custos inesperados¹⁷⁷.

Os entes de poderio económico e social provocam um grave comprometimento ao estado humano: a incapacidade de discernir o acontecimento lesivo. O prejuízo é tão habitual que o consumidor não sabe ao certo quais são seus direitos, ou mesmo se tem direito em face de tal situação. Acaba apenas por intuir sê-la danosa; acostumar-se com o dano sela a inabilidade em fazer cumprir o princípio da dignidade humana. E, nesse caso, quem mais sofre são os entes com menores capacidades de ordens económica e intelectual, os quais estão “assim sujeitos a um maior número de estressores sociais, tais como violência, família desestruturada, dificuldade de acesso à saúde e educação”¹⁷⁸.

Tem-se outro recorrente dano no Brasil: as empresas de telefonia prestam serviços aquém do vendido ou do necessário, mas, pela continuidade e falta de ação efetiva, a população acaba por se acomodar. Pode ocorrer, aí, o perigoso dano eficiente, vetor do dano social¹⁷⁹.

ECONOMIA DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA. **O sobreendividamento em Portugal**. Disponível em: <http://oec.ces.uc.pt/biblioteca/pdf/pdf_estudos_realizados/sobreend.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2014. p. 7.

¹⁷⁷ “No campo contratual, o respeito às condições mínimas de vida também tem aplicação. Segundo a teoria alemã dos “limites do sacrifício”, os contratos não precisam ser cumpridos quando sua execução leva a gastos excessivos não previstos, o que terá maior razão de ser quando o adimplemento puder dificultar a sobrevivência”. AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Caracterização Jurídica da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 97, 2002. p. 120.

¹⁷⁸ ESPÍNDOLA, Cybele Ribeiro. Doutora em Psicologia pela Universidade Federal de São Paulo – UNIFESP. **Anexo** - Questionário no ramo da Psicologia para servir à Dissertação de Mestrado em Direito Civil pela Universidade de Coimbra, orientada pelo Professor Doutor Francisco Manuel de Brito Pereira Coelho, tendo como mestrando Adriano Barreto Espíndola Santos. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015.

¹⁷⁹ “O direito a prestação adequada do serviço, protegido pela Constituição Federal e pelo Código de Defesa do Consumidor, está inoperante diante do aumento exorbitante das linhas de telefonia móvel e da negligência e do descompromisso das operadoras, recordistas de reclamações nos Procons de todo o Brasil. A indagação a que os consumidores e o governo devem estar atentos é: as empresas de telefonia, diante da situação econômica positiva que o Brasil vivenciava, com o acesso da maioria das pessoas às redes de comunicação, não preferiram assumir o risco econômico de encarar eventuais custos de processos indenizatórios do que investir na prevenção do dano? É realmente algo a se pensar. Essa questão, denominada “Dano Eficiente”, caracteriza-se pelo fato de alguns fornecedores de produtos e serviços conseguirem estipular, provisionar e, com isso, prever qual o dano em que, eventualmente, incorrerão em suas relações consumeristas, inclusive qual o estágio e montante das eventuais condenações judiciais. Dessa forma, é como se houvesse verdadeiro “incentivo” para que tais empresas não invistam no custeio dos gastos necessários à prevenção do dano, preferindo, por outro lado, serem declaradas judicial e civilmente responsáveis em cada um destes pequenos e rotineiros processos, já que, com base apenas em cálculos, estabelecem a vantagem de se manter a gestão deficiente para alcançar lucros estratosféricos em detrimento de serviço de qualidade e respeitoso ao consumidor”. MOREIRA, Igor de Souza Mercêdo; MOREIRA, Ivan de Souza Mercêdo. **Dano eficiente**: uma visão da crise da telefonia no Brasil. Disponível em:

A má administração de recursos e a insuficiência na alocação de serviços por essas empresas não se resume à consumação do dano moral. Mais ainda, leva-se a cabo o dano social, com a depreciação da vida de dependentes destes serviços¹⁸⁰. Projeta-se, pois, o dano eficiente, em que o lesante se acha confortável em continuar a aplicar tais atividades e não corrigir o erro (prevenir o dano), pois o lucro compensa – perde-se o sentido da humanidade¹⁸¹.

A relação de consumo produz este tipo de situação¹⁸². Existem, ainda, empresas aéreas que, por vezes, excedem na venda de assentos. Isso traz uma série de transtornos: os passageiros são obrigados a suportar a espera de outro voo, ficam sujeitos à coincidência de surgimento de vagas e, além de tudo, se não houver oportunidade no mesmo dia do voo original, têm de aguardar a liberação para outro dia. Casos assim repetem-se sem controle eficaz, cada vez mais aviltantes, e a responsabilidade civil atual não consegue aí chegar. Embora se tenha contratado o serviço aéreo para ser cumprido em hora aprazada, há ingerência arbitrária por parte da empresa de transporte aéreo em mudar, por sua conveniência, a saída e a chegada do voo – para além de, por vezes, se efetuarem alterações de trajeto. Há uma segurança implícita dessas empresas de que assim podem continuar a agir, e uma insegurança patente da população¹⁸³.

<[http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI161695,81042-](http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI161695,81042-Dano+eficiente+uma+visao+da+crise+da+telefoniam+no+Brasil)

Dano+eficiente+uma+visao+da+crise+da+telefoniam+no+Brasil>. Acesso em: 19 nov. 2014.

¹⁸⁰ “Esse raciocínio inclusive, gera a presunção de que os ofensores, nos casos de reincidência devem ter o valor da compensação fixado de modo a afetivamente causar desequilíbrio econômico em seu patrimônio mas, apenas em casos de reincidência como reiteradamente tem acontecido nas ofensas a direitos do consumidor pelos grandes conglomerados que deliberadamente utilizam o seu poder econômico para praticar atos lesivos. Exemplo destas situações, é a enxurrada de ações promovidas contra as empresas aéreas e de telefonia reclamando dos péssimos serviços prestados e, constantes desrespeitos aos direitos dos cidadãos como consumidores”. FENSTERSEIFER, Nelson Dirceu. Op. cit. pp. 145-146.

¹⁸¹ “A racionalidade da economia moderna caracteriza-se por mecanismos que, à primeira vista, disputam com as exigências de uma moral kantiana. Se os agentes econômicos só são movidos pelo lucro e pelo proveito, e se a pedra angular da economia moderna é a competência, parece que não há lugar para a moral. Uma concepção da atividade empresarial moderna, tomada em sua integridade, contém aspectos morais que os agentes econômicos devem atender, se querem levar adiante a tarefa que lhes é própria. Para que isto seja um fato, há que se contar com uma opinião pública crítica e com empresários dispostos a confrontar-se criticamente com sua própria atividade empresarial”. DENNY, Ercílio A. Op. cit. p. 47.

¹⁸² No Brasil, a legislação específica atinente à relação de consumo, qual seja, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, oferece caráter protetivo, a visar, sobretudo, os interesses do consumidor, que, por vezes, se vê fraco ante os poderes social e econômico do fornecedor ou do produtor. Logo, no artigo 4º dessa lei, pode-se compreender a amplitude da proteção subjacente. De suma importância é o reconhecimento da posição de vulnerabilidade do consumidor, a qual é tratada, na sequência, em seu inciso I; tenta-se, com isso, equilibrar a relação, para garantir ao consumidor os direitos, por vezes, veladamente sacados. Dá-se, então, a oportunidade ao consumidor de ter facilitada a sua defesa, em caso de ação judicial. O artigo 6º oferece, ainda, condições para a inversão do ônus da prova.

¹⁸³ Antonio Junqueira de Azevedo traz à balha a reflexão sobre o atraso de voo, relativa ao dano social: “Por outro lado, o mesmo raciocínio deve ser feito quanto aos atos que levam à conclusão de que não devem ser repetidos, atos negativamente exemplares – no sentido de que sobre eles cabe dizer ‘Imagine se todas as vezes fosse assim!’. Também esses atos causam um rebaixamento do nível coletivo de vida – mais especificamente na qualidade de vida. Se, por exemplo, uma empresa de transporte aéreo atrasa sistematicamente os seus vôos, não

O reflexo mais grave é o ente contratante achar que tal situação é normal, própria de uma sociedade moderna, e suportar tal atitude por entender não haver remédio. Dito doutra maneira: pensando inexistir uma pronta solução e reputando o desgaste para conseguir algum amparo judicial frustrante, aceita passar por essa experiência negativa, que se demonstra desde o início um desastre declarado. Cria-se, assim, uma equivocada impressão, de que às empresas de transporte aéreo é permitido alterar horários e trajetos de voos, se necessário for, e ao consumidor resta aceitar ou questionar melhores condições de estadia – pela espera de um novo voo – e de acomodações.

Imagine-se o caso de uma família que há anos não se reúne para sair em férias e, então, planeia um passeio a uma cidade. Muito felizes, os seus membros reclamam a presença da matriarca, que, por razões de foro íntimo não se dispôs a acompanhá-los. Após esse momento de confraternização, sabem, ao fim da viagem, que a matriarca está em estado grave de saúde. Resolvem voltar imediatamente; compram as passagens para o próximo voo, tendo a empresa confirmado o serviço. Todavia, ao chegarem ao aeroporto, são avisados que o voo foi cancelado, por motivo não especificado, e que só terão possibilidade de embarcar no outro dia. Desapontados, têm de esperar em um hotel da cidade, com pouca infraestrutura. Não lhes são fornecidos valores para alimentação, a afirmar a companhia aérea que os montantes gastos serão reembolsados a contento. No início da manhã seguinte, antes do voo, ficam todos a saber que a matriarca falecera. Consternados, sem nada a fazer de imediato, submetem-se a ir em voo determinado pela empresa, mas sem terem tido a oportunidade de restabelecer a saúde daquela senhora.

Este episódio fictício evidencia factos similares que acontecem corriqueiramente. Situações como esta acometem pessoas e famílias; uma grande porção que tem compromissos e é obrigada a passar por esses tratamentos “de praxe”. E se tal situação ocorresse com um indivíduo que, obrigado a passar por “ponte aérea” semanalmente, perdesse seu emprego em razão dos contínuos atrasos e mudanças de voos? Que interferência isto geraria à sua família,

basta, na ação individual de um consumidor, a indenização pelos danos patrimoniais e morais da vítima. É evidente que essa empresa – ou outra que a imite –, está diminuindo as expectativas de bem-estar de toda a população. É muito diferente o passageiro sair de casa confiante quanto ao cumprimento dos horários de seus compromissos ou, nas mesmas condições, sair na angústia do imprevisível. As sociedades têm um nível de qualidade de vida que é até mesmo mensurado estatisticamente, por exemplo, com os índices de desenvolvimento humano (IDH)”. AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social**, op. cit. p. 375. Para ilustrar melhor o tema, o Ranking IDH Global 2013 demonstra que Portugal e Brasil apresentam realidades bem diferentes quanto aos seus índices de desenvolvimento humano, estando Portugal em 41º e o Brasil, na 79ª posição. RANKING IDH GLOBAL 2013. **Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento**. Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/atlas/ranking/Ranking-IDH-Global-2013.aspx>>. Acesso em: 07 jun. 2015.

por exemplo? Os casos postos correspondem a uma amostra da sociedade, com severo abatimento da humanidade. Há de se reforçar, pois, a condição inata da dignidade.

Mais um exemplo: os serviços de atendimento ao consumidor, oferecem-se os chamados *telemarketing* e *call centers*. Em virtude da dificuldade das operações mencionadas, porque demoram ou desconectam facilmente, muitos consumidores deixam de exercer seus direitos, de exigir melhor atendimento ou de excluir algum serviço contratado¹⁸⁴. Há aí mais uma barreira colocada ao consumidor, além da socioeconômica: por vezes, desiste de fazer jus aos seus direitos por conta do desgaste psicofísico descomunal resultante desse processo¹⁸⁵.

Além do mais, os consumidores não têm tempo para se submeterem a isso: precisam trabalhar, levar seus filhos à escola, ir ao médico, aproveitar um período de lazer, entre outros afazeres mais prioritários. Com isso, toleram o acréscimo de taxas de atendimento, de serviço etc. Não podem desprezar as atividades mais prementes para conferir todos os gastos descritos pelo credor. Corre-se o risco de ser lesado mais uma vez por cobranças indevidas, que desatendem à cláusula geral da boa fé objetiva. Instala-se um cenário assolador: a sociedade

¹⁸⁴ “**Call center: 28% dos consumidores ligam 3 vezes ou mais para resolver problemas:** [...] O índice de soluções, porém, é baixo se comparado ao do contato por e-mail. Entre aquele que entraram em contato via telefone, 31% resolveram o problema no primeiro contato. Outros 28% tiveram de ligar três vezes ou mais para resolver o assunto. Para os 9% que utilizaram e-mail, 50% resolveram o problema no primeiro contato e 17% tiveram de mandar três ou mais e-mails para chegar a uma solução”. FORDELONE, Yolanda. **Call center: 28% dos consumidores ligam 3 vezes ou mais para resolver problemas.** Estadão *on-line* – Blogs No azul. Disponível em: < <http://economia.estadao.com.br/blogs/no-azul/pesquisa-28-dos-consumidores-tiveram-de-ligar-3-vezes-ou-mais-para-resolver-problemas-com-empresas/>>. Acesso em: 25 nov. 2014.

¹⁸⁵ “**A empresa de telefonia Brasil Telecom foi condenada a indenizar em R\$ 20,4 mil, por danos morais, pela morte de um cliente que sofreu um enfarte enquanto tentava cancelar um serviço usando o sistema de Call Center, vindo a falecer dois dias depois.** A decisão foi tomada pela 3ª Turma Recursal Cível dos Juizados Especiais do Rio Grande do Sul, por unanimidade, reformando decisão de primeira instância, na qual o processo havia sido extinto sem o julgamento do mérito. A ação foi ajuizada na Comarca de Uruguaiana, pela viúva do cliente, que era a titular da linha telefônica. O cliente havia solicitado o cancelamento do serviço em junho de 2008. Depois de muitas tentativas, o requerimento foi atendido em agosto e setembro. Entretanto, a cobrança voltou a ser efetuada em outubro, razão pela qual o cliente voltou a ligar para o serviço de *Call Center* da empresa. A esposa alegou que o precário serviço prestado pelo *Call Center* da Brasil Telecom levou o marido a falecer. Ela afirmou que, devido ao mau atendimento, a pressão arterial do marido aumentou e ele sofreu enfarte agudo, enquanto falava com o *Call Center*, depois de ficar, aproximadamente, 45 minutos ao telefone. O óbito ocorreu dois dias após a internação hospitalar. O Juiz de Direito Carlos Eduardo Richinitti, relator do processo, entendeu que o histórico de problemas que o cliente vinha tendo com a empresa, reconhecida pelo mau atendimento à clientela, permitiu a conclusão de que houve causalidade entre a morte e o atendimento da Brasil Telecom. O relator observou que ‘*comprovada a situação, é inegável que a autora tem direito ao dano moral pretendido, configurado na perda irreparável de um ente querido*’. Ele acrescentou: ‘*inquestionável que a dor advinda da perda não se paga com 40 salários mínimos, mas se atenua não só pelo ganho financeiro, mas também pelo natural sentimento de que a revolta do marido, do pai, desconsiderado a ponto de ter sua tranquilidade existencial abalada, não restou impune*’. Ressaltou que a decisão serve, também, de alerta à empresa para que revise sua conduta no relacionamento com os clientes: “*senão por obrigação legal, pela repercussão econômica decorrente da falta de atenção àquele que, mais do que o lucro, na medida em que se trata de uma concessão estatal, é sua razão de ser, no caso o cidadão*”. Vê-se desta tragédia que o magistrado tratou como dano moral aquilo que seria também aferido pelo ângulo da pena civil, apesar da fundamentação da sentença indevidamente amalgamar um ao outro”. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. Op. cit. pp. 409-410. Grifou-se.

refém dos grandes entes lesantes, que a manobram, tolhida em seus direitos, mas que acaba, igualmente, conformada por julgar ser circunstância do acaso.

A apatia, a condescendência e a inferioridade são sentidas em dano social. Suportar dores intermitentes da alma afeta o estado psicofísico e a dignidade humana.

Nesse seguimento, vale destacar-se determinado facto que ocorre anualmente e que gera grande alvoroço no mercado de consumo: o *black friday*. Esse evento acontece logo após o dia de ação de graças, sob influência mais forte da cultura estadunidense¹⁸⁶. Em Portugal, como no Brasil, acolhe-se esta influência alienígena, que vem a ganhar espaço e a atenção do grande público, em virtude de descontos e de ofertas na compra de produtos.

Tais facilidades podem estar travestidas de manobras para desarmar até mesmo o consumidor médio, informado. O jogo de mercado, através de publicidades enganosas e muito bem articuladas consegue chamar a atenção do consumidor para situações que não possuem vantagens efetivas, como no caso de descontos ilusórios. Consolidada a compra no estabelecimento ou pela internet, quando o sujeito confere minuciosamente a negociação, verifica inexistirem benefícios – aliás, pelo contrário, pode ter assumido um grave prejuízo¹⁸⁷.

O ardil consuma-se na mudança de preços nas semanas ou dias antecedentes ao *black friday*, conforme a conveniência do lesante, para que, neste evento, o valor com “desconto” esteja de acordo com o valor real, que seria cobrado normalmente. Logo, não há desconto algum, só uma manobra lesiva por meio de publicidade enganosa. Esta prática é banida pelo sistema brasileiro, conforme estabelece o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 6º,

¹⁸⁶ “Nos Estados Unidos, o evento acontece tradicionalmente depois do feriado de Ação de Graças, com filas a perder de vista. Todos os consumidores têm um único objetivo: garimpar produtos com descontos que podem chegar a até 90% do preço original. [...] Embora esteja hoje associado ao maior dia de compras dos Estados Unidos, o termo Black Friday (literalmente ‘Sexta-Feira Negra’ em inglês) se referia originalmente a eventos muito diferentes. ‘O adjetivo negro foi usado durante muito séculos para retratar diversos tipos de calamidades’, afirma o linguista Benjamin Zimmer, editor-executivo do site Vocabulary.com. Nos Estados Unidos, a primeira vez que o termo foi usado foi no dia 24 de setembro de 1869, quando dois espectadores, Jay Gould e James Fisk, tentaram tomar o mercado do ouro na Bolsa de Valores de Nova York. Quando o governo foi obrigado a intervir para corrigir a distorção ao elevar a oferta da matéria-prima ao mercado, os preços caíram e muitos investidores perderam grandes fortunas”. GITTLESON, Kim. **De onde vem o nome Black Friday? Dez curiosidades sobre a data.** Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2014/11/141124_black_friday_curiosidades_lgb>. Acesso em: 01 dez. 2014.

¹⁸⁷ “RIO - Apesar dos esforços da organização do Black Friday no Brasil para evitar a maquiagem de preços - que consiste em a loja elevar o valor do produto e anunciar um desconto que, na verdade, não é real -, criando um guia de ética no qual as empresas participantes se comprometeram a não cometer este erro, consumidores denunciam fraudes desde o início da manhã. No microblog Twitter pipocam relatos de pessoas que monitoraram nas últimas semanas o preço de produto que gostariam de adquirir nesta sexta-feira, e hoje verificaram que ele está sendo vendido ainda mais caro, apesar de estar anunciado na promoção”. COSTA, Daiane; CASEMIRO, Luciana. **Consumidores denunciam ofertas falsas no Black Friday** - Brasileiros que monitoraram preços nas últimas semanas reclamam que descontos anunciados nesta sexta-feira não existem. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/defesa-do-consumidor/consumidores-denunciam-ofertas-falsas-no-black-friday-14684706>>. Acesso em: 01 dez. 2014.

inciso IV. No mesmo Código, detalha-se o que seja conduta atentatória à relação de consumo, a denominada prática de publicidade enganosa, como a informação falsa de preço¹⁸⁸. Usa-se a publicidade como elemento de manejo social, a contar com expressões como “desconto” e “promoção” para despertar o interesse do público. Juntas, de modo pernicioso, tem-se a configuração do citado ilícito.

A legislação portuguesa é vigorosa em rechaçar a publicidade enganosa, por meio, nomeadamente, do DL n.º 330/90, de 23 de outubro, cujo artigo 11.º dispõe: “1 - É proibida toda a publicidade que seja enganosa nos termos do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de Março, relativo às práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores”. Eva Sónia Moreira da Silva alerta que “a publicidade enganosa viola o direito dos consumidores à informação”¹⁸⁹, elemento imprescindível para se formar uma relação proba. O artigo 41.º, por seu turno, orienta os procedimentos a serem adotados em caso de publicidade enganosa, a ensejar, de maneira protetiva, medidas cautelares de suspensão, cessação ou proibição desta publicidade, sem que, com isso, seja considerada a culpa do agente – orientação objetiva –, ou quaisquer outras certificações de concretas consequências negativas em razão da prática. Chama-se, ainda, à participação popular – o profissional ou o concorrente –, para que, com a intervenção da Direção-Geral do Consumidor, se possa proteger os destinatários da publicidade enganosa¹⁹⁰.

De suma relevância, ainda sob o âmbito do DL n.º 330/90, de 23 de outubro, abordarem-se os pontos combativos ao arдил mencionado alhures: no art. 8.º, determina-se, à clareza, o que seja uma publicidade pelo princípio da identificabilidade¹⁹¹; no art. 9.º, trata-se da publicidade oculta ou dissimulada, sendo, na verdade, proibida a forma velada de transmitir a mensagem publicitária¹⁹²; já em seu art. 10.º, impõe-se o princípio da veracidade, no sentido de se fincarem os parâmetros da probidade na publicidade, ou seja, o dever de se

¹⁸⁸ *vd.* artigo 37, § 1º, da Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990.

¹⁸⁹ SILVA, Eva Sónia Moreira da. **Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação**. Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas, de Novembro de 2001, tendo por orientador o Prof. Doutor J. F. Sinde Monteiro. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2001.p. 119.

¹⁹⁰ *vd.* artigo 42.º do DL n.º 330/90, de 23 de outubro.

¹⁹¹ “No art. 8º do referido código, determina-se que a publicidade deve ser inequivocamente identificada, portanto, a lei estabelece aqui o dever do agente publicitário de comunicar, de forma adequada, que as informações que se encontra a transmitir são publicidade e, assim, têm fins promocionais”. SILVA, Eva Sónia Moreira da. *Op. cit.* p. 118.

¹⁹² “No mesmo sentido, o art. 9º proíbe a publicidade oculta ou dissimulada. A lei pretende evitar que os seus destinatários não se apercebam da natureza publicitária da mensagem”. *Ibid.* pp. 118-119.

operarem os tratos com precisão nas afirmações¹⁹³. Os destinatários que são levados ao erro por esta maquinação lesiva, com omissão de informação, têm o mesmo respaldo legal, como dito, pelos dispositivos supracitados, notadamente, os art. 10.º e 11.º: o que se almeja, de facto, é o puro convencimento do destinatário, livre de artifícios perniciosos¹⁹⁴.

No domínio do DL n.º 57/2008, de 26 de março, traçam-se as exigências de correição coercitiva em práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores – acentuando-se, para este estudo, o caso da publicidade desleal –, e impõe-se, em seu artigo 21.º, a aplicação de coima como penalização por tais desvios e agressões aos consumidores.

Não há, necessariamente, mal implícito nestas atividades, a não ser que sejam acompanhadas das mesmas artimanhas empregadas, por vezes, no *black friday*. Para se fomentar o lucro, vê-se o incremento de procedimentos lesivos, como propagandas enganosas, abusivas, assim como a negociação sem o pós-venda, a qual deveria obedecer, obviamente, às disposições legais em defesa do consumidor. Se este ente realiza a compra de um produto fora do estabelecimento comercial, segundo o Código de Defesa do Consumidor brasileiro, tem o direito de arrependimento, no prazo de até sete dias da contratação ou da tradição do produto¹⁹⁵. A complementar o artigo 49, o seu parágrafo único trata da restituição de valores empregados para tal fim. Neste caso, o consumidor possui amparo restrito para exercer o seu direito de arrependimento somente quando a compra de produto for realizada fora de estabelecimento comercial; fica, na verdade, seduzido a comprar em ponto comercial.

Em Portugal, o Novo Regime da Contratação à Distância – DL n.º 24/2014, de 14 de fevereiro – preserva e assegura o direito de livre resolução do consumidor, nomeadamente a se invocarem os dispositivos de números 10.º e 11.º deste, tendo, pois, elevado valor de defesa de direitos do consumidor o facto de se conceder prazo de quatorze dias para ser exercido tal direito, sob determinadas condições legais, ou seja, o dobro do que se tem em legislação brasileira, até certo ponto limitativa, como salientado. Observe-se, pois, o inelutável dever de informação pré-contratual: havendo deficiência quanto a este, o prazo para se exercitar o direito de livre resolução poderá ser dilatado para doze meses, conforme estabelece o n.º 2 do mencionado artigo 10.º. É de se frisar, pelo prestígio à autonomia da vontade, o que dispõe o n.º 4 do mesmo artigo 10.º: este autoriza o ajuste entre os contraentes de prazo maior para o

¹⁹³ “O Código da Publicidade prescreve, também, o dever de respeitar a verdade, no art. 10º (princípio da veracidade). Assim, diversas afirmações relativas aos bens ou serviços publicitados devem ser exactas e passíveis de prova, a todo o momento, perante as instâncias competentes”. Ibid. p. 119.

¹⁹⁴ “Ora, é possível que o erro a que podem ser induzidos os destinatários da publicidade não derive de informações mas da sua omissão. Estas não devem ser silenciadas pelo anunciante. Cremos que a lei pretende proteger a correcta formação da vontade do receptor de publicidade e, mediata e objectivamente, a autonomia privada”. Ibid. p. 119.

¹⁹⁵ *vd.* artigo 49, da Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990.

exercício do direito de livre resolução. Urge notar, ainda, que o direito de livre resolução permanece sagrado em âmbito de contratação à distância e fora do estabelecimento comercial.

A constrição de direitos acontece em todas as fases da relação jurídica. Na fase das tratativas, quando há a fragilidade e a insuficiência de informações; na execução, quando o vendedor ou o fornecedor não atendem ao correto cumprimento dos termos do contrato – boa fé objetiva; na conclusão e na fase pós-contratual, despreza-se o consumidor porque já houve a entrega do produto e, portanto, pensa-se que não é necessário o acompanhamento e, se for o caso, o direito de arrependimento.

Não se estão a citar os pequenos aborrecimentos que, vez por outra, se vivenciam na relação de consumo, como o rápido atendimento, a pequena demora na troca de produto, as poucas idas ao estabelecimento comercial para resolver a situação. Mas, de facto, os sérios infortúnios que continuamente são certificados – com demandas judiciais, às vezes, em desfavor das mesmas empresas, acostumadas a cometer os idênticos danos – e que, em razão da repetição, acabam por enfraquecer ainda mais o consumidor que deveria agir contra tais problemáticas¹⁹⁶.

Na ausência de firme repressão, o consumidor fica obrigado a participar muito mais, e ativamente, deste combate. Precisa despender tempo e dinheiro para ir aos tribunais requerer algo que lhe foi diminuído: a dignidade, a paz e o bem-estar subjetivo. Portanto, entre ter de suportar as lesões e precisar despender dinheiro e tempo para rogar amparo, os consumidores se veem acuados a aceitar a condição que lhes foi imposta pelo mercado. Isso corresponde a um legítimo exemplo de lesão grave de grande proporção, com repercussão de âmbito social¹⁹⁷. Possivelmente, os lesantes têm noção desta desvantagem dos consumidores, em empreender medidas para resgatar a sua dignidade, quadro de “especial vulnerabilidade”,

¹⁹⁶ “[...] As estatísticas demonstram que o Poder Judiciário e, especialmente os juizados especiais, converteram-se em repositórios de demandas de responsabilidade civil. Assombra a reiteração de demandas contra os mesmos réus, pelas mesmas práticas reveladoras de um profundo descaso com os seus clientes e a sociedade. Há uma subversão axiológica, haja vista que a lógica puramente patrimonialista e individualista – de uma racionalidade estritamente econômica -, paira sobre situações jurídicas existenciais e metaindividuais. A eventual reparação de danos será um preço previamente conhecido e contabilizado pelo lesante”. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. Op. cit. pp. 411.

¹⁹⁷ “Grave, em termos de bem-estar subjectivo é, não apenas o dano exorbitante ou excepcional, mas também o que saindo da mediania, ultrapassa as fronteiras da banalidade, espelhando a intensidade de uma dor, de uma angústia, de um desgosto, de um sofrimento moral, diminuindo de tal modo o bem-estar subjectivo que, segundo as regras da experiência e do bom senso, se torna inexigível em termos de resignação, justificando que, ao lesado, seja concedida uma indemnização”. GUINÉ, Maria Alexandra Xavier Ferreira. Op. cit. p. 114.

como expõe Maria Alexandra Xavier Ferreira Guiné¹⁹⁸. São tão graves estas constatações quanto as próprias lesões praticadas – tolhem a autonomia do ser.

Esta sujeição gera uma série de consequências: o comprometimento; a resignação; e o “abandono” a direitos indisponíveis. A intenção de injuriar a dignidade, eixo regulador do ordenamento, provoca uma anormalidade no sistema, que tem de ser atacada em sua raiz. Desta feita, o dano social apresenta-se como um dos grandes males da atualidade e, por esta razão, desafia o socorro à dignidade de um número indefinido de pessoas. É, pois, pelos métodos atuais, de difícil controlo.

Firma-se um novo patamar de compreensão: o processo restaurativo das partes e repressivo à conduta do lesante. Tendo o Estado esse instrumento, da função punitiva da responsabilidade civil, à mão, dará plenas condições ao lesado de governar seu destino, de reparar o perdido, por meio da satisfação^{199 200}. Além disso, proporcionará direto aviso aos demais pretensos lesantes, a livrar, por conseguinte, os possíveis entes que poderiam ser subjugados a este nefasto mal.

4.3. As implicações do dano social: segunda defesa interdisciplinar

Os flagelos sociais acometem indistintamente os indivíduos, podendo, dada a fragilidade, recair naqueles menos dotados de conhecimento e de renda. São expressões da realidade contemporânea, que se tornam um gargalo de difícil solução. Reclama-se, assim, maior participação do poder público, o qual, como se percebe, não consegue administrar as atividades mais básicas.

¹⁹⁸ “Justifica-se, no entanto, a indemnização do lesado que, por via de uma anormal fragilidade ou sensibilidade da sua personalidade sofreu uma diminuição do bem-estar subjectivo tão significativa que viu a sua qualidade de vida diminuída, posto que o lesante conheça aquela sua especial vulnerabilidade”. Ibid. p. 115.

¹⁹⁹ “Poder-se-ia deduzir, então, que a satisfação do ofendido constitui elemento neutralizador do sofrimento, suscetível, assim, de constituir-se no elemento balizador da indenização, o qual será capaz de traduzir a justa indenização”. FENSTERSEIFER, Nelson Dirceu. Op. cit. p. 135.

²⁰⁰ Como faz pensar Gerardo Broggin, a punição tem, inclusive, um carácter que conduz à satisfação do lesado – e não deixa de ser um instrumento de reequilíbrio social –, certamente por sentir que aquele ato ilícito praticado pelo lesante não será desprezado, mas, sim, sofrerá a sanção adequada: “*La «punizione» del responsabile dell'illecito grava in queste circostanze su di lui e sul suo patrimonio, attraverso una condanna pecuniaria che va oltre la semplice compensazione del danno. Si può anche capovolgere l'impostazione del discorso ed individuare un ampliamento del concetto di «danno», per ricomprendervi non solo la diminuzione patrimoniale provocata dall'illecito, ma anche la distruzione di «valori» che occorre quantificare pecuniariamente. Ma l'allargamento della nozione di danno ha comunque un limite non solo terminologico, ma anche ontologico, al di là del quale occorre un'altra «causale» per giustificare la condanna. E questa giustificazione è la punizione, non quale espressione di una sanzione inflitta all'autore dell'illecito per richiamarlo ai suoi doveri nei confronti della collettività, ma quale strumento atto a placare l'oltraggio subito del danneggiato : «magis vindictae quam pecuniae habet persecutionem» (Dig. 37, 6, 2, 4)”. BROGGINI, Gerardo. Op. cit. pp. 499-500.*

O Estado tem de tornar palpável medidas de atendimento às necessidades do homem. Destarte, prioritariamente, este ente tem de prover o ser humano com instrumentos dinâmicos, capazes de garantir o combate de problemas desta ordem. Nítido é o desafio hodierno de tornar fundamental o brocardo “o desenvolvimento da Humanidade”, nos mesmos contornos desenhados por KANT e HERDER²⁰¹, a aplacar a Natureza²⁰².

É nesta medida que se direcionará o trabalho, dando conta dos danos graves (sociais) advindos, sobretudo, das relações particulares, que causam prejuízos, de certo modo imensuráveis, para toda a sociedade. Com este tópico, firmar-se-ão as bases de uma inelutável contribuição da Psicologia, a fim de conduzir, ao lado do Direito, a percepção ideal da punição e da dignidade da pessoa humana.

Acreditando ser a via mais apropriada para se compreender e se apresentarem soluções, trazem-se à baila excertos de três pareceres técnicos, ideias e conclusões, assinados pelos colaboradores, quais sejam, Colaborador anónimo 1, Psicólogo Clínico e Investigador, Doutorado em Psicologia Clínica; Colaborador anónimo 2, Graduado e Mestre em Psicologia pela Universidade Federal do Ceará; e Cybele Ribeiro Espíndola, Doutora em Psicologia pela Universidade Federal de São Paulo, por meio dos quais se descrevem elementos importantes relacionados ao dano social. Refletem, inclusivamente, acerca dos principais sinais de que um indivíduo pode estar subjugado às práticas deste dano e aspetos graves de patologia em lesantes.

Consegue diferenciar-se o mero aborrecimento do efetivo dano, já que aquele, de modo geral, não traz quaisquer complicações de ordem moral ou psicofísicas e acontece em situações comezinhas do dia a dia. O dano social, por seu turno, confirmando a sua gravidade, dilacera o íntimo do sujeito e pode levar, por remate, à degeneração da humanidade pela ideação suicida, conforme acentua Cybele Ribeiro Espíndola²⁰³. Kant é decisivo em afirmar a superioridade do “valor da vida das pessoas” e despreza, portanto, a possibilidade do

²⁰¹ CORTÊS, António. Op. cit. p. 625.

²⁰² Kant, ao analisar a quarta proposição do título “/ Ideia de uma história universal com um propósito cosmopolita (1784)”, aborda a força espontânea da Natureza, energia motivacional ao homem: “Graças, pois, à Natureza pela incompatibilidade, pela vaidade invejosamente emuladora, pela ânsia insaciável de posses ou também do / mandar! Sem elas, todas as excelentes disposições naturais da humanidade dormiriam eternamente sem desabrochar. O homem quer concórdia; mas a natureza sabe melhor o que é bom para a sua espécie, e quer discórdia. Ele quer viver comodamente e na satisfação; a natureza, porém, quer que ele saia da indolência e da satisfação ociosa, que mergulhe no trabalho e nas contrariedades para, em contrapartida, encontrar também os meios de se livrar com sagacidade daquela situação”. KANT, Immanuel. *Zum Ewigen Frieden, ein Philosophischer Entwurf, etc.* (A Paz Perpétua e Outros Opúsculos), op. cit. p. 25.

²⁰³ “Pode desencadear inúmeros transtornos mentais, uma vez que afeta sobremaneira, o equilíbrio emocional do sujeito e sua forma de se relacionar com o mundo. Destacam-se os sentimentos de insegurança, impotência, tristeza e frustração que podem acarretar sintomas de irritabilidade, ansiedade, estresse e alterações psicossomáticas (problemas gástricos, psoríase, urticária crônica). Esses sintomas podem variar de leve a graves, podendo mesmo aparecer sob a forma de ideação suicida”. (ESPÍNDOLA, 2015, anexo).

suicídio²⁰⁴. Neste quadro, o que se tem, na verdade, é uma pressão externa forte do dano, que fragiliza profundamente o indivíduo, fazendo-o querer livrar-se da dor do corpo; portanto, não atua com autonomia, como leva a perceber Kant²⁰⁵.

Nesse contexto intrincado, cumpre invocar-se profissional do ramo, para que aponte, justamente, quais os reflexos negativos destas práticas danosas na vida de um sujeito, e de pessoas próximas, assim como em toda a sociedade; que sintomas podem ser visivelmente verificados; quais os outros transtornos que podem, porventura, advir deste dano social; e qual seria a orientação do profissional para tratar este tipo de situação, até mesmo a albergar o lesante.

Ao condensar estas ponderações, o primeiro colaborador indica os imediatos reflexos do dano social na vida de um indivíduo: “Esses reflexos podem ser observados nos diversos domínios de qualidade de vida do indivíduo (i.e., modelo WHOQOL; OMS, 1996): - Domínio físico (desconforto, menor capacidade de trabalho); - Domínio psicológico (Redução de sentimentos positivos; Aumento de sentimentos negativos); - Domínio social (menor satisfação com as relações sociais); - Domínio ambiental (piores condições ambientais, incluindo segurança, ambientes saudáveis e aumento de poluição)”²⁰⁶. Além da dignidade ferida do lesado, pessoas próximas a este podem sofrer algum tipo de reflexo moral ou psíquico, “nomeadamente: - hostilidade, revolta e culpabilização; - níveis aumentados de sintomatologia ansiosa e depressiva; diminuição de produtividade laboral; - desinvestimento social e cívico; - violência doméstica”²⁰⁷, o que comprova a gravidade e o comprometimento em nível de qualidade de vida^{208 209} a abranger vários indivíduos, nesta implicação, diga-se,

²⁰⁴ “Kant afirma o valor da vida das pessoas, enquanto seres moralmente autónomos, ao negar a legitimidade do suicídio. No suicídio a pessoa não age com verdadeira autonomia, ela apenas se instrumentaliza de forma a evitar um sofrimento ou infelicidade; não toma a humanidade em si como fim. Kant afirma que, se alguém sofre a dor duma doença, tal “não diminui minimamente o valor da sua pessoa”, mas “apenas o valor do seu estado”.”. (KANT *apud* CORTÉS, 2005, p. 611).

²⁰⁵ António Junqueira de Azevedo reforça tal raciocínio pelo sentido do bem da vida ser de interesse coletivo: “O próprio suicídio fere o princípio da intangibilidade da vida humana, porque não há, quanto à vida, *jus in se ipsum* – na qualificação “lícito/ilícito”, é ato ilícito, ainda que sem sanção. Toda vida individual se insere no fluxo vital coletivo, de tal forma que o titular não é o soberano absoluto de sua vida; a vida de cada um é valor que, mediamente, a todos interessa”. António Junqueira de. **Caracterização Jurídica da Dignidade da Pessoa Humana**. Op. cit. p. 117.

²⁰⁶ COLABORADOR ANÓNIMO 1, Psicólogo Clínico e Investigador, Doutorado em Psicologia Clínica. **Anexo** - Questionário no ramo da Psicologia para servir à Dissertação de Mestrado em Direito Civil pela Universidade de Coimbra, orientada pelo Professor Doutor Francisco Manuel de Brito Pereira Coelho, tendo como mestrando Adriano Barreto Espíndola Santos. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015.

²⁰⁷ *Ibid.* Loc. cit.

²⁰⁸ “A expressão *qualidade de vida* foi empregada pela primeira vez pelo presidente dos Estados Unidos, Lyndon Johnson em 1964 ao declarar que ‘os objetivos não podem ser medidos através do balanço dos bancos. Eles só podem ser medidos através da qualidade de vida que proporcionam às pessoas’. O interesse em conceitos como “padrão de vida” e “qualidade de vida” foi inicialmente partilhado por cientistas sociais, filósofos e políticos. O crescente desenvolvimento tecnológico da Medicina e ciências afins trouxe como uma consequência negativa a

em ricochete – *i.e.*, se a perda individual já merece todo o cuidado, ainda mais se se ocorrer nesta dimensão. E, num contexto ainda maior, vê-se a proporção deste mau ato pelos sinais encontrados em comunidade: “- Cinismo ou desinvestimento / resistência a campanhas de sensibilização; - Interesse individual / particular acima do humano / coletivo; - Sensação de impunidade / invulnerabilidade; - Ausência de modelos pró-sociais (*i.e.*, quem critica, não faz melhor naquele ou noutra dimensão); - Controlo social informal diminuído (*i.e.*, “o que o outro faz não é de minha conta”); - Exigir mais do que modelar (*i.e.*, as pessoas podem exigir respeito / educação, quando elas próprias são incapazes dele (a))”²¹⁰.

Apresentam-se, ainda, os sintomas que podem ser visivelmente verificados numa pessoa envolvida pelo dano social: “- Irritabilidade e sentimento de revolta; - Desespero e pessimismo; - Agressividade; - Ansiedade, pânico, preocupação excessiva; - Vergonha e autocrítica; - Obsessões e memórias traumáticas; - Desinvestimento social e cívico.”²¹¹. Vislumbram-se outros transtornos psíquicos que podem, porventura, advir deste dano na esfera individual: “-Perturbação Pós-stress traumático; - Depressão; - Perturbação de ansiedade (incluindo perturbação de ansiedade social, perturbação de ansiedade generalizada

sua progressiva desumanização. Assim, a preocupação com o conceito de ‘*qualidade de vida*’ refere-se a um movimento dentro das ciências humanas e biológicas no sentido de valorizar parâmetros mais amplos que o controle de sintomas, a diminuição da mortalidade ou o aumento da expectativa de vida. Assim, a avaliação da *qualidade de vida* foi acrescentada nos ensaios clínicos randomizados como a terceira dimensão a ser avaliada, além da eficácia (modificação da doença pelo efeito da droga) e da segurança (reação adversa a drogas) (BECH,1995). A oncologia foi a especialidade que, por excelência, se viu confrontada com a necessidade de avaliar as condições de vida dos pacientes que tinham sua sobrevida aumentada com os tratamentos propostos (KATSCNIG, 1997), já que muitas vezes na busca de acrescentar “anos à vida” era deixado de lado a necessidade de acrescentar ‘vida aos anos’. O termo *qualidade de vida* como vem sendo aplicado na literatura médica não parece ter um único significado (GILL e FEINSTEIN, 1994). ‘Condições de saúde’, ‘funcionamento social’ e ‘qualidade de vida’ tem sido usados como sinônimos (GUYATT e cols.) e a própria definição de qualidade de vida não consta na maioria dos artigos que utilizam ou propõe instrumentos para sua avaliação (GILL e FEINSTEIN, 1994). *Qualidade de vida relacionada com a saúde* (‘Health-related quality of life’) e *Estado subjetivo de saúde* (‘Subjective health status’) são conceitos afins centrados na avaliação subjetiva do paciente, mas necessariamente ligados ao impacto do estado de saúde sobre a capacidade do indivíduo viver plenamente. **BULLINGER e cols. (1993) consideram que o termo *qualidade de vida* é mais geral e inclui uma variedade potencial maior de condições que podem afetar a percepção do indivíduo, seus sentimentos e comportamentos relacionados com o seu funcionamento diário, incluindo, mas não se limitando, à sua condição de saúde e às intervenções médicas**”. Grupo de Estudos em Qualidade de Vida do Departamento de Psiquiatria e Medicina Legal da UFRGS. **VERSÃO EM PORTUGUÊS DOS INSTRUMENTOS DE AVALIAÇÃO DE QUALIDADE DE VIDA (WHOQOL) 1998**. Projeto desenvolvido para a OMS no Brasil pelo Grupo de Estudos em Qualidade de Vida. Coordenação: Dr. Marcelo Pio de Almeida Fleck. 17/9/1998 - Departamento de Psiquiatria e Medicina Legal Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Disponível em:< <http://www.ufrgs.br/psiquiatria/psiq/whoqol1.html>>. Acesso em: 10 jun. 2015. Grifou-se.

²⁰⁹ Maria Alexandra Xavier Ferreira Guiné avalia o prejuízo ao bem-estar subjetivo vinculado à qualidade de vida, de modo a ensejar aumento, conforme o caso, da indemnização de danos não patrimoniais: “O bem-estar subjetivo, é certamente um componente importante da qualidade de vida, assumindo, por conseguinte, especial relevância em sede de indemnização de danos não patrimoniais, por duas vias. Nos casos de perdas que pela sua natureza diminuem a qualidade de vida do indivíduo, a consequente perda de bem-estar subjetivo aumenta a medida de indemnização; nos outros casos, a perda de bem-estar subjetivo é critério e medida de indemnização”. GUINÉ, Maria Alexandra Xavier Ferreira. Op. cit. p. 108.

²¹⁰ COLABORADOR ANÓNIMO 1. Loc. cit.

²¹¹ Ibid. Loc. cit.

e perturbação de pânico); - Surtos ou perturbações psicóticas (nos casos mais graves e /ou de maior vulnerabilidade pré-mórbida); - Abuso de substâncias (sobretudo em comorbilidade com os quadros anteriormente descritos)”²¹².

Tem-se, com isso, a delimitação de conceitos sobre este dano por diagnóstico ou por quadro das principais interferências. Constatada a sua gravidade, haverá segurança material para formular soluções. E este processo garantirá, firmemente, a humanidade pela dignidade da pessoa humana.

Exemplo disso é o hipossuficiente, intelectual ou economicamente, que se vê confuso em amarras que o levaram a avançar. O lesado acaba por aceitar a prática sem ter plena percepção da situação e, depois, quando já não tem mais forças para se desvencilhar, conforma-se por não haver legítimo amparo. Fragilizada e desamparada, a parcela mais carente da população, deslumbrada com as facilidades na concessão de crédito, assume obrigações além do que pode suportar²¹³. No Brasil, por exemplo, é assaz complicada a “luta” do consumidor para se desvincular de uma empresa de telefonia. Na prática, diz-se que é mais fácil adquirir um serviço do que o cancelar – sem contar que a qualidade não condiz com o preço que se cobra.

As companhias disponibilizam produtos e serviços que não atenderão às expectativas e às condições econômicas do adquirente. Ludibriam o consumidor com o objetivo único de lucrar, desprezando, assim, a sua dignidade humana. Vendem tais bens de consumo por artifícios ilícitos: contratos extensos, com letras miúdas, e disposições veladas. Atinge-se, portanto, o direito à transparência na informação – vinculado ao princípio da boa fé objetiva e aos deveres anexos da cooperação, da confiança e da lealdade.

Nas relações particulares, o público do consumo, especialmente, tem graves prejuízos. E isso induz à readequação de um ordenamento mais condizente com as necessidades atuais, para que se evite a recidiva do mal ora declarado. Entender a situação sob o enfoque da Psicologia favorecerá a criação de métodos de controlo e fomentará o trabalho dos operadores do Direito. Até esta etapa, agregam-se, pois, conhecimentos técnicos das áreas do Direito, da Economia e da Psicologia para oferecer variadas percepções do dano social e desmontar a gênese de “dano eficiente”. Então, o ordenamento jurídico deve servir à sociedade, voltar-se

²¹² Ibid. Loc. cit.

²¹³ “Os indivíduos menos instruídos podem estar mais vulneráveis, pois na maioria das vezes, pertencem a estratos sócio-econômicos menos favorecidos, estando assim sujeitos a um maior número de estressores sociais, tais como violência, família desestruturada, dificuldade de acesso à saúde e educação”. (ESPÍNDOLA, 2015, anexo).

ao seu cerne de origem que é o ser humano. Como o *Amicus Curiae*²¹⁴, que socorre o julgador em decisões técnicas, deve vir a este processo a presença de profissional da Psicologia em auxílio ao combate eficaz do dano social²¹⁵.

A Psicologia Jurídica, ao amparar o Direito, apresenta uma visão mais clara do que seja o dano social, de forma análoga se comparada ao dano moral de grande extensão, que desenvolve o denominado dano psíquico. Cabe, assim, trazer à balha suas especificações: “A dor íntima e o sofrimento emocional, advindo ante uma ação do ofensor não precisa levar a uma incapacidade psíquica, são marcas psicológicas acometidas, desnecessariamente, que interferem no histórico da vida do Sujeito de Direito, como, por exemplo, dores físicas e/ou psíquicas afetadas por um evento potencialmente estressor específica que, em conseqüência, repercute nas inter-relações laborais, administrativas, sociais”²¹⁶. Ressalte-se que a Psicologia exerce papel fundamental no sentido de estampar a legítima gravidade do problema social²¹⁷, a elucidar, inclusivamente, a probabilidade de tal dano ser tão agressivo a ponto de interferir no desenvolvimento das relações sociais do prejudicado ou culminar em ideação suicida.

Os mencionados factos consequentes, que surgem necessariamente em razão de ação danosa do ofensor, como bem acentua Eliane Marise Ferraz, podem degradar as relações de ordem psicossocial e tornar a recuperação ainda mais dificultosa. Forma-se uma cadeia

²¹⁴ “Amicus Curiae - Descrição do Verbete: ‘Amigo da Corte’. Intervenção assistencial em processos de controle de constitucionalidade por parte de entidades que tenham representatividade adequada para se manifestar nos autos sobre questão de direito pertinente à controvérsia constitucional. Não são partes dos processos; atuam apenas como interessados na causa. Plural: Amici curiae (amigos da Corte)”. GLOSSÁRIO JURÍDICO, Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=A&id=533>>. Acesso em: 02 fev. de 2015.

²¹⁵ “Com a finalidade de analisar esses efeitos deletérios e coibir a indústria do Dano Moral, se faz mister, a Perícia Psicológica com Laudo Técnico probatório, fundamentado nos recursos da ciência da Psicologia. A perícia psicológica é o meio científico, para instrumentalizar os operadores do Direito quanto aos elementos firmes que calcem as decisões Judiciais em relação aos fatores subjetivos do comportamento humano, o sofrimento e a dor, auxiliando a Justiça na sua função educativa e preventiva do Dano Moral”. FERRAZ, Eliane Marise. **Dano Psicológico advindo do Dano Moral**. Série técnica : caderno de psicologia jurídica / Lidiane Doetzer Roehrig ... [et al.]. – Curitiba : Unificado, 2007. il. ; 20 x 20cm. 1. Psicologia forense. I. Roehrig, Lidiane Doetzer. CDD (21ª ed.) 347.066019. Disponível em: <<http://crprr.org.br/download/167.pdf>>. Acesso em: 02 mar. 2015.p. 80.

²¹⁶ Ibid. p. 79. Arremata o autor: “Em síntese, a ação do ofensor pode interferir na dinâmica familiar do ofendido, nas suas relações sociais, no status econômico/social vigente pré-evento ofensor, na sua imagem, na sua estética, reduzindo a auto-estima, afetando a identidade pessoal e/ou profissional, levando a perdas concomitantes e subseqüentes, e demais fenômenos de caráter psicossocial. Faz por bem, examinar o prejuízo da afirmação pessoal, em que o indivíduo possa ter sido afetado nas suas realizações pessoais, impedindo-as ou adiando-as”. Ibid. p. 79.

²¹⁷ “O nível de gravidade estará sempre dependente do nível de valorização social de determinada causa: as circunstâncias do comportamento de fumar, da separação de lixo ou das atividades lúdicas infantis, foram alvo de uma mudança substancial nas preocupações morais e societais das últimas décadas. O dano social será invariavelmente grave, a partir do momento em que se desenvolve e ganhe consciência sobre ele. A dimensão das conseqüências do dano social pode ser uma vertente importante na avaliação da sua gravidade, mas não é a única. Porventura, a conjugação dos indicadores de “frequência” com os indicadores de “intensidade” poderá produzir-se uma avaliação mais acertada do dano social”. COLABORADOR ANÓNIMO 1. Loc. cit.

negativa depressora, que vai diminuindo progressivamente a expectativa natural da promoção humana. Seguramente, como faz lembrar Kant, força-se o abatimento de condição existencial, a humanidade, e perde-se, também, a autonomia, a ponto de sucumbir a vida – ordem primal do princípio fundamental da dignidade humana.

O ente lesado necessita desses laços sociais para concretizar as suas pretensões, por exemplo, de campos pessoal, profissional e sentimental, e formar o seu desenvolvimento natural e saudável. A derrota em um desses níveis é, seguramente, reflexo, e meio de comprovação, da prática lesiva de grande extensão, o dano social, que tem íntima relação com o designado dano psíquico.

Portanto, a Psicologia Jurídica tem o condão de auxiliar o julgador na compreensão da extensão da dor humana, da lesão grave perpetrada, para, assim, poder ser aplicada a punição devida, com vistas a se minimizar o sofrimento e, conseqüentemente, evitarem-se novos ataques dessa proporção²¹⁸. Versada na generalidade, a Psicologia Jurídica almeja analisar a atuação dos indivíduos em sociedade, circunscritos à juridicidade, e a inter-relação que se estabelece entre tais universos²¹⁹.

Sendo assemelhado ao dano psíquico, mas singular pela extensão, o dano social sobrevindo dessa compressão geral da condição humana tem permitido aos operadores do Direito, hoje, desenhar as fases e as conseqüências dessa lesão social. São as exposições supra que se levam a crer que a sociedade está cercada dessas práticas, muitas vezes carregadas de aspetos próprios, difíceis de serem detetados se não se apoiar em bases da Psicologia. Logo, só a Psicologia pode indicar técnicas precisas, v.g., a terapia cognitivo-comportamental, dirigidas à recuperação e à manutenção de quadro psicológico do indivíduo diretamente prejudicado, não obstante ser processo a demandar fatores diversos a cooperar para este panorama de busca de aprimoramento contínuo, como adverte o primeiro colaborador: “**A terapia cognitivo-comportamental tem eficácia demonstrada no tratamento dos quadros clínicos supracitados.** O resultado de um tratamento psicofarmacológico ou psicoterapêutico

²¹⁸ “A Psicologia Judiciária também é um subconjunto da Psicologia Forense e corresponde a toda prática psicológica realizada a mando e a serviço da justiça. É aqui que se exerce a função pericial. A Psicologia Judiciária está contida na Psicologia Forense, que está contida na Psicologia Jurídica. A Psicologia Judiciária corresponde à prática profissional do psicólogo judiciário, sendo que toda ela ocorre sob imediata subordinação à autoridade judiciária”. LEAL, Liene Martha. **Psicologia jurídica: história, ramificações e áreas de atuação.** Disponível em: http://www.ufpi.br/subsiteFiles/parnaiba/arquivos/files/rd-ed2ano1_artigo11_Liene_Leal.PDF>. Acesso em: 03 mar. 2015. p. 182.

²¹⁹ “*«Es el estudio del comportamiento de las personas y de los grupos en cuanto que tienen la necesidad de desenvolverse dentro de ambientes regulados jurídicamente, así como de la evolución de dichas regulaciones jurídicas o leyes en cuanto que los grupos sociales se desenvuelven en ella»*”. CLEMENTE apud CLEMENTE DÍAZ, Miguel. **Psicología jurídica: Una ciencia emergente explicativa del derecho.** Colección «Psicología». Madrid: Ediciones Pirámide (Grupo Anaya, S.A.), 2010. p. 125.

nunca pode ser considerado “definitivo” a priori – a psicopatologia é entendida como inadaptação, e essa inadaptação resulta de uma interação permanente entre um organismo ativo e um contexto dinâmico. **Contudo, alguns fatores podem contribuir para a melhor manutenção dos ganhos terapêuticos: apoio social e familiar; inserção na comunidade e laboral; níveis de adesão terapêutica (sobretudo à terapêutica medicamentosa); atitudes sociais (estigma) relativamente ao(s) problema(s) do indivíduo**²²⁰.

O controlo tem de ser judicioso, a não ensejar confusão advinda da aplicação da pena, nem mesmo sacrifícios à dignidade. Além de critérios jurídicos minuciosos para quantificar a indemnização, aspetos psicológicos balizarão os atos. Pela Psicologia Jurídica (Forense) pode-se determinar patologia (transtorno psíquico) em lesante e, sendo de tal modo diagnosticado, pugna-se por não ser determinada condenação igual à de um ente livre de transtorno psíquico^{221 222}. Preserva-se, pois, a dignidade de um agente que já sofre com o peso natural de carregar uma doença²²³.

²²⁰ COLABORADOR ANÓNIMO 1. Loc. cit. Grifou-se.

²²¹ **Os agressores apresentam algum tipo de transtorno psíquico? Se sim, exponha as possibilidades: “Sim; e apresentação num número substancial de casos. Esses transtornos (perturbações) incluem: - Perturbação do Comportamento ou Perturbação Antissocial de Personalidade; - Outras Perturbações de Personalidade; - Quadros de doença mental crónica e grave (e.g. esquizofrenia, bipolar); - Abuso / dependência de substâncias”.** COLABORADOR ANÓNIMO 1. Loc. cit. Grifou-se.

²²² **“Creio que boa parte dos agressores apresentem o que se denomina de transtorno de personalidade antissocial, quadro que engloba as manifestações de sociopatia e psicopatia, sendo este último considerado em grau mais elevado. O sociopata apresenta um défice no campo das emoções, é indiferente ao outro, sendo incapaz de sentir compaixão ou amor. Não consegue ter empatia, isto é, se colocar no lugar do outro. Não há um problema cognitivo, uma vez que ele consegue discernir o certo do errado e reconhece quando infringe uma lei. Essas pessoas encontram-se infiltradas em vários domínios sociais, costumeiramente, são atraentes, sedutoras e manipuladoras. Almejam vantagens pessoais e usam as outras pessoas como mero objetos ou caminhos para atingirem seus objetivos, agindo como verdadeiros predadores sociais”.** ESPÍNDOLA, Cybele Ribeiro. Loc. cit. Grifou-se.

²²³ Este problema de saúde mental pode dar-se por lesões neuropsicológicas, entre outros fatores associados, constatados seus aspetos pela Neuropsicologia: “A Neuropsicologia tem sido frequentemente orientada para a avaliação dos efeitos das lesões cerebrais no comportamento e processamento da informação. Embora subtis, estes efeitos podem ter consequências dramáticas. Após ter sofrido uma lesão cerebral, alguém anteriormente bem adaptado pode tornar-se irritável, impulsivo, incapaz de se manter concentrado e negligenciar as regras sociais. Nestes casos, a sua capacidade para processar informação de forma socialmente adaptativa pode deteriorar-se de forma grave. A evidência destas alterações profundas constituiu um estímulo importante ao desenvolvimento de explicações de natureza neuropsicológica para estes défices. [...] As lesões neuropsicológicas podem ser consequência de problemas ocorridos durante a gravidez ou complicações no parto, envelhecimento, lesões cerebrais, tumores intracranianos, doenças cerebrovasculares, exposição a substâncias tóxicas ou procedimentos cirúrgicos de natureza correctiva, entre outras doenças. **Estas lesões podem ser temporárias e reversíveis (efeitos agudos de drogas ou álcool, ou em certas doenças) ou, pelo contrário, provocar danos irreversíveis.** Os resultados nos testes neuropsicológicos são considerados como representativos da competência real do indivíduo. Contudo, pode existir um desfasamento entre esta competência real e o desempenho observado. Assim, a interpretação dos resultados nos testes deve considerar outros aspectos como a motivação, atenção, capacidade para recordar regras complexas necessárias a um desempenho ótimo, linguagem usada na administração das provas e o contexto cultural do indivíduo. Quem pretender aprofundar este tópico deve consultar referências mais específicas (p. ex., Kolb & Wishaw, 2003; Lezak, Howieson & Loring, 2004). [...] É reconhecido um crescente interesse nas circunstâncias que podem contribuir quer para determinados padrões de desenvolvimento (estudados com recurso a planos longitudinais), quer para um funcionamento neuropsicológico deficitário. Nestas circunstâncias encontram-se a história de exposição a

Cabe à Psicologia Forense²²⁴ apontar qual o nível de inteireza psíquica ou não do agente causador do dano, de modo a se oferecerem condições ao Poder Judiciário para definir qual a medida jurídica mais adequada para dissuadir a atividade danosa, bem como promover efeito exemplar ao lesante²²⁵. Trata-se, então, de dar um norte seguro ao operador do Direito (ex.: avaliação neuropsicológica)²²⁶ e, ainda mais, oferecer instrumentos para que se evitem

agentes psico-farmacológicos durante ou após a gravidez (e.g., consumo de tabaco, álcool, drogas), outras complicações perinatais ou ocorridas durante o nascimento, nutrição pobre, experiências traumáticas (e.g., abuso), *stress* crónico ou problemas de comportamento que aumentam o risco de traumatismos cranianos resultantes de acidentes ou lutas (i.e., PHDA, POD). [...] No que diz respeito à regulação emocional, os indivíduos com lesões envolvendo o lobo orbitofrontal são desinibidos, socialmente inadequados, susceptíveis de interpretar erroneamente o estado de espírito dos outros, impulsivos, **despreocupados com as consequências dos seus actos, irresponsáveis na sua vida quotidiana, sem consciência da gravidade da sua condição e com falta de iniciativa** (Damásio et al., 1994; Rolls, Hornak, Wade & McGrath, 1994). Estudos realizados com primatas também demonstram que indivíduos com lesões orbitofrontais podem ser insensíveis às hierarquias sociais dominantes. A principal consequência destas lesões tem sido descrita e associada à diminuição ou decréscimo da consciência auto-reflectida (Stuss, Gow & Hetherington, 1992), **da consideração da perspectiva do outro** (Stuss, Gallup & Alexander, 2001), **do conhecimento dos esquemas sociais** (Grafman et al., 1996), **da capacidade para responder apropriadamente ao reforço social** (Rolls et al., 1994), **da competência para fazer inferências acerca dos estados mentais dos outros** (ou uma Teoria da Mente; Stone, Baron-Cohen & Knight, 1998) **e do processamento de sinais de natureza social** (Brothers, 2001). Alguns destes problemas podem também traduzir uma disfunção da amígdala (Bechara, Damásio & Damásio, 2003), que está envolvida no processamento de sinais de medo (Whalen et al., 2004) e tristeza (Blair, Morris, Frith, Perrett & Dolan, 2000). Todas estas funções, de natureza menos cognitiva, requerem mais do que o recurso exclusivo a testes de avaliação neuropsicológica. Nestas condições, os indivíduos podem ter uma vida relativamente estável, desde que lhes sejam proporcionados cuidados adequados após o traumatismo, incluindo estrutura e apoios externos adequados. **Apesar de tudo, o seu comportamento pode ser de difícil regulação ou controlo e estes indivíduos podem mesmo não recuperar qualquer sentido de autonomia** (Mataro et al., 2001)”. SÉGUIN, Jean R.; SYLVERS, Patrick; LILIENFELD, Scott O. **A neuropsicologia da violência**. Psicologia e Justiça. Editado por António Castro Fonseca. Coimbra: Edições Almedina, SA, 2008. pp. 199, 202, 203, 208, 209, 212 e 213. Grifou-se.

²²⁴ “A psicologia forense diz respeito à prática psicológica (tanto em termos de investigação como enquanto serviço directo ou indirecto de consultas ou prestação de serviços) ocorrida nas duas vertentes do sistema judicial – criminal e civil – ou na interpenetração destas”. MORDELL, Sarah; MCLACHLAN, Kaitlyn; GAGNON, Nathalie; ROESCH, Ronald. **Questões éticas em psicologia forense**. Psicologia e Justiça. Editado por António Castro Fonseca. Coimbra: Edições Almedina, SA, 2008. p. 477.

²²⁵ “A Psiquiatria e Psicologia Forense objetivam oferecer instrumentos aos profissionais da área do Direito munindo-os de informações sobre a situação e aspectos psicológicos e psicopatológicos dos envolvidos em um determinado caso (Taborda, 2004)”. SILVA, Marjorie Cristina Rocha da; FONTANA, Elisandra. **Psicologia Jurídica: caracterização da prática e instrumentos utilizados**. Estudos Interdisciplinares em Psicologia, Londrina, v. 2, n. 1, p. 57, jun. 2011. Disponível em: <file:///C:/Users/Adriano/Downloads/10646-40558-2-PB.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2015.

²²⁶ “Em contexto forense, a avaliação neuropsicológica e, em particular, os resultados nos testes, desempenham um papel relevante na medida em que podem proporcionar ao sistema judicial (tribunais, juízes, advogados, médicos) evidência clínica objectiva e cientificamente fundamentada acerca de questões referentes às relações cérebro-comportamento. Com base na associação dos resultados (desempenhos, comportamentos) nos testes aos processos cerebrais que controlam esses comportamentos, o exame neuropsicológico procura compreender como é que o cérebro (estrutura e redes neuronais) produz e controla o comportamento e os processos mentais ou funções cognitivas, incluindo aprendizagem e memória, atenção, linguagem, personalidade, emoções e consciência. Apesar da diversidade e crescente poder de resolução das novas técnicas de visualização do cérebro, continua a ser imprescindível o recurso a um processo de avaliação baseado nos resultados em testes (neuro) psicológicos, uma vez que as aptidões funcionais e défices cognitivos resultantes de lesões cerebrais ou outras condições neuropatológicas não são directamente apreendidas pelas técnicas de neuroimagem. [...] O relatório neuropsicológico deve ser individualizado, responder especificamente às questões colocadas ajudando o tribunal a compreender a evidência disponível e a determinar os factos. Além disso, o relatório de avaliação pressupõe um registro de veracidade e objectividade”. SIMÕES, Mário R.; SOUSA, Liliana B. **Avaliação**

consequentes lesões. Por isso, constitui mecanismo de forma preventiva de dano, essencial para o cuidado da dignidade humana. Tal processo interdisciplinar contribui para que o ordenamento jurídico seja coeso e eficaz, a coibir os eventos sociais negativos²²⁷.

Como assevera Marivalda Permegiani Vilarinho, é importante que o Poder Judiciário, e aí se poderia incluir o Poder Legislativo, tenha uma percepção ampla da conduta humana, posto que, dessa maneira, não seriam cometidos equívocos pelo simples desconhecimento da ciência da Psicologia²²⁸. Contar com espaço normativo para, também, avaliar o caso concreto, neste aspeto, promove valorização da humanidade. Por mais que não se tenha determinação legal que garanta a análise destes danos pela Psicologia, poderão operar-se, como bem estão a se realizar sem entraves, ainda que incipientes, decisões que contemplem laudos técnicos a embasar o Poder Judiciário. Oportunizar-se-ão penas condizentes pela perfeita compreensão da situação.

Há artigo do Código Civil brasileiro que faz referência à extensão do dano, para se ter dimensão da quantificação da indemnização, ou da pena civil a ser imposta. Em esfera extrapatrimonial não se define ao certo a sua extensão. Mitiga-se, pois, esta tarefa difícil, com a experiência e a habilidade do julgador²²⁹. Pelo seu carácter único, caberia a compreensão decisiva da Psicologia. Vê-se mais, em parágrafo único deste artigo, que haverá apreciação subjetiva quanto à conduta do lesante pela gravidade da culpa e do dano provocado.

O lesante, ente desprovido de consciências moral e social, provoca o mal porque não há freios. Mas à medida que se impõem obstáculos legais a estas práticas danosas – como

neuropsicológica em contexto forense. Psicologia e Justiça. Editado por António Castro Fonseca. Coimbra: Edições Almedina, SA, 2008. Op. cit. pp. 342, 343 e 368.

²²⁷ “É inegável a importância da Psicologia Jurídica para os profissionais do Direito, seja sob a forma de assessoramento legislativo, contribuindo na elaboração de leis mais adequadas à sociedade, seja na tarefa de assessoramento judicial, colaborando na organização do sistema de administração da justiça. Muitos doutrinadores, legisladores, magistrados e outros estudiosos do Direito, da Psicologia e de outros ramos do conhecimento, compactuam a ideia de que o sistema de justiça tem se aperfeiçoado no decorrer dos tempos. Entretanto, boa parte de erros judiciais ainda advém do desconhecimento de assuntos psicológicos essenciais à compreensão do comportamento humano”. VILARINHO, Marivalda Permegiani. **O que é Psicologia Jurídica?** Revista linhas jurídicas (UNIFEV), v. 2, n. 2, p. 211, nov. 2010. Disponível em: <file:///C:/Users/Adriano/Downloads/41-70-1-SM.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2015.

²²⁸ Ibid. p. 211.

²²⁹ “Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”. BRASIL. **Código Civil.** Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11.1.2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 12 fev. 2014. Vale, assim, fazer-se um comparativo quanto à similaridade deste com o art. 494º do Código Civil Português, guardando-se as devidas particularidades, porque não se o pode aplicar em casos de dolo; e, por ele, a indemnização será sempre inferior ao dano, conforme orientação do Prof. Dr. Francisco Manuel de Brito Pereira Coelho. Por seu turno, Antonio Junqueira de Azevedo, ao considerar o art. 944 do Código Civil Brasileiro, vê, aí, a possibilidade de uma indenização a decorrer dos danos sociais: “O art. 944 no Código Civil, ao limitar a indenização à extensão do dano, não impede que o juiz fixe, além das indenizações pelo dano patrimonial e pelo dano moral, também – esse é o ponto – também uma indenização pelo *dano social*”. AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil:** o dano social, op. cit. p. 375.

acontece no exemplo dado do homem mau, de Oliver Wendell Holmes Jr. –, esse indivíduo terá, seguramente, receio da lei e dos tribunais, das penas que lhe podem ser atribuídas. Por não ter a sensibilidade natural em perceber o próximo como a si mesmo, sugere-se que se submeta a avaliação psicológica, para, com isso, se aplicarem as ferramentas de recolocação social, sem se deixar de fixar as medidas corretivas cabíveis. São domínios complementares para se evitar a reincidência prejudicial à sociedade.

Resguarda-se a dignidade do lesante; e aquele que for acometido por doença psicológica, por isso mesmo, deve receber atenção especial. Para ditar a pena exemplar, irrepreensível, consideram-se os aspetos da gravidade do dano e dos estados psicológicos do lesante e do lesado. Corrige-se não só pela imposição legal, com o pagamento de quantia considerada para repor o mal provocado, mas também a dar saída de recuperação pessoal.

O “homem mau” é capaz de notar o mal que causou à sociedade. Exercitar a redesignação social – significação existencial –, com esteio em tratamento psicológico, fá-lo-á compreender a coexistência humana. E mecanismos da Psicologia são dotados de certo poder para converterem percepções do lesante, como a assinatura de contratos comportamentais – os quais poderiam, analogamente, corresponder a um “termo de compromisso judicial”²³⁰ –; que a assinatura desse termo de compromisso se realize na presença de familiares do paciente e do julgador, em um processo solene e público; e que se renovem as audiências como formas de “revisão periódicas dos casos” – mostrar-se, em tribunal, a evolução do tratamento²³¹. A

²³⁰ “Outros princípios, porém, não são tão óbvios. Por exemplo, quando os pacientes assinam **contratos comportamentais** – aceitando, por exemplo, seguir determinados protocolos ou tratamentos médicos – é aparentemente mais provável que cumpram os conselhos médicos do que se tal contrato nunca tivesse sido assinado. Além disso, quando os pacientes se comprometem publicamente a obedecer às diretrizes de pessoas que estão acima e para além daqueles que administram os cuidados de saúde, é provável que o seu nível de cumprimento ou adesão aumente. Da mesma forma, se os membros da família tiverem conhecimento das promessas do paciente, as probabilidades de que este cumpra as condições que foram acordadas aumentam. Consideremos agora como estes princípios para cumprimento dos conselhos médicos poderiam funcionar num contexto legal. Se, na audiência de julgamento, o juiz se inclina para conceder a liberdade condicional, o tribunal poderia entender esta libertação, não simplesmente como uma ordem judicial, mas como um contrato comportamental. Além disso, a audiência de julgamento pode servir como um fórum no qual o arguido se compromete, em público, a cumprir o que ficou estipulado. A adesão a este compromisso poderá ser facilitada pela presença, na audiência, de familiares”. WEXLER, David B. **Jurisprudência terapêutica**: como podem os tribunais contribuir para a reabilitação dos transgressores. Psicologia e Justiça. Editado por António Castro Fonseca. Coimbra: Edições Almedina, SA, 2008. pp. 423-424. Grifou-se.

²³¹ “Existem, actualmente, duas técnicas judiciais de grande interesse académico para o estudo e a prática da jurisprudência terapêutica: as cerimónias de graduação e **audiências de revisão periódicas dos casos**. Por exemplo, nos tribunais de tratamento de abuso de drogas, são comuns os aplausos. Nesses tribunais, quando um indivíduo completa, com sucesso, o tratamento, convida a família e os amigos para uma cerimónia de graduação que decorre no tribunal. Alguns desses ‘graduados’ fazem discursos e todos recebem um “diploma” do tribunal. Por vezes, os participantes até pedem ao polícia que os prendeu para estar presente no momento da entrega dos diplomas. [...] Esta cerimónia servirá para reconhecer os progressos feitos pelos ex-condenados e, ao mesmo tempo, *contribuirá* para a manutenção do comportamento de desistência. Existem dados que sugerem claramente que estes **actos são terapêuticos** e não meramente ‘cerimoniais’, o que pode explicar facilmente a sua grande expansão. Se realmente parecem contribuir para **a redução da reincidência**, então o benefício que a sociedade

consideração em meio legal do esforço do lesante é, na verdade, um ato terapêutico para conduzir à diminuição da reincidência. A comutação de parte da pena civil, que ora se propõe, não deixa de ser um reconhecimento e uma confiança pública a ser dada pela autoridade judicial, de que os valores positivos da pessoa humana podem e devem ser enaltecidos. Para os entes já convictos de seus atos danosos, que, depois, rejeitaram a vida pregressa, a terapia narrativa serviria para sedimentar este desejo de continuidade de bom comportamento²³².

O objetivo é que o julgador confira uma pena civil de *quantum* indemnizatório razoável, como uma verdadeira função punitiva, para servir de exemplo e dissuadir os demais, a se incluir, para mitigar esta pena, a alternativa de submissão a tratamento psicológica (a respeitar a autonomia, com o devido consentimento informado)²³³. Isolada, a pena pecuniária pode não ser eficaz, uma vez que não recupera o ser. Impende avaliar-se que, no decorrer do processo, em audiência (ato formal a conferir confiança e encorajamento), para o convencimento do julgador e, principalmente, para provocar a “automudança cognitiva” do lesante – afirmação pessoal –, o magistrado promoveria perguntas de profundo cunho reflexivo, a ensejar carga valorativa positiva do lesante na concordância da condição²³⁴. E o perito forense, ente sensível

pode retirar dessas cerimônias justifica que os tribunais possam gastar mais tempo com elas”. Ibid. pp. 428-429. Grifou-se.

²³² “Resumidamente, no seu ‘*Estudo da desistência de Liverpool*’, Maruna entrevistou um grupo de delinquentes persistentes e um grupo de indivíduos que, após uma carreira bem recheada de crimes, acabaram por desistir desse tipo de vida. **O seu objectivo era utilizar uma abordagem narrativa – consistente com a noção de terapia narrativa – para ver como os dois tipos de transgressores descreviam e tentavam compreender as suas vidas.** O principal contributo de Maruna tem a ver, obviamente, com o grupo que acabou por renunciar ao crime – *os desistentes*. **Estes antigos reclusos precisavam de desenvolver uma identidade pró-social** e coerente e, além disso, precisavam de uma explicação de ‘como o seu passado marcado por períodos de boa e de má sorte os conduziu às suas novas e regeneradas identidades’. **Muito provavelmente essas narrativas explicativas não são apenas o resultado do comportamento que levou à desistência, mas devem ser também consideradas como ‘factores que ajudam a manter a desistência’**”. Ibid. pp. 426-427. Grifou-se.

²³³ “Quer as partes estejam, ou não, habilitadas para dar o seu consentimento, a informação relativa ao serviço a ser prestado deve ser sempre veiculada da mesma forma. Ou seja, as partes envolvidas devem ser informadas dos seus direitos, do fim a que se destinam os resultados e da identidade do cliente – i.e., de quem contrata o serviço (SGFP IV.E.2, 1991). Os psicólogos devem ainda informar as partes acerca de possíveis consequências resultantes da sua não cooperação (orientações EFPA 3.6, 1996). O consentimento apenas é válido se a parte em questão dispuser de capacidade mental suficiente para tomar uma decisão informada. O sujeito deve poder compreender a informação e estar apto a ponderar riscos e benefícios de forma a tomar uma decisão racional (Stafford, 2002). Se a parte em questão não dispõe dessas capacidades, o consentimento deve ser dado por um substituto que o possa assumir (SGFP IV.E.2, 1991). Em situações nas quais não é requerido o consentimento à parte a quem se dirige o serviço psicológico, ou quando esta é considerada incapaz de o dar, deve, ainda assim, procurar-se obtê-lo e envidar esforços para explicar com clareza todos os procedimentos”. MORDELL, Sarah; MCLACHLAN, Kaitlyn; GAGNON, Nathalie; ROESCH, Ronald. **Questões éticas em psicologia forense.** Psicologia e Justiça. Editado por António Castro Fonseca. Coimbra: Edições Almedina, SA, 2008. p. 481.

²³⁴ “Assim, um juiz que esteja na iminência de decidir a liberdade condicional de um arguido poderá dizer: ‘estou a considerar o seu caso, mas quero que me apresente um plano preliminar que vamos utilizar como base de discussão. Quero que perceba por que lhe devo conceder a liberdade condicional e por que é que eu estou seguro de que vai ser bem sucedido. Para me sentir à vontade e seguro preciso de saber quais são, para si, as situações de risco elevado e como é que as vai evitar ou lidar com elas, sem violar a lei. E, por falar em violação da lei, quero que me diga o que aconteceu para ter voltado a ser apanhado nas malhas da lei e por que é que acha que desta vez a situação será diferente’. Com esta abordagem, o tribunal está a promover uma ‘auto-mudança

aos acontecimentos, acompanhá-lo-ia, então, com orientações e prognósticos, tendo em conta, fundamentalmente, o contexto interpretativo (narrativa ou história) para o processo de ponderação de factos²³⁵. Têm-se no psicólogo forense as seguranças da objetividade e, ainda mais, do compromisso de transmitir informações precisas e fundamentadas ao julgador, bases, as quais, acima de tudo, têm de estar assentadas em *standard* da eticidade²³⁶. Esta ética determina que o profissional esteja preparado, continuamente, quanto à sua formação técnica, para cuidar de tema específico, como este de imensa repercussão social²³⁷. Frise-se que há a

cognitiva' no réu como parte integrante do próprio julgamento. O processo pode fazer-se da seguinte forma: 'verifico que me meto em problemas às sextas-feiras à noite e a partir de agora vou ficar em casa nesse dia'. É importante notar que este novo estado do indivíduo não é produto do sistema judicial. Pelo contrário, o arguido examinou seriamente a sua situação de risco elevado e descobriu, ele mesmo, a sua condição de liberdade condicional. Assim, o transgressor irá mais facilmente considerar a sua condição como justa e vai provavelmente aceitá-la melhor do que se ela tivesse sido apenas uma imposição externa do tribunal". WEXLER, David B. Op. cit. p. 425.

²³⁵ "O que acabamos de expor mostra que seria ingénuo esperar que a opinião de um perito, sobre um assunto, possa apurar a verdade dos factos passados. Mostrámos também, que seria ingénuo esperar que o facto de se pedir a opinião a um perito sobre alguma coisa faça com que alegados acontecimentos do passado se tornem num facto ou então que se deve estabelecer, de uma vez por todas, um atributo de um acontecimento ocorrido num certo momento. Os factos não existem; só existem os factos interpretados. Os factos só podem ser avaliados no contexto de uma interpretação feita por um indivíduo particular com um objectivo determinado. Tudo isto toma sempre a forma de uma narrativa ou história (Bennett, 1992; Bennett & Feldman, 1981; Crombag, van Koppen & Wagenaar, 1992; Pennington & Hastie, 1986, 1993; Wagenaar, van Koppen & Crombag, 1993): [...] O contexto referido na história é vital para a interpretação. 'Ciência sem contexto (...) na melhor das hipóteses não faz sentido e na pior é perigosa' (Gallop e Stockdale, 1998, p. 70). Este contexto parece estar em desacordo com o requisito de que os peritos não devem sair fora dos seus domínios e limitarem-se àquilo que é submetido à sua opinião (Dwyer, 2003). Para serem de alguma utilidade ao tribunal, contudo, os peritos devem ser sensíveis, pelo menos, às decisões com que os juízes e os jurados se vêem confrontados em casos criminais. Mas isto não é suficiente. Eles também têm que ter em conta o contexto das suas perícias. Em muitos, senão na maioria dos casos, a opinião pericial apenas é utilizada se estiver em discussão um contexto e uma narrativa mais amplos do que apenas o aspecto muito restrito que é sujeito à opinião do perito". KOPPEN, Peter J. van. **O mau uso da psicologia em tribunal**. Psicologia e Justiça. Editado por António Castro Fonseca. 123-154 p. Coimbra: Edições Almedina, SA, 2008. pp. 141-142.

²³⁶ "O papel do psicólogo que trabalha no sistema legal difere, em diversos modos, do papel do psicólogo que trabalha unicamente em termos terapêuticos. Os psicólogos forenses assumem uma posição muito objectiva que não é equivalente ao tradicional papel de ajuda. O objectivo que subjaz à sua contratação implica, usualmente, ajudar à decisão legal e não propriamente à pessoa que dá azo à avaliação psicológica ou tratamento (Heilbrun, 2001). [...] A avaliação forense exige mais fontes de dados do que a avaliação com fins terapêuticos, já que a veracidade da informação reportada pelos avaliadores não pode ser assumida *a priori* (Greenberg & Shuman, 2007). Até os relatórios (psicológicos) forenses diferem dos habitualmente usados em contexto terapêutico. Os primeiros tendem a ser mais extensos uma vez que os clínicos têm de expor com maior clareza os limites do seu conhecimento; têm ainda de documentar objectivamente os dados, explicar detalhadamente as interpretações e fundamentar com precisão todas as conclusões (Heilbrun, 2001). As inúmeras diferenças entre a prática da psicologia em contexto forense e noutros contextos obriga a que os psicólogos forenses estejam particularmente cientes das questões éticas inerentes". MORDELL, Sarah; MCLACHLAN, Kaitlyn; GAGNON, Nathalie; ROESCH, Ronald. Op. cit. pp. 477-478.

²³⁷ "Possuir competências específicas para uma dada área profissional torna-se fundamental para o bom desempenho do ponto de vista ético. Não basta então a formação geral e a prática clínica dos profissionais em saúde mental para que possam lidar adequadamente com transgressores sob custódia. Do mesmo modo, não se pressupõe que um clínico especializado em avaliações de crianças se encontre necessariamente apto para fazer avaliações de reclusos. **Devido à diversidade de situações possíveis no domínio forense, os clínicos necessitam, com frequência, de procurar formações especializadas para trabalhar com populações particulares.** Por exemplo, com delinquentes sexuais, ou noutras áreas específicas, como a neuropsicologia forense". Ibid. p. 480. Grifou-se.

possibilidade, ainda que secundária, de processo síncrono de serviço pericial para a terapia do lesante²³⁸.

Nesse seguimento, indica-se, pois, o processo de exame neuropsicológico: “Comparativamente à prática de avaliação clínica tradicional, o exame neuropsicológico em contexto forense introduz alguns elementos distintivos: (i) é uma terceira parte (p. ex., uma companhia de seguros ou o tribunal) que requer e paga o exame (Sweet et al., 2008); (ii) a comunicação dos resultados e da informação obtida é realizada entre o (neuro)-psicólogo e a terceira parte envolvida (Bush, 2005); (iii) a avaliação deve ser convincente e responder à questão legal colocada, exigindo especial atenção os aspectos referentes à reconstituição do passado ou ao prognóstico relativo ao funcionamento futuro (Sagement, 2003)”²³⁹. Jean-Pierre Bouchard sugere um tempo razoável para a realização do processo de perícia, a contar com dois períodos: um já de início, na convocação do perito, e outro a se concretizar próximo à data da decisão judicial – dão-se, pois, oportunidades temporais distintas de avaliação, com capacidade de recolha de informações mais precisas, em momento mais próximo ao evento danoso e em âmbito final para certificar o progresso²⁴⁰.

Apenado em *quantum* indemnizatório elevado, o lesante de grande poder económico poderá, ainda que a demandar mais tempo e esforço, recuperar os valores pagos. Não se valora, assim, a humanidade contida no outro. O tratamento citado cumprirá a restauração do indivíduo e, igualmente importante, a função social da responsabilidade civil – papel humanizador.

Não se imagina, pela condenação, deixar-se alguém à margem da sociedade. A penalização, por si, só traz uma carga demasiado pesada²⁴¹; por isso, deve vir acompanhada

²³⁸ “O psicólogo forense pode, no entanto, aceitar uma eventual relação dual na qual actua como perito e como terapeuta simultaneamente. É admissível, em determinadas circunstâncias, concebermos a possibilidade de ser contratado como perito e depois tornar-se terapeuta; mas não o inverso devido à dificuldade em ser imparcial após ter trabalhado, de modo muito próximo, com um dos lados (Heilbrun, 2001)”. Ibid. p. 483.

²³⁹ SIMÕES, Mário R.; SOUSA, Liliana B. Op. cit. p. 342.

²⁴⁰ “Assumindo que o perito tem a possibilidade de examinar a pessoa alvo da perícia durante o tempo que for necessário, será difícil pensar, com um mínimo de razoabilidade, que um exame pericial possa ser realizado de maneira válida em menos de uma hora e meia (nos casos mais simples). Seria igualmente interessante, mesmo indispensável, que o perito examinasse a pessoa para quem é requerida a perícia em, pelo menos dois períodos diferentes: a primeira vez, logo a seguir à sua designação, isto é, o mais próximo possível dos factos que desencadearam esse procedimento; e a segunda vez, o mais perto possível da data de audiência de julgamento que, frequentemente, ocorre muito mais tarde. Esta estratégia, se utilizada de modo sistemático, permitirá examinar com maior validade o estado inicial e a evolução das pessoas submetidas à perícia (designadamente as vítimas [14-16] e os autores de infracções). Além disso, uma tal estratégia permitiria também aos peritos, se necessário, corrigir a sua primeira avaliação”. BOUCHARD, Jean-Pierre. **Para uma reforma da perícia psiquiátrica e da perícia psicológica em França (e na União Europeia)**. Psicologia e Justiça. Editado por António Castro Fonseca. Coimbra: Edições Almedina, SA, 2008. p. 168.

²⁴¹ “Da simples consideração das verdades até aqui expostas, resulta evidente que o fim das penas não é atormentar e afligir um ser sensível, nem desfazer um delito já cometido. É concebível que um corpo político, que, bem longe de agir por paixão, é o moderador tranquilo das paixões particulares, possa abrigar essa inútil

de benefícios sociais – *i.e.*, reinserção social do sujeito lesante^{242 243}. Vale, portanto, indicar-se que não haverá reflexos positivos à sociedade se não se tiver o firme propósito de se proteger a dignidade da pessoa humana dos envolvidos, restaurando-os por completo – recompõe-se o contrato social –, pelo que, de tão importante, Miguel Clemente Díaz, além de apresentar estas funções da Psicologia Jurídica, reafirma, então, o que se defende: independe o *status* do sujeito para este fazer jus ao tratamento psicológico²⁴⁴.

5. O DANO SOCIAL PRESENTE: DO CAOS AO START DA RESIGNIFICAÇÃO

Vive-se um momento de transição, de construção e de adequação de novas medidas sensíveis a concorrer com as matérias complexas prontas a transformar os rumos da sociedade. À medida que se incrementam as praticidades tecnológicas, necessária, na mesma proporção, a incorporação de firmes instrumentos protetivos²⁴⁵.

crueldade, instrumento do furor e do fanatismo, ou dos fracos tiranos? Poderiam os gritos de um infeliz trazer de volta do tempo sem retorno as ações já consumadas? O fim, pois, é apenas impedir que o réu cause novos danos aos seus concidadãos e dissuadir os outros de fazer o mesmo. É, pois, necessário escolher penas e modos de infligi-las, que, guardadas as proporções, causem a impressão mais eficaz e duradoura nos espíritos dos homens, e a menos penosa no corpo do réu”. BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi di. Op. cit. p. 62.

²⁴² Você acha que a pena aplicada no caso concreto deve ser proporcional ao dano? “Creio que o sujeito não deve e não pode ser responsabilizado unicamente pelo dano, tendo em vista as várias contingências que contribuem para o fato. **Deve ser considerado sua situação de vulnerabilidade ou não, visando não somente a punição, mas a reinserção social de modo efetivo**”. COLABORADOR ANÓNIMO 2. Loc. cit. Grifou-se.

²⁴³ “*En aquellos países donde no existe la pena de muerte, no se decide sobre la vida de una persona en términos absolutos, pero se considera la posibilidad de restringir algunos de sus derechos fundamentales como ser humano. Los efectos psicológicos que tales restricciones tienen sobre la persona sentenciada son muy distintos, pero raramente se consideran positivos o acordes con la función rehabilitadora de la pena. [...] La constatación de la relevancia social de la sentencia, a través de líneas de investigación como las citadas, justificaría por sí sola su estudio en Psicología Social, pero existe además otra razón. Hemos dicho que la determinación de la sentencia es un juicio social; como tal se ajusta a los cánones de la cognición social y sigue los principios que rigen los procesos de integración de información social en el ser humano. El contexto en el que se lleva a cabo un juicio es siempre importante, pero no demuestra en ningún caso su singularidad ni la del área concreta de investigación en la que se encuadra. Lo mismo podría decirse del objeto juzgado*”. MARTÍN, Ana. **La sentencia desde un punto de vista psicosocial**. Psicología y Jurados. Adela Garzón. Colección: Psicología Teórica. Valencia: Edita PROMOLIBRO, 1990. p. 95.

²⁴⁴ “*En general, se puede establecer que la psicología jurídica debe cumplir ocho funciones, que se exponen a continuación: [...] 5. Rehabilitar y reinsertar socialmente. La psicología jurídica tiene también como función el ayudar a que se respete un pacto social que permita la generación del menor número de desviados posible, así como la reintegración en dicho pacto de aquellos que se han desviado. Dicha reintegración se realiza aplicando técnicas de tratamiento psicológico. El área de la desviación hacia la que más se ha dirigido la psicología jurídica es el delito, y, debido a que las actuaciones se realizan con sujetos que han infringido la ley, lo normal es que sean las instituciones públicas las que asuman tal labor: centros penitenciarios y trabajo en medio abierto y cerrado con menores en conflicto y desigualdad social son las áreas fundamentales. Esta labor pone al psicólogo jurídico muchas veces <<contra las cuerdas>>, en cuanto que se convierte en colaborador del sistema. Habría que plantearse entonces la siguiente pregunta: ¿alguien no lo es? 6. **Atender a la salud psicosocial de las personas que por la razón que sea** (víctimas, **agresores**, internos, detenidos, etc.) **sufren cualquier tipo de desequilibrio psicológico, y por tanto requieren de una intervención psicológica para restablecer su equilibrio como personas**”. CLEMENTE DÍAZ, Miguel. Op. cit. pp. 125-127. Grifou-se.*

²⁴⁵ “Neste período assistimos o florescer de todo um arcabouço protetivo da personalidade humana; uma revisão da teoria das incapacidades com destaque para a tutela da autonomia existencial; para a boa-fé objetiva como

Avocam-se subsídios que possam suprir a possível defasagem de consideração do ser humano. Se o cerne está em sua tutela, outras instituições ou entes que a embarçam, por serem desconexos ao tempo contemporâneo, tendem a sofrer naturais adequações. Hoje, a título de contextualização, podem compreender-se a extensão e a relevância do instituto da boa fé objetiva, uma vez que proporciona, inclusive, deveres acessórios de confiança, de cooperação e de lealdade.

A responsabilidade civil tem, igualmente, de permitir ser mudada. E assim o faz, porque é versátil. Dá azo, sempre, a novas percepções e modelos, mormente para que se possa admitir, precipuamente, a prevenção de danos, sua maior contribuição²⁴⁶. De tal modo, a função punitiva da responsabilidade civil tem muito mais a contribuir, tendo em conta que, em âmbito de sistema *civil law*, não logrou seu alcance e seus consectários esperados. Sabidamente, ainda há uma rejeição, às vezes incompreensiva, estabelecida possivelmente por diferenças de sistemas jurídicos – o que é um erro, conforme já debatido²⁴⁷.

Tem-se, primordialmente, de universalizar a proteção. O homem provoca a completude de princípio jurídico da dignidade – da máxima decorrente do respeito à vida, coloca-se o respeito à integridade física e psíquica como pressuposto coerente e fundamental²⁴⁸ –, o qual

vetor de confiança nas relações obrigacionais; a funcionalização do contrato e da propriedade; a despatrimonialização da família e a sua conversão de instituição em instrumento de construção do afeto e da privacidade da família”. ROSENVALD, Nelson. Op. cit. p. 11.

²⁴⁶ “Enfim, no direito contemporâneo a responsabilidade civil propende a uma cultura preventiva, seja por razões éticas, comportamentais e econômicas. De uma leitura mais reativa do direito de danos – focada na indenização e sanções pertinentes –, caminhamos a uma abordagem antecipatória de resultados, onde quer que seja racionalmente viável”. Ibid. p. 12.

²⁴⁷ “As fronteiras foram rompidas. Não há como preservar a intransponível dicotomia entre a *civil law* (romanística, codificada e identificada por um ordenamento legislativo) e a *common law* (não romanística, não codificada e identificada em um ordenamento judiciário), tal como se fossem universos apartados. A nacionalidade do direito privado se revela um obstáculo às relações econômicas, cada vez mais intensas, entre cidadãos e empresas de países e sistemas jurídicos diversos. Ademais, a pureza metodológica ficou no passado. As nações da *common law* recorrem à legislação, assim como os Estados filiados ao *civil law* concedem paulatina importância à construção do direito pelos tribunais e pelos costumes”. Ibid. p. 165.

²⁴⁸ “O princípio jurídico da dignidade fundamenta-se na pessoa humana e a pessoa humana pressupõe, antes de mais nada, uma condição objetiva, a vida. A dignidade impõe, portanto, um primeiro dever, um dever básico, o de reconhecer a intangibilidade da vida humana. Esse pressuposto, conforme veremos adiante, é um preceito jurídico absoluto; é um *imperativo jurídico categórico*. Em seguida, numa ordem lógica, e como consequência do respeito à vida, a dignidade dá base jurídica à exigência do respeito à integridade física e psíquica (condições naturais), e aos meios mínimos para o exercício da vida (condições materiais). Finalmente, a mesma dignidade prescreve, agora como consequência da especificidade do homem, isto é, de ser apto ao diálogo com o próximo e aberto ao amor, o respeito aos pressupostos mínimos de liberdade e convivência igualitária (condições culturais). Os três últimos preceitos (respeito à integridade física e psíquica, às condições mínimas de vida e aos pressupostos mínimos de liberdade e igualdade), como é próprio dos preceitos deduzidos dos princípios jurídicos, não são imperativos categóricos; embora fundamentais, na sua qualidade de requisitos mínimos para o desenvolvimento da personalidade e procura da felicidade, não são imperativos radicais, são *imperativos jurídicos relativos*. Além disso, devem ser obedecidos segundo sua hierarquia”. AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Caracterização Jurídica da Dignidade da Pessoa Humana**, op. cit. p. 116. Grifou-se.

acera, por conclusão, a certeza de tutela do ser por ocasião da mencionada função punitiva, mesmo que oriunda de sistema diverso.

No entanto, só pode conseguir seu propósito por meio da instrumentalização autónoma, a darem-se plenas condições de interpretação, de perceção e de execução. A citada função tem controvertidas inferências em legislações de países de sistema *civil law*, especialmente, pelo enfoque do estudo, em Portugal e no Brasil, o que torna difícil a sua legitimação. Compõem parte de países que têm em consideração, para o exercício do Direito, as normas escritas – mais significativo que a doutrina e a jurisprudência a favor, seria a efetiva expressão escrita da lei com a chancela do legislador. Ainda que se possa acreditar em avanços advindos de aceitação tácita de procedimentos de sistema *common law*, é extremamente razoável que se indique, no ordenamento jurídico, a autonomia da função punitiva, a promover equilíbrio social, até mesmo, de cariz psicológico^{249 250}.

O bom uso da dialética e do raciocínio sistematizado de normas poderá pôr fim a tais problemáticas. Pensa-se chegar, então, a um patamar de discussão em que se pode aditar, mas jamais retroceder – princípio da proibição do retrocesso. Insta avaliar a elevada magnitude dos reconhecidos *punitive damages*²⁵¹.

Como corolário natural do pensamento de Kant, o homem tem absoluta prioridade, substancial sentido sobre todas as coisas para merecer o amparo legal. Por isso mesmo, a abordagem autónoma da função punitiva deve progredir, haja vista que, v.g., atores lesivos

²⁴⁹ Embora se pense que a novidade corresponde a um campo sinuoso – por isso, certamente, não se aceita a função punitiva –, a verdade é que, de facto, este instrumento acompanha a humanidade há muito, nomeadamente desde a aplicação rudimentar de uma espécie de pena civil: “Assim, em vez de impor que o autor de um dano a um membro do corpo sofra a mesma quebra, por força de uma solução transacional, a vítima receberia, a seu critério e a título de *poena*, uma importância em dinheiro ou outros bens”. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Op. cit. p.54.

²⁵⁰ “Desde un punto de vista psicológico, la norma tiene un sentido que va mucho más allá de conseguir la legalidad o de convertirse en un instrumento que regule la vida social. Además, las normas pretenden guiar nuestro comportamiento (es decir, establecer cuál debe ser nuestra conducta, qué debemos hacer y qué no), de tal manera que el actuar de forma correcta lo sea así porque nuestro modo de pensar es tal que coincide con el que establece dicha norma (elemento cognitivo de la norma, que, por tanto, se convierte en un pensamiento colectivo, o incluso en un metapensamiento o representación social – mi obligación es pensar que si la forma correcta de realizar una acción lo es así porque lo dice una ley, yo inmediatamente «pienso» que ésa es la forma correcta de pensar –) y por otra parte el actuar respetando la ley me produce un sentimiento de bienestar, emocionalmente me produce satisfacción dicho respeto, y me desagrada (incluso indeciblemente) ir contra las normas. Es decir, las normas se manifiestan (o se pretende que se manifiesten e internalicen dentro de cada individuo) afectando a sus tres sistemas de respuesta: – El conductual (guía nuestra forma de actuar). – El cognitivo (pienso que las normas legales son guías de pensamiento para saber lo que es correcto). – El emocional (me siento bien, me agrada actuar dentro de la ley, dicho respeto me «reconforta» emocionalmente)”. CLEMENTE DÍAZ, Miguel. Op. cit. pp. 78-79.

²⁵¹ Nelson Rosenvald fala de uma força advinda dos *punitive damages* capaz de frear o lesante e desencorajar os demais. ROSENVALD, Nelson. Op. cit. p. 169.

têm o intuito único de obter lucros e olvidam-se de promover os acertos necessários para ajustar produtos e serviços à segurança do homem²⁵².

Ao assumir a aproximação social designada pela dignidade da pessoa humana, a responsabilidade civil propõe, hoje, um perfil muito mais preventivo que outrora. É dizer-se: deixa-se a ideia principal de reparação para se incorporar o conceito de prevenção²⁵³. O princípio da prevenção norteia os propósitos da função punitiva; expande-se o campo de ação da responsabilidade civil a vir, antecipadamente, a eliminar o dano.

Vê-se que a descontinuidade da conduta danosa pela prevenção tem muito mais aproximação com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, já que não deixa o indivíduo suportar a lesão. O objetivo principal é neutralizar a ideiação danosa, de tal maneira que o agente lesante se sinta envolvido a suprimi-la – o mau comportamento será reprimido pelo tribunal. A instrumentalização da função punitiva autônoma, para além de ser ferramenta expressa dotada das prerrogativas institucionais, inibe, por prevenção, o dano social, o mais preocupante nos dias atuais pela envergadura que possui – Antonio Junqueira de Azevedo defende a presença desta função punitiva para coibir o dano social²⁵⁴.

Países de domínio *civil law*, por mais que se assemelhem em seus sistemas, guardam, sobretudo, diferenças culturais. Costumes e práticas podem ensejar a construção de leis, e isso tem de ser considerado. A afirmação legal do instituto punitivo coaduna-se com os ganhos sociais programados; é prerrogativa social – dever de “prestações positivas para o Estado” – instrumentalizar tal função para aparelhar o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Outra prerrogativa social é formar um sistema mais completo e versátil, já que o

²⁵² “Alguns fornecedores, para elevar sua margem de lucros, deixam de investir em mecanismos de prevenção e controle de qualidade mais rigorosos sobre os serviços prestados, enquanto outros colocam no mercado produtos de qualidade inferior ou que não atendem a determinados padrões de segurança, preferindo arcar com a reparação de danos causados aos consumidores, na certeza de que os valores indenizatórios serão muito inferiores ao investimento que teriam de realizar para o aperfeiçoamento de seus produtos e serviços”. ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva**, op. cit. p. 256.

²⁵³ “A prevenção é o cerne da responsabilidade civil contemporânea. O que se deu à reparação de danos em termos de protagonismo nos últimos dois séculos, necessariamente se concederá à prevenção daqui por diante. Nos últimos trezentos anos o homem assumiu a gestão da natureza para que esta obedecesse às necessidades da civilização. Não obstante todos os benefícios obtidos, esta fase se exauriu, pois alcançamos o limite de suportabilidade do planeta. Por outro lado, o Estado-nação é incapaz de manter as promessas da modernidade, mesmo porque pouco poder detém, de fato, para oferecer segurança e bem-estar. Aliás, o Estado é apenas um entre vários polos irradiadores de poder, capaz de agir no plano decisório de nossas vidas. Longínquo o tempo em que todos os perigos provinham da esfera pública. Hoje nossos receios provêm da esfera do privado e do indivíduo”. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. Op. cit. p. 59.

²⁵⁴ “À moda medieval, depois de posta a seguinte proposição: “a indenização visa cobrir o dano e somente pode ser fixada no limite do dano, o que impede acréscimos de verbas punitivas e de quantias devidas a título de desestímulo”, passaremos a expor dialéticamente um novo ponto de vista, no sentido de que é cabível o que parecia proibido. Isto se fará pela admissão de uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social”. ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva**, op. cit. p. 371.

Direito não deve ser estanque. Há uma capacidade de ubiquidade subjacente ao princípio da dignidade humana que precisa ser realizada.

No sistema *civil law*, cuja tradição é a da norma escrita, deve proteger-se ao máximo o ser humano, já amparado constitucionalmente pela cláusula geral da dignidade. A fixação da função punitiva tem primazia de admissibilidade, porque constitui importante veículo de controlo social²⁵⁵. Se o lesante fosse compelido a pagar montante elevado, uma espécie contemporânea de pena civil muito mais vinculada à sua conduta reprovável, serviria tal facto, especialmente, como dissuasor e exemplar para os demais entes propensos ao mesmo comportamento²⁵⁶. A falha gera ambientes de incerteza jurídica e de desconfiança.

Em defesa da instrumentalização, cumpre frisar medida suplementar de restauração psíquica do lesante, que contemplará, globalmente, a função social da responsabilidade civil. Sabendo-se que este instituto não tem engessado condão punitivo, mas pretende ser meio agregador, eleva-se em estima tal medida: além de sofrer a punição civil ajustada, que o fará avaliar seu comportamento, poderá tratar-se.

Com apoio da Psicologia, tendo o julgador, no curso do processo, inteiro convencimento de que o lesante cometeu o dano social por descompasso psíquico, sugestionasse que seja determinada firme punição e que, concomitantemente, esta possa ser atenuada por medida suplementar de tratamento. Trata-se de nova perspectiva à função social da responsabilidade civil, pois se tem a pretensão de restaurar por completo o lesante, não só pelo modelo exemplar e educativo da pena civil, mas também por lhe dar condições de recolocação em sociedade, livre da ideação danosa.

²⁵⁵ Kant, em sua sexta proposição do título “/ Ideia de uma história universal com um propósito cosmopolita (1784)”, trata da lei como controlo, instrumento moderador de interesses, para garantir a liberdade individual: “o homem é um *animal* que, quando vive entre os seus congéneres, *precisa de um senhor*. Com efeito, abusa certamente da sua liberdade em relação aos outros semelhantes; e embora, como criatura racional, deseje uma lei que ponha limites à liberdade de todos, a sua animal tendência egoísta desencaminha-o, no entanto, onde ele tem que renunciar a si mesmo. Necessita, pois, de um senhor que lhe quebre a própria vontade e o force a obedecer a uma vontade universalmente válida, e possa no entanto ser livre”. KANT, Immanuel. Op. cit. p. 27.

²⁵⁶ “A sanção é uma instituição que ajuda a construir e manter o mundo social ao produzir categorias comuns, compartilhadas pela maioria e que permitem aos indivíduos se entender uns com os outros. A atividade de rotina de imposição de sanções ensina, clarifica e dramatiza algumas das categorias político-morais básicas, criando um universo simbólico, comunicando informação não somente sobre o delito e o castigo, mas também acerca do poder, da autoridade, da legitimidade, da normalidade, da moralidade, da pessoa, das relações sociais e de uma longa relação de assuntos tangenciais. Os signos e símbolos do discurso penal são parte de um discurso institucional da autoridade que trata de organizar e educar a mentalidade moral e política, assim como os sentimentos e a sensibilidade do grande público. Proporciona uma informação contínua e repetitiva com uma série de instruções sobre o que devemos pensar, o que é bem ou mal, o que é normal ou patológico, legítimo ou ilegítimo, politicamente correto ou incorreto. Por meio de seus juízos, condenações e classificações de todo o tipo, a linguagem penal nos ensina – e nos persuade – como julgar, o que condenar e como classificar os indivíduos conforme a lei e o que fazer com um idioma e com um vocabulário específicos”. FALCÓN Y TELLA, María José. **Fundamento e finalidade da sanção** : existe um direito de castigar? / María José Falcón y Tella; Fernando Falcón y Tella; tradução Claudia de Miranda Avena ; revisão Luiz Flávio Gomes. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 91.

Não se pretende marginalizar o lesante ou, simplesmente, aplicar a pena e esquecê-lo, pois se quebraria a matriz da sociedade, harmónica e protetora da vida humana. O sentido da ressocialização do lesante, subjacente à pena, tem profunda influência na teoria da prevenção especial positiva – base cedida do direito penal –, com presença, inclusive, no Código Penal português, que, além de prevenir o mal, dá diretrizes concretas para se efetivar a regeneração do ser²⁵⁷. Vê-se que o Estado de Direito social acaba por unir, naturalmente, a conceção cristã acolhedora, a solidariedade e a dignidade humana, a propositar a ressocialização. Nessa medida, com tais referências positivas, apresentam-se instrumentos eficazes e humanizadores.

Reforça-se o intento punitivo, sem, no entanto, se olvidar das partes. O lesado receberia a percentagem que lhe competiria do *quantum* indemnizatório, com o fito principal de atenuar o dano sofrido, à medida que se faria imperiosa a determinação judicial de tratamento psicológico para o lesante, como medida alternativa a comutar parte da pena civil – teria compreensão do ocorrido e não seria capaz de repetir a antiga conduta. Manter-se-ia respeitada a autonomia do lesante, visto que decidiria acerca de sua submissão ao tratamento, facto a avigorar a liberdade e a dignidade humana, nos moldes definidos por Kant²⁵⁸.

A “pena humanizadora” que ora se propõe, a extrair juízos de Kant, faz notar que o homem, por ser um fim em si mesmo, não pode ser “objeto” das expectativas do Estado. Diz-se isso em razão da dignidade humana do lesante, haja vista que isso não pode ser usado como plataforma para lançar medo aos demais. A pena tem de, enfim, ser empregada na exata

²⁵⁷ “Outra é a postura das doutrinas mais influentes nos tempos mais recentes, como a da *Nouvelle Defense Sociale*, que, nalguma medida, inspirou o Código Penal português vigente. Acentua-se, como função da pena, um objectivo de *reinserção social* ou *ressocialização*. Trata-se, tão só, de prevenir a reincidência. Haverá que respeitar, também em nome da neutralidade axiológica do Estado, as concepções de vida e juízos de valor próprios do condenado, sem pretender qualquer forma de doutrinação ou ‘lavagem ao cérebro’. Estatui, nesta linha, o artigo 43.º, n.º 1, do Código Penal: ‘A execução da pena de prisão (...) deve orientar-se no sentido da reintegração social do recluso, preparando-o para conduzir a sua vida de modo socialmente responsável, sem cometer crimes. [...] O objectivo da reinserção social decorre de um dever de solidariedade próprio de um Estado de Direito social. Porque a desestruturação social contribui, nalguma medida, para a prática do crime e a facilita, é dever da sociedade criar condições que contribuam para a reinserção social e a facilitem. [...] O agente do crime não se torna um excluído que deva ser ostracizado, mas é chamado a reatar os laços que o unem à comunidade e que a prática do crime, de algum modo, quebrou. Uma cultura marcada por raízes cristãs (para além dos limites estritamente confessionais) descobrirá nas imagens evangélicas do regresso do filho pródigo e da ovelha perdida que se reencontra algum eco desta dimensão positiva de reconciliação entre o agente do crime e a sociedade, ou mesmo, mais modestamente, de ressocialização e reinserção social. E também esse eco torna espontaneamente aceitável nas nossas sociedades, apesar de algumas aparências em contrário, esta vertente do sistema jurídico-penal”. PATTO, Pedro Maria Godinho Vaz. **Reflexões sobre os fins das penas**. Psicologia e Justiça. Editado por António Castro Fonseca. Coimbra: Edições Almedina, SA, 2008. pp. 407-409.

²⁵⁸ “A autonomia é o fundamento da dignidade e a dignidade não se compreende sem autonomia (sem autonomia pessoal). A autonomia moral das pessoas é sempre um factor a ponderar na aplicação do princípio da dignidade humana. A dignidade humana exige que sejam respeitados todos os diferentes modos de pensar, sentir e agir que se submetam ainda aos limites de um juízo de consciência razoavelmente defensável. A *dignidade* é o atributo do ser racional que *é sujeito e não apenas objecto das leis a que obedece*; a autonomia não significa arbítrio, significa, sim, decisão segundo *leis que cada um possa reconhecer como sendo racionalmente exigidas por si próprio e para si próprio*. A autonomia é postulada pelo único direito originário do Homem: a liberdade”. KANT, Immanuel *apud* CORTÊS, António. Op. cit. pp. 609-610.

medida que possa desconstituir os efeitos do mal praticado²⁵⁹. Por ela, busca-se refazer a esfera da dignidade ferida, ou, pelo menos, atenuar a dor do lesado. E lançam-se alternativas preventivas e retributivas para a sociedade, com olhar global voltado, também, ao lesante – uma característica atribuída à teoria da prevenção geral positiva ou da integração (conceito emprestado da seara penal), sem se servir do ser para fins sociais, como se opera na teoria da prevenção geral negativa ou da intimidação²⁶⁰.

O combate ao dano social pela função punitiva tem âmbito limitado: tratar o lesante e não o jogar ao repúdio social é ato a dignificar o ser. Deixa-se de perpetuar a cultura de pagar na mesma medida, e só. Meramente determinar a pena civil, o *quantum* indemnizatório elevado, não traz efeitos positivos à sociedade, ao lesado e ao lesante, e não se certifica o zelo do Estado em face da dignidade, que assiste a todos indistintamente, inclusive ao lesante. Dar alternativa (direito à reabilitação), mesmo a quem fez o mal, gera, no mínimo, a mudança de consciência e a capacidade de abandonar a conduta progressa²⁶¹.

²⁵⁹ “A dignidade humana surge ainda como ideia central do *ius puniendi*. Ela exigiria uma concepção retributiva e não prevencionista das penas. Aqui Kant está nos antípodas de Platão e dos pensamentos utilitaristas do seu tempo como os de Beccaria ou Bentham. A pena não pode servir para o bem do próprio delinquentes ou da sociedade em geral, mas apenas para realizar a justiça: lei de talião. A pena serve para *retribuir a culpa* do agente consubstanciada no facto passado e *não para prevenir* crimes futuros. Para que a pessoa seja tratada como fim em si mesmo, ou seja como ser racional e autónomo capaz de se autodeterminar, ela deverá ser punida de acordo com a sua culpa ou responsabilidade pessoal e não com exigências de prevenção. Para Kant, a culpa objectivada no facto delituoso não é apenas limite, mas verdadeiro fundamento e critério da pena. O princípio da culpa tem pois um papel fundamental que se liga à concepção positiva da liberdade como autonomia”. Ibid. p. 612.

²⁶⁰ “A pena serve, pois, de interpelação social que chama a atenção (como sinal dirigido a todos) para a relevância do bem jurídico atingido pela prática do crime (a vida, a integridade física, a liberdade, o património, a autoridade pública, etc.). Sem essa reacção, e sem essa interpelação, poderiam surgir na consciência jurídica comunitária dúvidas quanto a essa relevância. A pena exerce, pois, uma função pedagógica, dirigida à interiorização dos bens jurídico-penais pela consciência jurídica comunitária e, por isso, de integração e de tutela desses bens. Como instrumento de reforço da confiança da consciência comunitária na validade da ordem jurídica, consciência que havia sido abalada pela prática do crime, **a pena exerce, também, uma função de pacificação social**”. PATTO, Pedro Maria Godinho Vaz. Op. cit. pp. 398-399. Grifou-se.

²⁶¹ “O juiz é a pessoa, de prestígio, adequada para conferir essa validação pública e oficial dos esforços de mudança do transgressor. O ideal seria que, durante uma audiência de reavaliação, quando tudo está a correr de acordo com o esperado, o juiz pudesse comentar de forma favorável os diversos pontos que Maruna considerou importantes para os transgressores que desistem da sua carreira de crime: assiduidade aos encontros e a existência de cartas (ou testemunhos directos e ao vivo) de membros da sociedade convencional (professores, responsáveis pela liberdade condicional, mãe, namorada ou outros). [...] Alguns dos ‘valores orientadores’ da declaração estão claramente relacionados com as descobertas de Maruna sobre as narrativas dos desistentes. Um desses valores orientadores é, por exemplo, que os **‘indivíduos não estão condenados a uma vida de crime ou desespero devido à condição mental ou devido ao abuso de drogas, mas que todos podem conseguir uma vida responsável e bem sucedida’**. Outro, é a crença de que **‘todas as pessoas, sejam elas quem forem, têm algo positivo dentro de si que pode ser desenvolvido’**. [...] Em vez disso, especialmente se tivermos em conta as conclusões de Maruna, um juiz comprometido com a ‘declaração visionária’ deveria, no essencial, adoptar uma filosofia de **reabilitação** ‘assente em bases bem sólidas’; e, além disso deveria procurar e comentar quaisquer características que podem ser trabalhadas e interligadas pelo transgressor de modo a constituir o seu ‘eu real’ ou o ‘diamante em bruto’. Por vezes, **essas características positivas poderão atenuar a sentença**. Se o juiz se preocupar em enfatizar essas qualidades do acusado – e não simplesmente como um factor mecânico de atenuação – isso pode eventualmente constituir um componente significativo da identidade própria do acusado”. WEXLER, David. Op. cit. pp. 430-431.

Kant, quando trata da razão e da lei moral, expressa a ideia de que cabe ao indivíduo, primeiramente, considerar-se como tal, no seu patamar máximo existencial, mas de forma a ser neutro em seu juízo pessoal. Perceber o outro, nesta intenção, exige a aptidão de agir segundo os ditames da humanidade, como assim faz perceber o autor. Esta sensibilidade evoca a reflexão de reconhecimento mútuo e respeito entre os homens, para que não haja a prejudicial parcialidade na punição²⁶².

A função punitiva tem de estar alinhada às pretensões definidas pela função social da responsabilidade civil. Não basta ser incisivo na penalização; devem promover-se benefícios concretos à sociedade. O próprio caráter punitivo guarda em si uma função social, porque, além de punir, oferece imediato controlo social.

Quando se interfere de maneira a ferir a dignidade ou a personalidade de outrem, conseqüentemente, trazem-se graves danos à sociedade, pois que tem a sua paz perturbada. Na visão de Salomão Resedá, com a função punitiva, certamente, tem-se uma resposta à sociedade, no sentido de lhe darem condições de ser restaurada a sua normalidade²⁶³.

O mesmo autor supracitado pontua que não se pode deixar que se perpetuem os males dessa proporção, porque se estaria, perigosamente, a adentrar em seara de desconsideração da norma pátria, notadamente com relação à função social que está assentada na responsabilidade civil²⁶⁴. Vale muito ter em conta as potencialidades desta, que possui, antes mesmo de reparar, de punir, e outros proveitos, o poder de consagrar a harmonia por sua função social, relacionada ao princípio da dignidade humana. Quanto mais próxima estiver a responsabilidade civil da sociedade tanto mais estará a ser observada a sua função social.

Se ao lesante fosse conferido tão somente o tratamento psicológico – método não exclusivo para concretizar a função social –, não teria receio da condenação. Como se aplica a

²⁶² “Para Kant, a razão e a lei moral, expressão mesma da razão, exigem um *juízo imparcial permanente*. Exigem a capacidade de cada um se elevar acima das condicionantes empíricas do seu existir, colocando-se *no plano transcendental da objectividade pura*. Exigem que *cada um se julgue a si mesmo como se fosse um Outro*. Requerem que cada um decida com verdadeira ‘autonomia’”. CORTÊS, António. p. 609.

²⁶³ “Diante disso, identificado um destes dois requisitos, deve a sociedade apresentar para o ofendido a censura a tal comportamento. O *punitive damage* passa, então, a funcionar como um mecanismo de proteção do coletivo. Seria ela uma espécie de funcionalização da responsabilidade civil que perante comportamentos extremados deve conduzir-se a um comportamento muito mais rígido do que a mera compensação do indivíduo. O *exemplary damage* seria, portanto, uma sanção imposta pela sociedade na busca pela viabilização dos pilares constitucionais instituídos em seu art. 1^º”. RESEDÁ, Salomão. **A aplicabilidade do *punitive damage* nas ações de indenização por dano moral no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/12303/1/SALOM%C3%83O%20RESED%C3%81.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2015. p. 301.

²⁶⁴ “O pensamento que nega estas afirmativas, certamente chancelará a desobediência completa aos preceitos constitucionais que durante muito tempo foram batalhados para ser inseridos no ordenamento brasileiro. Fechar os olhos para a evidente funcionalização da responsabilidade civil a partir da utilização do *punitive damage* será aquiescer com o crescente número de abusos que são perpetrados contra o ser humano e a coletividade”. Ibid. p. 301.

função punitiva, além dos aspetos próprios de combate, servirá de obstáculo global²⁶⁵. Portanto, para se alcançar a função social, devem estar bem ponderadas as medidas de punição, com o *quantum* indemnizatório, e de tratamentos psicológicos para as partes. O efeito punitivo gera outro facto social: o montante indemnizatório retornará, em parte, para a sociedade, de modo a ser gerido e aplicado em fins sociais (*e.g.*, ONG, entidade beneficente).

Até mesmo os *punitive damages*, tidos em dado momento como ferramenta eminentemente repressora, hoje, sob a luz da dignidade, ganham novos contornos, para, de modo humanizador, ser aplicada a condenação, com *quantum* indemnizatório elevado, sem, contudo, se deixarem de prestar os tratamentos psicológicos para a reinserção do sujeito em sociedade. Agora, tem-se a percepção de que o princípio da dignidade humana, que louva a projeção e a tutela do ser, define a extensão de cumprimento da responsabilidade civil, a seguir seus imperativos sociais e retributivos.

6. CONCLUSÃO

Vê-se que o carácter punitivo da responsabilidade civil é medida necessária que deve ser aplicada em casos de grave dano cometido ao lesado, nomeadamente em virtude de dano social, com a função de provocar importantes reflexos, tanto na vida do lesante (dissuasivo, educativo²⁶⁶ e punitivo) quanto na do lesado (tentar, especialmente, restaurar a sua integridade psíquica).

A responsabilização civil com carácter punitivo não é medida dispensável, mas sim um socorro legal presente, certamente que de modo responsável e ponderado, para a solução de conflitos e casos graves, com a consequente concretização do bem-estar subjetivo social e da dignidade da pessoa humana. Resolve, certamente, os comprovados casos de “danos cuja natureza imaterial: (i) os danos não patrimoniais; (ii) o dano morte; (iii) os danos difusos [...]; (iv) os danos ‘complexos, graves e irreversíveis’, como tal apelidados por CATHERINE

²⁶⁵ Fensterseifer faz alusão à expressão de Clayton Reis para justificar a pena civil: “Assevera também o jurista que a pena pecuniária se constitui em penalidade das mais significativas ao lesionador em nosso mundo capitalista e consumista, já que o bolso é ‘a parte mais sensível do corpo humano’”. FENSTERSEIFER, Nelson Dirceu. Op. cit. p. 134.

²⁶⁶ “A. C. Ewing justifica moralmente o castigo com base na função educativa que cumpre o mesmo. O castigo é educativo na medida em que faz com que as pessoas se abstenham de realizar ações más, porque as consideram como tais – não simplesmente por temor às represálias que podem receber na forma de castigo por sua realização”. FALCÓN Y TELLA, María José. Op. cit. p. 90.

THIBIERGE, v. g., os danos decorrentes de catástrofes nucleares, sanitárias ou climatéricas”²⁶⁷, mas ainda, pelo especial relevo demonstrado, o dano social.

Conclui-se que há o aperfeiçoamento da responsabilidade civil quando se coadunam a sua função punitiva, a teoria do valor do desestímulo e a análise económica do Direito. Todos esses institutos, se bem arrançados, evitam de modo eficaz as práticas lesivas.

Constatou-se que o dano social aprisiona o povo em sua própria fragilidade. Tenta-se reduzir, forçadamente, a luz da dignidade humana – projeto irrealizável. Comprimem-se os passos e o impulso na luta pelo desequilíbrio implantado. Deixa-se a sociedade desorientada quanto aos seus poderes. É uma lesão social sem precedentes. Veladamente, vai desfraldando uma sensação de normalidade, em que não se sabe mais distinguir o certo do errado. Acostumar-se com o errado, a suportar continuamente a lesão, revela-se a maior violência à humanidade. Kant pondera conceituar a espécie, afirmada na superioridade, e avalia atos perturbadores²⁶⁸. Assim, a inerente gravidade do dano social já seria suficiente para justificar a preexistência de medida legal proporcionalmente severa, a função punitiva da responsabilidade civil²⁶⁹. O facto é que não se pode deixar o lesante confortável no seu posto. Ele tem de sentir o revés do impacto causado à sociedade²⁷⁰. Com a prática danosa, gera-se uma série de consequências negativas que comprometem o curso da vida em sociedade.

²⁶⁷ LOURENÇO, Paula Meira. **A indemnização punitiva e os critérios para a sua determinação**. Disponível em: < http://www.stj.pt/ficheiros/coloquios/responsabilidadecivil_paulameiralourenco.pdf>. Acesso em: 08 dez. 2013.

²⁶⁸ “Não é possível conter uma certa indignação quando se contempla a sua azáfama no grande palco do mundo; e não obstante a esporádica aparição da sabedoria em casos isolados, tudo, no entanto, se encontra finalmente, no conjunto, tecido de loucura, vaidade infantil e, com muita frequência, também de infantil maldade e ânsia destruidora: pelo que, no fim de contas, não se sabe que conceito importará instituir para si acerca da nossa espécie, tão convencida da sua superioridade”. KANT, Immanuel. Op. cit. pp. 20-21.

²⁶⁹ “É impossível prevenir todas as desordens no embate universal das paixões humanas. Crescem aquelas na razão geométrica da população e do entrelaçamento dos interesses particulares, que não é possível direccionar geometricamente para a utilidade pública. Na aritmética política, deve-se substituir a exatidão matemática pelo cálculo das probabilidades. Se lançarmos um olhar para a história, veremos crescer as desordens com a extensão dos impérios, e arrefecer o sentimento nacional na mesma proporção. Assim, a tendência aos delitos cresce na razão do interesse que cada um tem nas desordens mesmas: por esse motivo, a necessidade de agravar as penas vai cada vez mais aumentando”. BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi di. Op. cit. p. 50.

²⁷⁰ “Acrece, em qualquer caso, que mais ‘imoral’ se afigura a posição que pretende negar essa reparação, invocando, para tanto, a natureza não patrimonial dos danos. Essa atitude levaria a que a vítima sofresse definitivamente o dano, sem qualquer reparação ou compensação, o que só redundaria em benefício do lesante, o qual, além do mais, não suportaria *custo* algum por esse dano por si causado. Significa o que acaba de ser dito que parece efectivamente de toda a justiça fazer recair sobre o lesante o ‘custo’ do dano não patrimonial sofrido pela vítima. Além da compensação do dano, através da soma de dinheiro que o lesado recebe, essa prestação pecuniária, a cargo do lesante, acaba por constituir, simultaneamente, uma *sanção* pelo dano provocado. E se este último aspecto não é novo, a verdade é que convirá salientar, para concluir este ponto, que vem crescendo, na actualidade (sobretudo na doutrina italiana), o número dos que entendem que a compensação dos danos não patrimoniais se deve configurar como uma medida mais punitiva do que reparatória, assumindo mesmo, na tese de alguns autores, a natureza de pena privada: isto, numa palavra, porque se trata de uma soma a conceder à vítima (não ao Estado), cuja determinante essencial seria o castigo ou punição do agente, se bem que pela via do direito privado, e não pela do direito penal. ‘Pena’ esta que se justificaria especialmente no domínio e para tutela dos direitos de personalidade”. MONTEIRO, Fernando Pinto. Op. cit. p. 21.

Para a precípua finalidade de sedimentar o equilíbrio social, deve atender-se aos comandos do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, vez que eleva o ser à máxima consideração e dele dimanam, agregadores, “os princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral – psicofísica – da liberdade e da solidariedade”²⁷¹.

Evidencia-se, neste estudo, que os indivíduos, tanto o lesado quanto o lesante, têm iguais meios de ver efetivada a tutela à dignidade humana que lhes assiste²⁷², de tal modo que a responsabilidade civil, antes encarada como mero instrumento punitivo e reparatório, hoje deve conduzir a um sistema social retributivo – função social do instituto. Não suprem, então, a necessidade social, os *punitive damages* e a indemnização compensatória.

Com auxílio em Psicologia, aponta-se medida legal humanizadora:

1) No curso do processo, o julgador, apoiado por norma, solicitaria a análise psicológica do lesante, através de perito forense designado²⁷³;

2) Empós, comprovados o dano grave e a participação efetiva do lesante, condenar-se-ia a pagar o *quantum* indemnizatório, com esteio em funções ressarcitória e punitiva;

3) Concomitantemente, constatada a existência de patologia, e para se atender aos ditames sociais e à dignidade do lesante, dar-se-ia oportunidade deste ter comutada parte de sua pena civil em tratamento psicológico – respeito à autonomia do lesante, devidamente informado.

Com isso, a dignidade humana dos entes fica assegurada; a função social da responsabilidade civil atinge novo patamar para restabelecer a situação. A tentativa de reconstituir o *status quo ante* está, agora, muito mais palpável: o lesante é condenado a uma pena civil e, também, pode ser recuperado psicologicamente.

No que concerne ao *quantum* indemnizatório decorrente do dano social, ainda que, tendencialmente, o lesado possa fazer jus a toda a quantia, porque este sujeito seria uma espécie de “promotor privado de interesse público” e fora diretamente prejudicado, como

²⁷¹ MORAES *apud* FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. Op. cit. p. 55.

²⁷² “Por último, el respeto a los derechos de los demás no es sino la resultante obligada de la afirmación primigenia, esto es, de que la dignidad es patrimonio común de todos y cada uno de los seres humanos, sin excepción alguna”. SEGADO, Francisco Fernández. p. 104.

²⁷³ “Um perito forense é, geralmente, um indivíduo treinado cientificamente de quem se espera que dê uma opinião ‘objectiva’ sobre o assunto que lhe é apresentado, opinião que conduza a um facto verdadeiro incontestado. Isto é um paradoxo, porque os cientistas não são o tipo de pessoas que têm o hábito de produzir certezas. Dantes, a ideia de que os cientistas produziam certezas era facilmente aceite, mas o filósofo Karl Popper mostrou-nos que o esforço científico é, na realidade, bastante diferente (Popper, 1934; Popper, 1968). Popper ensinou que apenas temos hipóteses e teorias que são confirmadas ou infirmadas pela investigação empírica válida”. KOPPEN, Peter J. van. Op. cit. p.124.

sugere Antonio Junqueira de Azevedo²⁷⁴, pondera-se que o montante seja, primeiramente, dirigido a suprir todas as suas necessidades – dar-se-iam plenas condições de se restabelecerem as esferas patrimonial e não patrimonial diminuídas. Depois, se restar algum importe, adequado seria confiá-lo a um fundo gestor, visto que, assim, retornaria à sociedade e ensinaria, por fim, a função social da responsabilidade civil.

Nessa ordem de ideias, não se pode olvidar que o agente causador do dano, mesmo que impensado o ato ou incompreendida a sua extensão, guarda a intenção de auferir mais lucros e, por conseguinte, acaba por desconsiderar a dignidade humana alheia. Deve pagar pelo mal provocado e, com isso, a condenação elevada servirá como exemplo aos demais²⁷⁵.

Embora se entenda ser devida a imposição de pena civil, não se necessita construir uma cultura do “rebatimento”, visto que, de tal modo, se deixaria a impressão de se pagar com o mal a quem o cometeu, sem nenhuma retribuição social com efeito positivo, como ocorria na Lei de Talião²⁷⁶, em que se pagava na mesma proporção do dano praticado²⁷⁷. Representar esta reforma social exige tratar o homem como fim supremo do sistema jurídico, fruto da função social da responsabilidade civil.

²⁷⁴ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil**: o dano social, op. cit. p. 377.

²⁷⁵ “Existe uma intrincada e secular discussão a respeito de se a ação humana é fruto da livre determinação da liberdade ou se, pelo contrário, representa mais um elo na conexão de fatos causais que não estão submetidos àquela. Uma ou outra crença incide na justificação do castigo. A pena e a teoria retributiva se baseiam na noção de merecimento e justiça, na idéia da liberdade da vontade humana: é justo e merecido que o homem pague por seus delitos se era livre na hora de cometê-los e, num mau uso desta liberdade, decidiu fazê-lo. Se há liberdade, há responsabilidade e culpabilidade e, pelo contrário, se não houve a oportunidade de eleger – por exemplo, no caso de atos realizados sob compulsão ou força maior -, não se adscrive ao sujeito responsabilidade por suas ações das quais não é culpado. Somente é retribuível um fato antijurídico se foi realizado baseado em uma livre decisão da vontade. Para as teorias da pena, as retributivas, a causa do delito está na liberdade de que abusa o delinquente e não na personalidade humana. Por isso, a pena deve atuar, mais sobre o sujeito delinquente, sobre o delito mesmo, como fato da manifestação do livre-arbítrio do indivíduo”. FALCÓN Y TELLA, María José. Op. cit. p. 154.

²⁷⁶ “Posteriormente, surgiu a Lei de Talião com o célebre jargão ‘olho por olho, dente por dente’, segundo o qual aquele considerado criminoso seria punido com a mesma intensidade do crime que cometera”. GUERRA, Ronaldo José. **Direitos Fundamentais e a Execução da Pena Privativa de Liberdade**. Disponível em: <http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/3575/1/ulfd112286_tese.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2015. p. 15.

²⁷⁷ Nesse sentir, a pena tem muito mais um caráter voltado à teoria absoluta (tratada por Kant), que, propriamente, à retribuição. A pena, hoje, não comporta em si a mortificação pura e simples, a fomentar o mal pelo mal praticado: “Numa primeira aproximação, podemos notar como a teoria retributiva encontra eco em reacções espontâneas de pessoas comuns diante da prática de crimes. Vimo-lo quando apresentámos alguns exemplos de reacções diante de crimes graves, motivadas pelo anseio de que ‘se faça justiça’ e de que quem pratica crimes ‘preste contas’, ‘receba o que merece’ e ‘pague pelo que fez’. Porém, aquilo que pode parecer um compreensível anseio de justiça também frequentemente degenera na lógica da *lei de talião* (‘olho por olho, dente por dente’), quando se pretende equivaler o mal associado à pena ao mal associado ao crime, com a justificação da pena de morte, ou da severidade das penas *à outrance*. Como já acima afirmei, a tendência que prevalece hoje na doutrina penalista, entre nós e na generalidade dos países da nossa área jurídico-cultural, aponta no sentido da rejeição da teoria da retribuição. Para Jorge de Figueiredo Dias, esta teoria deve ser ‘recusada *in limine*’”. PATTO, Pedro Maria Godinho Vaz. Op. cit. p. 386.

Com os resultados retributivos sociais do tratamento, pode vislumbrar-se o fim da ideiação doente do lesante em conseguir, a qualquer custo, o seu objetivo espúrio. Diante das consequências, saberá discernir os efeitos do tribunal e o prejuízo que trará à sociedade.

Sustenta-se que o comportamento do lesante seja transformado por força da penalização cível que deverá suportar, sem deixar de considerar, por certo, a sua dignidade²⁷⁸. Além disso, o lesante poderá, por sua decisão, ter esta pena atenuada se se submeter a tratamento psicológico – envolve-se o ente por ordens pedagógica²⁷⁹ e psicológica.

Não se pode deixar, no entanto, a impressão de que, se se cometesse o dano social, se teria de passar somente por tratamento psicológico. Conjeturar-se-ia errôneo que, caso fosse detetada a lesa conduta, o sujeito seria encaminhado a tratamento e tudo estaria resolvido. Neste caso, a feição de lesantes (ou de pretensos) permaneceria intacta, pois não se reputaria interferência económica.

Mesmo o lesante, ainda que considerado todo o mal que cometeu à vítima e à sociedade, tem direito de ser mantida incólume a sua dignidade e, de igual modo, como se fundaram os mandamentos de constituição deste princípio, de ser-lhe dada uma nova oportunidade²⁸⁰. O direito à reconstrução da vida (à segunda chance), com a chancela popular, trará um reforço considerável à concretização da recuperação plena²⁸¹. Segundo reflexões de Francisco

²⁷⁸ “*La dignidad es un derecho inherente al ser humano que responde a la condición de individuo como ser responsable libre y social y de la cual el Estado no le puede privar ni siquiera (y especialmente quizá), en los casos en los que el individuo actúe en contra del orden establecido. Cuando esta situación se produce, es preciso que el infractor reciba su castigo y, además, que caiga todo el peso de la ley sobre él, porque el resto de los administrados tienen derecho a la libertad y tranquilidad que supone saber que sus derechos están protegidos; pero la imposición de un castigo no implica la privación de la dignidad de aquel a quien se le impone. Sé que a veces es difícil conjugar estas dos variables pero es necesario que los poderes públicos lo hagan, so pena de convertirse en personas iguales o peores que aquellas a quienes tienen obligación de corregir*”. PARGA, Milagros Otero. Op. cit. p. 438.

²⁷⁹ O valor pedagógico da pena é pressuposto firme do Direito: “**É de louvar que à pena sejam atribuídas funções positivas de cariz pedagógico**, dirigidas à generalidade dos cidadãos, que, como vimos, adere espontaneamente, por razões éticas e educacionais, ao quadro de valores tutelados pelo direito penal. E que se acentua como o direito penal não pode afirmar-se pela força, mas pela coerência com tais valores, na linha do que acima salientei. A este respeito, virá a propósito salientar como contraria abertamente tal função pedagógica a pena de morte: como poderá afirmar o valor da vida humana, e reforçar a consciência comunitária relativa a esse valor, a aplicação de uma pena que, numa lógica taliónica de vingança, nega, em si mesma, esse valor? Não é supérfluo repetir: **o Direito não se afirma pela força, mas pela coerência ética**”. PATTO, Pedro Maria Godinho Vaz. Op. cit. p. 401. Grifou-se.

²⁸⁰ “*En definitiva, dignidad y derechos no se hallan en el mismo plano. La dignidad se proclama como valor absoluto, con lo que ello entraña de que incluso a una persona que se comporte indignamente deba reconocérsele igual dignidad que a cualquier otra, como ya advertimos en otro momento. Y por lo mismo, la dignidad se convierte en la fuente de los derechos, de todos los derechos independientemente de su naturaleza, de la persona, que dimanen de esa dignidad inherente a todo ser humano*”. SEGADO, Francisco Fernández. Op. cit. p. 118.

²⁸¹ “Também se me afigura desconforme com o princípio da dignidade da pessoa humana conceber alguma forma de ‘irrecuperabilidade’ do criminoso. Trata-se de um axioma indiscutível para quem parta desse princípio: mesmo diante dos crimes mais graves, ou da personalidade mais mal formada, porque a pessoa é livre, a capacidade de mudança (de *metanóia*) por parte do agente nunca poderá ser posta em causa. A sua dignidade como pessoa nunca se perde, por mais indignos que sejam os actos que possa ter praticado. Será, porventura,

Fernández Segado, extraídas justamente de uma das dimensões da dignidade ditadas por RUIZ-GIMÉNEZ, o indivíduo que faltou com o comportamento moral adequado, ou mesmo promoveu ato criminoso, não tem sua dignidade sequer abalada²⁸². De tal maneira, ressalta-se que não se pode extrapolar o direito do lesado a ponto de se oferecer punição desarrazoada ao lesante, sendo esta capaz, assim, de ofender a sua dignidade²⁸³. As determinações constitucionais da República Portuguesa (art. 25.º, nº 1 e 2) e da República Federativa do Brasil (art. 5º, inciso III) asseguram o respeito à integridade física e psíquica do ser humano como corolário fundamental do princípio jurídico da dignidade e do respeito à vida^{284 285}.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Vasco Duarte de. **Sobre o valor da dignidade da pessoa humana**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Volume XLVI – N.º 1. 623-648 p. Lisboa: Coimbra Editora, Limitada, 2005.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Indenização Punitiva**. Disponível em: <http://portaltj.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=dd10e43d-25e9-478f-a346-ec511dd4188a&groupId=10136>. Acesso em: 18 jan. 2013.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. **Dano Moral e Indenização Punitiva**. Os *Punitive Damages* na Experiência do *Common Law* e na Perspectiva do Direito Brasileiro. – 2. ed., atual. e ampl. 340 p. – Rio de Janeiro : Editora *Lumen Juris*, 2009.

utópico e irrealista raciocinar nestes termos. Mas é o que impõe o princípio da dignidade da pessoa humana. Também esta visão concorre no sentido da rejeição da legitimidade da pena de morte. Tal como concorre no sentido da rejeição da legitimidade da prisão perpétua. Nunca podem ser totalmente fechadas as portas da regeneração ou reinserção social do agente do crime, deve permanecer sempre ‘uma luz ao fundo do túnel’”. PATTO, Pedro Maria Godinho Vaz. Op. cit. p. p. 406.

²⁸² “Si recordamos ahora los cuatro niveles o dimensiones de la dignidad personal a que aludiera RUIZ-GIMÉNEZ, podríamos con el propio autor entresacar algunas importantes consecuencias de esas dimensiones plurales que nos ofrece la dignidad del ser humano: [...] c/ Tampoco el ser humano que decae en su vida moral o, incluso, comete hechos tipificados como delitos en el ordenamiento jurídico-penal, pierde por eso su dignidad ontológica”. SEGADO, Francisco Fernández. Op. cit. p. 120.

²⁸³ “La elevación de la dignidad de la persona y de los derechos: que le son inherentes a la categoría de fundamento del orden político y de la paz social no significa, como ya tuvimos oportunidad de señalar, que todos los derechos, ni siquiera los fundamentales, sean “in toto” condiciones imprescindibles para la efectiva incolumidad de la dignidad personal, de modo que de cualquier restricción que a su ejercicio se imponga devenga un estado de indignidad. En definitiva, no hay derechos ilimitados y menos aún pueden ejercerse los derechos abusivamente. Y en este orden de consideraciones, la dignidad ha venido a operar como un límite frente al ejercicio abusivo de los derechos. Así se ha decantado en diferentes supuestos en la jurisprudencia constitucional”. Ibid. p. 128.

²⁸⁴ Acerca deste ponto, veja-se: Antonio Junqueira de. **Caracterização Jurídica da Dignidade da Pessoa Humana**, op. cit. p. 116.

²⁸⁵ O autor intelectual do agente lesante, dotado de racionalidade económica e movido pelas leis de mercado, avoca especial consideração à dignidade, dando azo, inclusivamente, às iniciativas de recuperação ora propostas. Naturalmente, a pessoa coletiva necessita do impulso humano – não se autorregula –, assim, toda condenação, por mais que recaia na empresa, resvala num ser humano. Se toda a ação parte de um autor intelectual, a condenação, então, deve contemplá-lo.

ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo de. *Daños Punitivos*. Primera edición. 243 p. Navarra: Editorial Aranzadi, SA., 2012.

ARAÚJO, Fabrício Simão da Cunha. **Indenização por danos morais: destinação da parcela pedagógica**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3371, 23 set. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22664>>. Acesso em: 5 jun. 2015.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **A dignidade da pessoa e o fundamento dos direitos humanos**. Disponível em:<http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idsc=71981&ida=72386>. Acesso em: 17 nov. 2014.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Caracterização Jurídica da Dignidade da Pessoa Humana**. 107-125 p. São Paulo: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 97, 2002.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social**. O Código Civil e sua interdisciplinaridade: os reflexos do Código Civil nos demais ramos do Direito / José Geraldo Brito Filomeno, Luiz Guilherme da Costa Wagner Junior e Renato Afonso Gonçalves, coordenadores. 370-377 p. – Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Novos estudos e pareceres de direito privado** / Antonio Junqueira de Azevedo. 377-384 p. – São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial** / Luís Roberto Barroso ; tradução Humberto Laport de Mello. – 2ª reimpressão. 132 p. – Belo Horizonte : Fórum, 2013.

BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi di. **Dos delitos e das penas** / Cesare Beccaria ; tradução Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa ; revisão Roberto Leal Ferreira. – 3ª ed. – 139 p. São Paulo : Martins Fontes, 2005. (Clássicos).

BOUCHARD, Jean-Pierre. **Para uma reforma da perícia psiquiátrica e da perícia psicológica em França (e na União Europeia)**. Psicologia e Justiça. Editado por António Castro Fonseca. 155-174 p. Coimbra: Edições Almedina, SA, 2008.

BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, Senado, 1988.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a **proteção do consumidor** e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 12.9.1990 e retificado em 10.1.2007. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 02 dez. 2014.

BRASIL. Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997. Institui o **Código de Trânsito Brasileiro**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24.9.1997 e retificado em 25.9.1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9503.htm>. Acesso em: 21 mar. 2014.

BRASIL. **Notícias STF**, datada de 13 de julho de 2009, com o título “Igualdade perante a lei, sem preconceitos de raça, gênero, crença, origem e opção sexual”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=110841>>. Acesso em: 29 jun. 2014.

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11.1.2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 12 fev. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Rcl 12062 / GO RECLAMAÇÃO 2013/0090064-6. Rel. Ministro RAUL ARAÚJO (1143). Diário de Justiça, Brasília, 20 de nov. 2014.

BRASIL. **Enunciado nº 456 do Conselho de Justiça Federal**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/403>>. Acesso em: 07 jun. 2015.

BROGGINI, Gerardo. *Compatibilità di sentenze statunitensi di condanna al risarcimento di «punitive damages» con il diritto europeo della responsabilità civile*. Europa e diritto privato – Rivista trimestrale A cura di Joachim Bonell, Carlo Castronovo, Adolfo di Majo e Salvatore Mazzamuto. Ano 1999 2. Copertina di A. Mazzamuto, *Pluteo sin. IV, cod. I, fol. 132 r.* 479-507 p. Cesena, Biblioteca Malatestiana. Milano: A. Giuffrè Editore S. p. A., 1999.

CABRAL, Bruno Fontenele. **Precedentes sobre a aplicação da teoria do valor do desestímulo no Direito norte-americano**. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/19524/precedentes-sobre-a-aplicacao-da-teoria-do-valor-do-desestimulo-no-direito-norte-americano#ixzz2qo08DiRX>>. Acesso em: 13 dez. 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 2.^a edição revista e ampliada. 1.^o volume. 481 p. Coimbra: Coimbra Editora, Limitada, 1984.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. 2.^a ed. 273 p. Coimbra: Coimbra Editora, Limitada, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Dignidade e constitucionalização da pessoa humana**. Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda. Vol. II, Direito Constitucional e Justiça Constitucional. coord. Marcelo Rebelo de Sousa...[et al.]. 285-296 p. Coimbra: Coimbra Editora, S.A., 2012.

CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS DA FACULDADE DE ECONOMIA DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA. **O sobreendividamento em Portugal**. Disponível em: <http://oec.ces.uc.pt/biblioteca/pdf/pdf_estudos_realizados/sobreend.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2014.

CHIANCONE, Aldo; PORRINI, Donatella. **Lezioni di Analisi Economica del Diritto**. – Terza edizione. 261 p. - Torino: G. Giappichelli Editore, 1998.

CLEMENTE DÍAZ, Miguel. *Psicología jurídica: Una ciencia emergente explicativa del derecho*. Colección «Psicología». 199 p. Madrid: Ediciones Pirámide (Grupo Anaya, S.A.), 2010.

COLABORADOR ANÓNIMO 1, Psicólogo Clínico e Investigador, Doutorado em Psicologia Clínica. **Anexo** - Questionário no ramo da Psicologia para servir à Dissertação de Mestrado em Direito Civil pela Universidade de Coimbra, orientada pelo Professor Doutor Francisco Manuel de Brito Pereira Coelho, tendo como mestrando Adriano Barreto Espíndola Santos. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015.

COLABORADOR ANÓNIMO 2, Graduado e Mestre em Psicologia pela Universidade Federal do Ceará – UFC. **Anexo** - Questionário no ramo da Psicologia para servir à Dissertação de Mestrado em Direito Civil pela Universidade de Coimbra, orientada pelo Professor Doutor Francisco Manuel de Brito Pereira Coelho, tendo como mestrando Adriano Barreto Espíndola Santos. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015.

CORDEIRO, António Menezes. **Direito das Obrigações**. – 2º vol., Reimpressão. – Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1986.

CORTÊS, António. **O princípio da dignidade humana em Kant**. Boletim da Faculdade de Direito. Vol. LXXXI [SEPARATA], Ano 2005. 601-631 p. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2005.

COSTA, Daiane; CASEMIRO, Luciana. **Consumidores denunciam ofertas falsas no Black Friday** - Brasileiros que monitoraram preços nas últimas semanas reclamam que descontos anunciados nesta sexta-feira não existem. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/defesa-do-consumidor/consumidores-denunciam-ofertas-falsas-no-black-friday-14684706>>. Acesso em: 01 dez. 2014.

DELGADO, Dilma Vanise Varela. **Responsabilidade Civil: Função ressarcitória ou punitiva?** Dissertação de mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. 49 p. Orientador: Prof. Dr. Filipe Miguel Cruz Albuquerque Matos. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2009.

DENNY, Ercílio A. **Fragmentos de um discurso sobre liberdade e responsabilidade** / Ercílio A. Denny. 413 p. – Campinas, SP : Edicamp, 2003.

DINIZ, Bernardo de Alencar Araripe. **A responsabilidade civil e sua função punitiva**. Dissertação apresentada como requisito à obtenção do grau de mestre, Mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas, Faculdade de Direito – Universidade de Coimbra. Orientador: Prof. Dr. Jorge Ferreira Sinde Monteiro. 139 p. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2008.

ESPÍNDOLA, Cybele Ribeiro. Doutora em Psicologia pela Universidade Federal de São Paulo – UNIFESP. **Anexo** - Questionário no ramo da Psicologia para servir à Dissertação de Mestrado em Direito Civil pela Universidade de Coimbra, orientada pelo Professor Doutor Francisco Manuel de Brito Pereira Coelho, tendo como mestrando Adriano Barreto Espíndola Santos. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015.

FALCÃO, Valdirene Ribeiro de Souza. **Os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana**. Disponível em: <http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/465/377>. Acesso: 13 nov. 2014.

FALCÓN Y TELLA, María José. **Fundamento e finalidade da sanção** : existe um direito de castigar? / María José Falcón y Tella; Fernando Falcón y Tella; tradução Claudia de Miranda Avena ; revisão Luiz Flávio Gomes. 320 p. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de Direito Civil – Teoria geral da responsabilidade civil – Responsabilidade civil em espécie**. – 3. vol. – ed. 2014. 1069 p. Salvador: Editora *Jus Podivm*, 2014.

FENSTERSEIFER, Nelson Dirceu. **Dano extrapatrimonial e direitos fundamentais** / Nelson Dirceu Fensterseifer. 176 p. – Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris Ed., 2008.

FERRAZ, Eliane Marise. **Dano Psicológico advindo do Dano Moral**. Série técnica : caderno de psicologia jurídica / Lidiane Doetzer Roehrig ... [et al.]. – Curitiba : Unificado, 2007. 91p. : il. ; 20 x 20cm. 1. Psicologia forense. I. Roehrig, Lidiane Doetzer. CDD (21ª ed.) 347.066019. Disponível em: <<http://crppr.org.br/download/167.pdf>>. Acesso em: 02 mar. 2015.

FORDELONE, Yolanda. **Call center: 28% dos consumidores ligam 3 vezes ou mais para resolver problemas**. Estadão *on-line* – Blogs No azul. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/blogs/no-azul/pesquisa-28-dos-consumidores-tiveram-de-ligar-3-vezes-ou-mais-para-resolver-problemas-com-empresas/>>. Acesso em: 25 nov. 2014.

FUCITO, Felipe. **Sociologia del derecho**. 1993. El orden jurídico y sus condicionantes sociales. Segunda edição, Editorial Universidad. [1993].

FUERBACK, Leonardo. **As consequências jurídico-sociais da aplicação da teoria do valor do desestímulo no ordenamento jurídico pátrio**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2766, 27 jan. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18359>>. Acesso em: 22 mar. 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**, volume 3 : responsabilidade civil / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. – 11. ed. rev., atual. e ampl. 453 p. – São Paulo : Saraiva, 2013.

GARZÓN, Adela. **Procesamiento Social y Conflicto Civil**. *Psicología y Jurados*. Adela Garzón. *Colección: Psicología Teórica*. 180 p. Valência: Edita PROMOLIBRO, 1990.

GITTLESON, Kim. **De onde vem o nome Black Friday? Dez curiosidades sobre a data**. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2014/11/141124_black_friday_curiosidades_lgb>. Acesso em: 01 dez. 2014.

GLOSSÁRIO JURÍDICO, Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=A&id=533>>. Acesso em: 02 fev. de 2015.

GOMES, Júlio. **Uma função punitiva para a responsabilidade civil e uma função reparatória para a responsabilidade penal?** Revista de Direito e Economia – Ano XV 1989. 105-144 p. Coimbra: Edição do Centro Interdisciplinar de Estudos Jurídico-Econômicos, 1989.

Grupo de Estudos em Qualidade de Vida do Departamento de Psiquiatria e Medicina Legal da UFRGS. **VERSÃO EM PORTUGUÊS DOS INSTRUMENTOS DE AVALIAÇÃO DE QUALIDADE DE VIDA (WHOQOL) 1998**. Projeto desenvolvido para a OMS no Brasil pelo Grupo de Estudos em Qualidade de Vida. Coordenação: Dr. Marcelo Pio de Almeida Fleck. 17/9/1998 - Departamento de Psiquiatria e Medicina Legal Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Disponível em: < <http://www.ufrgs.br/psiquiatria/psiq/whoqol1.html>>. Acesso em: 10 jun. 2015.

GUERRA, Ronaldo José. **Direitos Fundamentais e a Execução da Pena Privativa de Liberdade**. Disponível em: < http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/3575/1/ulfd112286_tese.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2015.

GUIMARÃES, Patrícia Carla Monteiro. **Os danos punitivos e a função punitiva da responsabilidade civil**. Direito e Justiça – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. Vol. XV, Tomo 1, Ano 2001. 159-206 p. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2001.

GUINÉ, Maria Alexandra Xavier Ferreira. **O preço da dor – Critérios Operativos para Determinação do *Quantum Indemnizatório* de Danos Não Patrimoniais**: Uma Proposta Inspirada na Psicologia Positiva. Dissertação apresentada para obtenção do Grau de Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, sob orientação do Senhor Professor Doutor Jorge Sinde Monteiro. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2009.

KANT, Immanuel. *Zum Ewigen Frieden, ein Philosophischer Entwurf, etc.* (A Paz Perpétua e Outros Opúsculos). Tradução: Artur Morão. 194 p. Lisboa: Edições 70, Lda. e Artur Morão, 2009.

KANT, Immanuel; GONZÁLEZ VICEN, Felipe. *Introducción a la teoría del Derecho - La Filosofía del Estado en Kant, por Felipe González Vicen*. Versión del alemán e Introducción por FELIPE GONZÁLEZ VICEN. *Clássicos del Pensamiento Jurídico*. 159 p. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 1997.

KOCH, Bernhard A. *Punitive Damages in European Law. Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives. Tort and Insurance Law*. Vol. 25. Helmut Koziol; Vanessa Wilcox (eds.). 197-209 p. Germany: Springer-Verlag / Wien New York, 2009.

KOPPEN, Peter J. van. **O mau uso da psicologia em tribunal**. Psicologia e Justiça. Editado por António Castro Fonseca. 123-154 p. Coimbra: Edições Almedina, SA, 2008.

KUGUIMIYA, Luciana Lie. **Indenização por dano social**: primeiros julgados. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3801, 27 nov. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25938>>. Acesso em: 10 fev. 2015.

LEAL, Liene Martha. **Psicologia jurídica: história, ramificações e áreas de atuação**. Disponível em: <http://www.ufpi.br/subsiteFiles/parnaiba/arquivos/files/rd-ed2ano1_artigo11_Liene_Leal.PDF>. Acesso em: 03 mar. 2015.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **Direito das Obrigações**. Introdução da Constituição das Obrigações. – 10. ed., vol. I. 493 p. – Coimbra : Edições Almedina, S.A., 2013.

LEITE, Rafael Batista. **A função punitiva do dano moral**. Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/64/3/20553918.pdf>>. Acesso em: 19 jan. 2013.

LOURENÇO, Paula Meira. **A função punitiva da responsabilidade civil**. 461 p. Coimbra: Coimbra Editora, Lda., 2006.

LOURENÇO, Paula Meira. **A indemnização punitiva e os critérios para a sua determinação**. Disponível em: <http://www.stj.pt/ficheiros/coloquios/responsabilidadecivil_paulameiralourenco.pdf>. Acesso em: 08 dez. 2013.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **O dano social e sua reparação**. Revista Legislação do Trabalho - Ano 71, nº 11, mês NOV., ano 2007. 1408 p. São Paulo: LTr Editora Ltda., 2007.

MARTÍN, Ana. **La sentencia desde un punto de vista psicosocial**. *Psicología y Jurados*. Adela Garzón. *Colección: Psicología Teórica*. 180 p. Valencia: Edita PROMOLIBRO, 1990.

MARTINS-COSTA, Judith; PARGENDLER, Mariana Souza. **Usos e Abusos da Função Punitiva** (punitive damages e o Direito brasileiro). Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/643/823>>. Acesso em: 09 dez. 2013.

MINAS GERAIS. **Tribunal de Justiça**. Ap. n. 1.0106.09.043091-4/001. Rel. Sebastião Pereira de Souza Diário de Justiça, Minas Gerais, 25 mar. 2011.

MONTEIRO, António Pinto. **Artigo 811º, nº 3, do Código Civil: “requiem” pela cláusula penal indemnizatória?** Estudos em Homenagem a António Barbosa de Melo. 153-175 p. Coimbra: Edições Almedina, S.A., 2013.

MONTEIRO, Fernando Pinto. **Sobre a reparação dos danos morais**. Revista Portuguesa do Dano Corporal. Setembro 1992, nº 1, 1º Ano. Depósito legal nº 59744/92. 17-25 p. Coimbra: G.C. – Gráfica de Coimbra, 1992.

MORDELL, Sarah; MCLACHLAN, Kaitlyn; GAGNON, Nathalie; ROESCH, Ronald. **Questões éticas em psicologia forense**. *Psicologia e Justiça*. Editado por António Castro Fonseca. 475-505 p. Coimbra: Edições Almedina, SA, 2008.

MOREIRA, Igor de Souza Mercêdo; MOREIRA, Ivan de Souza Mercêdo. **Dano eficiente: uma visão da crise da telefonia no Brasil**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI161695,81042-Dano+eficiente+uma+visao+da+crise+da+telefonia+no+Brasil>>. Acesso em: 19 nov. 2014.

MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da. **Direito constitucional**: teoria, jurisprudência e 1.000 questões / Sylvio Motta. – 18. ed. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2006. – 1004p. – (Impetus provas e concursos). – 2ª reimpressão.

PARGA, Milagros Otero. **Reconocimiento legal del valor dignidad**. Boletim da Faculdade de Direito. Vol. LXXIX, Ano 2003. 437-461 p. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2003.

PATTO, Pedro Maria Godinho Vaz. **Reflexões sobre os fins das penas**. Psicologia e Justiça. Editado por António Castro Fonseca. 381-420 p. Coimbra: Edições Almedina, SA, 2008.

PAULO, Vicente, 1968- **Direito Constitucional descomplicado** / Vicente Paulo, Marcelo Alexandrino. – 4. ed., rev. e atualizada. 986 p. – Rio de Janeiro : Forense ; São Paulo : MÉTODO : 2009.

PEREIRA, Regina Coeli Barbosa; PEREIRA, Rosilene de Oliveira. **A dignidade humana: Kant e seus fundamentos**. Disponível em: <http://www.ifcs.ufrj.br/~sfjp/revista/downloads/a_dignidade_humana_kant.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2014.

PEREIRA COELHO, Francisco Manuel. **O problema da causa virtual na responsabilidade civil**. Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídicas na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. 306 p. Coimbra: Coimbra Editora, Limitada, 1955.

PEREIRA COELHO, Francisco Manuel. **O enriquecimento e o dano (conclusão)**. Revista de Direito e de Estudos Sociais. Publicação Trimestral. Ano XVI – 1969, Janeiro-Junho de 1969, N.º 1-2. Directores: Francisco Manuel Pereira Coelho e Carlos Alberto da Mota Pinto. Editor: Joaquim Lopes Cravo. 1-53 p. Coimbra: Propriedade da ATLÂNTIDA EDITORA, S.A.R.L., 1969.

PIMENTA, Eduardo Goulart. **Direito, Economia e relações patrimoniais privadas**. 159-173 p. Brasília a. 43 n. 170 abr./jun. 2006.

PIMENTA, Eduardo Goulart; LANA, Henrique Avelino R. P. **Análise econômica do Direito e sua relação com o Direito Civil brasileiro**. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 57, p. 85-138, jul./dez. 2010.

PORTAL BRASIL. **Nova resolução deixa Lei Seca mais rígida**. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/governo/2013/01/nova-resolucao-deixa-lei-seca-mais-rigida>>. Acesso em: 21 mar. 2014.

PORTUGAL. **Constituição** (1976). Constituição da República Portuguesa, 1976.

PORTUGUÊS, **Código Civil**. DL n.º 47344/66, de 25 de Novembro. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis>. Acesso em: 28 out. 2013.

PORTUGAL. **DL n.º 330/90, de 23 de Outubro**. Código da Publicidade. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=390&tabela=leis&so_miolo=>>. Acesso em: 4 jun. 2015.

PORTUGAL. **Lei n.º 24/96, de 31 de Julho.** Lei de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=726&tabela=leis>. Acesso em: 15 jun. 2015.

PORTUGAL. **DL n.º 57/2008, de 26 de Março.** Estabelece o regime aplicável às práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1067&tabela=leis>. Acesso em: 05 jun. 2015.

PORTUGAL. **Lei n.º 19/2012, de 8 de maio.** Aprova o novo regime jurídico da concorrência, revogando as Leis n.os 18/2003, de 11 de junho, e 39/2006, de 25 de agosto, e procede à segunda alteração à Lei n.º 2/99, de 13 de janeiro. Disponível em: <http://www.concorrenca.pt/vPT/A_AdC/legislacao/Documents/Nacional/Lei_19_2012-Lei_da_Concorrenca.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2015.

PORTUGAL. **Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra.** 793/07.4TBAND.C1. Rel. Henrique Antunes. Julgado em: 21/03/2013. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/4ab602da023606dd80257b56003ade42?OpenDocument>>. Acesso em: 13 jun. 2015.

PORTUGAL. **Supremo Tribunal de Justiça.** 198/06TBPMS.C1.S1 . Rel. Pereira da Silva. Julgado em: 24/04/2013. Disponível em: <<http://www.stj.pt/>>. Acesso em: 12 dez. 2013.

PORTUGAL. **DL n.º 24/2014, de 14 de Fevereiro.** Contratos celebrados à distância e fora do estabelecimento comercial. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2062&tabela=leis>. Acesso em: 10 jun. 2015.

PRIEST, George L. *Punitive damages : how juries decide /* Cass R. Sunstein ... [et al.]; *with an introduction by* George L. Priest. XI, 285 p. *Chicago: The University of Chicago Press, Chicago 60637 – The University of Chicago Press, Ltd., London, 2002.*

QUEIROZ, Victor Santos. **A dignidade da pessoa humana no pensamento de Kant.** Da fundamentação da metafísica dos costumes à doutrina do direito. Uma reflexão crítica para os dias atuais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 757, 31 jul. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7069>>. Acesso em: 13 nov. 2014.

RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D. **Derecho romano.** 790 p. Ciudad de Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2001.

RANKING IDH GLOBAL 2013. **Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento.** Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/atlas/ranking/Ranking-IDH-Global-2013.aspx>>. Acesso em: 07 jun. 2015.

RESEDÁ, Salomão. **A aplicabilidade do *punitive damage* nas ações de indenização por dano moral no ordenamento jurídico brasileiro.** Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/12303/1/SALOM%C3%83O%20RESED%C3%81.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2015.

ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil** : a reparação e a pena civil / Nelson Rosenvald. – 2. ed. – 264 p. São Paulo : Atlas, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais**: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. Boletim da Faculdade de Direito. Vol. LXXXII, Ano 2006. 239-289 p. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2006.

SARRIÓN, Ángel Martínez. **La evolución del Derecho de daños**. Derecho de Daños: Ponencias y coloquios en la Jornada sobre Derecho de daños celebrada en Barcelona el 12 de diciembre de 1991. Coordinador: Luis Ribó Durán. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, S.A., 1991.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **O Estado social, Estado providência e de bem-estar**. Disponível em: <http://www.dn.pt/inicio/opiniao/interior.aspx?content_id=2968300&seccao=Convitados&page=2>. Acesso em: 26 mar. 2015.

SEGADO, Francisco Fernández. **La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico**. estado & direito : revista semestral luso-espanhola de direito público. Nº 17-18, ano 1996. 97-129 p. Lisboa: A. O. Martins, 1996.

SÉGUIN, Jean R.; SYLVERS, Patrick; LILIENFELD, Scott O. **A neuropsicologia da violência**. Psicologia e Justiça. Editado por António Castro Fonseca. 199-253 p. Coimbra: Edições Almedina, SA, 2008.

SILVA, Eva Sónia Moreira da. **Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação**. Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Civilísticas, de Novembro de 2001, tendo por orientador o Prof. Doutor J. F. Sinde Monteiro. 207 p. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2001.

SILVA, Marjorie Cristina Rocha da; FONTANA, Elisandra. **Psicologia Jurídica**: caracterização da prática e instrumentos utilizados. Estudos Interdisciplinares em Psicologia, Londrina, v. 2, n. 1, p. 56-71, jun. 2011.

SILVEIRA, Lauro Frederico Barbosa da; MARTINEZ, Vinício C.. **Veredas do Direito “Path of the Law”** - do juiz Oliver Wendell Holmes Jr. Disponível em: <<http://revista.grupointegrado.br/revista/index.php/discursojuridico/article/view/262/126>>. Acesso em: 22 mar. 2014.

SIMÕES, Mário R.; SOUSA, Liliana B. **Avaliação neuropsicológica em contexto forense**. Psicologia e Justiça. Editado por António Castro Fonseca. 341-377 p. Coimbra: Edições Almedina, SA, 2008.

STANCIOLI, Brunello. **Sobre os Direitos da Personalidade no Novo Código Civil Brasileiro**. Disponível em: <<http://www.hottopos.com/videtur27/brunello.htm>>. Acesso em: 18 nov. 2014.

SYMEONIDES, Symeon C. *Resolving punitive-damages conflicts*. *Yearbook of private international law*. Volume V – 2003. *Editors: Petar Sarcevic and Paul Volken*. 1-34 p. *The Hague : Kluwer Law International*, 2003.

URSO, Elena. **Recenti sviluppi nella giurisprudenza statunitense e inglese in materia di punitive damages: i casi *txo production corporation v. alliance resources corporation e ab v. south west water services ltd***. *Rivista di Diritto Civile*. Anno XLI, N. 1 Gennaio-Febbraio 1995. 81-158 p. Padova: Cedam – Casa Editrice dott. Antonio Milani, 1995.

VASCONCELOS, Clever. **Direito constitucional** / Clever Vasconcelos. 507 p. – São Paulo : Saraiva, 2011. – (Coleção Preparatória para concursos jurídicos; v. 1).

VILARINHO, Marivalda Permegiani. **O que é Psicologia Jurídica?** *Revista linhas jurídicas (UNIFEV)*, v. 2, n. 2, pp. 209–215, nov. 2010.

WEXLER, David B. **Jurisprudência terapêutica: como podem os tribunais contribuir para a reabilitação dos transgressores**. *Psicologia e Justiça*. Editado por António Castro Fonseca. 421-434 p. Coimbra: Edições Almedina, SA, 2008.

ZARRA, Maita María Naveira. **El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual**. *Colección de monografías jurídicas «Gregorio López»*. Prólogo de José María Pena López. Madrid: Editoriales de derecho reunidas, S.A., 2006.

ANEXO



FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA
MESTRADO COM MENÇÃO EM DIREITO CIVIL
ANO LETIVO 2013/2015

Modelo comum aos questionários:

Contextualização do tema: “Muito além da simples reparação dos danos materiais e morais, aqui já consolidada, Antonio Junqueira de Azevedo propõe uma nova modalidade: o dano social. Para ele, **“os danos sociais, por sua vez, são lesões à sociedade, no seu nível de vida, tanto por rebaixamento de seu patrimônio moral – principalmente a respeito da segurança – quanto por diminuição na qualidade de vida”**.[22]. [...].

Como tentativa de dimensionamento prático, Junqueira de Azevedo discorre sobre os comportamentos exemplares negativos. São suas palavras: “Por outro lado, mesmo raciocínio deve ser feito quanto aos atos que levam à conclusão de que não devem ser repetidos, atos negativamente exemplares – no sentido de que sobre eles cabe dizer: ‘Imagine se todas as vezes fosse assim!’”. Também esses atos causam um rebaixamento do nível coletivo de vida – mais especificamente na qualidade de vida”. [26] Tratam-se de condutas socialmente reprováveis.

Os exemplos podem ser pitorescos: o pedestre que joga papel no chão, o passageiro que atende ao celular no avião, a loja do aeroporto que exagera no preço em dias de apagão aéreo, a pessoa que fuma próximo ao posto de combustíveis, a empresa que diminui a fórmula no medicamento, o pai que solta o balão com o seu filho. Mas os danos podem ser consideráveis: a metrópole que fica inundada em dias de chuva, o avião que tem problema de comunicação o que causa um acidente aéreo de grandes proporções, os passageiros já atormentados que não têm o que comer (já que a empresa aérea não paga o lanche), o posto de combustíveis que explode, os pacientes que vêm a falecer, a casa atingida pelo balão que pega fogo. Diante dessas situações danosas que podem surgir, Junqueira de Azevedo sugere que o dano social merece punição e acréscimo dissuasório, ou didático.[27].” (Grifo nosso). (AZEVEDO *apud* SILVA, 2008, *on-line*). (Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3537>).

Questionários no ramo da Psicologia para servir à Dissertação de Mestrado em Direito Civil pela Universidade de Coimbra:

Título do trabalho: O dano social e as funções punitiva e social da responsabilidade civil.

Orientador: Prof. Dr. Francisco Manuel de Brito Pereira Coelho.

Estudante: Adriano Barreto Espíndola Santos.

Profissional colaborador e sua titulação académica: Colaborador anónimo 1, Psicólogo Clínico e Investigador, Doutorado em Psicologia Clínica.

1) Em linhas gerais, quais são os sinais do dano social encontrados em comunidade?

R: - Cinismo ou desinvestimento / resistência a campanhas de sensibilização;

- Interesse individual / particular acima do humano / coletivo;

- Sensação de impunidade / invulnerabilidade;

- Ausência de modelos pró-sociais (i.e., quem critica, não faz melhor naquele ou noutro domínio);

- Controlo social informal diminuído (i.e., “o que o outro faz não é de minha conta”);

- Exigir mais do que modelar (i.e., as pessoas podem exigir respeito / educação, quando elas próprias são incapazes dele (a)).

2) Quais os sintomas que podem ser visivelmente verificados numa pessoa envolvida pelo dano social?

R: - Irritabilidade e sentimento de revolta;

- Desespero e pessimismo;

- Agressividade;

- Ansiedade, pânico, preocupação excessiva;

- Vergonha e autocriticismo;

- Obsessões e memórias traumáticas;

- Desinvestimento social e cívico.

3) No seu entendimento, qual é o nível de gravidade deste problema social?

R: O nível de gravidade estará sempre dependente do nível de valorização social de determinada causa: as circunstâncias do comportamento de fumar, da separação de lixo ou das atividades lúdicas infantis, foram alvo de uma mudança substancial nas preocupações morais

e sociais das últimas décadas. O dano social será invariavelmente grave, a partir do momento em que se desenvolve e ganha consciência sobre ele. A dimensão das consequências do dano social pode ser uma vertente importante na avaliação da sua gravidade, mas não é a única. Porventura, a conjugação dos indicadores de “frequência” com os indicadores de “intensidade” poderá produzir-se uma avaliação mais acertada do dano social.

4) Quais os reflexos do dano social na vida de um indivíduo?

R: Esses reflexos podem ser observados nos diversos domínios de qualidade de vida do indivíduo (i.e., modelo WHOQOL; OMS, 1996):

- Domínio físico (desconforto, menor capacidade de trabalho);
- Domínio psicológico (Redução de sentimentos positivos; Aumento de sentimentos negativos);
- Domínio social (menor satisfação com as relações sociais);
- Domínio ambiental (piores condições ambientais, incluindo segurança, ambientes saudáveis e aumento de poluição).

5) Quais os outros transtornos psíquicos que podem, porventura, advir deste dano na esfera individual?

R: -Perturbação Pós-stress traumático;

- Depressão;
- Perturbação de ansiedade (incluindo perturbação de ansiedade social, perturbação de ansiedade generalizada e perturbação de pânico);
- Surto ou perturbações psicóticas (nos casos mais graves e /ou de maior vulnerabilidade pré-mórbida);
- Abuso de substâncias (sobretudo em comorbidade com os quadros anteriormente descritos).

6) Qual seria a orientação do profissional para tratar este tipo de situação? E o resultado do tratamento é definitivo ou depende de fatores externos de controlo?

R: A terapia cognitivo-comportamental tem eficácia demonstrada no tratamento dos quadros clínicos supracitados. O resultado de um tratamento psicofarmacológico ou psicoterapêutico nunca pode ser considerado “definitivo” a priori – a psicopatologia é entendida como inadaptação, e essa inadaptação resulta de uma interação permanente entre um organismo ativo e um contexto dinâmico. Contudo, alguns fatores podem contribuir para a melhor

manutenção dos ganhos terapêuticos: apoio social e familiar; inserção na comunidade e laboral; níveis de adesão terapêutica (sobretudo à terapêutica medicamentosa); atitudes sociais (estigma) relativamente ao(s) problema(s) do indivíduo.

7) Em sua opinião, os indivíduos menos instruídos estão mais sujeitos a isso?

R: Não necessariamente:

1º indivíduos com baixa instrução (e.g. 4ª classe) podem desempenhar cargos bem remunerados, e isso altera drasticamente o seu “estatuto socioeconómico”;

2º os indivíduos menos instruídos, ou mesmo com debilidade mental, podem usufruir de condição de supervisão / acompanhamento (e.g. familiar, institucional) que os protege e minimize o impacto desse tipo de situação;

3º ainda que alguns quadros clínicos tipicamente associados ao exercício de dano social (e.g. perturbação do comportamento) possam ser mais frequentes em indivíduos menos instruídos (maior taxa de abandono escolar precoce), os indivíduos com elevada instrução podem ser igualmente vulneráveis ao desenvolvimento de perturbações psicológicas, em face de acontecimentos indutores de stress clinicamente significativos.

8) Os agressores apresentam algum tipo de transtorno psíquico? Se sim, exponha as possibilidades.

R: Sim; e apresentação num número substancial de casos. Esses transtornos (perturbações) incluem:

- Perturbação do Comportamento ou Perturbação Antissocial de Personalidade;
- Outras Perturbações de Personalidade;
- Quadros de doença mental crónica e grave (e.g. esquizofrenia, bipolar);
- Abuso / dependência de substâncias.

9) Além da dignidade ferida do lesado, no seu entendimento pessoas próximas a este - familiares, por exemplo - podem sofrer algum tipo de reflexo moral ou psíquico?

R: Sim, nomeadamente:

- hostilidade, revolta e culpabilização;
- níveis aumentados de sintomatologia ansiosa e depressiva;
- diminuição de produtividade laboral;
- desinvestimento social e cívico;
- violência doméstica.

10) Por sua experiência, o dano social é um mal frequente?

R: Sim, de uma forma geral e à luz da definição proposta no início do questionário, poderá ser considerado frequente. Contudo, relembro a necessidade (previamente sugerida) de se cruzar a frequência do dano com a sua intensidade (i.e. danos sociais pouco frequentes, mas intensos podem ser tão significativos como outros danos sociais frequentes, mas pouco intensos).

11) A pessoa que sofreu um dano social pode ter sua vida restaurada plenamente?

R: Ninguém, em nenhuma circunstância, pode ter a sua vida restaurada completamente. O que pode acontecer é a pessoa adaptar-se melhor ou pior a uma circunstância (e mais uma vez, isso é um processo dinâmico). Quando falamos num tratamento bem sucedido, falamos na retomada da pessoa aos seus níveis de funcionamento pré-mórbidos; noutras situações, um tratamento é bem sucedido se previne / atrasa a deterioração do quadro instalado; noutra situação ainda, as pessoas podem “descobrir” um nível de funcionamento superior ao pré-mórbido (o chamado “crescimento pós-traumático, sujeito, contudo, a diversas críticas conceptuais e clínicas).

12) O Estado português dispõe de estrutura para oferecer serviços públicos especializados de psicologia para atender esta parcela da sociedade lesada?

R: Em Portugal, de uma forma geral e teórica, sim; mas tudo dependerá de adequação do diagnóstico e encaminhamento, bem como das listas de espera em determinados serviços públicos.

13) Qual sua percepção no caso de se criar uma norma jurídica para impedir este tipo de dano?

R: Tenho dúvidas, mas sou tendencialmente favorável. Contudo, considero indesejável uma legislação sistemática de tudo o que constitui “comportamento cívico”. Por outro lado, aceito também a ideia de que certas incivilidades (e.g. piropo, cuspir para o chão, deixar lixo na estrada), possam vir a ser legisladas, mas sobretudo com uma finalidade de educação social, que pode estar perfeitamente alinhada com uma “pedagogia” exercida pelo próprio ato de legislar.

14) Você acha importante a relação interdisciplinar entre as ciências jurídicas e psicológicas, com o objetivo de criar normas orientadas pela verdadeira extensão do dano social para o combate ser mais eficaz e preciso?

R: Naturalmente. Parece aliás haver um subinvestimento na investigação interdisciplinar entre o Direito e a Psicologia (e.g. desconheço projetos de investigação com esta parceria aprovados pelo FCT).

15) Você acha que a pena aplicada no caso concreto deve ser proporcional ao dano?

R: O princípio da proporcionalidade é um dos princípios ponderados na aplicação da pena – não é o único. Existem atenuantes, responsabilidades partilhadas, e móveis / motivos que devem ser avaliados para aplicação de pena mais “justa”. E “justo” não é sinónimo de “proporcional”.

Título do trabalho: O dano social e as funções punitiva e social da responsabilidade civil.

Orientador: Prof. Dr. Francisco Manuel de Brito Pereira Coelho.

Estudante: Adriano Barreto Espíndola Santos.

**Profissional colaborador e sua titulação académica: Colaborador anónimo 2,
Graduado e Mestre em Psicologia pela Universidade Federal do Ceará – UFC.**

1) Em linhas gerais, quais são os sinais do dano social encontrados em comunidade?

R: Danos sociais na comunidade: Compreendo os danos sociais como um reflexo de uma conjuntura social e económica, favorecida pelo sistema económico pautado em valores individualistas em detrimento do coletivo que gera a exclusão social ou mesmo a chamada inclusão perversa, dita por Bader Sawaia, que marginaliza, gerando sérias questões sociais como a extrema pobreza, desemprego, desigualdades sociais, violência urbana, talvez podendo ser consideradas como danos sociais. Ao mesmo tempo em que os valores materiais, sobressaem-se aos valores e direitos humanos. O que prevalece muitas vezes é o lucro, rompendo com concepções éticas de justiça.

2) Quais os sintomas que podem ser visivelmente verificados numa pessoa envolvida pelo dano social?

R: Não compreendo somente por uma perspectiva individual, mas algo que acomete uma coletividade. Novamente Bader Sawaia, Psicóloga Social, refere-se ao sofrimento ético-político gerado a partir da invisibilidade social e não participação ativa na sociedade, que

promove sofrimento profundo, vergonha, auto-agressividade, inclusive, por meio do uso de drogas, como a hetero-agressividade, destinada ao outro que o invisibiliza.

3) No seu entendimento, qual é o nível de gravidade deste problema social?

R: Preocupante, tendo em vista sua intensificação, apesar da efetivação de algumas políticas públicas, temos responsabilizado unicamente o sujeito pelo seu fracasso, desconsiderando uma análise mais aprofundada do contexto social que tem aprofundado as chamadas questões sociais mediante a indiferença, individualidade e competitividade promovida pelo sistema econômico.

4) Quais os reflexos do dano social na vida de um indivíduo?

R: Reflexos na vida do indivíduo: Sentimento de impotência diante da impossibilidade de modificar sua realidade, estado de alienação social que favorece uma consciência Mágica ou pouco crítica, segundo Paulo Freire, ou seja, fatalista, de que a realidade é assim mesmo, ficando submisso ao discurso do outro, o sofrimento ético-político citado acima, sentimento de vergonha, dentre outros.

5) Quais os outros transtornos psíquicos que podem, porventura, advir deste dano na esfera individual?

R: Transtornos psíquicos: em uma perspectiva mais individual diversas patologias compreendidas em uma perspectiva mais clínica, centrada nos estudos das patologias. A Psicologia social crítica visa uma ação e reflexão visando a prevenção e promoção de saúde, por meio de um processo de conscientização.

6) Qual seria a orientação do profissional para tratar este tipo de situação? E o resultado do tratamento é definitivo ou depende de fatores externos de controle?

R: Compreendo uma atuação em um âmbito mais interdisciplinar que envolva a participação e discussão de uma equipe diversificada em uma perspectiva de saúde coletiva, de problematizar e mediar a realidade, envolvendo a participação, a conscientização e empoderamento dessas pessoas por meio de ações concretas como inclusão por meio das políticas públicas de saúde, educação, trabalho, dentre outras, favorecendo condições dignas para desenvolver o potencial humano dos sujeitos e coletividade em sua plenitude.

7) Em sua opinião, os indivíduos menos instruídos estão mais sujeitos a isso?

R: Claro que as condições concretas de vida desfavoráveis interferem diretamente no grau de instrução/escolaridade, tendo em vista a negação de direitos ao longo da vida, porém não compreendo estar condicionado. A questão da alienação, da falta de criticidade, por exemplo independe do nível social. Estamos sujeitos a sistemas e discursos ideológicos, de controle, que não favorecem esse processo de conscientização, seja nas instâncias públicas ou privadas. Compreendo que o preconceito de determinado grupo social, pode intensificar a exclusão e a marginalização, a exemplo do alto índice de jovens negros mortos por ano que atinge em torno de 77% em relação aos jovens brancos. É uma questão social séria. Compreendo que as manifestações podem ser diferentes, tendo em vista depender de vários fatores sociais, econômicos, políticos, ideológicos, de poder, dentre outros.

8) Os agressores apresentam algum tipo de transtorno psíquico? Se sim, exponha as possibilidades.

R: Não tenho como avaliar/generalizar, pois deve ser uma análise cuidadosa e contextualizada, inclusive a partir da história de vida e contingências citadas.

9) Além da dignidade ferida do lesado, no seu entendimento pessoas próximas a este - familiares, por exemplo - podem sofrer algum tipo de reflexo moral ou psíquico?

R: Não somente familiares que sofrem diretamente, mas a própria sociedade. Certamente, traz uma grande repercussão na família, que em sua maioria não sabe lidar com a problemática, especialmente, quando não tem acesso a um acompanhamento e orientações. Muitas vezes também são estigmatizados, por serem, os familiares, considerados responsáveis pelo problemas, em uma visão reducionista do problema, desconsiderando os valores difundidos na contemporaneidade.

10) Por sua experiência, o dano social é um mal frequente?

R: Se não forem pensadas ações por meio, especialmente, de políticas públicas a médio e longo prazo, de modo planejado podem ser intensificadas essas questões. Dependerá de nosso posicionamento enquanto cidadãos e profissionais conscientes capazes de contribuir para essas discussões em âmbito público, favorecendo a inclusão de grupos marginalizados, diminuição da desigualdade social e ressignificação de valores éticos.

11) A pessoa que sofreu um dano social pode ter sua vida restaurada plenamente?

R: A psicologia social crítica ou sócio-histórica reconhece o potencial do sujeito, caso seja, favorecidas condições para esse desenvolvimento, percebendo esse sujeito a partir de várias dimensões sociais, psíquicas e biológicas, de modo dialético. Porém, se não forem trabalhadas as representações sociais que determinados grupos tem na sociedade, talvez não sejam minimizados os chamados danos. Por exemplo, o ex presidiário, mesmo tendo cumprido sua pena, ainda é estigmatizado na sociedade, impossibilitando uma transformação efetiva de vida.

12) O Estado brasileiro dispõe de estrutura para oferecer serviços públicos especializados de psicologia para atender esta parcela da sociedade lesada?

R: Se formos pensar em perspectiva mais pontual, de atendimento individual dos sujeitos adoecidos, certamente não. Porém, a psicologia pode contribuir para ações mais efetivas pautadas na prevenção e promoção de saúde de modo interdisciplinar, em um trabalho amplo de discussões em âmbito públicos, capazes de sensibilizar e conscientizar, conforme, citado anteriormente.

13) Qual sua percepção no caso de se criar uma norma jurídica para impedir este tipo de dano?

R: Ineficaz, se não houver uma mudança de paradigmas e reflexões no âmbito público, por tratar-se de uma questão estrutural e de valores difundidos por um sistema não sustentável.

14) Você acha importante a relação interdisciplinar entre as ciências jurídicas e psicológicas, com o objetivo de criar normas orientadas pela verdadeira extensão do dano social para o combate ser mais eficaz e preciso?

R: Sem dúvidas, creio na construção de práticas de modo integrado e reflexivo de vários campos de conhecimentos a fim de problematizar o contexto.

15) Você acha que a pena aplicada no caso concreto deve ser proporcional ao dano?

R: Creio que o sujeito não deve e não pode ser responsabilizado unicamente pelo dano, tendo em vista as várias contingências que contribuem para o fato. Deve ser considerado sua situação de vulnerabilidade ou não, visando não somente a punição, mas a reinserção social de modo efetivo.

Título do trabalho: O dano social e as funções punitiva e social da responsabilidade civil.

Orientador: Prof. Dr. Francisco Manuel de Brito Pereira Coelho.

Estudante: Adriano Barreto Espíndola Santos.

Profissional colaborador e sua titulação acadêmica: Cybele Ribeiro Espíndola, Doutora em Psicologia pela Universidade Federal de São Paulo – UNIFESP.

1) Em linhas gerais, quais são os sinais do dano social encontrados em comunidade?

R: O dano social caracteriza-se como uma situação de violência psicológica e injúria moral à sociedade. Identificado nas condutas socialmente reprováveis, que fazem mal ao coletivo, movidas pelo egoísmo, poder e status. Sua extensão é ilimitada, indo desde o desvio de merenda escolar que atinge milhares de crianças, passando por obras superfaturadas e não concluídas, não distribuição de medicamentos, atrasos contínuos dos transportes públicos, não funcionamento de serviços contratados, entre outras. O que repercute na diminuição da qualidade coletiva de vida com prejuízos da tranquilidade social.

2) Quais os sintomas que podem ser visivelmente verificados numa pessoa envolvida pelo dano social?

R: Pode desencadear inúmeros transtornos mentais, uma vez que afeta sobremaneira, o equilíbrio emocional do sujeito e sua forma de se relacionar com o mundo. Destacam-se os sentimentos de insegurança, impotência, tristeza e frustração que podem acarretam sintomas de irritabilidade, ansiedade, estresse e alterações psicossomáticas (problemas gástricos, psoríase, urticária crônica). Esses sintomas podem variar de leve a graves, podendo mesmo aparecer sob a forma de ideação suicida.

3) No seu entendimento, qual é o nível de gravidade deste problema social?

R: O nível de gravidade desse problema social é da maior magnitude. Os danos sociais perpetrados pelos indivíduos e instituições causam prejuízos a um número ilimitado de pessoas e, por essa razão, deixam de ser um dano material de cunho individual e passam a alcançar toda a sociedade, já que a fronteira entre o particular e o social é muito tênue. Extrapola a pessoa que tenha sofrido com a violência de forma direta para abarcar toda a sociedade que passa a sentir os efeitos da insegurança e da injustiça.

4) Quais os reflexos do dano social na vida de um indivíduo?

R: Pode-se afirmar que os reflexos do dano social na vida de um indivíduo são inúmeros, afetando à sua dignidade e honra, trata-se de uma agressão psíquica e moral. Esse dano pode afetar todo o processamento cognitivo do sujeito, trazendo distorções aos padrões de pensamento quando crenças são desadaptativas são ativadas ou desativadas, tornando seu comportamento disfuncional.

5) Quais os outros transtornos psíquicos que podem, porventura, advir deste dano na esfera individual?

R: Aproveito para retomar o estresse e descrevê-lo de forma mais criteriosa. Essa condição apresenta pelo menos, três fases: alerta, resistência e exaustão. A fase de alerta é considerada como positiva, uma vez que representa o estágio no qual a ansiedade é necessária para manter o indivíduo preparado para a ação. O organismo se prepara para luta ou fuga. Posteriormente, ocorre a fase de resistência, resultante de um acúmulo de tensão proveniente da fase anterior. O organismo passa a buscar a resistência ao desgaste sofrido previamente. Se a reserva de energia adaptativa da pessoa for suficiente, ela se recupera e sai do processo de estresse. Caso contrário, o processo pode avançar para a terceira fase, na qual ocorre uma série de sintomas que geram queda acentuada na produtividade e vulnerabilidade a vírus e bactérias. Nesse caso, o indivíduo já está na fase mais negativa do estresse: a de exaustão. O risco de desenvolver uma depressão grave é bastante significativo.

6) Qual seria a orientação do profissional para tratar este tipo de situação? E o resultado do tratamento é definitivo ou depende de fatores externos de controle?

R: A recomendação é que o sujeito receba tratamento psicoterápico e em alguns casos, farmacológico simultaneamente. Abordagens psicoterápicas em grupo são benéficas também, pois os sujeitos podem se apoiar e compartilhar experiências. Certamente que os resultados do tratamento sofrem uma relação direta com os eventos externos que podem melhorar ou agravar a condição.

7) Em sua opinião, os indivíduos menos instruídos estão mais sujeitos a isso?

R: Os indivíduos menos instruídos podem estar mais vulneráveis, pois na maioria das vezes, pertencem a estratos sócio-econômicos menos favorecidos, estando assim sujeitos a um maior número de estressores sociais, tais como violência, família desestruturada, dificuldade de acesso à saúde e educação.

8) Os agressores apresentam algum tipo de transtorno psíquico? Se sim, exponha as possibilidades.

R: Creio que boa parte dos agressores apresentem o que se denomina de transtorno de personalidade antissocial, quadro que engloba as manifestações de sociopatia e psicopatia, sendo este último considerado em grau mais elevado. O sociopata apresenta um déficit no campo das emoções, é indiferente ao outro, sendo incapaz de sentir compaixão ou amor. Não consegue ter empatia, isto é, se colocar no lugar do outro. Não há um problema cognitivo, uma vez que ele consegue discernir o certo do errado e reconhece quando infringe uma lei. Essas pessoas encontram-se infiltradas em vários domínios sociais, costumeiramente, são atraentes, sedutoras e manipuladoras. Almejam vantagens pessoais e usam as outras pessoas como mero objetos ou caminhos para atingirem seus objetivos, agindo como verdadeiros predadores sociais.

9) Além da dignidade ferida do lesado, no seu entendimento pessoas próximas a este - familiares, por exemplo - podem sofrer algum tipo de reflexo moral ou psíquico?

R: Sim, naturalmente que os reflexos atingem à família na sequência, uma vez que a mesma funciona como um sistema integrado. Nessa perspectiva, a mudança que afeta uma de suas partes se faz acompanhada por mudanças compensatórias em outras de suas partes componentes.

10) Por sua experiência, o dano social é um mal frequente?

R: No Brasil onde a corrupção e a aplicação das leis é frouxa, certamente, temos os danos sociais como fenômenos extremamente corriqueiros na nossa população. De tão corriqueiros passam a ser banalizados e naturalizados.

11) A pessoa que sofreu um dano social pode ter sua vida restaurada plenamente?

R: Sim. Porém exige todo um exercício de resignificação, empoderamento e superação. Os aspectos saudáveis podem ser potencializados. Ressalta-se aqui o conceito de resiliência que significa superação de adversidade.

12) O Estado brasileiro dispõe de estrutura para oferecer serviços públicos especializados de psicologia para atender esta parcela da sociedade lesada?

R: Serviços específicos voltado para essas questões, desconheço, mas certamente essas pessoas chegam diariamente às consultas médicas e psicológicas buscando ajuda.

13) Qual sua percepção no caso de se criar uma norma jurídica para impedir este tipo de dano?

R: Creio que a criação dessa norma jurídica seja da maior relevância e se faz urgente.

14) Você acha importante a relação interdisciplinar entre as ciências jurídicas e psicológicas, com o objetivo de criar normas orientadas pela verdadeira extensão do dano social para o combate ser mais eficaz e preciso?

R: Indubitavelmente, um trabalho articulado entre as duas esferas contemplaria de forma mais satisfatória a extensão dos danos. São saberes diferentes, porém não podem ser dissociados um do outro, pois enquanto a psicologia busca a compreensão do comportamento humano, o Direito objetiva regular esse comportamento. O psicólogo nessa interlocução atua como um técnico que trabalha como perito nos casos em que envolvam questões psicológicas tanto no âmbito civil quanto no criminal. Adicionalmente, atua como mediador dos conflitos legais e aferidor do nível de responsabilidade do indivíduo.

15) Você acha que a pena aplicada no caso concreto deve ser proporcional ao dano?

R: