

Art. 944, CC: a indenização mede-se pela extensão do dano

*João José Custodio da Silveira*¹
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: 1. Notas inaugurais; 2. Obrigação e responsabilidade civil; 2.1. Comportamento lesivo, culpa, nexô e dano; 3. O caráter exclusivamente reparatório da indenização; 3.1. Acorrelação processual; 3.2. Infrações recorrentes e soluções coletivas; 4. Arremate.

1. Notas inaugurais

Indiferente à percepção da natureza do interesse lesado, o debate sobre a responsabilidade vem-se intensificando com a elevação da complexidade nas relações sociais. O indivíduo, cada dia mais zeloso de seu patrimônio físico e imaterial, não hesita em socorrer-se da via judicial para combater eventual violação.

Todavia, há muito persistente a inquietação quanto à forma que deve revestir a recomposição patrimonial. Sobretudo, põe-se a questão sobre ser admissível à indenização arvorar-se para além da reparação pura e simples, de sorte a crescer verdadeira penalidade pecuniária ao infrator com o objetivo de prevenir violações futuras.

A resposta, ao início e ao cabo deste ensaio, é e será negativa.

Reafirma-se: “a indenização mede-se pela extensão do dano” (art. 944, CC), e não é apenas a letra da lei que corrobora a tese restritiva, porquanto uma investigação dos aspectos dogmáticos sobre a responsabilidade civil, um cotejo com o instrumento processo e, finalmente, uma percepção sistêmica, terminam por sedimentar a impossibilidade de aderir à indenização qualquer adereço de punição preventiva.

¹ Doutorando em Ciências Jurídico-Políticas na Universidade de Lisboa, Mestre em Direito Processual pela Universidade de São Paulo, Coordenador Regional e Professor da Escola Paulista da Magistratura.

2. Obrigação e responsabilidade civil

Com respeito às limitações deste ensaio, um brevíssimo panorama dogmático sobre a temática já exclui a possibilidade de garimpar nos fundamentos basilares da obrigação e da responsabilidade civil algum esteio para fundamentar o alargamento da indenização civil para além da medida do dano.

Na concepção do fenômeno jurídico, tem-se como um dos elementos essenciais a ideia de obrigação. Quando se fala em *lei*, de certo modo, compreende-se “submissão das condutas humanas a disposições normativas”.² Noutro aspecto, convindo que as relações jurídicas têm como pressuposto a existência de um fato relevante para o direito positivado, surge a noção de vínculo jurídico, fonte da obrigação. Na definição clássica romanista, tal vinculação vinha representada pelo dever de um sujeito satisfazer uma prestação perante outro: *obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus solvendae rei*.³

Tais colocações permitem pinçar elementos estruturais da obrigação: trava-se entre *sujeitos* que comungam um vínculo consistente no direito de um deles a obter *prestação* positiva ou negativa por parte do outro⁴ – sem deslembrar que o liame obrigacional pode advir da lei, do contrato ou como decorrência de ato ou fato causador de dano.

Por seu turno, revela-se o tema da responsabilidade a partir do surgimento de uma obrigação consistente em suportar as consequências por condutas comissivas ou omissivas, próprias ou de terceiros, podendo ter origem em disposição legal ou vínculo voluntário, desde que acarretem danos a outrem ou à ordem jurídica. Este o ponto de partida para delinear o conceito de responsabilidade civil,⁵ engendrado em três pressupostos basilares: a) ação ou omissão contaminada de em culpa ou dolo, b) dano e c) nexó causal.⁶

² Cf. HART, Herbert Lionel Adolphus. *The concept of law*. Oxford: Oxford University Press, 1961. p. 77.

³ Naturalmente, é preciso considerar o contexto de então, quando se percebia o nascimento das obrigações a partir do contrato, do quase-contrato, do delito e do quase-delito (Cf. LOTUFO, Renan. *Código civil comentado: obrigações: parte geral* (arts. 233 a 420). São Paulo: Saraiva, 2003. p. 1.).

⁴ Cf. COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2004. v. II, p. 10.

⁵ Aliás, a obrigação de reparar o dano pode advir também da responsabilidade contratual, com fundamentos ontológicos idênticos, mas enfoque diferenciado. Considerando que a obrigação contratual tem assento em negócio livremente pactuado, seu estudo volta-se aos preceitos de inexecução do contrato, algo que se retrata como inadimplemento contratual. Diz-se “*inadimplemento*, no sentido estreito do vocábulo, quando o devedor não cumpre a obrigação, voluntária ou involuntariamente” (GOMES, Orlando. *Obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 170.).

⁶ Vale conferir o disposto no artigo 186, do Código Civil: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito e causar prejuízo a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Quando a abordagem parte para a responsabilidade criminal, a constatação elementar está na ofensa ao interesse público quando enquadrado o comportamento do agente em norma penal. “No caso de ilícito civil, ao contrário, o interesse diretamente lesado em vez de ser o interesse público é o privado”.⁷ Sem prejuízo, muita vez se configura a sobreposição dos interesses danificados, ensejando reparação tanto na esfera cível quanto na criminal.⁸ De fato, os delitos penal e civil podem coexistir, e “isto ocorre porque a consequência de uma ação ilícita é em geral não somente um prejuízo social, mas também um prejuízo individual”.⁹

Seja como for, é preciso conceber o dano com uma nota de abstração quando se analisa a sua repercussão, pública ou privada. Aliás, mesmo quando ferido um interesse exclusivamente particular, de certa forma, é resvalado o equilíbrio social. Mas isso não significa que a resposta estatal para as hipóteses de ilícito civil deva preocupar-se em repor aquele equilíbrio, ao menos se a lei expressamente aponta em sentido contrário.

Já nessa zetética inaugural é dado constatar que os elementos integradores da obrigação e, sobretudo, da responsabilidade civil, em momento algum legitimam a percepção da indenização como algo que se possa distanciar da exclusiva reparação do dano, material ou imaterial.

Mas vale prosseguir, também de maneira perfunctória, na abordagem dos tópicos estruturantes da responsabilidade a fim de sacramentar a tese que se propõe.

2.1. Comportamento lesivo, culpa, dano e nexos

Da análise desapassionada dos alicerces à responsabilização civil não sobressai elemento que afiance o acréscimo de nota punitiva como argumento para majoração da reparação, a sobrepujar a mera recomposição do patrimônio lesado. Ao revés, é bem possível conceber que essa hipótese retrocede a tempos idos do Direito.

O *comportamento lesivo*. Nos primórdios, com exemplo nos direitos germânicos arcaicos – conhecidos pela adoção da vingança privada

⁷ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. v. 4, p. 5.

⁸ Em alguns ordenamentos é até indecifrável a linha divisória entre delitos penais e civis, como se verifica no direito consuetudinário africano (Cf. LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus*. Tradução de Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 356.).

⁹ CHAVES, Antônio. *Tratado de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. v. III, p. 42.

(*faida* germânica) –, não havia responsabilização exclusiva do agente; qualquer integrante do grupo ao qual pertencesse poderia sofrer a resposta justiceira do grupo integrado pelo lesado. Na Idade Média, predominou a responsabilidade coletiva e a vingança privada até o século XIII, iniciando o declínio que se completaria apenas no século XVII. Pondera-se que a responsabilidade civil começou a ser sistematizada na *Lex Aquilia* – contornos do século III a.C. –, impositiva de sanção por delito privado perante ocorrências intituladas *damnum iniuria datum* (dano causado ilicitamente). Exemplificativamente, morte de escravo ou animal pertencente a outrem, além de parâmetros mais gerais traçados para alcançar qualquer destruição de coisa.¹⁰

Apenas no século XVIII detecta-se o isolamento do responsável pelo comportamento lesivo para exigência da reparação, iniciando-se o desenvolvimento da responsabilidade exclusivamente civil, com inequívoca influência dos ideais de liberdades individuais.

Nota-se, pois, um evidente retorno ao passado na pretensão de acrescer à obrigação de reparação patrimonial um viés de penalidade ao responsável pelo ilícito civil. Ainda que não se trate de estender subjetivamente a responsabilidade, a essência sancionatória faz mais remeter à vingança privada do que propriamente à proteção social, na medida em que o beneficiário financeiro é apenas o lesado, cujo patrimônio é recomposto e, além disso, majorado, sob a justificativa de prevenir condutas futuras do responsável – aliás, em evidente e temerária presunção de culpabilidade.

A culpa. A par de sua compreensão sob a égide do elemento moral, em que seria imprescindível que o agente conhecesse a norma impositiva ou proibitiva e, ainda assim, almejasse – intencionalmente – ou permitisse – imprudente, negligente ou indolentemente – a concretização do dano, a verdade é que a noção jurídica de culpa dispensa estes pressupostos. De fato, “não é preciso que o agente conheça a norma imperativa ou proibitiva, como não é necessário o reconhecimento de que o ato a viole, nem a consciência dos resultados da violação”.¹¹

De qualquer sorte, a doutrina tradicional promovia a divisão gradativa do elemento culpa, traduzindo-a nas variações “levíssima”, “leve” e “grave”.

¹⁰ Cf. GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986. p. 751.

¹¹ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 118.

Quando grave, haveria gritante demonstração de comportamento lesivo do agente, auferido *prima facie* à luz das mais comezinhas regras de conduta social. Não raro, havia vozes sustentando sua vizinhança estreita com o dolo. Na culpa leve, estaria abrangido o deslize passível de cometimento pelo homem normalmente prudente, aceitável socialmente diante das circunstâncias fáticas; porém, ainda assim, reprovável juridicamente, uma vez que cautela comum evitaria o dano. Enfim, falava-se em culpa levíssima como aquela em que até mesmo o cauteloso diferencial poderia incorrer, pois exigida especial atenção para evitar o resultado.

Nada obstante, a distinção entre dolo e culpa, bem como entre os graus desta, perdeu quase todo o sentido na atualidade. Com efeito, caracterizado o dolo ou a culpa em qualquer de suas variantes, o dever de reparar não se altera. “Ou seja, dentro da responsabilidade aquiliana, ainda que seja levíssima a culpa do agente causador do dano, cumpre-lhe indenizar a vítima”.¹²

Em suma, não se haverá de buscar na intensidade de culpa do agente uma motivação para tratamento mais rigoroso do que a previsão legalmente objetiva, qual seja, a reparação do dano.

A única exceção a esse quadro advém da própria legislação civil, mas não como forma de sobretaxar economicamente a responsabilidade do agente, e sim, ao revés, minimizar a resposta indenitária a partir de uma redução equitativa quando configurada a hipótese do artigo 944, parágrafo único, do Código Civil.

Nexo de causalidade. O nexo – ou liame – causal traduz o amálgama dos pilares da responsabilidade civil. Assim, o surgimento da obrigação reparatória depende de relação estrita entre o prejuízo alegado e a ação ou omissão perpetrada pelo agente, seu preposto, animal ou coisa pela qual era responsável. Nesse particular, vale a observação do esmero na legislação estabelecendo imputação objetiva ao responsável por animal sob sua guarda, edifício deitado em ruínas ou coisas advindas de edificação, incumbindo ao agente comprovar exclusão de sua responsabilidade à vista dos ares de presunção atribuídos ao nexo (arts. 936 e 937, CC).

Afora essas e as demais situações nas quais a responsabilidade se presume, a regra geral impõe à vítima o ônus de provar o nexo, assim como individuação do responsável, existência concreta e extensão do dano. Na constatação do liame, não se exige que o comportamento do

¹² RODRIGUES, Silvio. Op. cit., p. 163.

agente seja a causa única do prejuízo ou tampouco haja ele previsto o resultado. Entretanto, mostra-se imprescindível a conexão causal, pois se dano provém de outra circunstância, não estará caracterizada a relação de causa e consequência. Ou seja, “não basta, com efeito, que o dano pudesse sobrevir por efeito da conduta do agente, mas é preciso que se produza na realidade como consequência desta, e não de outro acidente”.¹³

Como se vê, também aqui não há um único elemento que permita a transmutação da reparação do dano para sanção aliada à recomposição.

O dano. Por derradeiro, acercando-se do dano em sua concepção exclusivamente civilista, é o próprio ordenamento jurídico quem o retrata como prejuízo suportado pela vítima. Diante de um comportamento omissivo ou comissivo que acarrete danificações, surge a obrigação de reparar não só as materiais, mas também as morais (art. 186, CC).

A locução “perdas e danos” é consagrada há muito no direito pátrio, com referência expressa na codificação de 1916. Diz-se que deitaria origens no direito romano (*id quod interest, quanti mea interest, quanti ares est, utilitas creditoris ou auctoris*). O direito francês, por seu turno, aplica a expressão “danos e interesses” (*domages et intérêts*).

Em verdade, há caráter sinônimo no conteúdo jurídico, e bem se poderia trabalhar apenas com a palavra dano para englobar perditos de qualquer espécie experimentados pelo credor, pretéritos ou futuros, patrimoniais ou imateriais. Quiçá o objetivo desde sempre do legislador, reiterado no artigo 402 do Código Civil em vigor,¹⁴ mire não só a “perda” d’algum bem, mas, sobretudo, outros prejuízos daí advindos ou de origem comum.

Vale destacar que, para alguns, a expressão perdas e danos teria caráter dirigido ao inadimplemento contratual, até porque era tratada na codificação anterior como consequência da inexecução dos contratos. Hodiernamente, integra a disciplina relativa ao inadimplemento das obrigações.

Sobre a distinção entre danos materiais e imateriais, o indicativo está na repercussão. Nos primeiros, o prejuízo limita-se ao patrimônio físico da vítima, com diminuição do existente ou obstáculo à projeção de seu aumento; fala-se, aqui, em perdas havidas e lucros cessantes. Já os danos morais, que experimentam inúmeras tentativas de defini-

¹³ GOMES, Orlando. Op. cit., p. 333.

¹⁴ Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

ção, muita vez sob um viés de exclusão (seriam aqueles não caracterizados como patrimoniais),¹⁵ alcançam, na atualidade, amplitude maior diante de disposições constitucionais que o abordam, abrangendo inclusive sentimentos personalíssimos independentemente de reflexos patrimoniais; em sentido estrito, cuida-se do resultado à “violação do direito à dignidade”.¹⁶

Seja qual for a variante, no que diz com a resposta indenizatória, merecem respeito os posicionamentos doutrinários que defendem para o dano moral inegável natureza mista no mecanismo de reparação, assim como se daria para o dano material. Defendem que o fundamento ontológico da indenização por danos morais não se divorciaria daquele que pressupõe a reparação pelos materiais, vislumbrando-se em ambos os objetivos sancionador e reparatório.¹⁷

Entretanto, esse parece não ser o melhor enfoque. Como dito à partida, foi eleita pelo legislador civil a linha exclusivamente reparatória, orientando-se a indenização unicamente pela extensão do dano (art. 944, CC).¹⁸

Já era tempo de se compreender que o verdadeiro intuito da responsabilização civil está em buscar a mais fiel recomposição do patrimônio lesado, ainda que imaterial, sendo inadmissível persistir no direito moderno uma nota sancionatória ao lado daquele objetivo, à moda do que ocorria em ordenamentos vetustos, nos quais o comportamento causador de prejuízo conduzia à responsabilização de todos os membros do clã ao qual pertencia o agente.

3. O caráter exclusivamente reparatório da indenização

Não é apenas a ausência de lastro na investigação sobre os fundamentos doutrinários da obrigação e, particularmente, da responsabilidade civil, que ampara a premissa defendida neste estudo.

¹⁵ Da doutrina clássica, a citação de Wilson Mello da Silva, *O dano moral e a sua reparação*, 1955.

¹⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 76.

¹⁷ Não raro se salienta que, enquanto o dano material enseja reposição do equivalente pecuniário, “diversamente, a sanção do dano moral não se resolve na indenização propriamente, já que indenização significa eliminação do prejuízo e das suas conseqüências, o que não é possível quando se trata de dano extrapatrimonial; a sua reparação se faz por meio de uma compensação, e não de um ressarcimento; impondo ao ofensor a obrigação de pagamento de uma certa quantia de dinheiro em favor do ofendido, ao mesmo tempo em que agrava o patrimônio daquele, proporciona a este uma reparação satisfativa” (CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 2. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 42.).

¹⁸ Já em 1997, concluía-se no IX Encontro dos Tribunais de Alçada do Brasil, realizado em São Paulo: “À indenização por danos morais deve dar-se caráter exclusivamente compensatório.”

Consabido que os argumentos mais efusivos em prol da natureza mista somam forças quando se põe a questão do dano moral. Também aqui, como se verá, não se sustentam.

Vislumbre sobre alicerces legais força recordar que o recurso a disposições da Lei de Imprensa¹⁹, mesmo para hipóteses que extravasavam seu objeto, fundamentava condenações com esteio no equilíbrio entre a culpabilidade e a reparação – correlação notoriamente defendida por Ihering. Mesmo hoje se preconiza, de maneira geral, que a imensurabilidade da lesão moral, por exemplo, afasta a possibilidade de quantificação do dano com fundamento exclusivo no prejuízo causado à vítima.²⁰

Ora, não se pode aceitar que a intangibilidade do dano imaterial, por si só, traduza-o incomensurável; assim fosse, não se haveria de falar em resposta patrimonial para aplacar sua ocorrência, sem olvidar ser justamente este o objetivo de quem agita ação judicial indenitória.

É certo que prejuízos há irreparáveis pela moeda, a parecer “fundamentalmente imoral dizer que aquele que foi atingido nos seus sentimentos se consolaria graças à indenização que recebesse”.²¹ Todavia, tal linha de raciocínio não autoriza a majoração da reparação a ser aquilatada pelo juiz diante da extensão de um dano com feições definíveis no caso concreto, muito menos para acrescer-lhe o elemento de vindicta que, em verdade, subjaz à intenção de punir o autor do delito, maquiada sob um colorido de didatismo e prevenção. Já se disse com todas as letras: “o que na realidade visa a condenação não é a satisfação da vítima, mas a punição do autor”.²² Para que tal afirmação não persista na modernidade, impende cada vez mais oferecer novas lentes para focar a reparação civil com a silhueta que o legislador brasileiro a esculpiu.

Igualmente fragilíssimo o argumento de que o conteúdo etéreo do prejuízo autorize reparação que transborde seus limites para atingir de maneira penalizante o ofensor. Consoante se verá, caráter educativo e

¹⁹ Na letra do art. 53: “No arbitramento da indenização em reparação do dano moral, o juiz terá em conta, notadamente: I - a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa e a posição social e política do ofendido; II - A intensidade do dolo ou o grau da culpa do responsável, sua situação econômica e sua condenação anterior em ação criminal ou civil fundada em abuso no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação”.

²⁰ Ihering, aliás, anota não ser o interesse material vulnerado que impele o indivíduo à busca pelo direito; “a grande questão para ele não é a restituição do objeto que muitas vezes é doado a uma instituição de beneficência, a que o pode impeli a litigar; o que mais deseja é que se lhe reconheça o seu direito” (IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. São Paulo: Martin Claret, 2001. p. 17.).

²¹ RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Tradução de Osório de Oliveira. 2. ed. Campinas: BookSeller, 2002. p. 338.

²² *Ibidem*, p. 339.

prevenção de litígios não constituem argumento plasmável à causa de pedir na demanda indenizatória.

É possível, sim, uma justa indenização sem apelo à penalização. Seja qual for a hipótese, por ocasião da fixação, é defeso ao juiz deixar de levar em conta os caracteres pessoais do prejudicado. Todavia, estará atento para: a) não estimar o valor com fundamento primeiro no status financeiro da vítima, evitando discriminá-la com indenizações inferiores por pertencer a estratos inferiores da camada social; b) jamais fixar reparação com alicerce no patrimônio do responsável, já que, igualmente, poderia estar violando a disposição legal de correspondência única com a extensão do dano (art. 944, CPC).²³

A difícil tarefa está em se postar o mais próximo possível da realidade vivida pelo lesado, visualizando com seus olhos a intensidade da lesão. Esse é o real significado da *equidade* reiteradamente confiada ao julgador pelo legislador civil, sugerindo-lhe uma tentativa de compreender o perfil da vítima a fim de compartilhar seu sofrimento, sem desviar esse foco humanista para um exercício material punitivo que não é seu mister.²⁴

Diz-se também sobre a necessidade de vislumbrar a responsabilização civil sob a óptica da solidariedade, de modo a considerar, na fixação da reparação, atos efetivos do ofensor praticados para minimizar os efeitos maléficos sofridos pela vítima ou, de outro lado, sua desídia e mesmo intento deliberado de causar prejuízo.²⁵ Em que pese a honorabilidade do argumento, o comportamento do agente deve ser aquilatado quando, de algum modo, aprofundou o dano, este, sim, objeto da análise, e não como parâmetro para punir a conduta.

²³ Na esteira de entendimento verificado no Superior Tribunal de Justiça, “o critério que vem sendo utilizado por essa Corte Superior, na fixação do valor da indenização por danos morais, considera as condições pessoais e econômicas das partes, devendo o arbitramento operar-se com moderação e razoabilidade, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de forma a não haver o enriquecimento indevido do ofendido, bem como para que sirva de desestímulo ao ofensor na repetição de ato ilícito. Ressalte-se que a aplicação irrestrita das ‘punitive damages’ encontra óbice regulador no ordenamento jurídico pátrio que, anteriormente à entrada do Código Civil de 2002, já vedava o enriquecimento sem causa como princípio informador do direito e, após a novel codificação civilista, passou a prescrevê-la expressamente, mais especificamente, no art. 884 do Código Civil de 2002” (STJ - REsp 401358/PB, T4, Min. Carlos Fernando Mathias, 05/03/2009).

²⁴ Consoante escrevemos em *Manual de fixação das indenizações – direito e processo*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013, p. 48.

²⁵ GOMES, José Jairo. Responsabilidade civil na pós-modernidade: influência da solidariedade e da cooperação. In: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade (Org.). *Responsabilidade civil*. São Paulo: Revisa dos Tribunais, 2010. v. 1, p. 263.

Posta a questão nesses termos, é preciso muito esforço interpretativo para recusar a clara opção do legislador civil, que “não se filia a critérios subjetivos para determinar o valor da indenização e preceitua que esta se mede pela extensão do dano”,²⁶ exceções feitas às hipóteses de desproporção entre o dano e a gravidade da culpa – neste caso, tão somente para minoração (art. 944, p. único) –, bem como arbitramento equitativo nos delitos de injúria ou difamação (art. 953).

Principalmente quando sobredito suor exegético não se escora em fundamentos legais e pretende atomizar, em cada juízo, uma tarefa que não lhe compete, qual seja, investir contra o ofensor não pelo dano causado, mas por conduta supostamente reiterada e prejudicial à coletividade, como a transmudar uma ação individual em coletiva no resultado.

Há mais. Não foi apenas o legislador civil quem delimitou os horizontes da indenização; a Constituição Federal é de clareza meridiana ao dispor sobre a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização “pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.²⁷ É dizer, garantia constitucional para reparação do prejuízo **resultante** da violação, sem qualquer espaço para aí somar um caráter penalizante ao ofensor, pena de recair a força da inconstitucionalidade sobre indenização que insista nesta tecla.

3.1. A correlação processual

No que diz respeito à demanda propriamente dita, a narrativa dos fatos e fundamentos jurídicos do pedido deve evidenciar não apenas a natureza do dano derivado do ilícito, mas também sua extensão, na conformidade de horizontes que só mesmo o ofendido é capaz de delimitar.

Aqui importa a narrativa exaustiva, sem deixar de ser concisa, de fatos e regramento jurídico; a “*narratio e medium concludendi dos canonistas*”.²⁸ Além disso, perfil fundamental da causa petendi reside em sua natural irmanação com a tutela jurisdicional almejada, até porque a importância de uma descrição fática precisa repousa em assegurar ao

²⁶ Na assertiva de Aparecida I. Amarante, em considerações sobre o então anteprojeto (*Responsabilidade civil por dano à honra*. 4. ed. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 1988. p. 263.).

²⁷ Art. 5º, X, CF: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

²⁸ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958. t. II, p. 410.

réu oportunidade de arrostar todos os acontecimentos relatados. Tanto por isso contém a petição inicial um silogismo, sustentado por uma premissa maior (fundamentos de direito), uma premissa menor (fundamentos de fato) e uma conclusão (o pedido). Portanto, “se as consequências jurídicas não guardam coerência com os fatos” e se “a conclusão está em desarmonia com as premissas, ela é inconsequente”.²⁹

Ocorre que na maior parcela das ações indenizatórias, constatação empírica evidente para qualquer operador do direito que nelas atue com regularidade, não há uma linha efetivamente dedicada a fundamentar a necessidade de majoração na indenização à guisa de penalidade ao ofensor, o que não se confunde, obviamente, com a menção rasa seguida de postulação nesse sentido.

Em outras palavras, a legislação processual civil incumbe ao autor externar de maneira realista o montante indenizatório objetivado, à altura do prejuízo experimentado, na conformidade das circunstâncias objetivas e subjetivas do caso concreto. Como não lhe cabe a isso crescer, tanto por não estar legitimado, arrazoado relativo a relações jurídicas entre o ofensor e terceiros, mostrar-se-á ausente correlação entre a causa de pedir e pretensão de valor maior à guisa de punição do ofensor.

Aliás, deve o autor valorar a causa de modo condizente com o *benefício econômico* alvitrado.³⁰ Este, por sua vez, há de ser *determinado* nessa modalidade de ação, porquanto não conferido qualquer espaço para postulações genéricas – com exceção das hipóteses taxativamente estabelecidas.³¹

De outro lado, mas ainda na seara processual, não desfruta o autor legitimidade extraordinária, salvo se conferida por lei, para postular a majoração da indenização como forma de inibir futuras e difusas transgressões do ofensor, alteando-se na condição de defensor da coletividade de modo a buscar uma essência coletiva à sua ação individual que, ao final, somente redundará benefício econômico em seu favor.

Por fim, já sendo certo que o autor não ostenta legitimidade para postular um acréscimo sobre a extensão do dano, e tampouco existe

²⁹ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1992. v. III, p. 264-265.

³⁰ Art. 292, CPC: “O valor da causa constará da petição inicial ou da reconvenção e será:[...] V – na ação indenizatória, inclusive a fundada em dano moral, o valor pretendido”.

³¹ Art. 324, CPC: “O pedido deve ser determinado. § 1º É lícito, porém, formular pedido genérico: I – nas ações universais, se o autor não puder individualizar os bens demandados; II – quando não for possível determinar, desde logo, as consequências do ato ou do fato; III – quando a determinação do objeto ou do valor da condenação depender de ato que deva ser praticado pelo réu”.

correlação entre tal pretensão e a causa de pedir, importa reconhecer que uma sentença impositiva de reparação, cujo montante contenha fundamento didático e preventivo direcionado ao réu, para além da extensão do dano, incorre em julgamento *ultra petita*.³²

São argumentos processuais que aderem à linha do direito material para sustentar a imbricação entre os horizontes do dano e a indenização.

3.2. Infrações recorrentes e soluções coletivas

Reitere-se o respeito ao forte apelo doutrinário pela natureza mista da indenização por danos imateriais. Em alguns casos, chega-se a atribuir à interpretação, que ora se propõe, não apenas o rótulo de restritiva – ao negar coabitação entre pena e indenização na reparação civil –, mas inclinação à “filosofia liberal”, desprezando que “as normas de responsabilidade civil possuem hoje uma enorme função social não ficando mais atrelada à indenização entre particulares”.³³

Com a vênia devida, não é dado à responsabilização civil cumprir função social, mormente ao arripio de uma interpretação literal (art. 944, CC), histórico-evolutiva (como delineada no tópico 2) e, sobretudo, sistêmica.

Seguir trilha diversa não importa apenas contorcer de maneira equivocada a normatização civil e processual civil como retratado alhures, bem como investir contra a garantia constitucional de que a reparação está adstrita ao dano material ou moral *decorrente* da violação. Significa também subverter todo o arcabouço normativo integrado por Constituição Federal e Legislação Infraconstitucional no que respeita aos mecanismos de ação direcionados a prevenir e coibir violações que importem em danos transindividuais.

Com efeito, o trato coletivizado de direitos individuais homogêneos ou difusos traduz poderoso veículo de acesso à justiça, sobretudo por prestigiar o nivelamento de forças em prol dos ofendidos –, em regra, pessoas físicas hipossuficientes em relação ao ofensor.³⁴ Além

³² Como já pudemos expor, “postas as premissas sobre certeza e determinação exigidas na formulação do petítório, salvo situações excepcionais legalmente previstas, os pedidos serão sempre interpretados restritivamente” (SILVEIRA, João José Custódio. *A petição inicial na visão do juiz*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005. p. 56.).

³³ FERRACINI, Douglas Guedes Ferreira. Cláusulas específicas de responsabilidade civil – um estudo sobre a natureza sancionatória das indenizações por danos morais. In: GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida (Org.). *Responsabilidade civil*. São Paulo: Ridell, 2011. p. 55.

³⁴ Cf. LENZA, Pedro. *Teria geral da ação civil pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 90.

disso, constitui verdadeiro instrumento de gestão de conflitos, pois milita em prol do ótimo funcionamento da máquina judiciária na medida em que, por meio de um único processo coletivo, incontáveis violações a direitos individuais podem ser resolvidas, evitando a pulverização de demandas idênticas.

De fato, “o processo coletivo permite um maior aproveitamento dos atos processuais praticados, já que através de uma única ação serão atendidos os interesses de um grupo determinável ou indeterminável de pessoas”.³⁵

Também é válido pontuar que a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, que regula a Ação Civil Pública como ferramenta de responsabilização por danos causados ao consumidor, ao meio ambiente, à ordem econômica e a outros direitos difusos e coletivos, ao legitimar o Ministério Público como um de seus titulares, estabelece a figura do “inquérito civil” como ponto de partida das investigações sobre metaindividuais (artigo 8º, § 1º). Diante dos dados colhidos e oitiva dos envolvidos, afigura-se oportunidade ímpar para a resolução coletivizada de diversos conflitos com intermediação do Ministério Público. Em especial na seara de violações a direito de consumidores, exemplos são muitos na formalização de acordos,³⁶ que solucionam o problema de maneira “bem mais rápida e satisfatória do que o demorado e desgastante processo judicial, certamente o foro adequado, mas quando esgotadas as tentativas de conciliação, ou então quando absolutamente inviável qualquer tipo de composição amigável”.³⁷

Dito de outra maneira, compete aos órgãos e instituições legitimados o combate a reiteradas violações a direitos dos consumidores, e não ao juiz singular, que processa a ação individual, na pretensão de sobrepor-se àquele mister, sobretudo quando o resultado de sua majoração do valor indenizatório, com descolamento da extensão do dano, produz resultado de todo inócuo e que, obviamente, apenas beneficiará financeiramente o lesado, senão vejamos.

Importante investigação intitulada *Perfil das maiores demandas judiciais no TJERJ* colheu elementos durante um período de 28 meses. Com o objeto da pesquisa distribuído nos 131 Juizados Especiais Cíveis

³⁵ SILVA, Juliana Aparecida da. O processo coletivo como instrumento para a efetividade do acesso à justiça. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público* de São Paulo, São Paulo, v. 1, p. 240, 2012.

³⁶ Cf. FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 314-315.

³⁷ Idem, p. 316.

instalados no Estado do Rio de Janeiro, constatou-se que do total de 714.061 novas ações, 629.905, ou seja, 88% versavam sobre a responsabilidade civil de um diminuto grupo de 16 empresas fornecedoras de bens e serviços. Desse universo, houve condenação das empresas em 485.561 das ações, 68%, com desembolso médio de R\$ 10.207,55. Ocorre que tal dívida não é paga antes do prazo médio de 923 dias, sendo que dois terços dos processos tramitam gratuitamente, “o que vale dizer que o Poder Judiciário os custeia e ensaja aos devedores uma moratória financiada pelo Estado”, sendo forçoso concluir que: “ou as empresas desconhecem essa situação, ou tal conduta é economicamente vantajosa em confronto aos investimentos corretivos”.³⁸

Ainda que os responsáveis pela pesquisa hajam apontado o benefício da dúvida em relação às empresas pesquisadas, uma de suas releituras foi mais incisiva e afirmou que, “na base destes comportamentos temerários, encontra-se o cálculo/escolha racional destas empresas que apostam em estratégias protelatórias para cumprir com suas obrigações”.³⁹

Nessa quadra, é preciso admitir que a utilização de ações individuais para a obtenção de resultados inerentes a coletivas é de ineficácia flagrante, para além dos vícios materiais e processuais já apontados.

Incumbe ao órgão jurisdicional, isto, sim, identificar na repetição de ações individuais práticas abusivas do Poder Público e de empresas que fomentam a judicialização de “milhares – em alguns casos até milhões – de demandas, na perspectiva de ‘valer a pena’ agir em contrariedade ao sistema jurídico no cômputo final do ‘custo/benefício’ de tais práticas”.⁴⁰ Daí remeter aos órgãos responsáveis à apuração das condutas e tomada de providências.

Nessa tessitura, a par das ferramentas estatísticas há tempos já produzidas pelo Poder Judiciário na identificação de grandes

³⁸ Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Perfil das maiores demandas judiciais no TJERJ. p. 21-22. Disponível em: <http://portaltj.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=da2936cb-32ed-43cd-935b-f23dd0cf3ed0&groupId=10136>. Acesso em: 10 mar. 2017.

³⁹ Por Rogério Gesta Leal, que ainda completa sobre o comportamento de tais litigantes: “concluíram serem os custos impostos pelo sistema de justiça mais vantajosos do que alterar toda uma política de tratamento do consumidor, pois dos milhões de clientes que possuem, apenas pequena parcela recorre ao Poder Judiciário para reclamar seus direitos; quando reclamam, o tempo do processo e da resposta final é igualmente benéfica para seus interesses de lucro” (*Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais*: aspectos introdutórios. Brasília, DF: ENFAM, 2010. p. 55.).

⁴⁰ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Custos do risco judicial (ou do “jurisdicismo”): jurisdição e processo à luz do risco Brasil. *Revista Eletrônica Interesse Nacional*, ano 8, n. 32, jan.-mar. 2016. Disponível em: <<http://interessacional.com/index.php/edicoes-revista/custos-do-risco-judicial-ou-do-jurisdicismo-jurisdicao-e-processo-a-luz-do-risco-brasil/>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

litigantes⁴¹, resta a integração com Agências Reguladoras – e órgãos responsáveis por controlar sua efetiva atuação, como o Ministério Público. À constatação de reiteradas violações a direitos por parte de prestadores de serviços e fornecedores de produtos de grande porte, sobretudo empresas de telefonia e instituições financeiras, é seu papel agir para orientar e punir os responsáveis por condutas geradoras de litigância repetitória.

4. Arremate

Consoante asseverado ao início deste estudo, a indenização encontra medida na extensão do dano, nada mais.

A investigação dos caracteres essenciais da responsabilidade civil sob um prisma dogmático, o cotejo com o instrumento processo e, finalmente, uma percepção sistêmica, sedimentam a impossibilidade de aderir à indenização um adorno de punição preventiva.

Com efeito, vivificados os componentes da responsabilidade civil, não se extrai da culpa, do dano ou do nexo de causalidade fundamento ao elastério da indenização para além do prejuízo objetivado ou estimado pelo ofendido.

No âmbito normativo, impende reconhecer que a delimitação dos horizontes da indenização até os limites do dano, principalmente no que diz com o prejuízo imaterial, foi operada pelo legislador civil em obediência à Constituição Federal, que dispôs sobre a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização “pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Por conseguinte, ao prever reparação para o prejuízo **resultante** da violação, não haveria qualquer espaço para que o legislador infraconstitucional somasse uma nota penalizante ao ofensor. Menos ainda para o magistrado, na interpretação da lei material em cotejo com o texto constitucional.

De outra ponta, um enfoque processual acurado também reafirma a pertinência da interpretação que se pretende na valoração da indenização.

⁴¹ Cf. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório-Pesquisa*: 100 maiores litigantes. Brasília, DF: CNJ, 2011. p. 14. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 23 maio 2016.

Na demanda reparatória, incumbe ao autor externar de maneira realista o montante indenizatório perseguido, à altura do prejuízo experimentado, na conformidade das circunstâncias objetivas e subjetivas do caso concreto, e não de fatores externos ou relações jurídicas travadas entre o ofensor e terceiros, devendo ainda valorar a causa de modo condizente com o benefício econômico alvitado.

E como é sabido, nem mesmo desfruta o autor legitimidade extraordinária para postular a majoração da indenização como forma de inibir futuras e difusas transgressões pelo ofensor, como se fora “defensor da coletividade”, de modo a buscar uma essência coletiva à sua ação individual que, em realidade, somente redundará benefício econômico em seu favor.

Por fim, sendo certo que o autor não ostenta legitimidade para postular um acréscimo sobre a extensão do dano, e tampouco existe correlação entre tal pretensão e a causa de pedir, importa reconhecer que uma sentença impositiva de reparação cujo montante reconhece a extensão do dano, mas vai além para aderir um capítulo punitivo sob fundamentos didático e preventivo, em princípio, incorre em julgamento **ultra petita**.

Até porque incumbe a órgãos e instituições legitimados o combate a reiteradas violações a direitos dos consumidores, e não ao juiz singular, na apreciação de ação individual, como a pretender sobrepor-se àquela função, muita vez desconhecendo que resultado da majoração no valor indenizatório, com descolamento da extensão do dano, produz resultado de todo inócuo frente à relação custo-benefício operada pelo ofensor, de sorte a estar, tão somente, a beneficiar financeiramente o autor da demanda.

São as considerações.