XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

WILLIAM PAIVA MARQUES JÚNIOR

HELENA NASTASSYA PASCHOAL PITSICA

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597

Direito civil contemporâneo [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Helena Nastassya Paschoal Pitsica; William Paiva Marques Júnior.

– Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-654-3
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito civil contemporâneo. XXIX Congresso Nacional do CONPEDI Balneário Camboriu - SC (3: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

Apresentação

A presente coletânea é composta dos trabalhos aprovados, apresentados e debatidos no Grupo de Trabalho: “Direito Civil Contemporâneo I”, no âmbito do XXIX Congresso Nacional do CONPEDI, realizado entre os dias 07 a 09 de dezembro de 2022, na cidade de Balneário Camboriú/Santa Catarina, na UNIVALI – Universidade do Vale do Itajaí, e que teve como temática central “Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities”.

Os trabalhos expostos desenvolveram de forma verticalizada diversas temáticas atinentes ao Direito Civil Contemporâneo, especialmente na relação dialogal com o Direito Constitucional. As pesquisas ora apresentadas funcionam como canais indispensáveis nos debates e propostas das pendências existentes nos campos indicados e na busca de soluções efetivas para as problemáticas indicadas.

Gustavo Henrique de Souza Vilela aborda os movimentos do constitucionalismo e da codificação do direito privado, traça suas características mais impactantes como a supremacia da constituição, a constitucionalização do direito, a publicização do direito privado e a descodificação do Direito Civil pelo advento dos microssistemas. A partir do conceito, da origem e da finalidade desses elementos, reflete-se sobre os impactos da aplicação do valor normativo dos princípios constitucionais, para que não sejam banalizados, a eficácia dos direitos fundamentais e a busca pela função social dos institutos jurídicos na aplicação do direito.

Flavia Portella Püschel investiga a relação entre doutrina e jurisprudência em diálogo com a crítica feita por Judith Martins-Costa, segundo a qual a doutrina civilista atual tornou-se inútil tanto para a aplicação do direito quanto para orientação dos operadores do direito e dos destinatários das normas jurídicas, a partir do caso da responsabilidade civil punitiva, o qual exemplifica com clareza os efeitos da ausência de diálogo entre doutrina e jurisprudência, apontado pela autora como sintoma da perda de autoridade e utilidade da doutrina civilista brasileira.

Gustavo Henrique de Souza Vilela reflete sobre o direito sucessório. Conquanto sua relevância, tendo em vista que a todos afeta, apresenta-se em um cenário de estagnação, que tem ancorado o ramo jurídico às vestes do passado. Em alguns institutos sucessórios, essa

carência mostra-se mais acentuada, é o que acontece com a indignidade e a deserdação, responsáveis pela possibilidade jurídica de exclusão do direito fundamental à herança. Propõe que a exclusão sucessória tem potencial para transformar-se em mecanismo de combate à violência doméstica e familiar, mas para que isso aconteça é necessário afastar-se do perfil apenas vingativo e fazer aflorar seu viés preventivo, através de mudança legislativa expressiva.

Alderico Kleber De Borba e Vitor Antônio da Silva Faria investigam a constitucionalidade na vedação à escolha do regime de bens para o casamento, para pessoas acima de 70 anos de idade. A obrigatoriedade do regime de separação legal de bens, em decorrência da idade do contraente, foi positivada numa perspectiva individualista e patrimonialista no art. 258, parágrafo único, inciso II, do Código Civil de 1916, lardeado de influxos do modelo de Estado Liberal (atualmente superado). O art. 1.641, II do CC de 2002 repetiu a redação do CC /1916, mantendo a proteção estatal não sob a ótica da pessoa, mas sim do patrimônio. Na mens legis do art. 1.641, II, do CC/2002, o que se tem é a proteção de interesses econômicos e patrimoniais, relegando a segundo plano a autonomia da vontade e a dignidade da pessoa humana. A repersonalização do Direito Civil implica na emancipação humana, no sentido de repor a pessoa humana como centro do direito, passando o patrimônio ao segundo plano. O contraente do casamento que possui 70 (setenta) anos ou mais é plenamente capaz para o exercício de todos os atos da vida civil, inclusive livre disposição de seus bens. Num ambiente de Direito Civil constitucionalizado, o art. 1641, II, do CC/2002 é inconstitucional. A patrimonialização das relações civis é incompatível com os valores fundados na dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III da CF).

Éder Augusto Contadin e Alessandro Hirata alertam que a teoria da transmissão no Direito Civil das Obrigações não é tratada como teoria geral, mas organizam dogmaticamente e metodologicamente os elementos teóricos e os requisitos centrais de sua funcionalidade jurídica. Também, procuram aferir os efeitos jurídicos advindos dos instrumentos de circulação jurídica e a correlação estrutural com aqueles elementos e requisitos. O estudo dos direitos subjetivos (absolutos e relativos) e das posições jurídicas atomizadas em seus conceitos são ponto nodal para a compreensão do fenômeno translativo em Direito. Procede-se à análise teórica desses elementos centrais (direito subjetivo e posições jurídicas) associados à circulação jurídica de direitos pessoais (ou relativos, ou de crédito), que também podemos denominar de transmissão jurídica no plano do Direito das Obrigações. Como resultado da pesquisa, desvela-se a riqueza conceitual e estrutural dos negócios de transmissão de posições jurídicas obrigacionais, em que os contratos de cessão (de crédito, de

débitos – também denominados “assunção de dívidas” – e de posições contratuais) designam a transmissão das posições jurídicas ativas e/ou passivas com fonte negocial, e não a própria fonte que os desencadeia.

Daniel Stefani Ribas, Danilo Rodrigues Rosa e Leticia Faturetto de Melo tratam do contexto atinente ao paradigma das funções da responsabilidade civil como instrumento para a estruturação da indenização nos casos de danos à liberdade de expressão. O fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana e a constitucionalização do direito civil permitem uma compreensão das funções da responsabilidade - compensatórias, precaucional e punitiva ou pedagógico punitiva - como diretrizes para fixação da indenização.

Eloah Alvarenga Mesquita Quintanilha e Jordana Aparecida Teza analisam a evolução genética no campo do Direito e o seu impacto no sistema judiciário brasileiro. Por meio de uma exposição de casos concretos, demonstra-se a posição do magistrado quanto à confiabilidade dos exames de DNA, admitindo a possibilidade de considerá-la como prova confiável, mas não infalível. Isso se deve à existência de complicações genéticas, (“quimerismo”: indivíduo com duas cargas genéticas) capazes de “mascarar” o seu resultado. A importância do instituto da prova judicial é reafirmada no texto, propondo um debate sobre os eventuais conflitos nos processos de investigação de paternidade e investigação criminal. Evidencia-se a inquietude quanto à ausência de regulamentação no Brasil sobre a metodologia utilizada nos exames de DNA. Neste sentido, preconiza-se pesquisar o quimerismo de forma lato sensu, sua influência nos resultados dos exames de DNA e o seu impacto nas ações de família quanto ao direito do estado de filiação e origem genética.

Rodrigo Rodrigues Correia propõe uma análise a partir da ausência de uma disciplina legal especialmente destinada à adequação do registro civil de pessoas transgênero, o Provimento nº 73 de 2018 do Conselho Nacional de Justiça cuida do processamento extrajudicial pelos Oficiais de Registro, independente de decisão judicial, buscando compreender quais os parâmetros utilizados para possibilitar o processamento extrajudicial da adequação do registro, independente de decisão judicial e de apresentação de documentos médicos que atestam a condição de transgênero ou a ocorrência de terapias e da cirurgia para redesignação sexual.

Alexandre Barbosa da Silva e Denner Pereira Da Silva investigam, sob a ótica da condição humana, a implementação do programa de compliance pode ampliar a margem de escolha das pessoas com deficiência, com segurança e autonomia, em complemento à atual forma de regulação estatal. Dentre os seus objetivos está a possibilidade de concretizar direitos fundamentais da pessoa com deficiência por meio das ferramentas de compliance, garantindo-

se o seu ingresso e permanência nas instituições, na perspectiva de confirmação do exercício de sua capacidade civil.

Para Daniela Silva Fontoura de Barcellos , Alice Aparecida Dias Akegawa e José Caldeira Gemaque Neto, a pandemia trouxe juros altos, desemprego, inflação, enfim vários males tanto na saúde humana, sociedade como na gestão da administração pública e privada fatores que motivam a crise do Estado, logo o Poder Judiciário foi acionado para intervir nas relações interpessoais conflituosas para pacificar e resolver o caso concreto. Em resposta a esta indagação, foi possível estabelecer que a teoria da imprevisão e a resolução do contrato por onerosidade excessiva é a solução do caso concreto encontrado pelo TJMG nos tempos de pandemia na resolução da lide.

Ana Paula Cardoso e Silva e Renata Apolinário de Castro Lima, a partir do método hipotético-dedutivo, abordam a possibilidade ou não do casamento da pessoa com deficiência mental e intelectual após as alterações promovidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência - Lei nº 13.146 de 06.07.2015, o qual buscou promover a inclusão das pessoas com deficiência ao contexto social em que vivem como forma de garantir-lhes a dignidade da pessoa humana atribuindo-lhes autonomia existencial, alterando substancialmente a teoria das incapacidades antes instituída no ordenamento jurídico brasileiro, ao tratar de forma igualitária as pessoas que antes da sua vigência eram consideradas incapazes, tornando-as capazes. Analisa-se ainda as complexidades decorrentes do reconhecimento legal do direito ao casamento das pessoas com deficiência mental e intelectual abordando as condições necessárias para que estas pessoas exerçam este direito e, diante da possibilidade deste casamento, se poderiam decidir acerca do regime de bens a ser adotado e se teriam a plena liberdade para conduzirem a sociedade conjugal.

Marcio Bessa Nunes, Danúbia Patrícia De Paiva e Sérgio Henriques Zandona Freitas, traçam um panorama das mudanças jurídicas verificadas no século XX, durante a vigência do Código Civil de 1916, desde o ambiente em que foi criado, passando pelas alterações sofridas até o final de sua vigência, com o Código Civil de 2002. Examinam os conceitos de patriarcado e feminismo, e como a discussão desses fenômenos propiciou uma mudança de visão em relação ao papel da mulher e, em seguida, a toda pessoa humana, independentemente do gênero. Abordam a constitucionalização do Direito Civil, analisando os conceitos de dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e direitos da personalidade. O tema-problema do presente artigo está no exame dos avanços constitucionais já efetivados no Direito Civil brasileiro do ponto de vista da autonomia e dos Direitos da Personalidade. Evidenciam, por fim, as perspectivas de desenvolvimento do Direito Civil, a partir do novo conceito de capacidade, visando estabelecer o modelo

democrático para a compreensão da autonomia, especialmente a existencial, no Estado Democrático de Direito brasileiro.

Joel Ricardo Ribeiro de Chaves defende que, tanto pela via de aplicação do parágrafo 3º do artigo 23 da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais aos serviços notariais e registrais, quanto pela via de resolução de antinomia aparente entre a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e a Lei de Registros Públicos, o resultado final que se pode identificar é o da aplicação das normas especiais de registros públicos à retificação de erros no Registro Civil de Pessoas Naturais e, apenas subsidiária e complementarmente, a aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, no que esta não conflitar com àquela.

Marcio Bessa Nunes , Antônio Carlos Diniz Murta e Sérgio Henriques Zandona Freitas consideram que, com a mudança do Código Civil de 2002 (CC/2002), operada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), por meio da Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015, a capacidade passou a ser regra geral no ordenamento legal brasileiro. Porém, não há, no Direito, um conceito claro do que seja deficiência, sobretudo a mental, que apresenta nuances inviáveis de serem captadas pela mera dogmática jurídica. Assim, deve o Direito colher, de outras ciências e saberes, meios que auxiliem o operador jurídico a definir, no caso concreto, a deficiência, tarefa que pode receber substancioso auxílio da Sociologia e seu conceito social da deficiência. Por meio do estudo do novo conceito de (in)capacidade no direito brasileiro, o conceito de deficiência passa a ser visto como um resultado de um relacionamento complexo entre as condições do indivíduo e das outras pessoas, desde a família até a comunidade, sendo dada ênfase, assim, a todo o contexto no qual a pessoa está inserida.

Marta Rodrigues Maffeis e Cíntia Rosa Pereira de Lima constatam que a liberdade de expressão é um direito fundamental que se desdobra na liberdade de manifestação do pensamento e na liberdade de opinião e de comunicação, inserindo-se aí, a liberdade de imprensa e o direito de informar. Não raramente, vem a lume situações de colisão entre a liberdade de imprensa e a ofensa a direitos da personalidade de terceiros, como, honra, intimidade e vida privada. Portanto, censurar previamente qualquer manifestação do pensamento não estaria em acordo com a vontade do constituinte. É nesse sentido que o Supremo Tribunal Federal se posicionou na ADPF nº. 130/DF que declarou inconstitucional a antiga Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67). Segundo o STF, a liberdade de expressão deve ser elevada à categoria de sobredireito, pois segundo o Ministro Ayres Britto, ainda que não haja hierarquia entre os direitos fundamentais, para que sejam exercidas as liberdades de expressão e pensamento, há necessidade de colocá-las acima de outros direitos fundamentais expressos na Carta Magna. Em advindo alguma lesão a direito de outrem, há que se

responsabilizar o agente causador do dano, mas não impedir a prévia manifestação do pensamento.

Gabriela Neckel Netto, Jean Moser e Denise S. S. Garcia revelam que as criptomoedas se tornaram nos últimos tempos um avanço no universo dos investimentos, motivo pelo qual, o criptoativo vem se tornando alvo de penhora pelos credores que pretendem obter a satisfação do seu crédito, investigando a possibilidade ou não da penhora das criptomoedas, constatando-se a volatilidade das moedas digitais contribuem para a dificuldade da penhora desse bem apesar de que já se tem o entendimento de tratar-se de um ativo financeiro que constitui o patrimônio do devedor. Necessitando assim, de uma legislação especifica que venha esclarecer o procedimento de penhora desse bem em específico.

Joana Vivacqua Leal Teixeira de Siqueira Coser pesquisa se, mesmo diante de cláusula contratual expressa, caberia ao juiz a análise acerca da utilidade da prestação e, se possível, quais seriam os limites da intervenção judicial. Para tanto, faz-se uma análise da legislação e doutrina acerca da temática proposta. Inicialmente, aborda os atuais contornos da obrigação. Em seguida, estuda as definições e os critérios distintivos entre inadimplemento absoluto e mora. Posteriormente, analisa a possibilidade de atuação judicial diante de cláusula resolutiva expressa ou específica das hipóteses de perda do interesse útil do credor, fazendo uma abordagem acerca dos princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato, bem como dos limites e parâmetros para a atuação judicial.

Com grande satisfação os coordenadores apresentam a presente obra, agradecendo aos autores /pesquisadores envolvidos em sua produção pelas profícuas reflexões surgidas e debatidas, bem como reiteram e louvam a dedicação e competência de toda a equipe do CONPEDI pela organização e realização do exitoso e arrojado evento, realizado em Balneário Camboriú /Santa Catarina.

Reiteramos a esperança que a obra ora apresentada sirva como parâmetro acadêmico para a compreensão dos problemas da complexa realidade social sob a óptica civilista. Desejamos leituras proveitosas na construção de uma nova perspectiva para os desafios impostos ao Direito Civil Contemporâneo no contexto pós-pandêmico de utilização dos mecanismos de Direito Privado como força motriz da inclusão cidadã.

Profa. Dra. Helena Nastassya Paschoal Pitsica- UNIVALI (Universidade do Vale do Itajaí)

Prof. Dr. William Paiva Marques Júnior- UFC (Universidade Federal do Ceará)

RESPONSABILIDADE CIVIL PUNITIVA À BRASILEIRA: DOUTRINA, JURISPRUDÊNCIA E A CONSTRUÇÃO DE UM DISCURSO VAZIO

PUNITIVE DAMAGES THE BRAZILIAN WAY: LEGAL DOCTRINE, COURT DECISIONS AND THE CONSTRUCTION OF AN EMPTY DISCOURSE

Flavia Portella Püschel [1]

Resumo

Objetivo deste artigo é analisar a relação entre doutrina e jurisprudência em diálogo com a crítica feita por Judith Martins-Costa, segundo a qual a doutrina civilista atual tornou-se inútil tanto para a aplicação do direito quanto para orientação dos operadores do direito e dos destinatários das normas jurídicas. Isso será feito a partir do caso da responsabilidade civil punitiva, o qual exemplifica com clareza os efeitos da ausência de diálogo entre doutrina e jurisprudência, apontado pela autora como sintoma da perda de autoridade e utilidade da doutrina civilista entre nós. A análise será feita com base em dados disponíveis sobre a jurisprudência brasileira nesse tema. Conclui-se que o estado atual da jurisprudência sobre responsabilidade civil punitiva é um caso típico de insuficiência da crítica doutrinária. Multiplicam-se decisões judiciais arbitrárias, as quais se baseiam em um discurso punitivo-preventivo vazio, na medida em que não apresentam as condições necessárias para perseguir a dissuasão, objetivo em si mesmo questionável.

Palavras-chave: Relação entre doutrina e jurisprudência, Crise da doutrina civilista, Responsabilidade civil punitiva, Arbitrariedade judicial, Doutrina crítica

Abstract/Resumen/Résumé

The purpose of this article is to analyze the relationship between legal doctrine and court decisions in dialogue with criticism made by Judith Martins-Costa, according to which current private law doctrine has become useless both for the application of law and for the guidance of legal professionals and addressees of legal norms. This will be done from the case of punitive civil liability, which clearly exemplifies the effects of the lack of dialogue between doctrine and courts, pointed out by the author as a symptom of the loss of authority and usefulness of private law doctrine among us. The analysis will be based on available data on Brazilian court decisions on this topic. The article concludes that the current state of court decisions on punitive civil liability is a typical case of insufficient doctrinal criticism. Arbitrary judicial decisions are multiplying, which are based on an empty punitive-preventive discourse, insofar as they do not present the necessary conditions to pursue deterrence, an objective questionable in itself.

[1] Doutora em Direito pela USP. Professora Associada da FGV Direito SP

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Relations between legal doctrine and court decisions, Crisis of private law doctrine, Punitive damages, Judicial arbitrariness, Critical legal doctrine

Respect for the Rule of Law requires respect for the rules of the law
Neil MacCormick

1. Introdução

Em sua apresentação à obra "Modelos de direito privado", Judith Martins-Costa (MARTINS-COSTA, 2014a, *passim*) trata em tom sombrio da crise contemporânea da doutrina jurídica, em especial da doutrina civilista, desprestigiada, esvaziada de sua autoridade, inútil tanto para a aplicação do direito quanto para orientação dos operadores do direito e dos destinatários das normas jurídicas.

Objetivo deste artigo é refletir especificamente sobre a relação entre doutrina e jurisprudência em diálogo com esta crítica de Judith Martins-Costa, a partir da questão da responsabilidade civil punitiva.

A questão da responsabilidade civil com caráter punitivo é interessante para este propósito principalmente por duas razões. Em primeiro lugar, porque a própria Judith Martins-Costa já escreveu criticamente sobre o tema (MARTINS-COSTA, 2014b). Em segundo lugar, porque exemplifica com clareza os efeitos da ausência de diálogo entre doutrina e jurisprudência, apontado por ela como sintoma da perda de autoridade e utilidade da doutrina civilista entre nós.

Trata-se aqui de esforço para relacionar a crítica teórico-dogmática de Judith Martins-Costa com alguns dados instigantes sobre a jurisprudência acerca da responsabilidade civil punitiva disponíveis. Inicialmente se apresentará o diagnóstico que Judith Martins-Costa faz da doutrina civilista atual. Depois disso se discutirá a relação entre doutrina e jurisprudência com base no caso da responsabilidade civil punitiva, encerrando-se em seguida o artigo com breves conclusões.

2. Diagnóstico: a doutrina inútil

Com fundamento na obra de Miguel Reale, Judith Martins-Costa faz sua crítica à doutrina atual a partir da ideia de *modelos jurídicos*, isto é, "estruturas normativas dinâmicas, que integram fatos e valores em normas jurídicas" (MARTINS-COSTA, 2014a, p. 10).

A tarefa primordial da doutrina jurídica, afirma a autora, é a elaboração de um desses *modelos jurídicos*, o *modelo dogmático* (também chamado de hermenêutico ou doutrinário), o qual consiste em estruturas teóricas voltadas a captar e atualizar os demais *modelos jurídicos*, quais sejam, os *modelos legislativos*, *jurisprudenciais*, *costumeiros* e *negociais* (MARTINS-COSTA, 2014a, p. 10).

É o fracasso na realização desta sua tarefa primordial que caracterizaria, segundo a autora, a doutrina civilista atual, resultando na perda de sua utilidade e de sua razão de ser, por consequência.

O desenvolvimento da noção de doutrina na tradição do direito continental europeu levou à consolidação, no séc. XX, da "percepção da doutrina como autoridade *epistemológica*, autoridade do saber jurídico específico" (grifos no original) (MARTINS-COSTA, 2014a, p. 14-15). Tal autoridade, embora não tenha a doutrina formalmente o status de fonte do direito, permite que atue de modo relevante, produzindo modelos de compreensão e orientação constitutivos da experiência jurídica e contribuindo para a segurança jurídica, ao proporcionar uma continuidade ao direito (MARTINS-COSTA, 2014a, p. 16-17).

A autoridade da doutrina deriva da força do argumento, da independência do juízo e da confiabilidade moral e intelectual do doutrinador (MARTINS-COSTA, 2014a, p. 17).

A confusão que se faz entre a autoridade assim compreendida e a atribuição de autoridade a uma opinião pelo simples fato de ter sido publicada é um dos fatores identificados pela autora como explicação para perda de autoridade da doutrina (MARTINS-COSTA, 2014a, p. 17-18).

Em seu texto, Judith Martins-Costa destaca o problema que decorre da atuação dos tribunais no vazio doutrinário atual, afirmando:

"Ausente o trabalho de construção doutrinária, que funciona como âncora – ao fixar conceitos e orientar sobre as possibilidades de aplicação dos modelos jurídicos – é grande a tentação, para o juiz, de se ver como paralegislador, espécie de 'engenheiro social' (...) O resultado está nas bruscas rupturas do entendimento jurisprudencial, na miscelânea das decisões conflitantes sobre um mesmo tema, em uma palavra: na insegurança jurídica derivada da impossibilidade de manter expectativas e vê-las razoavelmente atendidas" (MARTINS-COSTA, 2014a, p. 25).

A crise da doutrina resulta, além da perda de sua autoridade epistemológica, da sua incapacidade de oferecer soluções adequadas ao sistema, o que implica sua perda de utilidade (MARTINS-COSTA, 2014a, p. 25-26).

Os modelos dogmáticos "servem para explicitar, confirmar, sistematizar, propor, e corrigir os modelos prescritivos (legais, jurisprudenciais, costumeiros, negociais) em vigor". Assim, "é útil a doutrina (e só é útil a doutrina) quando se ocupa com diligência e rigor da dogmática, este verdadeiro 'núcleo da investigação científica no âmbito do direito', tecido e permanentemente reconstruído a partir da reflexão sobre o sistema e a atenção à prática, objeto empírico da dogmática jurídica" (MARTINS-COSTA, 2014a, p. 32).

A falta de rigor dogmático, portanto, corrói a autoridade e a utilidade da doutrina civilista atual, tornando-a irrelevante para o desenvolvimento da jurisprudência, a qual, por sua vez, tende a tornar-se fragmentada e autoritária, com consequências negativas importantes para a segurança jurídica e para a legitimidade das decisões judiciais.

3. Doutrina e jurisprudência: o exemplo da responsabilidade civil punitiva

No direito brasileiro, a questão da responsabilidade civil punitiva surge nas discussões sobre dano moral, campo do direito cujo "tratamento dogmático (...) se tem dado, no mais das vezes de modo simplista, atécnico e disfuncional aos próprios fins que a responsabilidade civil, como instituto jurídico, está voltada a proteger" (MARTINS-COSTA, 2014b, p. 289), características que já indicam graves problemas em relação a sua autoridade e utilidade.

Como se disse acima, a construção de conceitos jurídicos exige rigor técnico. Tal rigor é, ao mesmo tempo, o elemento que permite a transformação da tradição de modo a atender às exigências presentes, quanto condição "*sine qua non* para a compreensibilidade que resulta de um entendimento compartido" (MARTINS-COSTA, 2014b, p. 302).

Judith Martins-Costa entende que a função da responsabilização por dano moral é "*compensar* o desrespeito a bem integrante da personalidade ou perda acoplada, como efeito, à injusta lesão a direito subjetivo patrimonial" (grifo no original) (MARTINS-COSTA, 2014b, p. 303).

Segundo a autora, a atribuição de uma função punitiva à responsabilidade civil é incompatível com o sistema constitucional e civil brasileiro pois implica aplicar pena sem lei anterior que a defina e (no caso de responsabilidade objetiva) sem exame da culpa do autor do ilícito (MARTINS-COSTA, 2014b, p. 308-309).

A autora chama atenção para o fato de que a atribuição de função punitiva à responsabilidade civil já foi rejeitada expressamente em duas ocasiões, uma pelo executivo (por meio do veto presidencial ao projeto de CDC) e outra pelo legislativo (pela não aprovação de emenda ao parágrafo único do art. 944 do CC que a previa). Diante disso, argumenta a autora, não cabe à doutrina e à jurisprudência introduzir no sistema instituto claramente já rejeitado pelos Poderes a quem cabe legislar (MARTINS-COSTA, 2014b, p. 309).

A admissão de um caráter punitivo à responsabilidade civil no direito brasileiro levanta de fato várias questões (PÜSCHEL, 2007, p. 20-23), mas, sobretudo, parece-me revelador do problema que afeta a doutrina civilista e sua relação com a jurisprudência o fato de que nem uma nem outra levam em conta o sistema jurídico como um todo nesse caso. A responsabilidade civil punitiva por danos morais é tratada como panaceia, como se fosse o único instrumento jurídico para lidar com a prevenção de condutas socialmente indesejáveis.

Assim, corretamente aponta Judith Martins-Costa, que em grande número de decisões judiciais não se cogita se outros remédios, como tutelas inibitórias ou sanções administrativas poderiam cumprir a função atribuída à responsabilidade civil punitiva (MARTINS-COSTA, 2014b, p. 313). Parece-me que o erro original da doutrina neste tema é limitar-se ao estudo de um instituto jurídico de modo isolado, supondo, a partir dessa visão míope, que a responsabilidade civil deve dar conta não apenas de compensar as vítimas de dano moral, mas também punir e prevenir atos ilícitos.

Ao fazer isso, a doutrina "embora conheça a existência de decisões judiciais que atribuem caráter punitivo à responsabilidade civil por danos morais, não reflete adequadamente sobre o significado disso para o nosso sistema de responsabilidade civil em geral, evitando considerar os efeitos que tais decisões necessariamente têm sobre um sistema tradicionalmente fundado na ideia de reparação" (PÜSCHEL, 2007, p. 20).

Em parte, isso deriva do fato de que a doutrina, na verdade, conhece mal a jurisprudência sobre responsabilidade civil punitiva por danos morais, o que a impede de perceber contradições internas que tornam altamente questionável o proclamado

potencial punitivo de tais decisões judiciais e colocam em cheque a própria justificativa da punição por parte de quem a defende.

Para demonstrar esse problema, recorrerei a alguns dados empíricos.

3.1. Levantamento de dados sobre a jurisprudência relativa aos danos morais

Para conhecer a jurisprudência sobre responsabilidade civil punitiva, é preciso mais do que colecionar exemplos. É necessário realizar um "levantamento empírico para estabelecer quais são e em que proporção aparecem fundamentos punitivos na imputação de responsabilidade civil (PÜSCHEL, 2007, p. 23).

Para realizar tal investigação, é preciso começar por estabelecer quais argumentos invocados nas decisões podem ser considerados "punitivos". Isso depende, por sua vez, de se ter clareza sobre o que deve ser entendido como punição nesse contexto (PÜSCHEL, 2007, p. 23).

3.1.a. O que significa punir

O caráter punitivo da responsabilidade civil é tema controverso já quanto à sua definição: fala-se frequentemente de funções punitiva, pedagógica e preventiva da responsabilidade civil, de maneira indistinta. Esta assimilação, em geral pouco desenvolvida, de punir, educar e prevenir é uma das razões que prejudicam o debate sobre a responsabilidade civil punitiva.

Para que fiquem claros os limites da discussão proposta neste trabalho, serão feitas as distinções e traçadas as relações entre tais possíveis funções da responsabilidade civil, delimitando-se, assim, o objeto de reflexão.

Considera-se punição uma sanção negativa, necessariamente dolorosa para quem a sofre: punir é infligir um mal como resposta pela violação de uma norma jurídica[1]. Trata-se da sanção característica do direito penal, de modo que, ainda que não se limite

[1] De acordo com M. Reale Jr, (REALE JR, 2002, p. 44), a pena é a "infligência de um mal", ainda que seja de um mal justo, sendo reconhecido seu caráter de castigo mesmo pelos penalistas que lhe negam finalidade retributiva. J. F. Marques (MARQUES, 1956, p. 103) entende ser a pena uma sanção de caráter aflitivo, porque consiste na privação ou diminuição de bens jurídicos, como "castigo e mal imposto ao delinqüente" e, fazendo referência a G. Battaglini, afirma que uma pena não aflitiva seria uma contradição em termos. G. Jakobs (JAKOBS, 1993, p. 5-6), por sua vez, embora não reduza a pena à infligência de um mal, afirma que a pena é a demonstração da validade da norma às custas de um responsável, admitindo que nisto reside um mal.

necessariamente aos ilícitos criminais, é nas teorias da pena que se encontram as reflexões mais aprofundadas sobre a sua natureza, seus objetivos e suas justificações.

Tradicionalmente, as teorias da pena dividem-se em absolutas e relativas. As teorias absolutas veem a aplicação da pena como um fim em si, enquanto as teorias relativas a consideram um meio para a manutenção da ordem social (JAKOBS, 1993, p. 15).

Para as teorias absolutas a pena é uma retribuição proporcional ao mal praticado pelo autor do ilícito, isto é, um castigo por haver violado a norma (REALE JR., 2002, p. 46-50)[2].

Já as teorias relativas tratam a pena como meio para a consecução de uma diversidade de objetivos sociais. Assim, para a teoria da prevenção geral negativa, a pena tem como objetivo atemorizar o público em geral, por meio do exemplo da punição dos delinquentes. A ideia é que o medo da pena dissuada as pessoas de delinquir, prevenindo a prática de ilícitos pelos membros da sociedade em geral (REALE JR., 2002, p. 53-54; GÜNTHER, 2004, p. 119).

Conforme a teoria da prevenção especial negativa, a pena deve causar uma impressão negativa em quem delinquiu, de modo que o medo de sofrer nova punição dissuada o apenado de voltar a violar a norma jurídica (GÜNTHER, 2004, p. 119).

Segundo a teoria da prevenção geral positiva, a pena destina-se a confirmar as expectativas das pessoas que confiam na validade da norma, garantindo desse modo os pressupostos da interação social (JAKOBS, 1993, p. 13; GÜNTHER, 2004, p. 119; REALE JR., 2002, p. 56)

Finalmente, para a teoria da prevenção especial positiva, a pena tem o objetivo de promover o arrependimento da pessoa que delinquiu e, assim, levá-la a optar pelo respeito à lei no futuro (GÜNTHER, 2004, p. 119).

A partir das teorias relativas da pena, percebe-se a relação entre punir e prevenir a prática de ilícitos (e danos, no caso da responsabilidade civil). Fundamental é notar, no entanto, que a prevenção nestes casos é baseada na *dissuasão*, isto é, a ideia de que punir previne a prática de ilícitos funda-se na expectativa de que o *medo* de sofrer um mal faça com que as pessoas deixem de delinquir.

[2] Atualmente, é pacífica no direito penal a ideia de que a punição se justifica sempre pela manutenção da ordem social. Embora a retribuição permaneça sendo um elemento da discussão sobre a determinação da pena – especialmente como um limite para a punição e um elemento de sua legitimação – não se considera mais como justificativa absoluta da pena (JAKOBS, 1993, p. 15; 19).

Esta característica da prevenção pela punição é relevante para a análise que faremos mais adiante sobre a adequação da responsabilidade civil punitiva. Note-se que não é toda estratégia jurídica preventiva que se baseia no medo da sanção. A exigência de graduação em curso de Direito e aprovação em exame da Ordem dos Advogados do Brasil como requisitos para o exercício da advocacia é um exemplo de política de prevenção de danos decorrentes do mau exercício da profissão, a qual se funda na *qualificação* dos profissionais e não na *ameaça* de uma sanção negativa.

Em suma, a punição é apenas um dentre vários meios de prevenção de ilícitos, cuja característica essencial é basear-se no temor à sanção.

O mesmo se pode dizer em relação à dita função pedagógica da punição. Trata-se de uma visão pedagógica específica, isto é, da ideia de que se aprende por reforço *negativo*. Objetivos pedagógicos podem ser buscados também de outros modos, notadamente, por meio do reforço *positivo*. De modo que, também quanto ao seu caráter pedagógico, é preciso notar que a responsabilidade civil punitiva pressupõe a mudança de comportamento pelo medo da sanção.

Quando tratamos de responsabilidade civil punitiva, portanto, estamos cuidando da aplicação de um mal com o objetivo de mudar o comportamento das pessoas, evitando que pratiquem atos ilícitos. A punição é, assim, um meio para atingir o objetivo de prevenção, o qual se baseia na alteração do comportamento por reforços negativos.

Portanto, quando doutrina e jurisprudência referem-se a funções preventiva e pedagógica, estão se referindo também à função punitiva, uma vez que supõem que a prevenção e a educação ocorrem como efeito da aplicação de sanções punitivas.

Neste passo é importante distinguir também a responsabilidade civil punitiva de um certo *efeito punitivo* da responsabilidade civil. É certo que, como afirma Aguiar Dias (1994, p. 735), "a prevenção e repressão do ato ilícito resulta da indenização em si, sendo-lhe indiferente a graduação do montante da indenização. Mesmo os ricos sofrem um corretivo moral enérgico, que conduz à prevenção e repressão do ilícito praticado, quando lhes é imposta a obrigação de reparar o dano sofrido por outrem". No entanto, reconhecer que a reparação dos danos possa eventualmente ser sentida como um mal pelo sujeito responsabilizado não é o mesmo que estabelecer a sanção civil *para que* seja sentida como um mal. O que se discute ao tratar de responsabilidade civil punitiva não é este simples possível efeito punitivo, mas propriamente a conformação do instituto ao objetivo punitivo.

Com base nas teorias tradicionais da pena, podem ser considerados como manifestação da atribuição de uma função punitiva à responsabilidade civil os seguintes critérios de quantificação do dano moral[3] (PÜSCHEL, 2007, p. 23):

1. Referência expressa a intenção/objetivo/função de punir o autor do ilícito;

2. Referência expressa a intenção/objetivo/função de prevenir/evitar que o autor do ilícito volte a praticar o ato (prevenção especial);

3. Referência expressa a intenção/objetivo/função de prevenir/evitar que outras pessoas pratiquem o mesmo tipo de ato (prevenção geral negativa);

4. Condenação pela simples violação de um direito, sem demonstração de prejuízo;

5. Consideração do grau de culpa do autor do ilícito;

6. Consideração da capacidade econômica do autor do ilícito;

7. Consideração dos ganhos obtidos por meio da prática do ato ilícito.

Os quatro primeiros critérios enumerados acima referem-se aos fins buscados por meio da condenação. Já os três últimos tratam especificamente da dosagem, isto é, da medida, da condenação.

3.1.b. Resultados do levantamento jurisprudencial

Tais critérios foram posteriormente empregados em levantamento jurisprudencial (PÜSCHEL *et al.*, 2011a).

Nesse estudo, realizado por amostragem, analisaram-se acórdãos de 15 Tribunais, distribuídos entre as várias regiões do país, incluindo Tribunais de Justiça,

[3] Para uma justificativa de cada um desses critérios, ver PÜSCHEL, 2007, p. 25-27. Ao contrário do que se defende lá, Judith Martins-Costa não relaciona o critério da culpa do autor do ilícito com a função punitiva, por exemplo (MARTINS-COSTA, 2014b, p. 314). Neste diálogo é preciso considerar, portanto, que quando tratamos de critérios punitivos para o cálculo do dano moral não estamos necessariamente falando dos mesmos critérios. Nota-se, portanto, que a própria questão do que caracterizaria a responsabilidade civil punitiva por danos morais é controversa.

Tribunais Regionais Federais e Tribunais Regionais do Trabalho, cinco de cada, totalizando 1044 decisões judiciais relativas ao ano de 2008[4].

Ainda que com limitações em relação à possibilidade de generalização dos dados obtidos, e levando-se em conta a necessidade de sua atualização, a pesquisa levanta uma questão que me parece característica de um direito cujo desenvolvimento se dá sem adequada relação entre doutrina e jurisprudência, a qual vale a pena explorar.

Trata-se da dissociação entre o discurso punitivo e o valor das condenações, a qual resulta em contradição interna à jurisprudência sobre danos morais punitivos e tende a torná-la um discurso vazio.

A pesquisa levantou dados sobre os critérios empregados pelos tribunais da amostra para fundamentar os valores atribuídos a título de danos morais, obtendo um elenco dos critérios invocados e sua prevalência (PÜSCHEL et al., 2011, p. 24 ss.)

Segundo os dados levantados (PÜSCHEL et al., 2011, p. 24-31), em 52% dos acórdãos dos Tribunais de Justiça, em 84% dos acórdãos dos Tribunais Regionais Federais e em 86,35% dos acórdãos dos Tribunais Regionais do Trabalho há referência a pelo menos um critério de cálculo do dano moral com caráter punitivo.

Esses dados confirmam a percepção geral de que a atribuição de caráter punitivo à responsabilidade civil é bastante difundida na jurisprudência brasileira. A análise dos valores das condenações, no entanto, provoca dúvidas em relação ao que os tribunais consideram punição nesse contexto, já que se identificou a prevalência de valores de condenação relativamente baixos (PÜSCHEL *et al.*, 2011, p. 16).

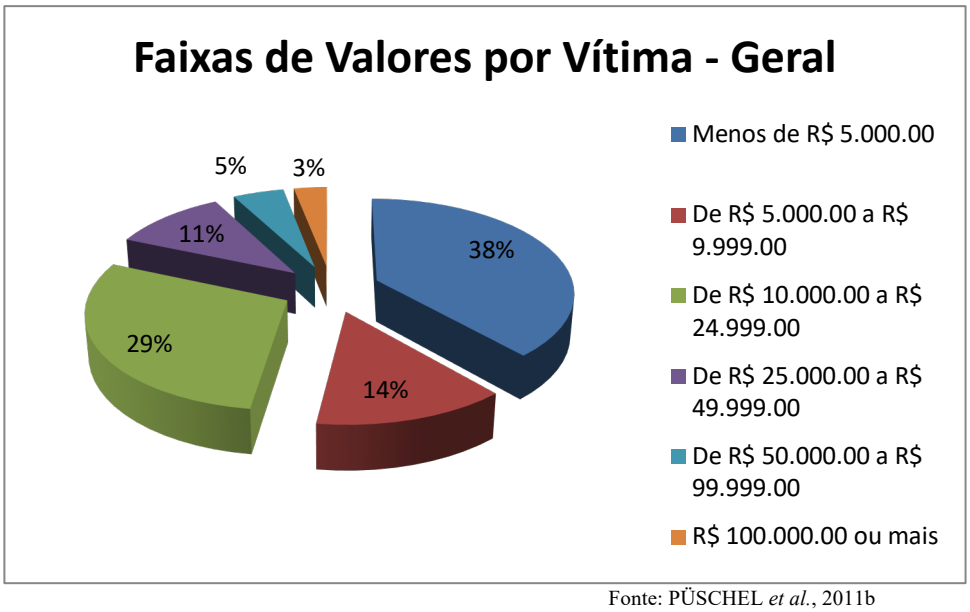
Para a amostra geral, a qual incluía a Justiça comum estadual, a Justiça Federal e a Justiça do Trabalho, a pesquisa identificou que 81% dos casos correspondiam a

[4] Devido ao grande número de decisões judiciais, o levantamento foi feito por amostragem, com três amostras, uma para cada Justiça. Cada amostra, por sua vez, foi composta com acórdãos dos cinco tribunais selecionados para a respectiva Justiça. Assim, a amostra da Justiça Federal foi composta de acórdãos dos cinco Tribunais Regionais Federais, a amostra da Justiça do Trabalho por acórdãos dos cinco Tribunais Regionais do Trabalho selecionados, o mesmo ocorrendo com a Justiça Estadual. Também devido ao excessivo número de decisões, definiu-se a limitação temporal de um ano, tendo sido escolhido o ano de 2008, para haver certeza de que todos os acórdãos do período analisado estariam disponíveis nas bases de dados dos tribunais. Foram analisados 1044 acórdãos sorteados aleatoriamente dentre um conjunto de acórdãos selecionados por meio de palavra-chave estabelecida para cada tribunal, nas respectivas bases de dados de jurisprudência. Os tribunais selecionados foram os seguintes:

- Justiça Estadual: TJRS; TJSP; TJSE; TJPA; TJMS.
- Justiça Federal: TRF1; TRF2; TRF3; TRF4; TRF5.
- Justiça do Trabalho: TRT2; TRT4; TRT8; TRT20; TRT24.

Para uma explicação metodológica detalhada, ver o relatório completo da pesquisa (PÜSCHEL *et al.*, 2011b, p. 31-38).

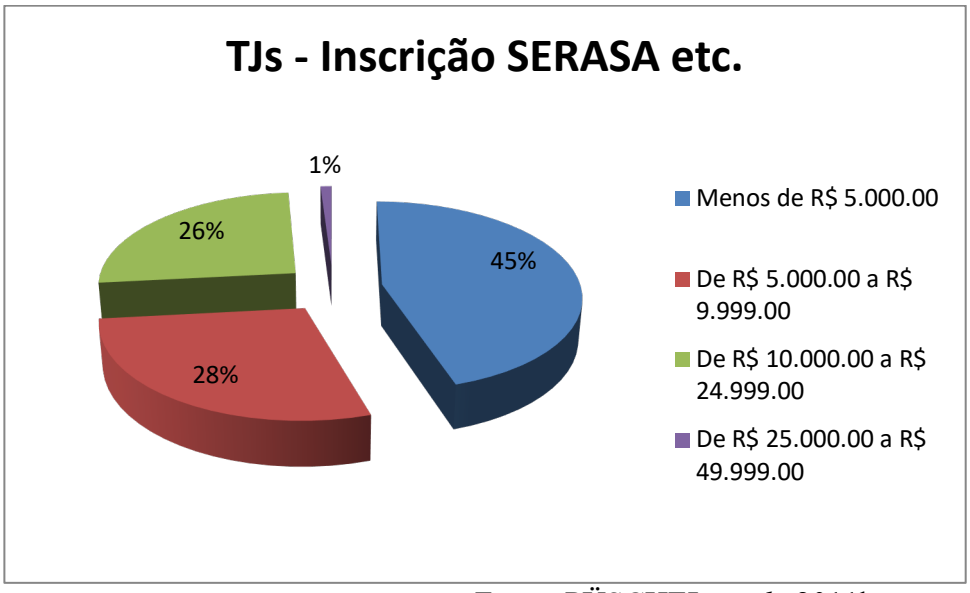
reparações de até R$ 24.999,00. Em 38% dos casos, as vítimas receberam menos do que R$ 5.000,00. Valores superiores a R$100.000,00 representavam apenas 3% do total de casos.



Fonte: PÜSCHEL *et al.*, 2011b

O fator de moderação dos valores parece ser a preocupação dos tribunais em evitar o enriquecimento sem causa das vítimas e a consequente criação de uma "indústria dos danos morais". A proibição de enriquecimento sem causa foi o critério de cálculo mais encontrado nas decisões judiciais analisadas dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais. Nos Tribunais Regionais do Trabalho este critério também tem ocorrência expressiva, apesar de ser apenas o oitavo mais citado (PÜSCHEL *et al.*, 2011, p. 26-30).

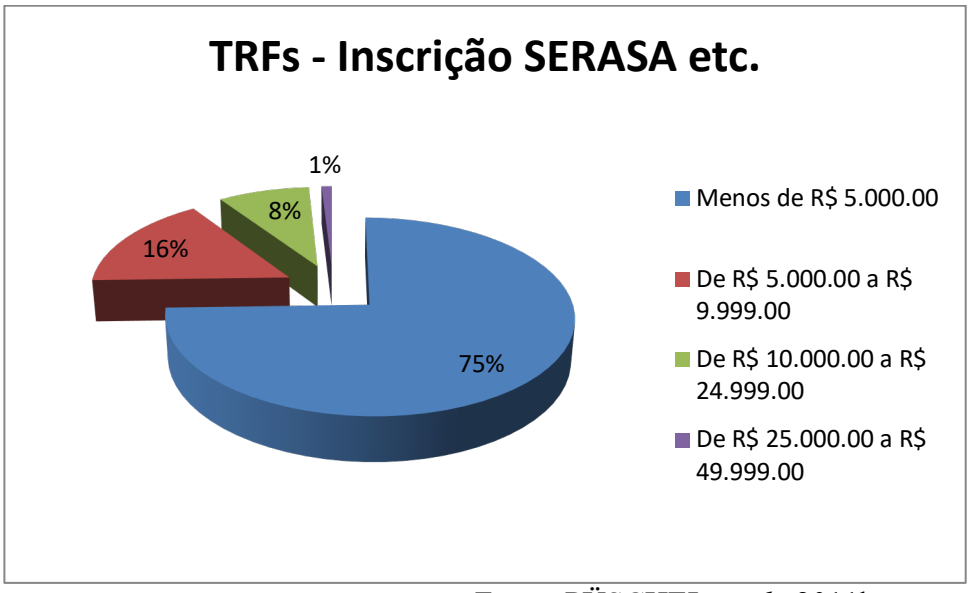
Em relação a certos tipos de ilícitos, a dificuldade de conciliar discurso punitivo e cálculo do valor da sanção civil fica especialmente evidente. Paradigmático é o caso dos pedidos de reparação de danos morais por inscrição indevida em cadastro de devedores inadimplentes. Nos Tribunais de Justiça, a reparação foi menor do que R$ 10.000,00 em 73% dos casos.



Fonte: PÜSCHEL *et al.*, 2011b

Os valores mais altos concedidos não ultrapassaram R$ 49.999,00.

Nos Tribunais Regionais Federais, por sua vez, em 75% dos casos o valor concedido não ultrapassou R$ 5.000,00, com as condenações mais altas ficando abaixo de R$ 50.000,00 (PÜSCHEL, 2012, p. 398-340).



Fonte: PÜSCHEL *et al.*, 2011b

Considerando-se que tais ilícitos são praticados quase que exclusivamente por pessoas jurídicas (PÜSCHEL, 2012, p. 400), especialmente bancos, as quais tendem a ter grande patrimônio, é duvidoso que condenações a pagar valores baixos tenha potencial dissuasório.

Levando-se em conta que, além disso, tais pessoas normalmente contam com uma estrutura de assistência jurídica permanente, que reduz o custo de cada ação judicial adicional, e que parte das vítimas provavelmente sequer chega a pedir ressarcimento (por ignorância, em razão dos custos e riscos de uma ação judicial, etc.), é razoável supor que, para os autores desse tipo de ilícito, continuar a delinquir seja a opção mais vantajosa do ponto de vista econômico (PÜSCHEL, 2012, p. 400).

De modo que a responsabilidade civil punitiva na jurisprudência brasileira parece ser, no mínimo, ambígua. O caráter punitivo da responsabilidade civil está fortemente presente no discurso jurisprudencial sobre o cálculo dos danos morais, apesar da ausência de previsão legal. Ao mesmo tempo, tal discurso parece não se refletir adequadamente no montante das condenações de modo a ter realmente potencial dissuasório.

4. Doutrina sem jurisprudência e jurisprudência sem doutrina: breve conclusão

A maneira como a questão altamente controversa do caráter punitivo da responsabilidade civil tem sido tratada pela doutrina e pelos tribunais brasileiros aponta para várias ordens de problemas.

Neste trabalho, tocamos apenas em algumas das questões relevantes. Ficou de fora notadamente uma questão jurídica essencial, a qual normalmente sequer se considera parte do campo de trabalho da doutrina: a investigação sobre os efeitos dos desenvolvimentos jurídico-dogmáticos sobre a sociedade.

É preciso discutir não apenas a falta de fundamento jurídico para o modo como se desenvolveu a jurisprudência sobre danos morais e o resultado assistemático de tal desenvolvimento, mas também o real potencial da responsabilidade civil punitiva defendida pelos tribunais como meio de prevenção de ilícitos.

O potencial dissuasório da responsabilidade civil é questionável por uma série de razões. Em artigo publicado na já longínqua década de 1980, Stephen Sugarman (1985, p. 560) defendeu a tese de que a responsabilidade civil não serve de modo relevante à prevenção de danos devido às suas falhas como instrumento para influenciar a conduta das pessoas. Segundo este autor, um conjunto de fatores que incluem o instinto de autopreservação, forças de mercado, a consciência moral dos indivíduos e a regulação estatal já atuam em conjunto para conter atividades excessivamente perigosas. Diante

disso, mesmo a eliminação da responsabilidade civil não resultaria em um aumento dramático de danos (SUGARMAN, 1985, p. 561-562), o que parece ser corroborado por experiências como a da Nova Zelândia (BROWN, 1985, 976-1002)[5].

Sua posição pode ser resumida com um exemplo (SUGARMAN, 1985, p. 564): se o motorista não reduziu a velocidade por medo de receber uma multa ou perder a licença para dirigir, sem falar no medo de ferir-se, por que reduziria a velocidade por medo de vir a ser responsabilizado civilmente?

Se acrescentarmos a isto o medo de sofrer uma sanção penal, nos casos em que esta se aplique, o argumento se torna ainda mais forte. De fato, o que poderia justificar a crença de que quem não altera seu comportamento por medo de sanções punitivas penais agiria de outro modo diante da perspectiva da sanção punitiva civil?

A par disso, Sugarman aponta uma série de razões para que as pessoas persistam na prática de atividades perigosas apesar da ameaça de responsabilização civil. Entre estas está a incapacidade de avaliar os riscos de sua conduta corretamente (SUGARMAN, 1985, p. 564-571), circunstância que pode ter um papel crucial na prática de ilícitos no âmbito de organizações complexas, como as empresas (VAUGHAN, 1998).

Em suma, é importante situar a discussão feita neste artigo no âmbito maior do questionamento sobre a punição como estratégia preventiva. Dito isso, do mesmo modo que a doutrina majoritária se forma – supõe-se – pelo convencimento e não indica uma prevalência numérica simplesmente, a jurisprudência, entendida como a tendência majoritária de decisão dos tribunais, não pode significar apenas o acúmulo de decisões no mesmo sentido.

Na medida em que as decisões judiciais se legitimam por serem aplicação do direito em vigor, a jurisprudência depende do mesmo tipo de reflexão. A tendência decisória majoritária justifica-se não simplesmente pela prevalência numérica, mas – supõe-se - por se impor como a melhor aplicação do direito em vigor.

Diante disso, o papel da doutrina em relação aos tribunais não é apenas a de fornecer um arcabouço de soluções jurídicas refletidas para orientar as decisões dos tribunais, mas inclui também a crítica da jurisprudência que se forma.

[5] Uma análise dos acidentes de trânsito na Nova Zelândia quando da entrada em vigor do Accident Compensation Scheme, em 1979, o qual substituiu a responsabilidade civil por um sistema de seguros contra acidentes, parece dar razão a Sugarman, além de ser um exemplo interessante da influência de medidas não punitivas, como a exigência de equipamentos de segurança, para a redução de acidentes (BROWN, 1985, p. 976-1002).

Em primeiro lugar, para identificar e descrever tendências jurisprudenciais que de outro modo permanecem obscuras. Isso não significa simplesmente oferecer um repertório de decisões judiciais compiladas, mas a sua apresentação de modo organizado, de modo a identificar continuidades, rupturas, contradições, etc., para que seja possível vislumbrar o modo pelo qual determinada solução se propõe a compor o silogismo da aplicação das normas jurídicas pertinentes[6] e, desse modo, construir argumentativamente seu caráter de aplicação do direito em vigor. Trata-se de um aspecto essencial da legitimidade das soluções jurídicas em um Estado de Direito, o qual exige mais do que um argumento simplesmente convincente: o argumento jurídico precisa convencer de que a solução proposta é aquela determinada pelo ordenamento jurídico. É por isso que, como afirma Neil MacCormick, na frase que serve de epígrafe a este artigo, "o respeito pelo *Rule of Law* exige respeito pelas regras do direito (MACORMICK, 2005, p. 54).

Em segundo lugar, a partir disso, é papel da doutrina reinserir a jurisprudência no sistema jurídico-dogmático e desse modo, não apenas atualizar o sistema, mas também usar o sistema como medida da conformidade das decisões judiciais ao direito em vigor.

Os exageros do juiz "paralegislador" e "engenheiro social", sem doutrina que se debruce sobre a produção jurisprudencial para avaliá-la do ponto de vista jurídico-dogmático, permanecem ocultos, faltando à democracia uma instância fundamental de controle do Poder Judiciário.

Finalmente, sem reintegração ao sistema por meio da reflexão doutrinária, as inovações jurisprudenciais se perdem, sem quem as inclua naquela narrativa a que Judith Martins-Costa – em referência a Robert Cover – denomina de aspecto paidético do ordenamento jurídico. No sistema romano-germânico, trata-se, como afirma a autora, da narrativa que "*situa* as normas provindas das fontes e modelos jurídicos, conferindo a sua significação e possibilitando a própria inteligibilidade das estruturas normativas" (grifo no original) (MARTINS-COSTA, 2014a, p. 30-31).

A jurisprudência sobre responsabilidade civil punitiva é um caso típico de insuficiência da crítica doutrinária, resultando na multiplicação de decisões judiciais

[6] A referência ao silogismo jurídico não significa, de modo nenhum, que a posição defendida neste artigo implique uma visão da aplicação do direito como procedimento lógico-formal, de caráter demonstrativo. A referência ao silogismo remete à estrutura geral do argumento jurídico-dogmático, a qual permite que se trace o caminho da norma jurídica ao caso concreto. Como lembra Neil MacCormick, ao propor uma ação judicial é preciso indicar algum texto legal como fundamento, assim como alguma situação de fato. O que se está a alegar, ao fazer isso, é que os fatos são relevantes dada a legislação invocada. Isso significa que é esta relação que está em questão nos argumentos de aplicação do direito (MAcCORMICK, 2005, p. 32-43).

arbitrárias, baseadas num discurso punitivo-preventivo vazio, na medida em que não apresenta as condições necessárias para perseguir a dissuasão, objetivo em si mesmo questionável.

Apesar disso, quero encerrar estas breves reflexões de modo otimista, pois se a situação da relação entre doutrina civilista e jurisprudência é de fato sombria, a própria obra doutrinária de Judith Martins-Costa – e de outros autores, sem dúvida - é sinal de que o direito, o Estado de Direito e a democracia avançam e hão de prevalecer.

Referências

AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*, 9ª. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1994.

BROWN, Craig. Deterrence in Tort and No-Fault. The New Zealand Experience. In: *California Law Review*, v. 976, 1985, p. 976-1002.

GÜNTHER, Klaus. Kritik der Strafe I. In: *WestEnd*, n. 1, 2004, p.117-131.

JAKOBS, Günther. Strafrecht Allgemeiner Teil, 2a. ed., Berlin, De Gruyter, 1993.

MAcCORMICK, Neil, *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

MARTINS-COSTA, Judith. Autoridade e utilidade da doutrina: a construção dos modelos doutrinários. In: Martins-Costa, Judith et al. *Modelos de direito privado*, São Paulo: Marcial Pons, 2014a, p. 9-40.

MARTINS-COSTA, Judith. 2014b. Dano moral à brasileira. In: PASCHOAL, Janaina Conceição; e SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (Orgs.). *Livro homenagem a Miguel Reale Júnior*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2014b, p. 289-322.

MARQUES, José Frederico. *Curso de Direito Penal*, v. III, São Paulo: Saraiva, 1956.

PÜSCHEL, Flavia Portella. A função punitiva da responsabilidade civil no direito brasileiro: uma proposta de investigação empírica. *Revista Direito GV*, v. 3, p. 17-36, 2007.

PÜSCHEL, Flavia Portella. *Responsabilidade civil objetiva: correção de trocas ineficientes ou repressão ao ilícito?* In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Pádua (Org.). Agenda Contemporânea: Direito e Economia 30 anos de Brasil. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 299-315.

PÜSCHEL, Flavia, HIRATA, Alessandro, CORRÊA, André Rodrigues, SALAMA, Bruno Meyerhof, RODRIGUEZ, José Rodrigo, PONCE, Carolina Ignácio, RIBAS, Luciana Marin, ANDRADE, Luis Antônio G. de, MOTA, Maybi, GROTERHORST, Rebecca e BORDINI, Eliana. A quantificação do Dano Moral no Brasil: Justiça, segurança e eficiência, Projeto BRA/07/004 - Democratizando Informações no Processo de Elaboração Normativa "Projeto Pensando o Direito", Secretaria de Assuntos Legislativos –SAL do Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento–PNUD, vol. 37, 2011a. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/elaboracao-legislativa/pensando-o-direito/publicacoes/anexos/vol-37_dano_moral_fgv.pdf> Acesso em: 30 de janeiro de 2020.

PÜSCHEL, Flavia, HIRATA, Alessandro, CORRÊA, André Rodrigues, SALAMA, Bruno Meyerhof, RODRIGUEZ, José Rodrigo, PONCE, Carolina Ignácio, RIBAS, Luciana Marin, ANDRADE, Luis Antônio G. de, MOTA, Maybi, GROTERHORST, Rebecca e BORDINI, Eliana. *Relatório final da pesquisa "Dano Moral",* 2011b. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/elaboracao-legislativa/pensando-o-direito/publicacoes/anexos/vol-37_dano_moral_fgv.pdf> Acesso em: 30 de janeiro de 2020.

REALE JR., Miguel. *Instituições de Direito Penal –Parte Geral*, vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SUGARMAN, Stephen D. Symposium: Alternative Compensation Schemes and Tort Theory: Doing Away with Tort Law. In: *California Law Review* 73 (1985), p. 591-641.

VAUGHAN, Diane. Rational Choice, Situated Action, and Social Control of Organizations. In: 32 *Law & Soc'y Rev*. 23 1998, p. 23-55.