



CURSO DE DIREITO

JULIA CLAUDIA CRUZ DE MACÊDO

**O USO DE NUDGES NA RESPONSABILIDADE CIVIL:
UM ESTUDO SOBRE O CABIMENTO DO DANO MORAL PUNITIVO
COMO ESTÍMULO COMPORTAMENTAL ANTE O ORDENAMENTO
BRASILEIRO**

FORTALEZA

2022

JULIA CLAUDIA CRUZ DE MACÊDO

**O USO DE NUDGES NA RESPONSABILIDADE CIVIL:
UM ESTUDO SOBRE O CABIMENTO DO DANO MORAL PUNITIVO
COMO ESTÍMULO COMPORTAMENTAL ANTE O ORDENAMENTO
BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial à
obtenção do título de Bacharel em Direito
da Faculdade Ari de Sá.

Orientador: Prof. Me. Gustavo Tavares
Cavalcanti Liberato.

FORTALEZA

2022

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Faculdade Ari de Sá
Gerada automaticamente mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

M113o Macêdo, Julia Claudia Cruz de.

O USO DE NUDGES NA RESPONSABILIDADE CIVIL: UM ESTUDO SOBRE O CABIMENTO DO DANO MORAL PUNITIVO COMO ESTÍMULO COMPORTAMENTAL ANTE O ORDENAMENTO BRASILEIRO / Julia Claudia Cruz de Macêdo. – 2022.

65 f.

Trabalho de Conclusão de Curso – Faculdade Ari de Sá, Curso de Direito, Fortaleza, 2022.
Orientação: Prof. Me. Gustavo Tavares Cavalcanti Liberato.

1. Responsabilidade Civil. . 2. Dano Moral. . 3. Função Punitiva.. 4. Nudge.. I. Título.

CDD 340

JULIA CLAUDIA CRUZ DE MACÊDO

**O USO DE NUDGES NA RESPONSABILIDADE CIVIL:
UM ESTUDO SOBRE O CABIMENTO DO DANO MORAL PUNITIVO COMO
ESTÍMULO COMPORTAMENTAL ANTE O ORDENAMENTO BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial à
obtenção do título de Bacharel em Direito
da Faculdade Ari de Sá.

Orientador: Prof. Me. Gustavo Tavares
Cavalcanti Liberato.

Aprovada em: ___/___/___

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Gustavo Tavares Cavalcanti Liberato.

Prof. Me. Nardejane Martins Cardoso
Centro Universitário Fanor - Wyden (UNIFANOR)

Prof. Pós-Doc. Rafael Gonçalves Mota

Dedico este trabalho à minha mãe,
Roberta, minha referência de
dedicação, resiliência e sabedoria.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, sou grata pela presença irrefutável de Deus em minha vida. Gostaria de agradecer, também, a todos que participaram e incentivaram minha trajetória acadêmica, principalmente, minha família, amigos e professores, que sempre representaram porto seguro frente as marés de mares revoltos que a academia pode apresentar. Assim, deixo aqui meu muito obrigada a todos àqueles que, de algum modo, colaboraram com esta conquista.

Inteligência não é apenas a capacidade de raciocinar; é também a capacidade de encontrar material relevante na memória e mobilizar a atenção quando necessária.
(Daniel Kahneman, 2012, p.52).

RESUMO

Este trabalho compromete-se a investigar os contornos da responsabilidade civil, com o escopo de analisar a figura das indenizações provenientes de danos morais punitivos, como uma forma de *nudge* no contexto jurídico brasileiro. Para tanto, o presente estudo permeará três grandes pontos focais: a delimitação e desdobramentos do instituto da Responsabilidade Civil, a compreensão da técnica de *nudge* a partir da Economia Comportamental e, por fim, o exame da (in)compatibilidade do Dano Moral Punitivo com o Ordenamento Jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Dano Moral. Função Punitiva. Nudge.

ABSTRACT

This work undertakes to investigate the contours of civil liability, with the aim of analyzing the figure of indemnities arising from punitive moral damages, as a form of *nudge* in the Brazilian legal context. To this end, the present study will permeate three main focal points: the delimitation and developments of the Civil Liability institute, the understanding of the *nudge* technique from the Behavioral Economy and, finally, the examination of the (in)compatibility of Punitive Moral Damage with the Brazilian legal system.

Keywords: Civil Responsibility. Moral damage. Punitive function. Nudge.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 BREVES NOÇÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL	13
2.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL: CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL	14
2.2 RESPONSABILIDADE CIVIL E SUBJETIVA E SEUS ELEMENTOS	18
2.3 RESPONSABILIDADE CIVIL E OBJETIVA E SEUS ELEMENTOS	22
2.3.1 Fundamentos e Teorias sobre a Responsabilidade Civil Objetiva	23
2.3.2 Elementos da Responsabilidade Civil Objetiva	25
2.4 AS FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO BRASIL E NO DIREITO COMPARADO	29
3 ECONOMIA COMPORTAMENTAL: DA PSICOLOGIA COMPORTAMENTAL AOS NUDGES	32
3.1 RAÍZES DA ECONOMIA COMPORTAMENTAL: A CONTRIBUIÇÃO DE DANIEL KAHNEMAN	32
3.1.1 Os Dois Sistemas de Pensamento: Automático e Reflexivo	33
3.1.2 Heurísticas e Vieses na tomada de decisão	38
3.2 O DESENVOLVIMENTO DA ECONOMIA COMPORTAMENTAL EM RICHARD THALER E CASS SUNSTEIN	41
3.2.1 Uma crítica à Economia Clássica e a descoberta do aspecto Humano: O advento do Paternalismo Libertário	41
3.2.2 A Economia Comportamental perante o Utilitarismo de Jeremy Bentham: Pontos de contato e distanciamento	43
3.2.3 A “Arquitetura das Escolhas”: Aplicabilidade dos <i>Nudges</i>	45
4 O DANO MORAL PUNITIVO EM FACE DA ECONOMIA COMPORTAMENTAL E SUA (IN)COMPATIBILIDADE COM O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO 49	
4.1 O DANO MORAL PUNITIVO E SUA CARACTERIZAÇÃO NA EXPERIÊNCIA COMPARADA	49
4.2 O DANO MORAL PUNITIVO PODE SER CATALOGADO COMO UMA TÉCNICA DE <i>NUDGE</i> ?	55
4.3 O DANO MORAL PUNITIVO NO BRASIL: POSIÇÕES FAVORÁVEIS E CONTRÁRIAS	57
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	61
REFERÊNCIAS	63

1 INTRODUÇÃO

Preliminarmente, como forma de delimitar a temática pretendida, é medida adequada apresentar os dilemas a serem tratados a partir do famoso precedente brasileiro concernente ao caso do ex-atleta olímpico Lars Grael, o qual teve sua perna amputada após ser atingido por lancha conduzida por empresário em estado de embriaguez. Como consequência, a sanção impetrada ao empresário, em âmbito criminal, não passou de uma pena restritiva de direitos, mais especificamente, a prestação de serviços comunitários (NETTO, 2019, p.102).

Tal resposta, em âmbito criminal, nos moldes elencados, gera uma espécie de insuficiência corretiva, ausência de efetiva reparação, um verdadeiro sentimento de injustiça social, aos olhos de muitos. Assim, como forma de remediar esta situação, as instâncias de origem fixaram valor indenizatório, com o escopo de possibilitar efetiva reparação do ato lesivo, montante este impugnado por parte do promovido.

Nesse interregno, no elencado julgamento, o Superior Tribunal de Justiça entendeu, ser razoável e proporcionalmente compatível ao resultado da lesão apontada, a aplicação de condenação pecuniária arbitrada em 2,5 milhões de reais, como resultado da arguição da responsabilidade civil reparatória, deixando de reanalisar, assim, o agravo de instrumento impetrado em sede de recurso especial pela parte requerida (BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Agravo de Instrumento nº. 638.763 - RJ [2004/0154261-7]).

Como será examinado ao longo deste estudo, julgados equivalentes ao do Sr. Grael são reiteradamente observados, inclusive, em âmbito internacional, onde a discussão aqui proposta permeia as reflexões jurídicas e sociais desde meados do século XIX, como será oportunamente aclarado.

Desse modo, tendo em vista o papel desempenhado pelo instituto da responsabilidade civil, mais restritivamente no que se refere às suas tarefas punitiva e pedagógica, o presente estudo busca analisar as possibilidades de se efetivar o sentimento de justiça social a partir de seu emprego como método de “*nudge* jurídico”, sem que para isso se criem institutos híbridos incompatíveis com este.

Para tanto, se faz imprescindível compreender a formação da técnica de *nudge* a partir da Economia Comportamental, como forma de influenciar escolhas nas relações sociais, isto é, quais os “empurrõezinhos” necessários para se punir

efetivamente a atividade lesiva e, por consequência desta sanção, prevenir-se, inclusive, a reiteração destes mesmos atos.

Assim, com o intuito de se possibilitar um exame comparativo e crítico em relação à hipótese de aplicação da responsabilidade civil punitiva em âmbito nacional, como preambularmente exemplificado, se mostram como metodologias mais adequadas a esta investigação, a análise conjunta de bibliografias, documentos e casos relevantes e cientificamente justificáveis em relação ao dano moral punitivo.

Desse modo, em decorrência da finalidade elencada no parágrafo anterior, tem-se que este trabalho se caracteriza, quanto ao seu intuito principal, como uma pesquisa básica de natureza estratégica.

Ademais, quanto aos objetivos centrais desta pesquisa, ela se classifica como exploratória e descritiva, tendo em vista que busca definir e delinear novos tipos de enfoque para o instituto em estudo a partir de uma ótica expositiva, onde este, doravante, será analisado a partir de diretrizes anteriores e proeminentes, quanto ao surgimento histórico, doutrinário e jurisprudencial.

Nesse ínterim, quanto à natureza de sua abordagem, este estudo caracteriza-se como qualitativo, dada a proposta de pesquisa explicativa, que tem por base a análise crítica de casos concretos com endosso em exame doutrinários e jurisprudenciais.

Outrossim, é relevante frisar, ainda, o método de pesquisa escolhido para tal análise, eis que, como visto e delineado, este estudo requer a compreensão de categorias gerais e dimensões específicas necessárias ao entendimento do instituto da Responsabilidade Civil para, assim, entender casos particulares, que o caracteriza como estudo dedutivo.

Ante o exposto, o presente estudo pretende responder, dentre outros, o seguinte questionamento fundamentador: É (in)compatível aplicar o Dano Moral Punitivo no Ordenamento Jurídico brasileiro, tomado como uma técnica de *nudge*?

Assim, por decorrência da hipótese apresentada, verifica-se que método hipotético-dedutivo, consubstancia-se como método de pesquisa mais adequado para atender a prospecção em exame.

2 BREVES NOÇÕES SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL

O capítulo de abertura da presente pesquisa compromete-se a analisar o ponto focal deste estudo, a partir de uma abordagem descritiva de natureza estratégica e dedutiva, o qual pode ser facilmente traduzido no comprometimento em explorar a constante reavaliação da reponsabilidade civil em relação aos danos que as sociedades entendem como imperativo de punibilidade. Dessa forma, é valioso suscitar que as medidas sancionatórias sofrem mutação, a depender dos ciclos evolutivos históricos, como assim salienta o autor Felipe Braga Netto (2019, p.188).

O autor segue sua investigação, a partir da compreensão de que a velha fórmula individualista e patrimonialista aplicada aos danos ocasionados padece frente às diversas vertentes de complexidade enfrentadas na atualidade, principalmente no que se refere à reparação do dano injusto. Desse modo, o autor exemplifica tais novos danos como sendo:

[...] danos sem autoria claramente configurada; danos, em regra, irreversíveis; danos com vítimas socialmente dispersas; danos de quantificação sabidamente difícil; danos cujo o limite de tolerabilidade são analisados no caso concreto; danos que aceitam, em muitas situações, inversões probatórias ou até flexibilização do nexos causal; danos que lidam com a probabilidade, não apenas com a certeza; danos em relação aos quais a licitude da atividade é irrelevante (a atividade, mesmo lícita, se danosa, obriga a indenizar); e até em certos setores – como o ambiental – podemos falar de danos intergeracionais (as vítimas desses danos muitas vezes estão dispersas não só no tecido espacial, mas também no tecidos espacial-temporal, simbolizando as futuras gerações) (BRAGA NETTO, 2019, pp. 188-189).

Dessa maneira, como forma de aprofundar tal análise frente à evolução das espécies de danos, faz-se mister aclarar os elementos históricos, principiológicos e concretizadores da responsabilidade civil, principalmente no que se refere à sua divisão contratual e extracontratual, subjetiva e objetiva, e sobretudo aclarar suas funções na contemporaneidade brasileira, de modo a responder a pergunta chave proposta ao presente capítulo de abertura deste estudo: Como se estrutura e quais as funções que a responsabilidade civil assume na atualidade brasileira?

Por fim, antes de dar sequência a tais dimensões, faz-se mister elencar uma das definições básicas propostas para o instituto objeto deste estudo. Assim, elucidam Gagliano e Pamplona Filho (2021, p.237) que a responsabilidade civil “*trata-se, na verdade, de uma situação derivada da violação de uma norma jurídica preexistente*

(legal ou contratual), desembocando na necessidade de reparação pelos danos causados” (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2021, p.237).

2.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL: CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL

É medida preambular, à discussão proposta, delinear as categorias basilares que norteiam o presente estudo. Para tanto, se faz necessário aclarar as considerações gerais sobre o instituto da Responsabilidade Civil como um todo de ramificações, principalmente no que se refere a sua dicotomia nas esferas contratual e extracontratual.

Nessa esteira, uma pequena ambientação histórica é providência que se impõe. Destarte, como elucidam Terra, Guedes e Tepedino (2020, p. 3-4), o presente instituto nascera sobre o aspecto central de punir com medidas alternativas aos castigos físicos, dada a comoção social em ver o jovem Caio Publilio (326 a.C.) ser condenado à castigos “macabros”, como assim definidos pelos autores, em virtude de simples débito patrimonial adquirido por seu pai.

Dessa maneira, verifica-se, segundo o raciocínio histórico, uma gradativa preocupação com a proporcionalidade das penas a serem suportadas por aqueles que praticarem condutas lesivas, sejam no âmbito patrimonial, como no caso narrado, ou pessoal.

Ante o aclarado, verifica-se que a visão estruturalista, de um direito analisado de maneira estática, um silogismo puro entre norma e ato, já consubstanciava, como demonstrado, enfoque defasado às necessidades sociais. Por decorrência de tal carência de aplicabilidade legal que, avançando cronologicamente, a partir da metade do século XX, compreendendo-se o grande lapso temporal percorrido, a abordagem funcionalista do direito voltou a ganhar espaço, exatamente, para atribuir dinamicidade aos ordenamentos que a ela aderiram (DAL PIZZOL, 2020, p. 2-5).

Neste contexto, verifica-se a necessidade de interpretação e aplicabilidade dos institutos jurídicos de maneira sistemática em relação ao ordenamento e, coerentemente adequada à realidade fática que se apresenta. De igual modo, se perfaz instituto objeto desse estudo, a responsabilidade civil.

Como forma de abarcar as multifaces dos conflitos sociais a ela atrelados, a responsabilidade civil passa a ramificar-se e, dentre suas principais segmentações, verifica-se a diferenciação basilar entre as chamadas responsabilidades civis contratuais e extracontratuais, que, resumidamente, podem ser diferenciadas adequadamente como apontado: “*quando a responsabilidade não deriva de contrato, diz-se que ela é extracontratual*” (GONÇALVES, 2021, p.45).

Desenvolvendo essa premissa, elucidam Gagliano e Pamplona Filho (2021, p.48), que:

[...], quem infringe dever jurídico *lato sensu* fica obrigado a reparar o dano causado. Esse dever passível de violação, porém, pode ter como fonte tanto uma obrigação imposta por um dever geral do Direito ou pela própria lei quanto uma relação negocial preexistente, isto é, um dever oriundo de um contrato. O primeiro caso é conhecido como responsabilidade civil aquiliana, enquanto o segundo é a epigrafada responsabilidade civil contratual (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2021, p.48).

Outrossim, é medida indispensável suscitar, ainda, que mesmo na esfera extracontratual, há possibilidade de indenização de dano que advenha de atividade precipuamente lícita, como sustenta Gonçalves (2021, p. 52-53) ao exemplificar tais situações:

Em outros casos, ainda, a obrigação de indenizar pode nascer de fatos permitidos por lei e não abrangidos pelo chamado risco social. Alguns exemplos expressivos podem ser mencionados, dentro outros: o dos atos praticados em estado de necessidade, considerados lícitos pelo art. 188, III, do Código Civil, mas que, mesmo assim, obrigam o seu autor a indenizar o dono da coisa, como prevê o art. 929 do mesmo diploma; o dono do prédio encravado que exige passagem pelo prédio vizinho, mediante o pagamento de indenização cabal (art. 1.285, do CC); o do proprietário que penetra no imóvel vizinho para fazer limpeza, reformas e outros serviços considerados necessários (art. 1.313 do CC).

Retomando ao cenário histórico, estas duas ramificações da responsabilidade civil, contratual e extracontratual, obtiveram diversos níveis de atenção ao passar dos anos, que por meio das palavras de Gonçalves (2021, p.49-50) podem ser dirimidos da seguinte maneira:

Primitivamente, a responsabilidade era objetiva, como acentuam os autores, referindo-se aos primeiros tempos do direito romano, mas sem que por isso se fundassem no risco, tal como conhecemos hoje. Mais tarde, e representando essa mudança uma verdadeira evolução e progresso, abonou-se a ideia de vingança e passou-se à pesquisa da culpa do autor do dano. Atualmente, volta ela ao subjetivismo. Não por abraçar, de novo, a ideia de vingança, mas por se entender que a culpa é insuficiente para regular todos

os casos de responsabilidade. Historicamente, a partir da segunda metade do século XIX foi que a questão da responsabilidade objetiva tomou corpo e apareceu como um sistema autônomo no campo da responsabilidade civil.

Prosseguindo com o intuito de detalhar tais dimensões, faz-se imperioso assinalar algumas de suas principais polarizações a partir do modelo dualista/binário, dentre as quais se destacam, segundo Gonçalves (2017, p. 45-46) e Gagliano e Pamplona Filho (2021, p. 49), a dicotomia entre seus âmbitos, contratual e extracontratual, em razão ao ônus probante. Dessa forma, compreende-se que nas relações derivadas de previa pactuação não há a necessidade de se demonstrar o fator culpa, vontade subjetiva do agente, em caso de descumprimento. Em contrapartida, na esfera extracontratual, responsabilidade civil aquiliana, a culpa deve ser comprovada pela vítima, cabendo ao lesado o ônus de demonstrar o efetivo descumprimento de obrigação genérica decorrente de vontade específica do ofensor.

Nesse interregno, Gonçalves (2021, p. 48) adota análise mais abrangente concernente à responsabilidade civil extracontratual, eis que segue a contraposição de aspectos, de modo a defender uma maior permissividade na gradação das penalidades aplicadas fora do âmbito contratual, dado que os atos ilícitos “*podem ser perpetrados por amentais e menores [...], ao passo que somente pessoas plenamente capazes são suscetíveis de celebrar convenções válidas*” (GONÇALVES, 2021, p.48). Desse modo, sustenta:

Consequência disso seria que, na responsabilidade delitual, a falta se apuraria de maneira mais rigorosa, enquanto na responsabilidade contratual ela variaria de intensidade de conformidade com os diferentes casos, sem, contudo, alcançar aqueles extremos a que se pudesse chegar na hipótese de culpa aquiliana, em que vige o princípio do *in lege Aquilia et levissima culpa venit*. No setor da responsabilidade contratual, a culpa obedece a um certo escalonamento, de conformidade com os diferentes casos em que ela se configure, ao passo que, na delitual, ela iria mais longe, alcançando a falta ligeiríssima.

O referido autor, então, conclui que a capacidade do agente causador do dano sofrerá limitações na esfera contratual, eis que exige plena capacidade deste desde o momento da celebração da avença, sob pena de nulidade e impossibilidade de concretização dos possíveis efeitos indenizatórios (GONÇALVES, 2021, p. 47).

Acompanhando o pensamento explanado por Gonçalves, lecionam Gagliano e Pamplona Filho (2021, p. 238) que:

De fato, na responsabilidade civil contratual, a culpa é, de regra, no mínimo, presumida, uma vez que se trata do descumprimento de uma prestação que se assumiu livremente. Assim, há uma inversão do ônus da prova, pois caberá à vítima comprovar, apenas, que a obrigação não foi cumprida, enquanto ao devedor restará o *onus probandi*, por exemplo, de que não agiu com culpa ou que ocorreu alguma causa excludente do elo da causalidade.

Os autores vão além, ao defenderem a possibilidade, na esfera contratual, de dano no momento pré-contratual e pós-contratual. Sendo àquela consequência da recusa de contratar de quem coloca seus bens ou serviços no mercado, dada a impossibilidade de plena liberalidade em relação à escolha a quem é conveniente contratar, subsistindo, assim, uma possível situação de tratamentos desiguais ou discriminatórios no momento que antecede à contratação, bem como pelo efetivo prejuízo por gastos eventuais que a parte prejudicada realizou preteritamente com a certeza da contratação estipulada. À vista disso, verifica-se uma quebra de confiança em decorrência da recusa das negociações preliminares, tendo em vista a teoria da culpa *in contrahendo* (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2021, p. 240-244).

De forma semelhante, os autores reconhecem a possibilidade de responsabilização após o fim da relação contratual mantida, exemplificando para tanto “a extinção de um contrato de prestação de serviço advocatícios ou médicos não fulmina o dever de sigilo gerado pelo vínculo estabelecido” (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2021, p. 245).

Divergindo de tal pensamento, há quem sustente a possibilidade de superação desta dicotomia, como elenca Tartuce (2018, p. 49), inclusive, em decorrência da própria legislação, que, em muitos casos, sequer faz esta diferenciação dicotômica. Amostra desta ausência seriam os preceitos contido no Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990), os quais apenas estabelecem a responsabilização, seja por vício do produto ou do serviço, por exemplo, sem, no entanto, suscitar a contraposição contratual ou extracontratual.

De igual modo, o referido autor, em sequência, suscita a Lei Anticorrupção, Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013 (BRASIL, 2013), a qual simplesmente traz em seu bojo a possibilidade de responsabilização administrativa e civil, independentemente se estas se darão em decorrência de descumprimento contratual ou genérico (TARTUCE, 2018, p.49).

Nesse contexto, Tartuce (2018, p. 50), apesar de compreender as razões doutrinárias e categóricas para se efetivar o estudo da responsabilidade civil de

maneira aprofundada, entende, doravante, pela inevitável superação da teoria dualista, eis que afirma existirem: “[...], *passos fortes para a superação da dicotomia, como quer este autor, sendo certo que a ideia de unificação da responsabilidade civil é um dos cernes fundamentais ou marcos teóricos da premissa jurídica proposta*”.

Seguindo este ponto de vista, argumenta Braga Netto (2019, p. 175-178) que desde meados do século passado, quando Pontes de Miranda já previa tal tendência, esta apenas se intensificou entre os estudiosos e aplicadores do direito, dada a flexibilidade para o mútuo enriquecimento do instituto, sem necessariamente antever “*rígidos espartilhos divisórios*” (BRAGA NETTO, 2019, p. 176), eis que defende que:

[...], tal tendência se intensificou, com os estudos sublinhando o despropósito da duplicação dos modelos de reparação. Os autores, conquanto reconheçam, em alguns pontos, caracteres específicos em cada um dos modelos, são veementes em apontar a ausência de razão jurídica para a manutenção da bipartição. Paulo Lobo anota a tendência à ‘*superação atual da dicotomia responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual*’. Lorenzetti, por seu turno, também se junta àqueles que combatem o artificialismo da distinção.

Desse modo, apesar de reconhecer a tendência aclarada, compreendendo-se pela necessidade de categorização inicial do instituto em análise, com o escopo de aprofundamento do instituto em estudo nos capítulos e itens subsequentes.

2.2 RESPONSABILIDADE CIVIL E SUBJETIVA E SEUS ELEMENTOS

Dado o compromisso precípua deste trabalho em delinear o cenário atual no que se refere ao comportamento da responsabilidade civil no direito brasileiro, faz-se mister suscitar o quadro histórico comparativo entre os Códigos Civilista de 1916 e de 2002, tendo em vista que o código anterior se apoiava na responsabilização pela culpa comprovada, isto é, a regra de aplicabilidade da responsabilidade civil ocorria a partir da observação da subjetividade da conduta lesiva.

Tal visão, conquanto, não impera precipuamente no atual código, eis que com o passar dos anos, verificadas as diversas necessidades sociais, bem como o advento das produções legislativas especiais sobre a temática, o ordenamento civilista se firmou no entendimento base de responsabilização sobre a ótica da objetividade do dano ocasionado, porém, sem excluir de sua apreciação a análise subjetiva do ato

lesivo, conforme elenca Sergio Cavalieri Filho (2020, p. 35) e Carlos Roberto Gonçalves (2021, p. 51).

Nesses termos, como forma de elucidar ao máximo o conteúdo proposto pelo regramento civilista vigente se faz necessário entender também, suas excepcionalidades. Dessa maneira, é medida essencial à discussão proposta debruçar-se sobre os elementos que compõe a responsabilidade civil em seu aspecto subjetivo, como forma de enlaçar as mais diversas possibilidades de aplicação do instituto em estudo.

Desse modo, como forma de desenvolver a ramificação proposta, mostra-se como providência preambular à discussão, entalhar um recorte precípua do que se entende por responsabilidade civil subjetiva. Assim, nas palavras de Gonçalves (2021, p. 48-49):

Diz-se, pois, ser 'subjetiva' a responsabilidade quando se esteia na ideia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Nessa concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa. A lei impõe, entretanto, a certas pessoas, em determinadas situações, a reparação de um dano independentemente de culpa. Quando isto acontece, diz-se que a responsabilidade é legal ou 'objetiva', porque prescinde da culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexa de causalidade. Esta teoria, dita objetiva, ou do risco, tem como postulado que todo dano é indenizável, e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexa de causalidade, independentemente de culpa.

Nessa esteira, após delineado o proposto recorte básico, faz-se imperioso dissecar tal subdivisão e suas particularidades. Para tanto, Sergio Cavalieri Filho (2020, p. 36-55) traz em sua obra algumas definições sobre os três principais pressupostos concretizadores da responsabilidade civil subjetiva, são eles: a conduta do autor, a possibilidade de imputabilidade, bem como a culpa *latu sensu* e suas subespécies.

Nesse interim, tem-se como ponto de partida a definição da chamada conduta juridicamente relevante pelo referido autor (CAVALIERI FILHO, 2020, p. 36-37), uma vez que o próprio Código Civil de 2002 especifica a hipótese de concretização de ato lesivo em virtude de uma ação ou omissão, bem como a indispensabilidade de sua reparação, mais restritivamente em seu artigo 186, eis que determina: "*Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito*" (BRASIL, 2002).

Dessa forma, torna-se possível extrair o entendimento que tanto uma ação como uma omissão voluntária de quem tinha o dever jurídico de agir, interessam diretamente ao direito, dado que todos aqueles que possuem o dever de guarda, vigilância ou cuidado, estão sujeitos às hipóteses de responsabilidade civil subjetiva.

Como forma de exemplificar tais previsões Cavalieri Filho (2020, p. 37) aclara, inclusive, a responsabilização por dano causado por animal ou coisa que estava sob a proteção de outrem, dados os preceitos contidos nos artigos 936, 937 e 938, todos do Código Civil de 2002¹.

Dando sequência as definições necessárias, mostra-se crucial abarcar o entendimento do fenômeno jurídico da imputabilidade do agente delitivo, eis que consubstancia pressuposto indispensável à arguição da responsabilidade do autor ou de seu responsável legal, como ocorre nos casos de tutela e curatela jurídicas.

Dessa forma, Cavalieri Filho (CAVALIERI FILHO, 2020, p.38) entende apenas ser possível juízo de reprovação quando o agente que cometeu o ato reprovável socialmente possui ciência da conduta que praticou ou deixou de executar, nos casos de omissão, e, conjuntamente a este fato, que a conduta a ele exigível constitua comportamento adequadamente determinado à situação hipotética proposta, nas proporções de seus deveres legais.

Seguindo esta mesma linha de raciocínio, o referido autor, inclusive, relaciona a proporcionalidade das ações acometidas por quem tem maturidade e higidez para sua efetivação consciente e, conseqüente juízo de reprovação a ser estabelecido como forma de reprimir tais condutas, eis que suscita:

O restabelecimento do equilíbrio social violado pelo dano deve ser denominador comum em todos os sistemas de responsabilidade civil, estabelecendo-se, como norma fundamental, que a composição e restauração econômica se faça, sempre que possível, à custa do ofensor. A indenização, todavia, deve ser calculada de modo a não prejudicar os alimentos do inimputável, nem os deveres legais de alimentos que recaiam sobre ele (CAVALIERI FILHO, 2020, p.40).

¹ Art. 936. O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior.

Art. 937. O dono de edifício ou construção responde pelos danos que resultarem de sua ruína, se esta provier de falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta.

Art. 938. Aquele que habitar prédio, ou parte dele, responde pelo dano proveniente das coisas que dele caírem ou forem lançadas em lugar indevido.

(BRASIL. LEI Nº.10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o **Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso: 27 de setembro de 2022).

Assim, para o autor, mesmo o inimputável, deve arcar, proporcional e razoavelmente, com os atos lesivos que cometer, dada a conclusão alcançada:

Podemos, então, concluir dizendo que a inimputabilidade não exclui o dever de reparar o dano se ocorrerem duas condições. Primeira, ser o ato tal que, se praticado por alguém imputável, configure a violação de um dever. Se o inimputável agiu em condições em que não se lhe poderia atribuir culpa alguma, caso fosse imputável, não poderá ser obrigado a indenizar. Seria um contrassenso tratar o inimputável, nesse aspecto, com maior severidade do que as pessoas imputáveis, exigido dele uma conduta que a estas não se impõe. Segunda, ter o inimputável bem em valor superior ao necessário para lhe assegurar os alimentos adequados ao seu estado e condições e os alimentos que legalmente deva a outrem (CAVALIERI FILHO, 2020, p.40).

Seguindo esta mesma linha de análise, Gagliano e Pamplona Filho (2021, p. 190), elencam o exemplo do “*louco milionário*” que é curador de pessoa de poucos recursos, suscitando, assim, que o patrimônio, mesmo do incapaz, deve arcar com os danos cometidos por ele, desde que obedecendo a condicionante da proporcionalidade, isto é, não pode o juízo de reprovabilidade ser de tal monta que inviabilize sua manutenção.

Dando continuidade à análise dos suscitados pressupostos da responsabilidade subjetiva, se faz indispensável a seu estudo o exame de seu núcleo definidor essencial, a culpa. Para isso, Cavaliere Filho enlaça a definição de culpa *lato sensu* a partir da contraposição do que se entende por dolo, como se observa no seguinte recorte de sua obra:

Em suma, no dolo o agente quer a ação e o resultado, ou pelo menos, assume o risco de produzi-lo. O agente que age dolosamente sabe ser ilícito o resultado que intenciona alcançar (representação) ou assume o risco de produzi-lo (anuência) com a conduta. Está consciente que age de forma contrária ao dever jurídico, embora lhe seja possível agir de forma diferente. Na culpa o agente só quer a ação, vindo a atingir o resultado lesivo por desvio de conduta decorrente da falta de cuidado, atenção, diligência ou cautela a serem observadas em cada caso e nas mais variadas situações. A conduta voluntária, mas o resultado é involuntário; o agente quer a conduta, não, porém, o resultado; quer a causa, mas não quer o efeito, nem assume o risco de produzi-lo (CAVALIERI FILHO, 2020, p.43).

Com base nesta aceção introdutória, tona-se possível suscitar os desdobramentos atinentes à conduta culposa, isto é, a voluntariedade da conduta (o agente tem discernimento e consciência ao querer a conduta e age, ou se omite, de maneira voluntária), sua previsibilidade/previsão (o resultado alcançado era esperado

pelo homem médio) e a violação de dever de cuidado, cautela, diligência ou atenção proveniente da inobservância tensional, como suscitam Cavalieri Filho (2020, p. 47-49), e Gagliano e Pamplona Filho (2021, p.147).

Nesse interim, mostra-se relevante explicar, ainda, uma das subdivisões mais conhecidas pela academia no que se refere as três principais formas de manifestação da culpa, são elas: a negligência, a imprudência e a imperícia. Como forma de realizar esta tarefa, tem-se a apresentação elencada por Gagliano e Pamplona Filho para cada uma destas hipóteses:

a) negligência - é a falta de observância do dever de cuidado, por omissão. Tal ocorre, por exemplo, quando o motorista causa grave acidente por não haver consertado sua lanterna traseira, por desídia; b) imprudência – esta se caracteriza quando o agente culpado resolve enfrentar desnecessariamente o perigo. O sujeito, pois, atua contra as regras básicas de cautela. Caso do indivíduo que manda o seu filho menor alimentar um cão de guarda, expondo-o ao perigo; c) imperícia – esta forma de exteriorização da culpa decorre da falta de aptidão ou habilidade específica para a realização de uma atividade técnica ou científica. É o que ocorre quando há o erro médico em uma cirurgia em que não se empregou corretamente a técnica de incisão ou quando o advogado deixa de interpor recurso que possibilitaria, segundo a jurisprudência dominante, acolhimento da pretensão de seu cliente (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2021, p.176-177).

Por todo o exposto, é possível inferir que a conduta culposa possui diversas possibilidades de se concretizar nas relações humanas, porém, como elencado inicialmente, estas não se consubstanciam como as únicas hipóteses capazes de gerar fatos no mundo concreto que interessam ao Direito, mais especificamente, ao campo da responsabilidade civil. Desse modo, o estudo sobre a chamada teoria do risco correlata à responsabilidade civil objetiva é providência que se impõe, dada a proposta de adentrar e discutir o máximo de aspectos do instituto objeto desta pesquisa.

2.3 RESPONSABILIDADE CIVIL E OBJETIVA E SEUS ELEMENTOS

Nesse ponto observar-se-ão os fundamentos basilares que definem a essencialidade da espécie em enfoque, à luz da Teoria do Risco e seus principais desdobramentos, reconhecidos pela doutrina e jurisprudência. Para abarcar este assunto, o método utilizado será o da pesquisa qualitativa descritiva.

De igual modo, serão explorados os principais elementos da natureza objetiva, mais precisamente, no que se refere à conduta humana, ao dano e suas subespécies, bem como ao nexo de causalidade. Assim, com este item, se tem como intuito primordial a compreensão dos desdobramentos substanciais que consolidam esta vertente da Responsabilidade Civil.

2.3.1 Fundamentos e Teorias sobre a Responsabilidade Civil Objetiva

Como forma de iniciar as reflexões sobre o presente tópico, faz-se mister aclarar os fundamentos social e jurídico que corroboraram a ideia de responsabilidade civil objetiva, eis que, para Gagliano e Pamplona Filho (2021, p. 184), o desenrolar do instituto se deu com a evolução tecnológica, principalmente no que se refere ao desenvolvimento bélico intensificado no século XX, vindo tal cenário a desaguar exatamente na denominada teoria do risco.

A mencionada teoria, por sua vez, pode ser traduzida a partir de uma imposição legal de dever de cuidado, da qual advém a responsabilização de determinadas pessoas independentemente da presença ou não de culpa. Destarte, compreende-se que *“esta Teoria, dita objetiva, ou do risco, tem como postulado que todo dano é indenizável, e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, independentemente de culpa”* (GONÇALVES, 2021, p. 49).

Nesse interim, dada sua relevância ao estudo da responsabilidade civil objetiva, faz-se mister aclarar, ainda, os cinco desdobramentos da Teoria do Risco fundamentadores deste âmbito de responsabilização, os quais foram ventilados na obra de Tartuce (2018, p. 382-383), de modo a demarcar as seguintes vertentes:

A primeira delas é a teoria do risco administrativo, adotada nos casos de responsabilidade objetiva do Estado, [...]. (art. 37, § 6º, da CF/1988). A segunda vertente é a teoria do risco criado, presente nos casos em que o agente cria o risco, decorrente de outra pessoa ou de uma coisa. Cite-se, com primeira ilustração, a previsão do art. 938, do Código Civil, que trata da responsabilidade do ocupante do prédio pelas coisas que dele caírem ou forem lançadas em local indevido (defenestramento). A terceira variação é a teoria do risco da atividade ou risco profissional, evidenciada quando a atividade desempenhada cria riscos a terceiros, aos direitos de outrem, nos moldes do que consta da segunda parte do art. 927, parágrafo único, do CC/2002. Como quarta modalidade de destaque, cite-se a teoria do risco-proveito, adotada nas situações em que o risco decorre de uma atividade lucrativa, ou seja, o agente retira um proveito do risco criado, como nos casos envolvendo os riscos de um produto, relacionados com a responsabilidade objetiva decorrente do Código de Defesa do Consumidor. Dentro da ideia de

risco-proveito estão os riscos de desenvolvimento. [...]. Por fim, há a teoria do risco integral, evidenciada nas situações em que não há excludente de nexo de causalidade ou responsabilidade civil a ser alegada, como nos casos de danos ambientais [...].

Nesses termos, verifica-se que, independentemente do desdobramento adotado, a teoria do risco consubstancia-se a partir da análise de uma possível responsabilização desvincilhada da verificação da existência de culpa, mas a partir da observação da assunção ou não dos riscos legalmente previstos para determinadas atividades potencialmente lesivas aos indivíduos a elas vinculados ou a terceiros.

Seguindo esta linha de arguição, é indispensável ressaltar que a caracterização de atividade de risco encontra-se em aberto no ordenamento jurídico brasileiro, dada a postura silente da legislação em delimitá-la. Consequência deste fato, é a sujeição ao judiciário a tarefa, após o devido estudo caso a caso, de estabelecer a devida definição das atividades consideradas juridicamente arriscadas, como elencam Gagliano e Pamplona Filho (2021, p. 186).

Assim os autores suscitados no parágrafo anterior buscam dirimir tais dúvidas a partir do exame do dispositivo contido no art. 927², do Código Civil em vigor eis que aduzem:

No nosso entendimento, ao consignar o advérbio 'normalmente', o legislador quis referir-se a todos os agentes que, em troca de determinado proveito, exerçam com regularidade atividade potencialmente nociva ou danosa aos direitos de terceiros. Somente essas pessoas, pois, empreenderiam a mencionada atividade de risco, apta a justificar a sua responsabilidade objetiva (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2021, p.188).

De maneira equivalente defende Gonçalves (2021, p. 49), em relação ao chamado "risco-proveito", eis que:

A responsabilidade civil desloca-se da noção de culpa para a ideia de risco, ora encarada como 'risco-proveito', que se funda no princípio segundo o qual é reparável o dano causado a outrem em consequência de uma atividade

² Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (BRASIL. LEI Nº.10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o **Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406compilada.htm. Acesso: 25 de setembro de 2022).

realizada em benefício do responsável (*ubi emolumentum, ibi onus*; ora mais genericamente como 'risco-criado', a que se subordina todo aquele que, sem indagação de culpa expuser alguém a suportá-lo.

Ante o aclarado, torna-se possível compreender à responsabilidade civil objetiva sob o fundamento do risco proveniente de determinada atividade ou comportamento permeado em sociedade. Assim, em desfecho a tais ideias precipuamente expostas, é imperioso expor a conclusão alcançada por Terra, Guedes e Tepedino (2020, p. 5), os quais defendem que, com o advento da evolução social, a responsabilidade subjetiva não é mais o parâmetro juridicamente capaz de abarcar todas as relações provenientes das sociedades de massa, eis que “*a reparação da vítima não poderia depender da prova, quase impossível*” do elemento culpa, o que culminou em um dever de indenizar desvincilhado da demonstração deste pressuposto.

2.3.2 Elementos da Responsabilidade Civil Objetiva

Como forma de englobar a maior quantidade de aspectos do campo objetivo da responsabilidade civil, dada sua pertinência no ordenamento atual, inclusive estando consolidado na Constituição Federal de 1988, dados os princípios da solidariedade e da justiça social, calcados na responsabilização independentemente da constatação do elemento culpa, conforme defendem Terra, Guedes e Tepedino (2020, p. 5), faz-se mister ainda apurar os elementos formadores da consolidação da vertente objetiva no mundo jurídico.

Por conseguinte, como lecionam Gagliano e Pamplona Filho (2021, p. 55), são três os pressupostos gerais concernentes ao campo da objetividade, mais precisamente, a conduta humana, seja ela positiva ou negativa, o dano ou prejuízo, e o nexo de causalidade.

Partindo, então, para a análise descritiva de cada um desses componentes da responsabilidade, verifica-se como elemento precípua a natureza volitiva da conduta humana, dado que somente importa para o mundo jurídico aqueles atos intencionalmente adotados ou deliberadamente omissivos, caso contrário, não há o que se falar em materialização da responsabilidade civil, eis que, como suscitam Gagliano e Pamplona Filho (2021, p. 59): “*o núcleo fundamental, portanto, da noção*

de conduta humana é a voluntariedade, que resulta exatamente da liberdade de escolha do agente imputável".

Em seguida, os mencionados autores passam a correlacionar à conduta humana o elemento referente ao dano ou ao prejuízo ocasionado por esta, uma vez que somente se falará de indenização se houver algo a ser remediado, reestabelecido ou reparado, em virtude da consubstanciação de um dano, pois sem ele não há responsabilização (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2021, p.67). Nesse interregno, Gonçalves (2021, p. 55) ratifica, igualmente, o caráter cumulativo de tais pressupostos, dado que *"a obrigação de indenizar decorre, pois, da existência da violação de direito e do dano, concomitantemente"*.

Em virtude da essencialidade atribuída ao elemento dano, torna-se indispensável seu exame, uma vez que tal fenômeno deve ser dirimido não apenas a partir da ótica da lesão patrimonial, mas, também, dos prejuízos, em muitos casos irremediáveis, das ofensas à personalidade, dada a possibilidade de *"vulneração de direitos inatos à condição de homem, sem expressão pecuniária"* (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2021, p. 69).

Por consequência, o dano poderá subdividir-se em patrimonial; quando gerar efeitos materiais para a vítima, seja por conta do que se perdeu efetivamente (dano emergente) ou, ainda, aquilo que deixou de lucrar/ganhar (lucros cessantes) (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2021, p.77 e; TERRA, GUEDES E TEPEDINO, 2020, p.9); ou moral, que neste caso, aclaram Gagliano e Pamplona Filho (2021, p. 81), com fulcro na doutrina de Carlos Alberto Bittar, que

[...], qualificam-se como morais os danos em razão da esfera da subjetividade, ou do plano valorativo da pessoa na sociedade, em que repercute o fato violador, havendo-se, portanto, como tais aqueles que atingem os aspectos mais íntimos da personalidade humana (o da intimidade e da consideração pessoal), ou da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (o da reputação ou da consideração pessoal).

Outrossim, há, ainda, a necessidade de abarcar a hipótese dos danos estéticos e, a possibilidade de cumulação aos danos morais. Como amostra de tal hipótese, eis entendimento já consolidado e reiterado pelo Superior Tribunal de Justiça, em sede de ação indenizatória:

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1922793 - RJ (2021/0191733-7)
DECISÃO. Trata-se de agravo contra decisão que negou seguimento a

recurso especial interposto, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea 'a', da Constituição Federal, em face de acórdão assim ementado (e-STJ, fl. 403): APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ACIDENTE DE TRÂNSITO. TRANSPORTE ALTERNATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROPRIETÁRIO DA VAN, DO MOTORISTA E DA SEGURADORA. CONDIÇÃO DE PASSAGEIRO. COMPROVAÇÃO DOS DANOS. LAUDO PERICIAL. NEXO CAUSAL DEMONSTRADO. INCAPACIDADE PARCIAL PERMANENTE. DANO MORAL E ESTÉTICO CONFIGURADOS. [...]. Ocorre que o desastre narrado nesta lide teve desdobramentos que, de fato, são capazes de causar transtornos maiores do que meros aborrecimentos, já que resultou em patrimônio físico lesionado, atendimento médico em hospital público, com tratamento prolongado pós-cirúrgico, incapacidade total e temporária por tempo considerável e incapacidade parcial e permanente de grau significativo em membro superior, tudo conforme atesta o laudo pericial. Surge, portanto, da própria gravidade do fato, o dano moral perseguido pela demandante, que é *in re ipsa*, pois é evidente que as lesões sofridas caracterizam, inexoravelmente, ofensa a direitos da personalidade. **Em relação ao dano estético, que é forma autônoma de dano extrapatrimonial, que pode ser cumulado com o dano moral, ainda que derivados do mesmo evento, se podem ser apurados de forma distinta e causados por fatos inconfundíveis.** Se a reparação pelo dano moral tem finalidade ressarcir o abalo psicológico, o dano estético indenizável visa reparar as modificações prejudiciais na morfologia do indivíduo, identificadas por debilidades, deformações e lesões em sua aparência física. [...]. Brasília, 29 de novembro de 2021. MARIA ISABEL GALLOTTI. Relatora. (BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. STJ. AREsp n. 1.922.793, Ministra Maria Isabel Gallotti, DJe de 30/11/2021. - G.N.).

Ademais, é diligência pertinente ao exame proposto do dano, a diferenciação quanto ao chamado dano “reflexo” ou “por ricochete” e, ao dano denominado como indireto, posto que aquele refere-se exatamente a possibilidade de afetação de terceiros por conduta acometida contra os sujeitos vitimados diretamente, ao passo que o dano indireto diz respeito ao direito juridicamente tutelado, dado que um dano moral contra a honra de determinada o indivíduo poderá culminar na reparação patrimonial, pelo abalo sofrido, por exemplo. Melhor dizendo, enquanto o dano “reflexo” preocupa-se com os sujeitos afetados pela conduta lesiva, o dano indireto possui como enfoque o direito que fora afetado pela conduta, conforme lecionam Gagliano e Pamplona Filho (2021, p. 83-86).

No mais, dando sequência aos elementos que consubstanciam a responsabilização objetiva dos atos lesivos, mostra-se imperativo aclarar, ainda, o entendimento alusivo ao chamado nexo de causalidade, eis que se trata, exatamente, do elo etiológico entre os outros dois elementos acima elencados. Dessa maneira, apresenta Gonçalves (2021, p. 54) que o nexo causal “*é a relação de causa e efeito entre a ação ou a omissão do agente e o dano verificado*”.

Por consequência da significativa função designada ao nexo de causalidade, várias teorias foram desenvolvidas como forma de enlaçar o surgimento e

concretização da ligação entre conduta e dano, resultando como corrente majoritária, sobre o entendimento da doutrina dominante, a compreensão da adoção, pelo Direito Civil Brasileiro, da teoria da causalidade adequada, a qual fora reputada por Carvalho Filho (2020, p. 61) como sendo aquela que, em sede de responsabilidade civil, deve observar o seguintes aspectos:

[...], nem todas as condições que concorrem para o resultado são equivalentes (como no caso da responsabilidade penal), mas somente aquele que foi a mais adequada a produzir concretamente o resultado. [...] para aferir a responsabilidade civil pelo acidente, o juiz deve retroceder até o momento da ação ou omissão, a fim de estabelecer se esta era ou não idônea para produzir o dano. [...] para se estabelecer um dano é preciso fazer um juízo de probabilidade. [...]. O juízo de probabilidade ou previsibilidade das consequências é feito pelo juiz, retrospectivamente, e em atenção ao que era cognoscível pelo agente, como exemplar do tipo do homem médio.

Como forma de aclarar as especificidades desta corrente, em virtude de sua relevância, inclusive, na jurisprudência nacional³, é prudente aclarar outros contornos sobre a temática. Assim, lecionam Gagliano e Pamplona Filho (2021, p. 134):

O ponto central para o correto entendimento desta teoria consiste no fato de que somente o antecedente abstratamente apto à determinação do resultado, segundo o juízo razoável de probabilidade, em que conta a experiência do julgador, poderá ser considerado causa.

No entanto, há vozes na doutrina que discordam deste posicionamento, eis que defendem a adoção, da teoria da causalidade direta e imediata pelo Código Civilista brasileiro, posicionamento esse adotado, ademais, pelos autores acima citados, Gagliano e Pamplona Filho (2021, p. 137), dado que argumentam pelo império desta teoria, também chamada de teoria da interrupção do nexo causal, após análise do dispositivo contido no art. 403, do CC/2002⁴. De igual modo se posicionam Terra, Guedes e Tepedino (2020, p. 9), ao afirmarem:

O Código Civil brasileiro consagrou, em seu art. 403, a *teoria da interrupção do nexos de causalidade*, também designada de *teoria da causalidade direta*

³ Exemplo de precedente que demonstra a aplicabilidade da Teoria da Causalidade Adequada: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.936.743 - SP (2020/0290051-2). Acórdão proferido pelos s, os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Jurisprudência. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>

⁴ Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

e *imediata*, de acordo com a qual apenas se consideram causas aquelas vinculadas ao dano direta e imediatamente.

Em sequência, entretanto, os referidos autores passam a reconhecer a insuficiência da teoria da causalidade direta e imediata, no que se refere aos danos indireta ou remotamente provocados e, entendem pelo reconhecimento e aplicabilidade da subteoria proveniente desta, a teoria da *necessariedade da causa*, em que se sustenta que “*deve-se atribuir o dever de reparar quando o evento danoso é efeito necessário de certa causa*” (TERRA, GUEDES E TEPEDINO, 2020, p.9).

Tendo em vista o estudo desenvolvido concernente aos elementos da responsabilidade civil objetiva, torna-se possível arrematar que tanto a doutrina especializada, quanto a jurisprudência dominante analisam e desenvolvem tais elementos concomitantemente às necessidades sociais, desse modo, em virtude desta conclusão alcançada, se faz necessário, ainda, analisar, em arremate ao presente capítulo, exatamente esse confronto de temporalidade do desenvolvimento humano nas várias esferas da sociedade, o que será objeto do tópico contínuo.

2.4 AS FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO BRASIL E NO DIREITO COMPARADO

Como visto por todo o suporte jurídico percorrido no presente capítulo de abertura desta pesquisa, o instituto da responsabilidade civil tem o condão de se subdividir em diversas vertentes, tendo como ponto de convergência a chancela, seja individual ou social, de uma função para a hipótese indenizatória concedida. Dito isto, o presente capítulo pretende, no mais, enlaçar as tarefas atribuídas ao instituto durante diversos momentos históricos e confrontos sociais, de modo a desaguar nas possíveis funções designadas à responsabilidade civil no cenário atual, mais especificamente no Brasil.

Tendo em vista tal perspectiva, propõe-se a análise dos países que, assim como o estado Brasileiro, seguem o sistema da *civil law*, centralizando neste panorama os cenários da Alemanha, da Itália e da França, pois, segundo Dal Pizzol (2020, pp. 158-159), nesses três países, bem como no contexto brasileiro, existem razões comuns para o surgimento do caráter multifuncional atribuído à responsabilidade civil na contemporaneidade.

Isso decorre da insuficiência do modelo puramente compensatório, entendido como modelo primevo e tradicional da responsabilidade civil, eis que este seria deficiente em impedir futuras condutas danosas e promover, efetivamente, a proteção preventiva dos direitos essenciais a dignidade humana, “*especialmente em situações nas quais o lucro que o réu pretende obter com a conduta danosa supera o montante projetado de danos compensatórios a serem pagos à vítima (análise custo-benefício)*” (DAL PIZZOL, 2020, p. 160).

Outro motivo, que o referido autor elenca como sendo um dos fundamentos responsáveis por esse movimento de amplitude das funções do instituto em estudo na presente pesquisa, é o fato da legislação criminal, no âmbito legislativo dos mencionados países, ter sofrido contrações, principalmente nas áreas atinentes aos direitos personalíssimos e à dignidade dos indivíduos, eis que o princípio predominante que guia o Direito Criminal é exatamente a intervenção mínima, logo, as punições criminais somente devem ser aplicadas “*quando os outros ramos do Direito não são capazes de resolver conflitos (‘ultima ratio’)*” (DAL PIZZOL, 2020, p. 161).

Dessa forma, Dal Pizzol (2020, p. 162), com esteio nas doutrinas de Paolo Gallo e Bernd-Rüdiger Kern, alcança a seguinte conclusão:

[...], a responsabilidade civil é chamada a preencher os espaços deixados pela contração do Direito Criminal em áreas nas quais a punição e a dissuasão ainda são necessárias para a proteção de interesses importantes, mas onde sanções criminais, por outro lado, são consideradas excessivas (v.g., privacidade, honra, reputação, dignidade). Isso contribui, [...], para transformar as indenizações por danos extrapatrimoniais em uma espécie de sanção intermediária entre a mera compensação dos danos e as penas criminais.

Outrossim, Dal Pizzol (2020, p. 161), ainda, traz como fator ensejador desse movimento de pluralidade das funções da responsabilidade civil o avanço do chamado funcionalismo jurídico cada vez mais disseminado nos precedentes judiciais, substituindo, assim, o estruturalismo ou normativismo legislativo, atribuindo, dessa forma, outros efeitos, para além dos individuais, às decisões proferidas. Por conseguinte, “*um juiz-político, a quem compete fazer opções e perseguir objetivos (e não mais ser apenas a ‘boca da lei’), deve estar sempre atento aos efeitos de suas decisões na sociedade*”.

Dado o cenário evolutivo exposto nos países da *civil law*, é medida imprescindível à análise proposta acerca da observação das três principais funções atribuídas, pela doutrina e jurisprudência, ao logo do tempo, à responsabilidade civil, sendo a primeira a tradicional tarefa da chamada função compensatória, a qual, segundo Braga Netto (2019, p. 93), apresenta duas principais subdivisões:

A indenização pode assumir, em linhas gerais, a forma reparatória (ou ressarcitória) e a forma compensatória. A primeira é própria dos danos materiais. Se alguém destrói um bem de outrem (um carro, por exemplo), é possível que se retorne à situação anterior ao dano (*status quo ante*). [...]. Já a indenização compensatória é própria dos danos morais. [...]. Nesses casos, a indenização não faz voltar – nem poderia – a situação que existe anteriormente ao dano. Apenas procura (imperfeitamente, é certo), minorar, aliviar, atenuar a dor da vítima. Ou, em caso de falecimento da vítima, de sua família.

Ademais, como suscitado nos parágrafos anteriores, a responsabilidade civil tem progredido de modo a se preocupar com a possibilidade de punir, efetivamente, o agente que cometera o ato danoso, em observância, inclusive, ao grau lesivo que o dano ocasionou à vida da vítima, sendo desse modo tratada em reiterados julgados. Como amostra desta constatação, Braga Netto elenca julgados do Superior Tribunal de Justiça que reafirmam a tarefa punitiva-pedagógica do instituto, como por exemplo, o “*Agravo Regimental no Agravo em Especial nº 1.410.038*” (NETTO, 2019, p. 94-95), bem como a jurisprudência internacional, eis que cita o precedente italiano “*Cassazione Civile, SS. UU., sentenza 05/07/2017, nº. 16601*” (NETTO, 2019, p.100), em que as Cortes Superiores reconhecem a existência e necessidade de aplicação da referida função punitiva aos casos concretos processados.

Por fim, por consequência lógica à função explicitada acima, a doutrina e a jurisprudência, ainda, vêm atribuindo à responsabilidade civil uma terceira tarefa, mais precisamente, em relação as hipóteses de prevenção de cometimento reiterados das condutas lesivas, por meio da teoria do desestímulo, a qual será aprofundada a partir do desenvolvimento deste trabalho.

3 ECONOMIA COMPORTAMENTAL: DA PSICOLOGIA COMPORTAMENTAL AOS NUDGES

Traçadas tais delimitações iniciais, ponto de convergência ao estudo realizado, até o presente momento, independentemente da natureza classificatória atribuída à responsabilidade civil, é que esta possui a capacidade de reparar atos lesivos em diversos âmbitos de análise. No entanto, o que se busca com a este estudo é avaliar a possibilidade de “ir além” desta simples reparação.

Este “ir além” pode ser traduzido para análise direta de um método punitivo e, também, pedagógico para os casos de cometimento de atos lesivos. Mais especificamente em um método efetivamente preventivo, que busca ativar, automaticamente, na memória de seus possíveis autores um viés de escolha chave que reprima a condutada lesiva, a partir de um “empurrãozinho” simples.

Assim, a possibilidade de ativação automática a partir de um simples *nudge* será o objeto de investigação do presente capítulo, no qual se buscará, a partir de um estudo dedutivo e hipotético-dedutivo, delimitar concepções gerais sobre estímulos sociais e, em momento posterior, correlacioná-los à hipótese de aplicação conjunta ao ordenamento civilista brasileiro, dada a natureza básica estratégica e qualitativa da presente pesquisa.

3.1 RAÍZES DA ECONOMIA COMPORTAMENTAL: A CONTRIBUIÇÃO DE DANIEL KAHNEMAN

Este item, por conseguinte, busca explorar as formas como o pensamento se perfaz, a partir da análise sistemática do estudo desenvolvido por Daniel Kahneman. Pretende-se, dessa maneira, elucidar no presente tópico a caracterização básica concernente aos dois sistemas formadores do pensamento, Automático e Reflexivo, para, a partir desta análise, entender como os indivíduos, em regra, encontram as respostas para as diferentes tramas sociais do cotidiano.

Neste quadro pretendido, mostra-se como medida indispensável ao arremete conclusório a compreensão das diferentes heurísticas de escolha e seus principais vieses de influência. Para tanto, a metodologia mais adequada capaz de distinguir as formas de pensar e os diversos modos de influência que estas podem sofrer, é por meio do estudo exploratório e descritivo, de natureza estratégica.

3.1.1 Os Dois Sistemas de Pensamento: Automático e Reflexivo

Para explicar, de antemão, as principais características da economia comportamental e o modo pelo qual esta pode se relacionar à análise proposta nesta pesquisa, mostra-se medida indispensável a esta análise estudar a compreensão de um dos principais doutrinadores na área, Daniel Kahneman.

Destarte, para Kahneman (2012, p. 26), inspirado na nomenclatura originalmente desenvolvida pelos psicólogos Keith Stanovich e Richard West, as formas de pensamento se dividem em dois sistemas, de modo a facilitar o entendimento e identificação por parte de seus leitores, que se diferenciam da seguinte maneira:

O Sistema 1 opera automática e rapidamente, com pouco ou nenhum esforço e nenhuma percepção de controle voluntário. O Sistema 2 aloca atenção às atividades mentais laboriosas que o requisitam, incluindo cálculos complexos. As operações do Sistema 2 são muitas vezes associadas com a experiência subjetiva de atividade 2, escolha e concentração.

Dada a divisão proposta, o autor passa a delinear os contornos de ambos os sistemas, *automático* e *reflexivo*, de modo a desenvolver diferenciações básicas para compreensão da forma de pensar rápida e automaticamente, sem grande esforço e por meio, em muitos casos, de associações, no caso do Sistema 1, e, contrapondo-se a tais aspectos, da forma de pensar lenta e analiticamente, como é entendido o “preguiçoso” Sistema 2, que leva essa caracterização em virtude de sua ativação em segundo plano, pois “na maioria das ocasiões, [...], o preguiçoso Sistema 2 adotará as sugestões do Sistema 1 e seguirá em frente” (KAHNEMAN, 2012, p. 72).

Assim, considerando que o “Sistema 2 é preguiçoso e que o esforço mental é aversivo. Se possível, os receptores de sua mensagem querem ficar longe de qualquer coisa que os lembre do esforço, [...]” (KAHNEMAN, 2012, p. 72), o estudo do usual Sistema 1, a partir da distinção entre este e o Sistema 2, é medida indispensável para a compreensão de como as pessoas, em regra, constituem seu raciocínio e tomam decisões.

Por consequência, o presente tópico tem por finalidade delimitar as principais diferenciações entre os dois citados sistemas apontadas pelo mencionado autor ao

longo de sua obra intitulada “Rápido e devagar: duas formas de pensar” (KAHNEMAN, 2012), para, somente então, decifrar a metodologia do pensamento desenvolvido automaticamente pelo denominado Sistema 1.

Tendo em vista esta orientação inicial, é preciso elencar, de logo, que apesar de o Sistema Reflexivo ou Sistema 2, ser menos utilizado na vida cotidiana, de modo geral, dado que as funções desenvolvidas por ele exigem maior esforço e atenção, limitando a possibilidade de realização concomitante a outros afazeres, este tem o poder de programar e monitorar as funções realizadas pelo Sistema Automático ou Sistema 1. Como amostra desse fato eis um dos exemplos elencados por Kahneman, com base no livro “*O gorila invisível*”, de Chistopher Chabris e Daniel Simons:

Eles montaram um curta-metragem de duas equipes trocando passes de basquete, uma das equipes com camisetas brancas, a outra vestindo preto. Os espectadores do filme são instruídos a contar o número de passes feitos pelo time branco, ignorando os jogadores de preto. Essa tarefa é difícil e completamente absorvente. No meio do vídeo, uma mulher usando um traje de gorila aparece, atravessa a quadra, bate no peito e vai embora. O gorila fica à vista por nove segundos. Milhares de pessoas assistiram ao vídeo e cerca da metade delas não observou nada de incomum. É a tarefa de contar — e sobretudo a instrução de ignorar uma das equipes — que causa a cegueira (KAHNEMAN, 2012, p. 29).

O autor, então, alcança à seguinte conclusão: “*O estudo do gorila ilustra dois importantes fatos acerca de nossas mentes: podemos ficar cegos para o óbvio, e também somos cegos para nossa própria cegueira*” (KAHNEMAN, 2012, p. 29).

Por conseguinte, o Sistema 2 atua de modo a reprogramar a atuação do Sistema 1, como forma de cumprir a tarefa requerida, de modo a ignorar reações habituais e, somente focar no que lhe foi requerido. Para Kahneman essa função desempenhada pelo Sistema Reflexivo é chamada de “*ajustes de tarefa*” (“*task sets*”) (KAHNEMAN, 2012, p. 43).

No entanto, como já aclarado anteriormente, o Sistema 2 possui um comportamento adjacente às funções desenvolvidas pelo Sistema 1, sendo apelidado pelo próprio autor como “*o controlador preguiçoso*” (KAHNEMAN, 2012, p. 45-47), eis que o objetivo comum destes é preservar a economia da ação de pensamento, como forma de diminuir o esforço inferido, bem como “guardar reservas” para atividades mais dispendiosas e indispensáveis à sobrevivência em sociedade (KAHNEMAN, 2012, p.42). Em vista de tais considerações, o autor prossegue com a distinção entre

ambos, passando a atribuir maior enfoque às características e os principais comportamentos de ativação frente ao Sistema 1.

Dessa maneira, como meio de exemplificar a atuação desenvolvida pelo Sistema Automático, o referido autor expõe duas palavras: “*Bananas Vômito*” (KAHNEMAN, 2012, p. 58), e deixa para seu leitor a tarefa de realizar associações destes dois termos. Em sua conclusão, àquele infere que a maior parte das pessoas irão efetuar o processo denominado como “*ativação associativa*”, o qual se consubstancia na produção de diversas ideias sobre a temática exposta, de modo a causar uma “*cascata*” de atividades cerebrais distintas e automáticas (KAHNEMAN, 2012, p. 58). Destarte, o autor explica que:

O traço essencial dessa série complexa de eventos mentais é sua coerência. Cada elemento está conectado, e cada um apoia e fortalece os outros. A palavra evoca lembranças, que evocam emoções, que por sua vez evocam expressões faciais e outras reações, tais como um aumento geral de tensão e uma tendência a evitar algo. A expressão facial e o gesto de evitar intensificam os sentimentos aos quais estão ligados, e os sentimentos por sua vez reforçam ideias compatíveis. Tudo isso acontece rapidamente e tudo de uma vez, gerando um padrão autor reforçado de reações cognitivas, emocionais e físicas que são ao mesmo tempo diversas e integradas — isso é chamado de associativamente coerente (KAHNEMAN, 2012, p.58).

Prosseguindo nesta linha de raciocínio de Kahneman, verifica-se a existência do chamado efeito *priming*, isto é, o desenvolvimento de ideias a partir de palavras, conceitos ou experiências, capazes de acarretar, inclusive, ações correlacionadas ao efeito ideomotor. Como forma de abarcar tais efeitos, o pesquisador elenca:

Gestos simples, comuns, também podem influenciar inconscientemente nossos pensamentos e sentimentos. Em uma demonstração, as pessoas escutavam mensagens em seus novos fones de ouvido. Eram informadas de que o propósito do experimento era testar a qualidade do equipamento de áudio e instruídas a mexer a cabeça repetidamente para constatar qualquer distorção de som. Metade dos participantes devia balançar a cabeça para cima e para baixo enquanto a outra metade recebeu instrução de abanar a cabeça de um lado para o outro. As mensagens escutadas eram editoriais de rádio. Os que balançavam a cabeça (um gesto de sim) tendiam a aceitar a mensagem que escutavam, os que a abanavam tendiam a rejeitá-la. Mais uma vez, não havia consciência, apenas uma conexão habitual entre uma atitude de rejeição ou aceitação e sua expressão física comum (KAHNEMAN, 2012, p. 61-62).

Há, ainda, os efeitos chamados de *priming* recíprocos o que foi facilmente traduzido pelo seguinte apontamento suscitado por Kahneman: “*Conexões recíprocas*

são comuns na rede associativa. Por exemplo, ser entretido tende a fazê-lo sorrir, e sorrir tende a fazer com que se sinta entretido” (KAHNEMAN, 2012, p. 61).

Outrossim, faz-se mister relacionar estas atividades desenvolvidas automaticamente com a questão do esforço cognitivo atrelado à quantidade de atenção e empenho depositados na realização desta espécie de função do pensamento, uma vez que pensar de maneira intuitiva gera uma sensação de relaxamento, dada a familiaridade na realização daquela tarefa determinada.

Em contrapartida, a ativação do Sistema 2 está estritamente correlacionada a um sentimento de tensão cognitiva, dada a natureza dispendiosa que essa maneira de pensar exige. Em ambos os cenários, o humor e a forma de agir dos indivíduos são modificados a depender da quantidade de esforço mental depositada em uma atividade, assim, como ensina Kahneman (2012, p. 68-69) ao afirmar:

As várias causas do conforto ou tensão guardam efeitos intercambiáveis. Quando você se encontra em um estado de conforto cognitivo, provavelmente está de bom humor, gosta do que vê, acredita no que ouve, confia em suas intuições e sente que a presente situação é confortavelmente familiar. Também apresenta maior propensão a ser relativamente casual e superficial nas coisas que pensa. Quando você se sente tenso, tem maior probabilidade de se mostrar vigilante e desconfiado, investir mais esforço no que está fazendo, sentir-se menos confortável e cometer menos erros, mas também fica menos intuitivo e menos criativo do que o normal.

É valioso suscitar, ademais, que as múltiplas causas que geram a sensação de conforto ou esforço mental podem ser separadas e, as pessoas, se devidamente motivadas, podem convertê-las ao atendimento de suas necessidades. Porém, via de regra, isto não ocorre, dada a preguiçosa atuação do Sistema Reflexivo, o qual tende a aceitar as fáceis proposições sugeridas pelo Sistema 1 (KAHNEMAN, 2012, p. 72).

Tendo em vista a atuação proeminente do Sistema 1, o autor conclui que:

O efeito de mera exposição não depende da experiência consciente de familiaridade. Na verdade, o efeito não depende nem um pouco da consciência: ele ocorre mesmo quando as palavras ou imagens repetidas são exibidas tão rapidamente que os observadores nem sequer têm consciência de as terem visto. Eles ainda acabam gostando das palavras ou imagens que foram apresentadas com mais frequência. Como deve estar claro a essa altura, o Sistema 1 pode responder a impressões de eventos do qual o Sistema 2 não tem conhecimento. De fato, o efeito de mera exposição é na verdade mais forte para estímulos que o indivíduo nunca vê conscientemente (KAHNEMAN, 2012, p. 74).

Enfrentada a tratativa referente ao esforço cognitivo e os resultados acarretados por este, bem como demonstradas as características basilares distintivas de ambos os sistemas, automático e reflexivo, mostra-se viável o debate de como os julgamentos e decisões humanas costumam acontecer. Para tanto, o pesquisador busca explicar a propensão aos pensamentos intuitivos a partir do que ele denomina como “*WYSIATI, as iniciais de ‘what you see is all there is’, ou ‘o que você vê é tudo que há’*” (KAHNEMAN, 2012, p. 96), fenômeno cognitivo que busca encontrar coerência entre as informações disponibilizadas, sem preocupar-se, para isto, com sua completude ou veracidade (KAHNEMAN, 2012, p. 97).

Assim sendo, Kahneman (2012, p. 101) afere que:

As perguntas são dirigidas ao Sistema 2, que vai dirigir a atenção e fazer uma busca na memória para encontrar as respostas. O Sistema 2 recebe as perguntas ou as gera: tanto num caso como no outro ele dirige a atenção e procura na memória para encontrar as respostas. O Sistema 1 opera de modo diferente. Ele monitora continuamente o que está acontecendo fora e dentro da mente, e gera continuamente avaliações dos vários aspectos da situação sem intenção específica e com pouco ou nenhum esforço. Essas avaliações básicas (*basic assessments*) desempenham importante papel no julgamento intuitivo, pois elas facilmente entram no lugar de questões mais difíceis — essa é a ideia essencial da abordagem de heurísticas e vieses.

Diante da análise desenvolvida no presente tópico, depreende-se que a heurística das escolhas “*é um procedimento simples que ajuda a encontrar respostas adequadas, ainda que geralmente imperfeitas, para perguntas difíceis*” (KAHNEMAN, 2012, p. 110), tendo em vista a atuação contínua e predominante do sistema automático no cotidiano, ou seja, a maior parte dos indivíduos tendem a tomar decisões com base em experiências ou ideias produzidas por uma familiaridade que sequer, em muitos casos, se tem consciência de possuir, torna-se possível debater a hipótese proposta neste trabalho, isto é, como as escolhas podem acontecer automática e positivamente a partir de um viés padrão de escolha, uma vez que se alcança mínima margem de coerência de se concretizar no cotidiano, eis que a possibilidade de punição reiterada no âmbito cível poderia gerar estas mesmas sensações familiares, que exigem pouco ou quase nenhum esforço mental e, que depreenderão, no mundo real, condutas automáticas que tenderão a evitar tais sanções.

3.1.2 Heurísticas e Vieses na tomada de decisão

Após se debruçar sobre as formas de pensar, Kahneman passa a discorrer sobre as acepções concernentes às heurísticas e como estas conduzem a vieses de escolhas distintos, a depender de diversos fatores, como, por exemplo, a disponibilidade das informações ou o quanto elas se repetem nas grandes mídias.

Desenvolvendo seu pensamento, o autor passa a discorrer sobre o que denomina de “*estatísticos intuitivos*”, que representam àquelas pessoas que não possuem treinamento ou formação na área da estatística, mas que, por conta de suas vivências e de preconcepções à elas atreladas, são capazes de aferir estatísticas muito próximas à realidade, quando perguntadas sobre um caso específico (KAHNEMAN, 2012, p.121).

Este fenômeno ocorre em razão da condição humana em sempre buscar coerência, mesmo que para isto tenha de tirar conclusões precipitadas com base na chamada lei dos pequenos números, por exemplo. Tal método de amostragem (a lei dos pequenos números) é o responsável em fornecer resultados extremos que nem sempre condizem verdadeiramente com a realidade, eis que considera uma quantidade insuficiente de amostras, mas que acarreta uma sensação de coerência com o mundo real, o que faz com que muitas pessoas, inclusive pesquisadores experientes, tendam a excluir qualquer dúvida de seu acervo mental, de modo a depositar, em um primeiro momento, confiança no resultado precipitadamente obtido. Tal fato ocorre motivado pela confiabilidade automática desenvolvida pela forma preordenada do pensamento humano gerida pelo Sistema 1 (KAHNEMAN, 2012, p. 121-123).

Nesse interim, seja em um método de amostragem restrita ou em um processo aleatório, qualquer indivíduo buscará desenvolver um padrão de expectativas que faça sentido. Dessa maneira o mencionado autor elenca que:

Somos ávidos por padrões, temos fé em um mundo coerente, [...]. Não esperamos ver a regularidade produzida por um processo aleatório, e quando detectamos o que parece ser uma regra, rapidamente rejeitamos a ideia de que o processo seja verdadeiramente aleatório. Processos aleatórios produzem muitas sequências que convencem as pessoas de que o processo afinal de contas não é aleatório (KAHNEMAN, 2012, p.124).

Por conseguinte, tendo em vista essa busca por coerência, uma das maneiras encontradas para influenciar os resultados obtidos em razão dos pensamentos intuitivos e aproximá-los, ao máximo, da realidade, consubstancia-se no processo de ancoragem, o qual é explicado por Kahneman (2012, p. 131) da seguinte forma:

Ele acontece quando as pessoas consideram um valor particular para uma quantidade desconhecida antes de estimar essa quantidade. O que ocorre é um dos resultados mais confiáveis e robustos da psicologia experimental: a estimativa fica perto do número que as pessoas consideraram — por isso a imagem de uma âncora. Se lhe perguntassem se Gandhi tinha mais do que 114 anos quando morreu, você acabaria com uma estimativa muito mais elevada da idade da morte dele do que teria se a pergunta de ancoragem se referisse à morte com 35 anos.

Apesar de reconhecer os possíveis efeitos positivos que uma âncora corretamente proposta poderia acarretar em várias situações cotidianas, esta talvez não seja a saída mais adequada à problemáticas que envolvem políticas públicas alvos de diversos danos morais, assim como elenca o mencionado pesquisador:

Considere o efeito de fixar o teto em um milhão de dólares. Essa regra eliminaria todas as indenizações maiores, mas a âncora também jogaria para cima o valor de muitas indenizações que de outro modo seriam bem menores. Isso quase certamente beneficiaria muito mais os acusados de crimes graves e as grandes empresas do que o oposto (KAHNEMAN, 2012, p. 138).

Outrossim, é indispensável suscitar que determinados pensamentos, independentemente da proposição de âncoras, vêm à mente de forma fácil e automática, este fenômeno é conhecido como “heurística da disponibilidade”, advinda da atuação desenvolvida pelo Sistema 1, o qual busca num repertório conhecido pelo agente, a formulação dos padrões de aparência mais recorrente. Por isso, o autor conclui que *“pessoas que se deixam guiar pelo Sistema 1 são mais fortemente suscetíveis a vieses de disponibilidade do que outras em um estado de vigilância maior”* (KAHNEMAN, 2012, p. 147).

Nesse interim, o autor prossegue sua abordagem reafirmando a tendência humana em sempre primar pela coerência, e explica que esta provém, na maior parte dos casos, de aspectos afetivos que facilitam a obtenção de respostas, eis que os indivíduos substituem questionamentos difíceis por outros bem mais fáceis e ligados ao emocional, para conseguirem driblar as dificuldades na tomada de decisões (KAHNEMAN, 2012, p.152).

Desse modo, Kahneman compreende que o afeto e a disponibilidade de informações são pontos primordiais para construir um viés de escolha padrão frente ao grande público, pois, para ele:

No mundo de hoje, os terroristas são os praticantes mais significativos da arte de induzir cascatas de disponibilidade. Com poucas terríveis exceções, como o 11 de Setembro, o número de baixas por ataques terroristas é muito pequeno em relação a outras causas de morte. Mesmo em países que se tornaram alvo de intensas campanhas terroristas, como Israel, o número semanal de baixas quase nunca chegou perto do número de mortes no trânsito. A diferença está na disponibilidade dos dois riscos, na facilidade e na frequência com que cada um vem à mente. Imagens horríveis, repetidas exaustivamente na mídia, deixam todo mundo com os nervos à flor da pele. Como sei por experiência, é difícil apelar à razão para atingir um estado de calma absoluta. O terrorismo fala diretamente ao Sistema 1 (KAHNEMAN, 2012, p. 157).

Outro exemplo de tal “bacamarte mental” referente aos julgamentos aferidos pelo critério da similaridade, alheios a qualquer taxa-base, fora delineado pelo mencionado autor ao suscitar:

A afirmação (falsa) de que ‘os pais de Elvis Presley queriam que ele fosse um dentista’ é levemente engraçada porque a discrepância entre as imagens de Elvis e um dentista é detectada automaticamente. O Sistema 1 gera uma impressão de similaridade sem tencionar fazê-lo (KAHNEMAN, 2012, p. 164).

Para além dos vieses já elencados (ancoragem, disponibilidade, do afeto, similaridade), é preciso, ainda, discorrer sobre a heurística no que tange ao viés da representatividade, que nada mais é que julgamentos firmados com base na similaridade de estereótipos agrupados (KAHNEMAN, 2012, p. 174).

Ante todo o apurado, torna-se possível compreender que, independentemente da espécie de viés escolhido para se alcançar decisões nos mais variados nichos de problemáticas, as pessoas tendem a conceber suas conclusões com base em ideias preteritamente definidas, fato que poderá ocasionar resultados positivos, principalmente no âmbito da responsabilidade civil, caso tais ideias estejam delimitadas de acordo com os interesses sociais firmados na solidariedade e respeito mútuo.

3.2 O DESENVOLVIMENTO DA ECONOMIA COMPORTAMENTAL EM RICHARD THALER E CASS SUNSTEIN

Dado o enfoque aclarado no tópico anterior, tem-se como objetivo principal do presente item aprofundar a análise concernente às hipóteses de influência da conduta humana, a partir da investigação de três relevantes correntes, compreendidas dentro do estudo da economia comportamental, que examinam o comportamento e como este pode ser motivado, mais restritivamente, no que se refere as ideias desenvolvidas pelo chamado Paternalismo Libertário, pelo Utilitarismo, e pela própria técnica de aplicação de nudges, dentro da seara da Arquitetura de Escolhas. Assim, como forma de enlaçar o objeto pretendido neste item, utilizar-se-á a abordagem qualitativa de natureza explicativa e exploratória.

3.2.1 Uma crítica à Economia Clássica e a descoberta do aspecto Humano: O advento do Paternalismo Libertário

As discussões concernentes aos aspectos econômicos sempre giraram em torno da obtenção de lucro, capital para investimento, produção e obtenção de riquezas, distribuição de renda, dentre outras proposições inerentes ao objeto fim desta ciência, isto é, o dinheiro sempre foi o ponto norteador da bússola econômica clássica. Entretanto, com o desenvolvimento da pesquisa proposta por Richard Thaler e Cass Sunstein (2008) um outro aspecto passou a ganhar importância no âmbito da economia, o comportamento humano.

Assim, o que se busca neste tópico é entender e dirimir as principais características da economia comportamental, de modo a conduzir tal análise sob o prisma do estudo concernente ao chamado Paternalismo Libertário, objeto de pesquisa dos mencionados autores.

Nesse interím, Richard Thaler e Cass Sunstein advertem quanto aos estados automáticos do pensamento humano, tentação e desatenção, que podem interferir diretamente na tomada de decisões na forma precipitada, para tanto, elencam o seguinte exemplo: *“muitas vezes saímos de casa sábado de manhã para fazer compras e quando percebemos estamos fazendo o percurso para o trabalho, no lado oposto ao do supermercado”* (THALER; SUNSTEIN, 2008, p. 64).

Em sequência, os referidos autores prosseguem a análise proposta a partir do estudo das decisões negligentes, ou seja, sem qualquer reflexão que demonstre, minimamente, autocontrole (controlador impulsivo). Com este afã, discorrem sobre o experimento desenvolvido pelo pesquisador Brian Wansink, em que fora oferecido ao público de uma sala de cinema de Chicago baldes com pipoca velha e murcha, sem que as pessoas fossem informadas deste fato. A conclusão alcançada pela pesquisa demonstrou que “*em média, quem recebeu o balde grande comeu 53% mais pipoca — mesmo não gostando*” (THALER; SUNSTEIN, 2008, p. 64).

Em comparativo ao experimento supracitado, os autores abordam que:

Pratos e embalagens grandes significam mais ingestão de comida; são uma forma de arquitetura de escolha e funcionam como nudges poderosos. [...]. Quando a falta de autocontrole se une às decisões negligentes, o resultado é uma série de consequências ruins para as pessoas reais. Milhões de americanos continuam fumando apesar das inúmeras evidências de que fumar é péssimo para a saúde. E o mais significativo: a maioria dos fumantes diz que gostaria de parar (THALER; SUNSTEIN, 2008, p. 65).

Pelo exposto nos delineados exemplos, os pesquisadores concluem que grande parte da população poderia se beneficiar por *nudges* estrategicamente propostos na vida cotidiana (THALER; SUNSTEIN, 2008, p. 65).

Antes de partir para a análise seguinte desenvolvida por Thaler e Sunstein, é relevante à discussão proposta, delimitar o que vem a ser um *nudge*. Dessa forma:

Nudge, ou nudging, é um termo da língua inglesa que significa 'cutucar', tocar levemente para chamar atenção ou dar um empurrão. Consiste numa indicação, numa ferramenta meramente sugestiva que influencia a tomada de decisões dos indivíduos para o incremento de objetivos específicos nos mais diversos setores, públicos ou privados (FEITOSA; CRUZ, 2019, p.5).

A partir desse pressuposto, mecanismos de autocontrole, desenvolvidos tanto no âmbito privado quanto no público, podem contribuir para a tomada de melhores decisões. Tendo em vista essa compreensão, Thaler e Sunstein (2008), desenvolvem o conceito de Paternalismo Libertário, que em um primeiro momento parecem ideias completamente opostas, mas que poderiam oferecer dentro do campo da liberdade de escolhas sutis influências, para que aquelas sejam definidas de maneira mais consciente e adequadas, de modo a aumentar e melhorar a vida e bem-estar dos indivíduos (THALER; SUNSTEIN, 2008, p. 11).

Nesse interregno, os mencionados pesquisadores definem a premissa básica proposta pelo paternalismo libertário da seguinte maneira:

O paternalismo libertário é um tipo de paternalismo relativamente fraco, brando e não intrusivo, pois não cria impedimentos ou obstáculos às escolhas. [...], os arquitetos de escolhas, sejam elas públicas ou privadas, não estão apenas identificando ou colocando em prática as decisões que esperam que as pessoas tomem; na verdade, estão, conscientemente, induzindo as pessoas a seguir caminhos que melhorarão sua vida. Estão dando um nudge (THALER; SUNSTEIN, 2008, p. 12).

E concluem:

[...]. regra geral do paternalismo libertário: ofereça nudges que tenham maior probabilidade de ajudar e menor chance de prejudicar. a Uma resposta um pouco mais longa é que as pessoas precisam desses nudges para tomar decisões difíceis e pouco frequentes, cujo feedback não é sentido imediatamente, e também quando não conseguirem traduzir determinados aspectos da situação em termos fáceis de compreender (THALER; SUNSTEIN, 2008, p. 108).

Desse modo, torna-se possível inferir que uma ferramenta potencialmente positiva na vida dos indivíduos é a instrumentalização de *nudges*, a partir de uma ótica do descrito paternalismo libertário, isto é, as pessoas ainda conservariam o seu poder de escolha, mas estas ocorreriam movidas, inconscientemente, por simples estímulos de melhoramento.

3.2.2A Economia Comportamental perante o Utilitarismo de Jeremy Bentham: Pontos de contato e distanciamento

De antemão, é imprescindível determinar as duas premissas básicas que fundam a análise economia do direito, isto é, a análise positiva voltada ao Direito real, preocupada com a maneira que este efetivamente se concretiza no mundo, bem como a análise normativa, envolta na ideia de como àquele deveria ser para que o mundo jurídico impactasse a vida social (DAL PIZZOL, 2020, p. 215; CASTRO; BOMFIM, 2020, p.265). Dada esta delimitação inicial, é possível estabelecer comparativo entre a Economia Comportamental e o viés do Utilitarismo nas decisões relevantes ao movimento *Law and Economics*.

Consequentemente, em obediência à linha cronológica de surgimento das referidas tendências, o Utilitarismo, doutrina ética fundada na ideia de prazer e dor

como condicionantes das escolhas humanas (DAL PIZZOL, 2020, p. 209), segundo Jeremy Bentham, um de seus principais representantes, tem como princípio norteador a utilidade, na medida em que:

O termo utilidade designa aquela propriedade existente em qualquer coisa, propriedade em virtude da qual o objeto tende a produzir ou proporcionar benefício, vantagem, prazer, bem ou felicidade (tudo isto, no caso presente, se reduz a mesma coisa), ou [...] a impedir que aconteça o dano, a dor, o mal ou a infelicidade para a parte cujo interesse está em pauta: se esta parte for a comunidade em geral, tratar-se-á da felicidade da comunidade, ao passo que, em se tratando de um indivíduo particular, estará em jogo a felicidade do mencionado indivíduo (BENTHAM, 1984, p. 4).

Assim, torna-se possível inferir a compreensão de que para o utilitarismo o Direito teria como principal finalidade a promoção do sentimento de bem-estar comum. No entanto, por ter como enfoque a ideia de felicidade, está seria restringida a soma aritmética da felicidade de uma maioria da massa social, o que ocasionaria a invisibilidade de determinadas minorias sociais, eis que “o *‘interesse da comunidade’*, nesse contexto, não passaria da soma aritmética dos interesses dos vários indivíduos que a compõem” (DAL PIZZOL, 2020, p.210).

Desse modo, o Utilitarismo poderia ocasionar diversos problemas sociais, dado que seu fundamento basilar, busca pela maior felicidade/utilidade, não necessariamente acarretaria condutas éticas, corretas e justas para todos os participantes da vida social. Nessa linha de raciocínio lecionam Castro e Bomfim:

Para a economia clássica, as atividades de corrupção – trocas de favores, extorsão, lavagem de dinheiro, evasão fiscal, fraude eleitoral, nepotismo, subornos – são consideradas manifestações de comportamentos de indivíduos racionais, maximizadores de seus próprios interesses, que respondem aos incentivos oferecidos pela matriz de instituições políticas e econômicas (CASTRO; BOMFIM, 2020, p. 265-266).

Dessa forma, o viés de escolha do Utilitarismo, fundado único e exclusivamente à perseguição da felicidade determina que o que deve ou não ser feito com base neste princípio (REIZES; NEU JARDIM, 2020, p. 323) o que exclui da perspectiva humana as consequências positivas ou negativas, em uma perspectiva moral, por exemplo, que seus atos podem acarretar. Nessa linha de perspectiva leciona Dal Pizzol (2020, p. 211), com fulcro na doutrina de Amartya Sen:

[...], o raciocínio utilitarista é um amálgama de três axiomas distintos: (i) consequencialismo (análise apenas pelas consequências); (ii) *welfarismo* (o estado de coisa deve ser julgado apenas pelas informações de utilidade,

como felicidade e satisfação dos desejos); (iii) ranking pela soma (o estado de coisa deve ser avaliado apenas pela soma aritmética das utilidades dos membros do grupo, sem considerar, por exemplo, como essas utilidades estão distribuídas entre eles) (DAL PIZZOL, 2020, p. 211).

Desse modo, torna-se possível aferir que um dos pontos de convergência desta doutrina para com a Economia Comportamental refere-se, exatamente, ao entendimento que as pessoas irão basear suas escolhas a partir das opções que a elas são disponibilizadas (CASTRO; BOMFIM, 2020, p. 265). No entanto, diferentemente daquele, a Teoria da Economia Comportamental preocupa-se com a moral atribuída a ação a ser praticada, dada a avaliação dos efeitos que as decisões poderão ocasionar. Assim, a ideia de que “os fins justificariam os meios” em prol da felicidade, bem-estar como bem maior a ser atingido, é deixada de lado, em prol de uma conduta balizada de modo a acarretar o que é melhor e menos danoso na individualidade de cada situação proposta, a partir, por exemplo, da expressão acertada de uma arquitetura de escolhas determinada, de maneira a acarretar as condutas que ensejadoras de sentimento de justiça social.

3.2.3 A “Arquitetura das Escolhas”: Aplicabilidade dos *Nudges*

No presente tópico serão discutidas as diversas formas que as diferentes arquiteturas de escolha podem se concretizar no cotidiano e, como *nudges* podem interferir nesses métodos de decisão.

Nesse interregno, é indispensável delimitar determinadas categorias introdutórias: assim, a chamada arquitetura de escolhas consiste, exatamente, na construção de métodos que influenciem indiretamente as decisões relacionadas ao Sistema Automático do pensamento humano. Desse modo, a primeira conclusão que os autores lançam em relação a tais métodos é que estes devem se adequar à compreensão e comportamento humano, bem como devem atuar de maneira clara e eficiente perante o Sistema 1 (THALER; SUNSTEIN, 2008, p. 125).

Dada a necessidade de se entender as formas de arquitetura de escolhas e como estas se adequam ao pensamento humano, para daí, compreender o modo como as decisões são tomadas, os autores supramencionados, iniciam essa avaliação a partir da análise da denominada “opção padrão”, a qual representa a determinação da vontade com base em uma sutil disposição previamente escolhida

por outrem, de modo a facilitar e atribuir maior celeridade na tomada de decisões, evitando complexas “escolhas obrigatórias”, que foram diferenciadas da opção padrão como se percebe do seguinte exemplo:

[...], em geral a escolha obrigatória é mais adequada para respostas simples, do tipo ‘sim ou não’, do que para escolhas mais complexas. Num restaurante, a opção-padrão é pedir o prato do jeito que o chef costuma prepará-lo, com a possibilidade de pedir que certos ingredientes sejam acrescentados ou retirados. Em um caso extremo, a escolha obrigatória exigiria que cada cliente desse ao cozinheiro a receita do prato que escolheu! Quando as decisões são muito complexas, a escolha obrigatória pode não ser uma boa ideia — aliás, talvez nem seja factível (THALER; SUNSTEIN, 2008, p. 125).

Este arquétipo de escolhas somente funciona em virtude da atuação preponderante do Sistema Automático de pensamento humano, que racionaliza com base na eficiência de correspondência simples e clara que um *nudge* pode lhe ofertar. Entretanto, o referido sistema nem sempre funciona com total exatidão e eficiência, por esta razão alguns objetos de escolha, por exemplo, já estão sendo projetados de modo a tentar evitar um previsível erro humano.

Como amostra desse fato, Thaler e Sunstein elencam a peça plástica acoplada ao tanque de combustível, que, acaso não recolocada após o ato de abastecimento, torna o ato de dirigir inexecutável, o que evita que a maior parte dos motoristas esqueçam de recolocá-la de maneira a vedar o tanque de combustível, isto é, as montadoras poderiam construir os automóveis sem esta peça, mas, quando o fazem, estão atuando de modo a evitar o denominado erro “pós-conclusão”, que se consubstancia na ideia de que “*quando você termina de executar a parte principal de uma tarefa, costuma esquecer coisas relacionadas aos passos anteriores*” (THALER; SUNSTEIN, 2008, p. 130).

Outro modo de influenciar o pensamento humano como forma de ocasionar seu melhoramento, é por meio de feedbacks, os quais podem melhorar dado desempenho de atividade ou até mesmo evitar erros prestes a acontecer (THALER; SUNSTEIN, 2008, p. 134). Destarte, os mencionados pesquisadores demonstram tal hipótese a partir do seguinte exemplo:

Enquanto trabalhava neste livro, Thaler mandou um e-mail para seu amigo economista Hal Varian, que trabalha para o Google. Thaler queria enviar um rascunho da introdução para dar a Hal uma ideia sobre o que seria o livro, mas esqueceu de enviar o anexo. Quando Hal respondeu perguntando pelo arquivo, mencionou, orgulhoso, que o Google estava testando um novo recurso no Gmail que resolveria esse problema. Quando um usuário escreve

'anexo' na mensagem, mas não chega a anexar nada, antes que o e-mail seja enviado, o usuário recebe o seguinte alerta: 'Você escreveu 'anexo' na mensagem, mas não há arquivos anexos. Quer enviar a mensagem mesmo assim?'. Em seguida Thaler enviou o arquivo e disse que o livro se tratava exatamente disso (THALER; SUNSTEIN, 2008, p. 132).

Ademais, um aspecto a ser utilizado em relação a diferentes formas de se influenciar decisões diz respeito ao mapeamento das escolhas, que consiste basicamente na relação entre a concretização de uma escolha e o bem-estar que esta proporcionou ao indivíduo, o que pode influir desde a decisão de um sabor de sorvete a partir da oferta de uma amostra grátis aos clientes, até a eleição do tratamento mais adequado à determinada doença, com base em estatísticas e especialidades médicas (THALER; SUNSTEIN, 2008, p. 136).

Outrossim, ponto focal do pensamento atrelado a este mapeamento, reside na análise da estruturação de decisões complexas, em que valores são atribuídos às características e objetivos que se busca alcançar ao tomar uma decisão. Assim, suscitam Thaler e Sunstein que:

Quando as pessoas usam esse tipo de estratégia simplificadora, as alternativas que não atingem os requisitos mínimos podem ser eliminadas mesmo que sejam fantásticas em todos os outros aspectos. Então, por exemplo, um apartamento que fica a 35 minutos de transporte público do trabalho não será levado em consideração mesmo que tenha uma vista espetacular e custe duzentos dólares por mês a menos que todas as alternativas (THALER; SUNSTEIN, 2008, p. 141).

No mais, os autores retomam o ponto focal da análise proposta em sua obra, dada a observação específica sobre os denominados incentivos, os quais podem modificar, mesmo os mais sutis, a conduta humana. Tal metodologia fora desenvolvida sob a seguinte situação:

Imagine que o termostato da sua casa estivesse programado para lhe dizer o custo por hora do ar-condicionado durante o calor. Essa medida provavelmente é mais eficaz do que subir as tarifas da eletricidade na surdina, uma mudança que só sentimos de fato quando a conta de energia chega. Mas vamos supor que o governo queira reduzir o consumo de energia. Claro que apenas subir o preço da eletricidade surtirá efeito, mas dar visibilidade ao aumento terá um impacto maior (THALER; SUNSTEIN, 2008, p. 146).

Por conseguinte, outra forma de delinear tais incentivos é por meio do chamado *nudge*. Para rememorar esta linha de influência, é relevante trazer o entendimento inicial exarado por Thaler e Sunstein (2008, p. 12), uma vez que delimitam:

Esse nudge, na nossa concepção, é um estímulo, um empurrãozinho, um cutucão; é qualquer aspecto da arquitetura de escolhas capaz de mudar o comportamento das pessoas de forma previsível sem vetar qualquer opção e sem nenhuma mudança significativa em seus incentivos econômicos. Para ser considerada um nudge, a intervenção deve ser barata e fácil de evitar. Um nudge não é uma ordem. Colocar as frutas em posição bem visível é um exemplo de nudge. Simplesmente proibir a junk food, não (THALER; SUNSTEIN, 2008, p. 12).

Assim, partindo-se do pressuposto que um *nudge* deve funcionar como um sutil estímulo, uma “opção padrão” escolhida para facilitar ao máximo a vida individual e em sociedade, de modo a evitar lembretes e dispêndios (THALER; SUNSTEIN, 2008, p. 24), questiona-se a possibilidade de aplicação dessa forma de arquitetura de escolhas à seara da responsabilidade civil.

A arquitetura de escolhas, como já ventilado, delineia as diversas formas pelas quais as pessoas realizam julgamentos e tomam decisões, com base nas diferentes formas de heurísticas (por disponibilidade, por semelhança, por afetividade, etc.) que geram vieses de escolhas específicos e, possivelmente, previsíveis, na forma dos estudos desenvolvidos por Daniel Kahneman (2012).

Tendo em mente tais considerações, verifica-se no âmbito da responsabilidade civil a possibilidade de enraizar na sociedade uma espécie de “simplificador jurídico”, *nudge*, que evitasse o cometimento de atos delituosos. Para atender a esta tarefa, a presente análise propõe o estudo da figura do dano moral punitivo, de caráter repressivo e pedagógico.

Este viés de escolha, inclusive, vem sendo aplicado não só em países da *common law*, mas, também, em ordenamentos em que se tem o predomínio do sistema *civil law*, como o brasileiro, na forma da análise desenvolvida por Dal Pizzol (2020, p. 17-29), como será aclarado no próximo capítulo.

4 O DANO MORAL PUNITIVO EM FACE DA ECONOMIA COMPORTAMENTAL E SUA (IN)COMPATIBILIDADE COM O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A luz da abordagem desenvolvida nos capítulos anteriores, torna-se possível dirimir, a partir de um estudo hipotético-dedutivo, a premissa básica fundadora desta pesquisa, no que se refere, exatamente, à aplicabilidade do dano moral punitivo como técnica de *nudge* e, se esta conjuntura é (in)compatível com o ordenamento jurídico brasileiro.

Para iniciar esta cognição é medida acertada citar o entendimento de Nelson Rosenvald (2017, p. 343) no que se refere à possibilidade de aplicação da pena civil em face da ordem constitucional, eis que este a clara:

O que pena civil propõem é uma permuta de critérios: a substituição do cálculo subjetivo do potencial ofensor quanto a relação de custo benefício da prática do ato ilícito, pela atuação normativa capaz de promover comportamentos constantes em que a coletividade possa realizar um prévio cálculo de confiança ao proceder os agentes econômicos. É um caminho paralelo ao perseguido pelo direito concorrencial ao proibir monopólios e o abuso de posições dominantes.

Em busca deste panorama de discussão este capítulo se perfaz.

4.1 O DANO MORAL PUNITIVO E SUA CARACTERIZAÇÃO NA EXPERIÊNCIA COMPARADA

Levando em consideração o que foi catalogado nos capítulos anteriores, torna-se possível adentrar na temática central do presente trabalho proposto. Para tanto, é medida indispensável à análise, traçar um quadro comparativo capaz de determinar o comportamento e as principais características do dano moral punitivo objeto deste estudo.

Por via de consequência, visando maior abrangência dos aspectos atinentes ao instituto, esse será delineado perante os cenários tanto de países de sistema predominantemente *common law*, quanto *civil law*, uma vez que os danos morais punitivos não se restringem mais aos países de sistema *common law*, mas também estão em voga, exponencialmente, nos principais debates de tribunais nos países de sistema *civil law*, pois, como elucida Dal Pizzol (2020, p. 158-159):

Apesar da ausência de qualquer autorização legislativa nesse sentido, os tribunais, em muitos países da *civil law*, passaram a afirmar que as

indenizações referentes a danos extrapatrimoniais (também chamados de danos morais) possuem três funções: (i) compensar ofensas psíquicas e à reputação das vítimas; (ii) punir o ofensor; e (iii) prevenir a repetição das condutas danosas. Esta tendência pode ser observada, por exemplo, na jurisprudência da Alemanha, França, Itália, Portugal, Espanha e Brasil.

O citado autor justifica tal tendência entre os países de *civil law*, em virtude de três motivos principais, que podem ser, resumidamente, elencados a partir das seguintes discussões: a insuficiência de um modelo puramente compensatório, na medida em que, em alguns casos, o lucro que o réu pretende obter com o ato lesivo supera o montante indenizatório, o que por si só não seria capaz de desestimular a reiteração da conduta delitiva; a prospecção vivenciada nesses países, em que há uma contração de aplicabilidade das penas concernentes ao Direito Criminal, pois este efetivamente está sendo tratado como *ultima ratio*, dado que, para alguns casos, apresenta-se como medida excessiva e inadequada; bem como, em razão do avanço do debate referente ao funcionalismo que a máquina jurídica deve operar na sociedade, passando o direito, como ciência social aplicada, a ocupar o papel de verdadeiro “instrumento de intervenção social” (DAL PIZZOL, 2020, p. 160-162).

No entanto, antes de partir para os países que passaram a utilizar condenações fundadas nos *punitive damages*, ou como é chamado por grande parte dos países que compõem o Reino Unido (Inglaterra, País de Gales e Irlanda do Norte), *exemplary damages* (DAL PIZZOL, 2020, p. 95), faz-se mister caracterizar este instituto a partir da ótica primeiramente verificada nos países que comumente o admitiram, isto é, os de sistema *common law*, como o próprio Reino Unido.

É preciso, ainda, destacar, que algumas das grandes vozes no estudo da responsabilidade civil, entendem que a jurisdição do *punitive damages* não é sinônimo de *exemplary damages*, como aponta Nelson Rosenvald (2017, p. 300):

O termo *punitive* enfatiza a preferência por um objeto de punição, caso contrário, a adoção da locução *exemplary* indica que o fim primário é de construir um desestímulo que afaste o espectro da reiteração da mesma conduta.

Enfrentada essa distinção fundamental, em decorrência do apontamento do parágrafo anterior, convém iniciar pelo próprio Reino Unido, o qual possui uma das amostras mais claras da utilização do *exemplary damages* como forma de punição e dissuasão de ação nociva, mais especificamente no que concerne ao caso “*John v. Mirror Group Newspapers Ltd.*”, em que:

O grupo de comunicação requerido foi condenado a pagar £50,000 a Sir. Elton John, após publicar matéria, desprovida de qualquer fundamento, no sentido de que o cantor estaria praticando uma dieta potencialmente fatal, que envolveria bulimia (DAL PIZZOL, 2020, p. 101).

No mencionado precedente, a Corte de Apelação firmou o entendimento de que a prática de difamação “*sem nenhuma crença genuína na veracidade do que ele publicou*” (DAL PIZZOL, 2020, p. 101), deve ser punida de modo a superar o ganho que o ofensor obteve com a prática ilícita. Esta hipótese, inclusive, consubstancia uma das três autorizações jurisprudenciais de aplicação do *punitive damages*, as quais foram delimitadas taxativamente pela *House of Lords*, em 1964, no caso “*Rooks vs. Barnard*” (SILVEIRA, 2017, p. 1512) e, que segundo Nelson Rosenvald (2017, p. 295, Grifos nossos) consubstanciam-se da seguinte maneira:

Na Inglaterra, os *punitive damages* se limitam a três categorias: (a) quando há disposição legal que os autorize, como na proteção de direitos do autor; (b) quando se trata de sancionar uma conduta vexatória, opressiva, arbitrária ou inconstitucional de um funcionário público que vulnere um direito fundamental do cidadão; (c) **quando o autor do ilícito atua com a perspectiva de que a utilidade da conduta danosa será superior à indenização a ser paga à vítima.**

Concordando com a enumeração destas hipóteses sustenta Dal Pizzol (2020, p. 97-98, Grifos nossos):

Após afastar os casos que configurariam *aggravated damages*, Lord Devlin constatou que restavam duas classes de precedentes que indubitavelmente consagravam indenizações de natureza apenas punitiva (*exemplary damages*): (i) casos de abuso de autoridade (*‘The first category is oppressive, arbitrary or unconstitutional action by servants of the government’*); (ii) **Situações nas quais o ofensor calculou que os benefícios que viria a obter com sua conduta ilícita superariam o valor da indenização a ser fixada a título de danos compensatórios (*‘The second category are those in which the defendant’s conduct has been calculated by him to make a profit for himself which may well exceed the compensation payable to the plaintiff’*)**. A essas duas categorias derivadas o sistema de precedentes (*common law*), Lord Devlin adiciona, ainda, uma terceira: hipóteses nas quais os *exemplary damages* fossem expressamente autorizados por lei (*statutory law*).

Transpondo-se à realidade fática brasileira, um caso comparativo no âmbito dos atos lesivos à honra e à imagem, ocorreu com a atriz Klara Castanho, em junho de 2022:

A atriz Klara Castanho não queria expor o episódio de sua vida íntima, mas sites e redes de fofocas trouxeram não só a história a público, mas

também especulações e ataques à atriz. Tudo começou com um post do jornalista Matheus Baldi *no dia 24 de maio*, dizendo que Klara teria dado à luz a uma criança. A pedido da própria atriz, o post foi apagado. Mas a notícia se espalhou na última quinta-feira (23). A apresentadora Antônia Fontenelle incitou ainda mais os comentários contra Klara na internet. Sem citar nomes, ela disse em uma live, em tom bastante agressivo, que uma atriz de 21 anos teria engravidado e entregue o bebê para adoção (FANTÁSTICO).

No caso narrado, a atriz que teve a vida pessoal exposta e, por conta desta indevida publicação, sofreu diversos e reiterados ataques à sua personalidade e existência, processa a apresentadora responsável por reverberar os anunciados fatos sensíveis, por ofensa à sua imagem, sob a égide da hipótese indenização por dano moral, dada a classificação atribuída nos “assuntos” do processo que, por sua natureza, corre sob o crivo do sigilo em vara da capital carioca (BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO). Tendo em vista o relatado, questiona-se a possibilidade de aplicação equitativa e proporcional do precedente inglês à situação brasileira.

Outra forma de demonstrar a aplicabilidade da indenização por dano moral punitivo e como este impacta a vida social, faz-se mediante a investigação da experiência norte-americana, dado que os precedentes mais relevantes e discutidos tiveram origem nas cortes estadunidenses. Dessa forma, é imperioso citar um dos precedentes mais emblemáticos, o caso do Ford Pinto:

Grimshaw v Ford Motor Co. de 1981, conhecido como Caso Ford Pinto, a empresa foi condenada pelo tribunal californiano ao pagamento de US\$ 125 milhões (cento e vinte e cinco milhões de dólares americanos). Trata-se de uma situação em que ficou patente a indiferença da empresa em relação à segurança de seus consumidores. Mesmo sabendo que o automóvel não oferecia a segurança necessária, e que era preciso mudar o tanque de gasolina de lugar, a empresa preferiu manter o carro da forma que estava, já que não queria alterar o seu design. Essa atitude colocou em risco a vida de vários consumidores, e foi considerada como ultrajante pelo júri (SILVEIRA, 2017, p. 1514).

A referida montadora optou por colocar em risco a vida de seus consumidores de tal forma que, o automóvel, dirigido por Lily Gray (motorista do Ford Pinto referente precedente supracitado) se incendiou, imediatamente, após colisão traseira (1972). O passageiro Richard Grimshaw, que teve o corpo deformado pelas queimaduras resultantes do incêndio, bem como o herdeiro da motorista, ajuizaram ação de indenização contra a Ford Motor Co., em razão da conduta omissiva dessa, no campo da *products liability* (DAL PIZZOL, 2020, p. 26).

Assim, como no caso em tela, a indenização estipulada em decorrência dos danos morais punitivos advém, também, da ideia chave relativa à dissuasão de condutas delitivas por parte daqueles que já conhecem ou já deveriam conhecer a probabilidade de dano. Nesse quadro, a perspectiva base destas propostas indenizações civis concerne, exatamente, nos “instrumentos hábeis *para dissuadir os ofensores de se engajarem no tipo de análise ‘custo-benefício’*” (DAL PIZZOL, 2020, p. 31).

Partindo-se das premissas desenvolvidas, vertendo à realidade fática brasileira, ocorrido que se assemelha a falta de cuidado com consumidores, em virtude de um pensamento compensatório, automático e deliberado, de “custo-benefício” se deu no Naufrágio do Bateau Mouche. A tragédia ocorrida em 31 de dezembro de 1988, se deu em razão da superlotação do barco de passeio Bateau Mouche IV, na medida em que uma embarcação que deveria comportar 20 pessoas, entre passageiros e tripulantes, como fora catalogada em seu batismo, estipula-se que levava a bordo um total de aproximadamente de 140 a 152 pessoas. (BBC NEWS BRASIL).

Desse modo, em decorrência de tais violações à direitos fundamentais, que tanto países que adotam a abordagem *common law* como, ademais, os de *civil law*, passaram a admitir e entender a importância dos *punitive damages*, não apenas na punição, mas, também, na prevenção de atos delitivos.

Como exemplo desta permissividade nos âmbitos dos ordenamentos da *civil law* é a aplicabilidade reconhecida na jurisprudência e doutrina de alguns destes países, como é o caso da Itália, em que grande parte das cortes nacionais já reconhecem a perspectiva de atribuição da função punitiva às indenizações atinentes a danos morais, mesmo que seu ordenamento ainda não contemple tal possibilidade (DAL PIZZOL, 2020, p. 164).

Vale ressaltar, ademais, um detalhe da permissibilidade de aplicação da elencada função no país supracitado, uma vez que, apesar da posição já pacificada de emprego da função punitiva no montante valorativo das indenizações, este instituto somente será exequível em decisões das cortes italianas, sendo inadmissível sua efetivação por homologação de decisões estrangeiras, dado que “*recentemente, [...], a Corte de Cassação da Itália mais uma vez considerou que condenações em punitive*

damages violam a 'ordem pública' italiana, recusando, igualmente, homologação e execução a um julgamento americano" (DAL PIZZOL, 2020, p. 165).

Assemelha-se a este cenário, o posicionamento adotado pelas cortes alemãs, eis que:

Embora as cortes alemãs, através do conceito de 'satisfação', tenham reconhecido que as indenizações por danos extrapatrimoniais possuem função punitiva, o ordenamento alemão ainda não contempla o instituto do *punitive damages* na forma como este é admitido nos países de *common law* (isto é, como um tipo autônomo de indenização, com funções exclusivamente punitiva e preventiva). Isso levanta a mesma questão que fizemos em relação ao Direito Italiano: se uma condenação em *punitive damages* fixadas em um país de *common law* seria exequível na Alemanha. A resposta é, mais uma vez, negativa (DAL PIZZOL, 2020, p. 169).

Em contrapartida a uniformidade dos contextos apresentados pelo autor supramencionado, a França não apenas passou a discutir a aplicabilidade da função punitiva, como a admitir a análise de homologação e execução de sentenças estrangeiras que versem sobre a sistemática da punição cível, desde que os montantes sejam fixados com razoabilidade e não firam a ordem jurídica do país. De igual modo já entenderam as cortes supremas da Espanha e da Grécia (DAL PIZZOL, 2020, p. 177-178).

Por todo o exposto, a conclusão que se pode chegar até o presente momento é que, a despeito de qualquer estilística de ordenamento a ser adotado, *common law* ou *civil law*, a aplicabilidade da indenização que oferta função punitiva ao dano extrapatrimonial praticado é uma possibilidade que ganha cada vez mais espaço, de modo a se dialogar um consenso entre as mais diversas cortes que a natureza indenizatória não deve apenas se firmar unicamente no viés compensatório, mas deve abarcar os vértices da punição e da dissuasão das condutas delitivas, contemplando, assim, um cenário oportuno a efetivação dos instituto, principalmente em casos irreversíveis, como, por exemplo, desastres ambientais, tomando como exemplo, para isto, a situação de calamidade pública e colapso ambiental vivenciada pelos municípios brasileiros de Mariana e Brumadinho.

4.2 O DANO MORAL PUNITIVO PODE SER CATALOGADO COMO UMA TÉCNICA DE *NUDGE*?

Pelo conteúdo já explanado nos capítulos anteriores verifica-se que o Direito, por sua própria natureza de ciência social aplicada, possui o atributo de interferir diretamente na vida individual e na sociedade, principalmente, nas incontáveis tomadas de decisões exigidas no cotidiano, muitas vezes, de maneira rápida e sem muita ou quase nenhuma reflexão aprofundada.

Esse fator, como já elencado, se dá em razão da atuação predominante do sistema automático de pensamento que “*fornece as impressões que muitas vezes se transformam em suas crenças, e é a fonte dos impulsos que muitas vezes se tornam suas escolhas e suas ações*” (KAHNEMAN, 2012, p.65).

Nessa linha de raciocínio, associam-se a esta forma de pensar, os precedentes concernentes a possíveis punições autônomas decorrentes da aplicabilidade da ideia fundamental dos *punitive damages*, ou seja, punir em separado a ofensa que extrapolou os danos extrapatrimoniais já aferidos e prevenir, concomitantemente, sua reiteração pelo próprio ofensor, bem como pela coletividade (DAL PIZZOL, 2020, p.13).

Seguindo esta linha de análise, Rosenvald elenca que o *nudge*, possui como função a definição de uma orientação padrão, sem que para isto se tenha que “*proibir nem mudar significativamente seus incentivos econômicos*” (ROSENVALD, 2017, p. 114).

Tendo por esteio o cenário catalogado, questiona-se sobre a possibilidade de o dano moral punitivo exercer o papel de *nudge* jurídico no contexto social. Por consequência lógica, verifica-se, de logo, que pela própria essencialidade do sutil estímulo proposto pelos chamados *nudges*, técnicas como a do dano moral punitivo, que possuem como premissa básica a aferição de valores pecuniários significativos com o objetivo de punir e desestimular atos lesivos, não poderiam, em um primeiro exame, consolidar-se como subespécie de “empurrãozinho”.

Outro fator que contribui para a conclusão de que as indenizações punitivas não poderiam se caracterizar como forma de *nudge*, concerne, exatamente, no modo de concretização dos ordenamentos de países de sistema *civil law* como o Brasil, eis que, proibições que buscam assegurar direitos fundamentais como nos direitos da personalidades em voga em grande parte dos casos que referentes aos danos morais

punitivos, não poderiam ser suprimidas pela simples concretização de uma ideia que busca construir uma “cultura” favorável aos atos não lesivos, isto é, a ausência de qualquer proibições, tendo em vista a sutil orientação proposta pela técnica de influência de um *nudge*, se mostra incompatível com a realidade jurídica brasileira (ROSENVALD, 2017, p. 115).

Ademais, outro ponto negativo para esta possibilidade de catalogação refere-se as próprias proibições presentes no regramento brasileiro, uma vez que um *nudge* não pode fundar-se em um impedimento, ele apenas deve atuar, dentre as diversas formas de arquitetura de escolhas, como meio facilitador de uma escolha padrão, e não, como imposição em razão de uma escolha preteritamente proibida.

No entanto, contrapondo-se a tais ideias, Thaler e Sunstein descrevem um recorte mais amplo para *nudge*:

Para nós, um *nudge* é qualquer fator que altere significativamente o comportamento de humanos, mesmo que ignorado por econos. Os econos reagem, acima de tudo, a incentivos. Se o governo começa a tarifar os doces, eles passam a comprar menos, mas não são influenciados por fatores ‘irrelevantes’ como a ordem em que opções são exibidas. Humanos também reagem a incentivos, mas sofrem forte influência dos nudges. Ao implantar adequadamente tanto os incentivos quanto os nudges, aumentamos nossa capacidade de melhorar a vida das pessoas e ajudamos a resolver muitos dos problemas da sociedade. E tudo isso sem impedir a liberdade de escolha de cada indivíduo. (THALER; SUNSTEIN, 2008, p. 17).

Assim, retrocedendo a um entendimento amplamente difundido socialmente que proibições legais existem, mas não é pela simples existência destas que os indivíduos irão deixar de cometer atos lesivos, as indenizações punitivas seriam, preambularmente, um meio corretivo para a insuficiência da influência difundida pelas coibições legais, que por sua natureza não podem ser caracterizadas como subespécie de *nudge*.

Nesta toada, tendo em vista a carência inibitória do texto legal, as penalidades pecuniárias civis, surgem como forma de análise posterior do ato lesivo, que mesmo quando executada em valores altos, consolida-se como forma de *nudge*, eis que atuam imediatamente de modo a confrontar o autor da conduta ilegal, com o afã de puni-lo e, também, de repreendê-lo de tal maneira que este se sinta desestimulado a repetir o mesmo ato, bem como, mediatamente, junto a toda a coletividade, dada a publicização do precedente, que ocasionará uma espécie de orientação capaz de dissuadir o mesmo comportamento.

Destarte, mesmo que o restante da sociedade não tenha contribuído para o pagamento indenizatório precípua referente ao dano em abstrato elencado no parágrafo anterior, é inegável o caráter desencorajador que a reprimenda é capaz de gerar.

Desse modo a conclusão que se pode alcançar a partir das proposições aclaradas, é que as indenizações catalogadas como punitivas e preventivas, seriam capazes de gerar esse espectro no contexto social de reprimenda pecuniária capaz de evitar a reincidência de condutas lesivas. Assim, os interesses fundamentais e gerais seriam conservados a partir de uma didática protecionista, eis que:

Isto se dará pelo recurso à sanção preventiva, como importante mecanismo operativo, capaz de garantir a liberdade dos cidadãos contra o arbítrio (não mais do Estado inimigo), mas do mercado desregulado, que comprime a autonomia dos privados e a tutela dos interesses públicos. A pena civil extracontratual oferece resposta a ilícitos perpetrados por meio de comportamentos que ofendem direitos de forma particularmente grave, sobremaneira nos casos que são de difícil demonstração (v.g., violação de direitos da personalidade) (ROSEVALD, 2017, p. 336).

Ante o aclarado, considerando a reanálise pretendida das funções atribuídas à responsabilidade civil, esta deve ser compreendida como uma “*relevante ferramenta de apoio ao dever ético de não defraudar as expectativas suscitadas nos outros, mantendo a credibilidade na eficácia do sistema jurídico*” (ROSEVALD, 2017, p. 15).

4.3 O DANO MORAL PUNITIVO NO BRASIL: POSIÇÕES FAVORÁVEIS E CONTRÁRIAS

De início, é medida indispensável frisar o quadro histórico que ensejou o surgimento da reparação civil *latu sensu*, uma vez que até o Código Civil de 1916, a legislação civilista buscava amparo no texto criminal, porém, com atuação autônoma em relação a este (DAL PIZZOL, 2020, p.153). Vertendo para o cenário atual, referente ao advento do código em vigor, verifica-se que as principais discussões concernentes à responsabilidade civil não giram mais em torno de sua autonomia, mas, sobretudo, no que se refere às funcionalidades que este instituto detém, em especial atenção para a compatibilidade de suas multifaces com o ordenamento jurídico brasileiro.

Equitativamente, seguindo esta linha de análise, este trabalho tem como finalidade o estudo de um dos planos teleológicos atribuídos a responsabilidade civil,

mais restritivamente no que se refere à possibilidade do emprego de sua função punitiva em face da ordem jurídica brasileira. Para arrematar este exame, mostra-se valioso, ainda, suscitar os principais entendimentos norteadores que anuem ou descartam sua aplicabilidade no Brasil.

Neste escopo, torna-se relevante elencar as posições contrárias que argumentam, em linhas gerais, dentre outros pontos a serem levantados, a justificativa mais recorrente é que esta subespécie de ressarcimento de danos poderia gerar enriquecimento sem causa, na medida que “*a vítima obtenha uma vantagem que não lhe deveria competir*” (ROSEVALD, 2017, p. 55).

Dessa maneira, verifica-se que a penalização civil deixou de se preocupar exclusivamente com a reparação da vítima, e passou a buscar atender, também, a finalidade punitiva desestimulante do autor do ilícito, eis que presentes montantes indenizatórios que ultrapassam a simples reparação.

Nesse sentido, Dal Pizzol (2020, p. 179), com alicerce na doutrina de Caio Mario da Silva Pereira, sublinha que:

[...] era necessário haver uma relação de equivalência entre dano e indenização: a reparação deveria de ser de todo o dano (*de damno vitando*), porém apenas o dano, sem proporcionar à vítima um enriquecimento (*de lucro capiendo*). Na própria origem do termo indenização, segundo o autor, estariam as ideias de apenas ‘reestabelecer o equilíbrio rompido’ e de ‘colocar alguma coisa no lugar daquilo que a vítima foi despojada’ (DAL PIZZOL, 2020, p. 179).

No entanto, tal argumentação não encontra suporte lógico, dado que, como já aclarado anteriormente, mais precisamente em comparativo com o caso do Naufrágio do Bateau Mouche, seria conveniente ao pretense autor do ato lesivo calcular o custo-benefício que seu comportamento poderia ocasionar e, em virtude de uma percepção favorável aos ganhos, optar pela prática da conduta danosa. Nesta linha de raciocínio, a “*o modelo exclusivamente compensatório é insuficiente para dissuadir futuros ilícitos*” (DAL PIZZOL, 2020, p. 186).

Tendo em vista esta incompatibilidade lógica preventiva, completa Nelson Rosenvald (2017, p. 54):

Ademais, indagar da função punitiva da responsabilidade civil em uma época em que se assiste à objetivação da responsabilidade e a socialização do dano, sendo maior preocupação com o ressarcimento do lesado e colocando-se em um plano secundário a responsabilização do lesado, poderia parecer um anacronismo ou uma ideia retrógrada (ROSEVALD, 2017, p. 54).

Outro ponto de divergência à proposta de aplicabilidade da teoria do *punitive damages* em território nacional, refere-se, exatamente, à ausência previsão legal autorizativa ou qualquer parâmetro previamente fixado, capazes de validar a aplicação do instituto, principalmente, no que concerne à imprevisibilidade dos valores das indenizações (DAL PIZZOL, 2020, p. 35), devido a “*incompatibilidade da função punitiva com o preceito do art. 5º, XXXIX, da CF, visto que ficaria ao arbítrio do juiz fixar a intensidade do castigo, sem parâmetros legais prévios*” (DAL PIZZOL, 2020, p. 189).

Ponto controverso, este, que cai por terra visto que a própria Constituição Federal estabelece expressamente o princípio da inafastabilidade jurisdicional⁵, a qual deve obedecer não apenas os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade das decisões frente aos casos concretos, mas refletir os aspectos contemporâneos concernentes as necessidades sociais.

Assim, a indenização punitiva nasce com o fundamento precípua do avanço do funcionalismo jurídico, eis que:

[...], faz da responsabilidade civil um instrumento de intervenção social, abrindo este campo do Direito à busca de objetivos de caráter público (punição e dissuasão), para além de simplesmente responder à questão privada entre ofensor e vítima (reparação do dano) (DAL PIZZOL, 2020, p. 186).

Outrossim, Nelson Rosenvald (2017, p. 297) sublinha, com fulcro na doutrina de Ponzanelli, que seria inconcebível repetir a experiência norte-americana em um sistema *civil law*, como o brasileiro, pelas seguintes razões:

[...]. (a) o forte condicionamento do ilícito civil ao penal, ao contrário da autonomia vigente em nosso ordenamento; (b) o júri e a ânsia redistributiva da responsabilidade civil – o júri eleva acentuadamente o quantum da condenação punitiva, sem necessidade de fundamentação das decisões, para compensar um frágil sistema de segurança social; (c) a *american rule* – a ausência do princípio da sucumbência induz a um aumento considerável da medida da condenação para além do dano efetivamente causado; (d) a análise econômica do direito induz uma situação de *undercompensation*, transferindo todo o *quantum* punitivo em prol da vítima.

Não obstante a relevância de tais apontamentos, é irrazoável pensar na inércia do ordenamento jurídico frente às necessidades sociais, simplesmente pela

⁵ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]; XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; (BRASIL, 1988).

justificativa da incompatibilidade de sistemas, sem sequer sopesar a possibilidade de adequação. Demandas estas, que já demonstram a insuficiência das medidas de punibilidade da seara criminal, indiscutivelmente sobrecarregada, em dirimir e combater a reiteração de comportamentos lesivos (DAL PIZZOL, 2020, p. 32).

Por fim, um reiterado obstáculo apontado para a aplicação dos danos morais punitivos em âmbito nacional refere-se à “*ineficiência da indenização punitiva, [...], quando o ônus da indenização recai sobre terceira pessoa (como ocorre, por exemplo, nos contratos de seguro e nas hipóteses de responsabilidade de fato de terceiro)*” (DAL PIZZOL, 2020, p. 189). Apesar da discordância, é necessário ratificar que as consequências da aplicação da técnica pretendida de punição civil não possuem um resultado restritivo, mas abrangente, eis que se busca desestimular futuros atos danosos, a partir de um *nudge*, isto é, o exemplo ocasionado pelo precedente que vier a punir pessoa alheia à relação fática, acarretará dissuasão a partir da publicização das possíveis consequências indenizatórias e consequente aumento, ou da busca por sistemas de seguros de responsabilidade, ou do próprio aumento dos custos de sua obtenção, ante agentes renitentes na prática de atos ilícitos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa se propôs a analisar a (in)compatibilidade entre a responsabilidade civil punitiva a partir do uso da técnica de *nudge*, a luz da teoria comportamental, perante o ordenamento jurídico brasileiro.

Dada a pretensão aclarada, este trabalho buscou delinear, preambularmente, as principais funções que responsabilidade civil assume na atualidade brasileira, de modo a delimitar, principalmente, o papel exercido pelas ramificações concernentes à responsabilidade contratual e extracontratual, bem como a perspectiva do aspecto culpa, sob a égide da dicotomia da objetividade e da subjetividade da responsabilização cível.

Para além destas definições iniciais, se fez imperioso correlacionar o cenário delimitado sob o prisma da análise econômica do direito a partir do raciocínio desenvolvido pela economia comportamental, a qual delinea as formas como o pensamento se efetiva, e como é possível influenciá-lo.

Sendo assim, a conclusão precípua alcançada, refere-se, exatamente, à maneira automática em que os pensamentos ocorrem, tendo em vista a atuação adjacente do sistema reflexivo, que preferindo evitar esforços dispendiosos, abre espaço para atuação dirigente do sistema automático para encontrar respostas e tomar decisões. Este, por sua vez, tem a capacidade de resolver problemas rapidamente, por meio de diversos organogramas associativos, como por exemplo, o efeito *priming* ou o fenômeno do “*WYSIATI*”, em que se verifica o rápido acesso do pensamento às informações anteriormente disponibilizadas associadas em uma fração de segundos.

Desse modo, torna-se possível aferir que o sistema predominante de pensamento se preocupa em resolver problemas e tomar decisões da maneira rápida e automática, utilizando, para isto, diferentes formas de heurísticas (por disponibilidade, por semelhança, por afetividade, etc.), que se fundam em ideias, conceitos e informações preteritamente apresentadas aos indivíduos em suas mais diversas vivências sociais. Este fator, associativo consubstancia estratégia favorável à prevenção de atos lesivos, permeados pelo prisma da responsabilidade civil.

Para aclarar esta cognição, fora desenvolvido o estudo comparativo sobre a hipótese de aplicabilidade das indenizações punitivas frente ao ordenamento jurídico brasileiro, permeando, destarte, as experiências vivenciadas em países de *common*

law, em que a prática recorrente deste instituto já produziu precedentes amplamente difundidos socialmente e estudados por pesquisadores da área, que atribuem aos tribunais o encargo de atuar como balizador precípua da efetivação das sanções punitivas, que de maneira mediata evitarão a repetição dos mesmo atos lesivos acometidos.

De igual modo, foi aclarado as principais jurisprudências de países de sistema *civil law*, em relação a possibilidade ou não da admissibilidade do dano moral punitivo frente a seus respectivos ordenamentos. Diferentemente do cenário da *common law*, àqueles países somente permitem a aplicação do instituto frente à análise de casos especialmente danosos, caracterizados segundo a jurisprudência e doutrina especializadas, sem que se tenha evoluído para qualquer codificação exclusiva sobre a temática.

Em virtude deste cenário, em observância ao contexto brasileiro, de sobrecarga e insuficiência das sanções criminais, bem como pela aplicabilidade em precedentes já não tão esparsos de danos morais em valores significativamente altos, tendo em vista o grau lesivo da conduta e, a o exame do modo como esta última se concretizou, conclui-se que a técnica de indenização punitiva se mostra a mais adequada da seara cível, capaz de oferecer uma reprimenda justa e desestimulante ao cenário lesivo.

Desse modo, este desestímulo, que, em um primeiro momento, se consolidará apenas pela atuação ativa dos tribunais, poderá representar um *nudge* para as futuras escolhas tomadas, em regra, de maneira rápida e sem muita reflexão, pelos potenciais ofensores. No entanto, quando concebível for legislar sobre esse “empurrãozinho” jurídico, aquela não deve fixar valores rígidos para sua concretização no mundo real, eis que poderá, com isto, passar a consubstanciar injustiças na aplicação de uma reprimenda adequada, tendo em vista da capacidade financeira do próprio agente causador do dano. Deve-se avaliar, dessa maneira, o grau lesivo da conduta e o dano ocasionado, mas também, se observará as particularidades do caso concreto, acentuando-se a proporcionalidade dos vereditos.

Assim, a conclusão alcançada neste trabalho, é pela compatibilidade da utilização de um *nudge* jurídico referente a aplicação adequada e proporcional do dano moral punitivo ante ao ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

BENTHAM, Jeremy. 1748 – 1832. **Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação**. Tradução: Luiz João Baraúna. 3ª ed. São Paulo, 1984.

BERNARDO, André. **Naufração do Bateau Mouche: dor, trauma de Réveillon e impunidade marcam 30 anos da tragédia**. Artigo Jornalístico. BBC News Brasil. 27/06/2022, 15h11. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-46675677>. Data de acesso: 27 de novembro de 2022.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Data de acesso: 09 de dezembro 2022.

BRASIL. LEI Nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Data de acesso: 21 de maio de 2022.

BRASIL. LEI Nº.10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o **Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Data de acesso: 12 de setembro de 2022.

BRASIL. LEI Nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. **Lei Anticorrupção**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Data de acesso: 21 de maio de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. STJ Agravo em Recurso Especial nº 1922793 - RJ (2021/0191733-7). Decisão Monocrática. Agravante: Nobre Seguradora Do Brasil S.A - Em Liquidacao - Em Liquidação Extrajudicial. Agravado: Monalisa Cruz De Souza. Relator: Ministra Maria Isabel Gallotti. Brasília, 29 de novembro de 2021. **Jurisprudência**. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?livre=AGRAVO+EM+RECURSO+ESPECIAL+N+1922793&b=DTXT&p=true&tp=T>. Data de acesso: 10 de outubro de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº. 638.763 - RJ (2004/0154261-7). Decisão Monocrática. Relator: Ministro Massami Uyeda. Recorrente: Carlos Guilherme De Abreu E Lima; Recorrido: Lars Schimidt Grael. **Jurisprudência**. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?livre=AG+638.763&b=DTXT&p=true&tp=T>. Data de acesso: 20 de abril de 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.936.743 - SP (2020/0290051-2). Acórdão proferido pelos s, os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Recorrente: Companhia Do Metropolitano De Sao Paulo. Recorrido: Jonathan Willian De Jesus Silva Theodoro Recorrido: V S Q (Menor) Recorrido: R DE Q - Por Si E Representando. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Brasília (DF), 14 de junho de 2022. **Jurisprudência**. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Data de acesso: 12 de outubro de 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. TJ-RJ. AGRAVO DE INSTRUMENTO – CÍVEL nº (Segredo de Justiça). Direito de Imagem / Indenização por Dano Moral / Responsabilidade Civil / Direito Civil. Antecipação de Tutela / Tutela Específica / Processo e Procedimento / DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO. Órgão Julgador: Décima Terceira Câmara Cível. Relator: Des. Juarez Fernandes Folhes. Processo originário: [0815880-80.2022.8.19.0209](https://www3.tjrj.jus.br/consultaprocessual/#/consultapublica#porNumero). Rio de Janeiro Barra da Tijuca Regional. 6ª Vara Cível. **Jurisprudência**. Disponível em: <https://www3.tjrj.jus.br/consultaprocessual/#/consultapublica#porNumero>. Data do acesso: 22 de novembro de 2022.

CASTRO, Bruno Fediuk de; e BOMFIM, Gilberto. Lei Nº 12.846/2013 - **Lei Anticorrupção: O Acordo de Leniência sob um enfoque da Análise Econômica do Direito**. In: Organizado por Bruna Zilliotto, Felipe de Poli de Siqueira, Larissa Milkiewicz, Miriam Olivia Knopik Ferraz, Oksandro Gonçalves, Ricardo Bazzaneze. Análise econômica do direito: resultado de pesquisa do Graed: livro I. Belo Horizonte: Senso, 2020, 530p.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 14.^a ed. São Paulo. Editora: GEN, Atlas, 2020.

DAL PIZZOL, Ricardo. **Responsabilidade Civil: Funções Punitiva e Preventiva**. Indaiatuba, São Paulo. Editora: Foco, 2020.

FANTÁSTICO. **Klara Castanho: veja como começou o vazamento de história pessoal com especulações e ataques à atriz na internet**. Artigo Jornalístico. Globo.com: G1. 27/06/2022,15h11. Disponível em: <https://g1.globo.com/fantastico/noticia/2022/06/27/klara-castanho-veja-como-comecou-o-vazamento-de-historia-pessoal-com-especulacoes-e-ataques-a-atriz-na-internet.ghtml>. Data de acesso: 22 de novembro de 2022.

FEITOSA, Gustavo Raposo Pereira; CRUZ, Antonia Camilly Gomes. **Nudges fiscais: a economia comportamental e o aprimoramento da cobrança da dívida ativa**. Revista Pensar (Revista de Ciências Jurídicas). Fortaleza, v. 24, nº. 4, pp. 1-16, out./dez., 2019. Disponível em: <https://ojs.unifor.br/rpen/article/view/10258>. Data do acesso: 17 de novembro de 2022.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil – Responsabilidade Civil**. Vol.3. 19ª ed. São Paulo. Editora Saraiva Educação, 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. Vol.4. 12º ed. São Paulo. Editora: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil**. Vol.4. 16. ed. - São Paulo. Editora: Saraiva Educação, 2021.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar: duas formas de pensar**. Tradução Cássio de Arantes Leite. Revisão: Ana Kronemberger e Fátima Fadel. Coordenação: Marcelo Xavier. Rio de Janeiro. Editora: Objetiva, 2012.

NETTO, Felipe Peixoto. **Novo Manual de Responsabilidade Civil**. Salvador. Editora: JusPodivm, 2019.

REIZES, Daiana Caye; e NEU JARDIM, Tiago. **O Papel da Análise Econômica do Direito e da Teoria dos Jogos no Combate aos Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional e de Lavagem de Dinheiro**. In: Organizado por Bruna Zilliotto, Felipe de Poli de Siqueira, Larissa Milkiewicz, Miriam Olivia Knopik Ferraz, Oksandro Gonçalves, Ricardo Bazzanezze. Análise econômica do direito: resultado de pesquisa do Graed: livro I. Belo Horizonte: Senso, 2020, 530p.

ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil**. 3ªed. São Paulo. Editora Saraiva, 2017.

SILVEIRA, Marcelo Matos Amaro da. **Função Punitiva dos Danos Morais: A Experiência Estadunidense e Portuguesa e a Realidade Brasileira nos 15 anos do CCB**. REVISTA JURÍDICA LUSO-BRASILEIRA, ANO 3 (2017), nº6. 2017. Disponível em: <https://www.cidp.pt/publicacao/revista-juridica-lusobrasileira-ano-3-2017-n-6/173>. Data de acesso: 25 de novembro de 2022.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge: Como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade**. Tradução: Ângelo Lessa. Preparação: Marcela Oliveira. Revisão: Carmen T. S. Costa Clara Diamant. Rio de Janeiro. Editora: Objetiva, 2008.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Responsabilidade Civil: Volume Único**. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo. Editora: Método, 2018.

TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; TEPEDINO, Gustavo (organizador). **Fundamentos do Direito Civil: Responsabilidade Civil**. Vol. 04. Rio de Janeiro: Forense, 2020.