

SOBRE O DANO MORAL COLECTIVO - SEIS TÓPICOS (APRESENTAÇÃO DO LIVRO DE FELIPE TEIXEIRA NETO, *DANO MORAL COLETIVO. A CONFIGURAÇÃO E A INDENIZAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL POR LESÃO A INTERESSES DIFUSOS NA SUA DIMENSÃO TRANSINDIVIDUAL*)

Fernando Araújo *

Sumário: Apresentação. 1. Dano e Personalidade. 2. Da Extrapatrimonialidade à Tutela Constitucional. 3. O Problema do Contrato. 4. A Ineficiência da Cobertura de Danos Morais. 5. A Indemnização Punitiva. 6. A "Chance" e a Acção Colectiva. Em Conclusão.

APRESENTAÇÃO



questão do "dano moral colectivo", especialmente a referida à lesão de interesses difusos, posiciona-nos directamente num dos focos da evolução contemporânea do Direito Privado – colocando em jogo diversos vectores que se entrecruzam, seja o da consagração ampla da ressarcibilidade de danos não-patrimoniais, seja o do reconhecimento de interesses difusos ou homogêneos numa dimensão transindividual, seja ainda o da adaptação, ao universo do "*Civil Law*", de instrumentos de acção colectiva e de indemnização punitiva; seja também o da legitimação de formas de análise e problematização menos tributárias da tradição dogmática e mais sensíveis a uma ponderação tanto dos interesses económicos em jogo como da pra-

* Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

ticabilidade política das soluções colectivas propostas¹.

Concentremo-nos em seis tópicos não necessariamente concatenados por qualquer sequência lógica, mas todos conexos com aquela questão inicial.

1. DANO E PERSONALIDADE

O tema do dano moral evoluiu, no último século – e em especial no rescaldo da Segunda Guerra Mundial –, da periferia para o centro do Direito Privado: de uma aplicação residual a situações de ténue relevância prática, com velado intuito retributivo, a instrumento genérico de cobertura de danos em todas as situações em que possam registar-se dificuldades na caracterização individualizada das perdas, ou em que a falha ou ausência de mercado turvem a percepção dos valores em jogo².

Há muitas razões, da mais diversa índole, para o rumo que a referida evolução tomou – mas entre elas avulta o subtil e paulatino abandono da ênfase individualista e patrimonialista que, por coincidência histórica, dominou a concepção de "pessoa" no "tempo das codificações" que imediatamente precede o nosso.

A luz que passou a incidir sobre os interesses extrapatrimoniais é, em larga medida, o reflexo, no seio do Direito, de uma consideração da pessoa humana que procurou, ela própria (com variados graus de sucesso), recentrar-se em valores extrapatrimoniais, substituindo a protecção do indivíduo avaliado como mero "gerador de rendimentos" (mais ou menos "mercantilizado", "objectificado") por uma protecção que se pretende mais ampla, até tendencialmente omnicomprensiva, da experiência vital, individual, familiar e social – a protecção que

¹ Para uma primeira abordagem: Silva, Carina Grossi da (2014), "Aspectos Gerais sobre a Reparação do Dano Moral Coletivo no Brasil", *RIDB*, 1453ss..

² Comandé, Giovanni (2005), "Towards a Global Model for Adjudicating Personal Injury Damages: Bridging Europe and the United States", *Temple International & Comparative Law Journal*, 19/2, 241-349

o Direito Público tomou a dianteira a oferecer, perspectivando-a e enquadrando-a na consagração constitucional dos "Direitos Fundamentais", e agora o Direito Privado se vê desafiado a oferecer também, de acordo com as suas próprias perspectivas e categorias, em matérias de dano corporal, de lesões à liberdade, à saúde, à autodeterminação sexual, entre outras³.

Nos domínios da responsabilidade civil, essa ampliação do objecto de protecção reflecte-se nas duas vertentes jurídicas do instituto, tanto na sua fundamentação e no desenho dos seus pressupostos (a *Haftungsbegründung*) como na especificação / quantificação das suas consequências, mormente através da obrigação de indemnização (a *Haftungsausfüllung*) – associando um explícito dever de compensar (tingido ou não de *nuanças* retributivas) à interferência ilegítima nessa nova área ampla de protecção⁴.

Na primeira vertente revelou-se decisivo o trânsito, do plano constitucional para o plano das codificações de Direito Privado, da noção de um "Direito Geral da Personalidade", a corresponder à tutela omnímoda de todas as formas de expressão da individualidade e do seu florescimento, uma "repersonalização" do direito privado; e na segunda vertente tornou-se crucial o reconhecimento de que a protecção daquele "Direito Geral" reclamaria a protecção uniforme concedida, ou a conceder, a toda a área da "não-patrimonialidade", seja contra a autoridade do Estado, seja contra todos os desequilíbrios detectados nas relações jusprivadas (iniciando-se muitas vezes a sedimentação do *Allgemeines Persönlichkeitsrecht* pelo reconhecimento dos casos mais flagrantes de desprotecção da intimidade ou da privacidade) – em todos os casos, impondo a obrigação de

³ Este o objecto da Parte I, "Premissas à Estruturação de uma Teoria do Dano Moral Coletivo", do texto de Felipe Teixeira Neto que agora apresento (que designarei doravante como "texto *infra*"). Destacam-se as observações contidas no Ponto 1.2.1 desse texto, sobre a constitucionalização do Direito Civil.

⁴ O § 823 BGB caracterizando a *Haftungsbegründung*, o § 253 (2) BGB estabelecendo a *Haftungsausfüllung*.

indemnizar as lesões conexas com a violação daquele "Direito Geral"⁵.

2. DA EXTRAPATRIMONIALIDADE À TUTELA CONSTITUCIONAL

O progresso tem tido de fazer-se com cautelas, por forma a evitar que da mera proclamação de conceitos tão ambiciosos – mas por isso mesmo tão amplos e, não-raro, tão equívocos – emergissem deveres de conduta alegadamente especificados de modo perfeito, a serem tutelados por obrigações de indemnização reportadas à cobertura integral desses deveres.

Daí a solução hábil do tabelamento das indemnizações, o estabelecimento de "*barèmes*" (*Schmerzensgeldtabellen*), determinados, entre muitas outras razões, pelas necessidades próprias da actividade seguradora – mas hoje uma prática tão generalizada que a evolução da figura do "dano moral" não seria compreensível sem se lhe fazer uma referência: um meio imperfeito e aproximativo de especificação do *quantum* indemnizatório face ao dano a reparar; mas, mesmo assim, um compromisso imposto pelas possibilidades limitadas de qualquer caracterização legal de "interesses protegidos", e pelas circunstâncias históricas e pragmáticas da adjudicação; um mal menor,

⁵ Sobre o tema: Beltrão, Silvio Romero (2013), "Direito da Personalidade - Natureza Jurídica, Delimitação do Objeto e Relações com o Direito Constitucional", *RIDB*, 203ss.; Carvalho, Ivo César Barreto de (2013), "A Tutela dos Direitos da Personalidade no Brasil e em Portugal", *RIDB*, 1779ss.; Coimbra, Rodrigo (2014), "Direitos e Deveres com Objeto Difuso a Partir da Perspectiva Objetiva dos Direitos Fundamentais", *RIDB*, 3393ss.; Cunha, Leonardo Carneiro da (2013), "O Processo Civil no Estado Constitucional e os Fundamentos do Projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro", *RIDB*, 9293ss.; Lopes, Mariane Helena & Patrícia Parra (2013), "A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e os Direitos da Personalidade", *RIDB*, 11047ss.; Ranzoni, Raisa Mandja & Nilson Tadeu Reis Campos Silva (2013), "A Judicialização como Meio para a Efetivação dos Direitos Fundamentais", *RIDB*, 15499ss.; Toazza, Gabriele Bortolan & Thaís G. Pascoaloto Venturi (2014), "O Direito à Imagem na Perspectiva da Pessoa no Direito Civil Contemporâneo", *RIDB*, 3081ss..

portanto.

Dáí também a aparente redundância que se abriga na noção de "dano injusto" ("*danno ingiusto*"), a cautela de cumular requisitos de ilicitude da conduta com a verificação fáctica da lesão de um bem juridicamente tutelado, em resultado da conduta ilícita – exigindo, em suma, a combinação de "*non iure*" e "*contra ius*".

O que subtilmente propiciou a extensão da tutela à lesão de meros interesses legítimos que, não chegando a constituir direitos subjectivos (judicialmente exigíveis de um devedor vinculado), se entendia merecerem protecção: de novo, um conceito sedimentado nas relações dos privados com a administração pública (acautelando a confiança e os interesses legítimos daqueles), mas rapidamente transposto para as relações entre privados, transcendida a tradicional visão "bilateralista" a favor de uma consideração mais maleável e ampla da "tutela da confiança", dentro e fora do âmbito contratual⁶.

Em contrapartida, a noção de "dano injusto" tem servido para temperar a expansão da tutela dos danos morais, tornando atendíveis somente os de maior gravidade, por exemplo aqueles que encontrem reflexo na protecção mínima propiciada pela Constituição (a "*ingiustizia costituzionalmente qualificata*", para usarmos uma expressão da doutrina e jurisprudência italianas), quando suceda não existir uma enumeração legal dos interesses protegidos, com ou sem "*numerus clausus*".

Referimos como a extrapatrimonialidade permitiu transcender a visão jurídica tradicional do indivíduo como mero "gerador de rendimentos", a favor de uma visão mais ambiciosa, mais assente na consideração amplíssima do valor intrínseco de todos os indivíduos, independentemente de serem ou não, no momento considerado, verdadeiros "geradores de rendimentos" ou "amparos familiares" – passando a abarcar, portanto,

⁶ Mas insinuado-se de tal modo no seio do contrato que há quem entenda que dissolve as formas próprias de tutela contratual, ditando a "morte do contrato".

tanto aqueles que não foram ainda "geradores de rendimentos" como aqueles que deixaram de sê-lo, temporária ou definitivamente, e aqueles que nunca o serão.

De facto, a concepção tradicional privilegiava os interesses de uma população adulta, masculina, saudável, produtiva, em detrimento de tudo o que fosse considerado desvio face a esse paradigma do "gerador de rendimentos". Dir-se-á que essa é uma consequência da conjugação de contratualismo e de de-dutivismo dogmático – colocando-se o Direito ao serviço dos interesses daqueles que se presumia terem a capacidade para pactuarem o "contrato social", moldando-o e distorcendo-o já⁷.

Mas como poderia o sistema indemnizatório conviver com esse entendimento tradicional sem discriminar contra crianças e jovens, contra idosos, contra deficientes, ou mais genericamente contra todos aqueles que se encontrassem já marginalizados em relação ao "diálogo de patrícios" dos supostos autores do "pacto social"? Como, privilegiando aspectos exclusivamente patrimoniais, não favorecer os "geradores de rendimentos" e não desfavorecer aqueles que, tendo sido lesados, não teriam, no momento da lesão, "rendimentos" a perder?

Tornava-se manifesto, no rescaldo dos sucessivos movimentos de consagração e expansão de direitos fundamentais nas Constituições, que era necessário reavaliar os danos causados a qualquer pessoa em termos que permitissem abranger uma multiplicidade de valores ínsitos à pessoa afectada: valores económicos e não-económicos, não atendendo pois somente à sua capacidade económica de gerar um rendimento, ponderada pelo grau de dependência económica de outros (o núcleo familiar, ou familiar / clientelar) face a esse rendimento gerado.

Efectivamente, aquele que provoca um dano corporal não está apenas a afectar uma fonte de rendimento, embora também possa estar a fazê-lo: está a afectar uma experiência vivenciada,

⁷ O libelo genérico de androcentrismo, formulado pelas feministas contra o sistema jurídico positivo, assenta numa constatação similar a esta.

que há-de merecer o mesmo respeito jurídico quer ela tenha a aptidão de traduzir-se em utilidade social reconhecida pelo mercado, quer não a tenha. A utilidade social reconhecida pelo mercado é da maior importância, não haveria como negá-lo; mas o Direito não tem que estar cingido a esse reconhecimento, já que regularmente os imperativos da redistribuição e da protecção dos mais fracos ditarão a reaproximação a ideais mais igualitários, ou, no mínimo, a ideais mais solidários⁸.

Por exemplo, um reformado não verá a sua capacidade de auferir rendimentos afectada por alguma lesão que diminua as suas aptidões laborais – mas seria chocante que essa circunstância pudesse ser atendida para de algum modo se atenuar a responsabilidade relativa a qualquer dano "biológico" ou "existencial" ou a qualquer atentado à sua intimidade – e não apenas por atenuação dos efeitos de prevenção geral e especial, privilegiados na visão tradicional da responsabilidade civil, mais centrada na figura do agente e na sua culpa do que na vítima e no seu dano (mais atenta "*ao fundamento da imputação do dever de indenizar do que ao dano em si*"⁹), mas agora genuinamente por respeito aos valores lesados, sem discriminar entre valores "económicos" e "não-económicos", antes irmanando todos sob o pálio da tutela constitucional dos direitos fundamentais inerentes à condição do sujeito de Direito e às suas necessidades básicas de florescimento pessoal (todos os direitos fundamentais, toda a "*ingiustizia costituzionalmente qualificata*", note-se, e não somente os direitos atinentes à liberdade, integridade física, autodeterminação sexual ou privacidade da vítima, nem somente aqueles que pudessem ser convocados em razão da presença de discerníveis "*pain and suffering*", ou da gravidade criminal da ofensa)¹⁰.

Isso significa que o "dano moral" representa uma frontei-

⁸ Lôbo, Paulo (2012), "Contratante Vulnerável e Autonomia Privada", *RIDB*, 6183ss..

⁹ Para usarmos a feliz expressão do texto *infra*, Ponto 1.1.2.

¹⁰ Veja-se o Ponto 2.1.2.1 do texto *infra*.

ra, um limite intransponível, para a tradição da *Differenztheorie*: não havendo uma "monetarização" susceptível de atribuir automaticamente um valor objectivo (um valor "de mercado" ou "de troca") aos interesses afectados, não pode deixar-se à indefinição ou ao subjectivismo "ad hoc" a especificação da "diferença" entre a situação existente e aquela que existiria na falta de ocorrência da lesão, sobretudo quando as diferenças devessem aferir-se por estados subjectivos que, por respeito à dignidade dos sujeitos, devem entender-se, na sua constitutiva intengibilidade, como insusceptíveis de degradação.

Esse novo âmbito de protecção estriba-se explicitamente, pois, na inviolabilidade, constitucionalmente consagrada, de um núcleo de direitos básicos, remetendo para o catálogo constitucional a demarcação substantiva da *Haftungsbegründung*.

Isso suscita por sua vez diversos problemas, tanto de índole teórica como de índole prática – seja o problema teórico da "constitucionalização do direito privado" (sempre susceptível de ser interpretada como uma capitulação do direito privado face aos critérios e valores do direito público, e não como uma mera "catalisação" do primeiro pelo segundo), seja o problema prático da trivialização da tutela constitucional, exposta a um sobre-envolvimento na litigância privatística, a uma instrumentalização judiciária que por seu lado poderia, e pode, redundar numa "privatização do direito constitucional"¹¹.

Este último problema tem obrigado a cercar o tema dos "danos morais" de algumas barreiras de acesso, avultando entre elas o critério da gravidade da lesão do interesse constitucionalmente protegido.

Não se trata apenas de evitar o congestionamento da "justiça constitucional", contudo, prevenindo uma "tragédia dos baldios" na arquitrave da adjudicação estadual; trata-se ainda, e antes, de reconhecer que a hipertrofia da noção de dano, pela

¹¹ Centramo-nos aqui na Parte 2 do texto *infra*, "Contornos de uma Teoria: Elemento Integrantes do Dano Moral Coletivo".

via da não-patrimonialidade, poderia degenerar numa "cultura de lamúria" falseadora dos limiões de tolerância a perdas que têm que acompanhar qualquer titularidade de recursos em ambiente gregário, dissolvendo os parâmetros de tolerância e de partilha social de riscos que cimentam os grupos humanos – tudo em favor da trivialização da litigância, do incentivo (instigação?) à cobertura dos *Bagatellschäden*.

Daí a necessidade de tabelização em "*barèmes*", limitando o excesso de optimismo na litigância; mas também a necessidade de explicitação de limiões de gravidade, susceptíveis, quer de exclusão de "pseudo-danos" e de danos triviais, quer de estabelecimento de regimes diferenciados susceptíveis de salvaguardar a reacção aos danos mais graves contra a erosão da "selecção adversa" (evitando que eles tenham que concorrer com danos menos graves na disputa de meios escassos de tutela). Para darmos um exemplo comparatístico, veja-se como a constitucionalização da tutela dos danos não-pecuniários em Itália foi acompanhada por uma rígida demarcação entre lesões corporais permanentes graves (causadoras de incapacidades com índices elevados) e não graves, entre "*macropermanenti*" e "*micropermanenti*"¹².

Em contrapartida, essa assimilação dos "danos morais" ao mecanismo da tutela constitucional tem apresentado a vantagem de permitir conferir um tratamento unitário a toda esta nova área, evitando que a criatividade doutrinal ou jurisprudencial, combinadas com alguma inflamação ideológica própria destes tempos de "neoconstitucionalismo", tragam com elas a multiplicação bizantina de figuras de "interesses" e de "danos" que, vedando abordagens agregadoras, retirariam força às soluções jurídicas a dar a toda a área do "dano moral"; e evitando também que o grau de exigência quanto ao respeito

¹² Turchetti, Giuseppe (2005), "Micropermanenti e Macropermanenti, Equità Spaziale ed Equità Intertemporale: La Prospettiva Economica", in Comandè, Giovanni & Ranieri Domenici (orgs.) (2005), *La Valutazione delle Macropermanenti. Profili Pratici e di Comparazione*, Pisa, ETS, 69-74.

dos direitos fundamentais possa ser diferente para entidades públicas e privadas.

Em contrapartida, essa unificação em torno da consagração constitucional faz com que o tema dos "danos morais" seja dos mais expostos ao alastramento da "principiologia neoconstitucional", tão frágil nas suas proclamações grandiloquentes e ideologicamente comprometidas, tão frágil no modo como admite que conceitos vagos e extrajurídicos se insinuem, como cavalos de Tróia, na argumentação jurídica e no quadro mental de referência dos adjudicadores – o que por sua vez fragiliza de novo a possibilidade de conversão de uma aliança entre o direito privado e o direito constitucional no alicerce para uma nova responsabilidade civil liberta dos velhos constrangimentos individualistas e patrimonialistas, das velhas exaltações exclusivistas dos "*beati possidentes*"¹³.

3. O PROBLEMA DO CONTRATO

Um teste claro dessa convergência está na crescente consagração da indenização de "danos morais" no incumprimento contratual, ainda que essa consagração surja singularmente desprovida de critérios de concretização, na maior parte dos casos – não somente a nível nacional mas até nos instrumentos convencionais, como o PECL da "Comissão Lando" ou o *Common Frame of Reference* do "*study group*" do Código Civil Europeu (já para não falarmos dos textos que permanecem refractários à consagração, como a Convenção de Viena – CISG, nos seus arts. 74º segs.).

¹³ Sobre o tema: Abreu, Célia Barbosa (2012), "O Direito Privado na Transição do Neoconstitucionalismo para o Constitucionalismo Internacionalizado", *RIDB*, 605ss.; Aquino Júnior, Geraldo Frazão de (2012), "A Repersonalização do Direito Civil a Partir da Perspectiva do Direito Civil Constitucional", *RIDB*, 5117ss.; Ehrhardt Júnior, Marcos (2012), "Acertos e Desacertos do Processo de Constitucionalização dos Direitos: Uma Reflexão sobre os Perigos da Ubiquidade Constitucional no Direito Civil Brasileiro", *RIDB*, 833ss.; Facchini Neto, Eugênio (2012), "A Constitucionalização do Direito Privado", *RIDB*, 185ss..

O ponto não é pacífico, já que a estrita observância da autonomia das partes ditará que se presume terem elas recoberto, em dispositivos contratuais, todas as consequências, patrimoniais e não-patrimoniais, que elas mesmas têm a liberdade de associar, ou deixar de associar, ao cumprimento ou ao incumprimento dos deveres principais emergentes do contrato – compreendendo-se por isso que permaneçam refractários ao fenómeno aqueles que queiram preservar o contrato como contrato, evitando que ele se transforme num instrumento ao serviço de valores alheios à vontade partilhada dos contraentes.

Mas há que reconhecer que, por um lado, alguns contratos se prestam à consagração de valores e à geração de oportunidades de florescimento existencial que ultrapassam o seu âmbito imediato e não se prestam à sua explicitação em clausulado; e que, por outro lado, não podemos excluir que esses efeitos ulteriores do contrato, essas "externalizações pretercontratuais", sejam conhecidos e incorporados, de forma explícita ou de forma implícita mas concludente, no contexto do cumprimento / incumprimento do contrato e respectivas implicações.

Por outras palavras, se o inadimplente tivesse sabido, no momento da celebração do contrato, que do incumprimento decorreriam, de forma previsível ou típica, consequências "emocionais" para a contraparte não reconduzíveis aos danos patrimoniais (os *nichtVermögensschaden, lato sensu*), e se ambas as partes tivessem assumido o risco de deixar incompleto o contrato relativamente à cobertura desse suplemento de riscos, então afigura-se justo e eficiente que a "regra de jogo" passe a ser a da admissão de "danos morais" contratuais – no pressuposto de que ficará claro que, no objecto próprio do contrato e no cumprimento dos deveres típicos dele emergentes, cabe a tutela de interesses não-patrimoniais que podem ser perturbados pela conduta inadimplente (como em contratos em que a prestação devida é manifestamente *conditio sine qua non* para

a obtenção de uma cadeia de vantagens imateriais e não-comerciais – que, por serem dependentes, podem ser frustradas pelo contrato, embora não constituam objecto imediato do contrato).

Uma vez estabelecida, conhecida, socialmente estabilizada a "regra de jogo", desaparecem os óbices deontológicos no que se refere ao respeito devido à vontade das partes; antes disso, compreendem-se as cautelas que remetem para casos excepcionais e para critérios de "equidade" ou de "razoabilidade" a reparação desse tipo de dano ("*angemessenen Entschädigung*") – permanecendo em aberto a questão da natureza da responsabilidade correspondente: trata-se da tutela extracontratual do contrato, ou conceber-se-á que o objecto contratual possa estender-se até à protecção dos interesses de liberdade, de integridade física, de autodeterminação sexual ou de realização de projectos de relevância existencial – afinal, mais amplamente, o âmbito de protecção do "*allgemeine Persönlichkeitsrecht*" – da parte frustrada pelo incumprimento dos deveres contratuais?

Mas a entender-se desse modo, será possível determinar-se a extensão da cobertura de riscos que é implicitamente assumida por cada parte numa relação contratual? É possível estancar-se a invocação imprópria dos "danos morais" para se recobrir escopos punitivos? E, não sendo possível uma ou outra, como evitar que reacções defensivas e retracções contratuais acompanhem dinamicamente essa nebulosa extensão da responsabilidade contratual? Sem a consagração explícita, no direito positivo, dessa mudança na regra de jogo não é fácil encarar-se pacificamente o ulterior progresso dos "danos morais" na área do contrato.

4. A INEFICIÊNCIA DA COBERTURA DE DANOS MORAIS

De uma perspectiva de "*Law and Economics*", ou seja, privilegiando considerações de eficiência na análise das soluções jurídicas¹⁴, o ressarcimento de "danos morais" coloca-nos perante um dilema: por um lado, a cobertura integral dos danos (tantos os patrimoniais como os não-patrimoniais) constitui o principal incentivo de precaução para o potencial lesante. Se ele tiver que "internalizar" todas as "externalidades negativas" que causar, não lhe restará nenhuma margem de benefício privado acima do nível socialmente óptimo, a incentivá-lo a prosseguir na sua actividade externalizadora *para lá daquilo que é socialmente tolerado*¹⁵ (ou seja, do suporte de risco que, sendo consentido, constitui o limite inferior da externalidade, o "risco permitido"¹⁶); por outro lado, a cobertura dos "danos morais", ou seja, a extensão da responsabilidade para lá dos limites da cobertura dos danos patrimoniais, retira incentivos de precaução às potenciais vítimas, naquilo em que a conduta destas possa contribuir para a diminuição dos riscos.

Haverá então um ponto de equilíbrio entre esses objectivos de eficiência preventiva bilateral, evitando tanto a sub-indemnização como a sobre-indemnização? Haverá, em termos mais técnicos, um compromisso entre "*prevention theory*" e "*insurance theory*"? Em teoria há: o recurso ao "*decoupling*" permitirá que o lesante pague a integralidade dos prejuízos que tenha causado ("internalizando" completamente, portanto), ao mesmo tempo que a vítima não receberá mais do que aquilo que estaria disposta a pagar em prevenção – não interferindo, portanto, nos incentivos à prevenção bilateral, que podem ainda ser aumentados pelo recurso a expedientes como o do "anti-seguro".

¹⁴ Ver Ponto 3.2.2.1 do texto *infra*, na qual se evidencia a familiaridade do autor com essa metodologia.

¹⁵ Battesini, Eugênio (2012), "Direito, Economia e Responsabilidade Objetiva no Brasil", *RIDB*, 59ss.

¹⁶ Reale Jr., Miguel (2009), *Instituições de Direito Penal. Parte Geral*, 3ª ed., Rio de Janeiro, GEN-Forense-Bilac Pinto, 237.

A verdade é que, mesmo atendendo às sofisticadas implicações de equilíbrio indemnizatório / incentivador em contextos de "acidentes bilaterais", a própria literatura de "*Law and Economics*" assinala e estranha a exiguidade das indemnizações atribuídas aos "danos morais", um pouco por todo o lado.

Mesmo levando em conta o propósito de conjugação dos objectivos de reparação e prevenção, ou, de outro prisma, presumindo o contínuo de prevenção (custos primários) e reparação (custos secundários) que emerge da subordinação ao propósito genérico de minimização dos custos totais (sociais) dos acidentes (a combinar com a minimização dos "custos terciários", referentes ao funcionamento do próprio sistema jurídico), o nível habitual de fixação dos "*non-pecuniary damages*" continua a ser estranha, e insuficientemente, baixo – ou, mais precisamente, continua a ficar abaixo daquilo que se julga que seria a disposição das potenciais vítimas para recobrirem, através de seguros e a expensas próprias, o risco correspondente (presumindo-se, como observámos já, que será ineficiente impor-se às pessoas um grau de protecção superior àquele que livre e racionalmente pretenderiam obter)¹⁷.

Mais ainda, a variabilidade da cobertura atribuída, por adjudicação judicial, aos "danos não-pecuniários", e em especial aos "*pain and suffering damages*", é tão grande, entre ordens jurídicas nacionais e até no interior delas, que pode mesmo falar-se de uma certa "volatilidade", denotando subjectividade e arbítrio – e daí que o esquema tosco da tabelação, dos "*barèmes*", surja como um mal menor.

Uma das razões dominantes, porventura a principal, tem a ver com a natureza "extra-comércio" dos bens atingidos – ou seja, tem a ver com a ausência de um mercado estabelecido e rotinado, no seio do qual se fixem com segurança os valores de troca dos bens; ou, mais precisamente, as "disposições de pa-

¹⁷ Ott, Claus & Hans-Bernd Schäfer (1990), "Schmerzensgeld bei Körperverletzungen. Eine ökonomische Analyse", *Juristenzeitung*, 35, 563-573.

gar" pelo acesso, uso ou renúncia ao uso desses bens. Na ausência de um mercado para esses bens, tem que se recorrer a sucedâneos de "preços-sombra", "preços hedónicos", e a mecanismos de revelação de preferências, para se simular o que seria uma avaliação colectiva espontânea dos interesses em jogo¹⁸.

Isso por sua vez prende-se, por um lado, com o carácter de insubstituibilidade desses bens, com a circunstância de os danos serem naturalisticamente irreparáveis com recurso a sucedâneos perfeitos que pudessem ser encontrados num tal mercado (não se tratando, em suma, de "danos económicos puros"¹⁹) – pelo que a reparação dos "danos morais", longe de constituir um "equivalente da perda", é somente um incremento de utilidade que poderá, ou não, contribuir para um reequilíbrio emocional puramente subjectivo, contingente e incomensurável, no espírito de quem sofreu o dano²⁰.

Sendo esta a base, aliás, para o repúdio tradicional, nunca inteiramente superado, do ressarcimento dos "danos morais" – a ideia de que nem se deve tentar "comprar a consciência" do lesado através da entrega de uma quantia que não se relaciona com nada, que não se compara a nada, que não é aferida por qualquer quantificação objectiva, que não impede o sofrimento

¹⁸ Viscusi, W. Kip (1993), "The Value of Risks to Life and Health", *Journal of Economic Literature*, 31, 1912-1946.

¹⁹ Dari-Mattiacci, Giuseppe (2004), "The Economics of Pure Economic Loss and the Internalisation of Multiple Externalities", in Van Boom, Willem H., Helmut Koziol & Christian A. Witting (orgs.) (2004), *Pure Economic Loss*, Wien, Springer, 167-190; Dari-Mattiacci, Giuseppe & Hans-Bernd Schäfer (2007), "The Core of Pure Economic Loss", *International Review of Law and Economics*, 27, 8-28; Gómez Pomar, Fernando & Juan Antonio Ruiz García (2004), "The Plural – and Misleading – Notion of Economic Loss in Tort: A Law and Economics Perspective", *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 4, 908-931; Rizzo, Mario (1982a), "A Theory of Economic Loss in the Law of Torts", *Journal of Legal Studies*, 11, 281-310; Rizzo, Mario J. (1982b), "The Economic Loss Problem: A Comment on Bishop", *Oxford Journal of Legal Studies*, 2, 197-206.

²⁰ Arlen, Jennifer (2000), "Tort Damages", in Bouckaert, Boudewijn & Gerrit De Geest (orgs.) (2000), *Encyclopedia of Law and Economics, II. Civil Law and Economics*, Cheltenham, Edward Elgar, 683ss., 697ss..

passado ou futuro nem o substitui directamente pelo gozo da existência²¹.

E prende-se, por outro lado, com o facto de o "dano não-pecuniário" não constituir ele próprio, como o nome indica, uma perda de riqueza ou de rendimento de quem o experimenta – ou mais precisamente, não constituir uma quebra da situação, da rotina, do "gerador de rendimentos".

Em termos mais técnicos, não havendo uma diminuição dos activos, a utilidade marginal deles não aumenta, não tornando, pois, "compensador" o aumento desses activos através de uma transferência a favor da vítima (sendo que até pode dar-se o caso de algum dano inabilitante diminuir a utilidade marginal dos activos da vítima – que fica diminuída na sua capacidade de gozar a aplicação desses activos – o que leva alguns a conceberem uma preferência por um "seguro inverso", ou seja a preferência por uma transferência de recursos da fase "pós-acidente" para a fase "pré-acidente", se fosse possível prever a ocorrência do acidente²²).

Essa a razão fundamental da não-cobertura espontânea, através de seguros, dos "danos morais": as perdas directas correspondentes ao pagamento dos prémios de seguro não são compensadas por qualquer ganho marginal esperado na "reparação" futura do dano através do pagamento da seguradora (e menos ainda se aplicarmos aqui uma "taxa de desconto" referente à distância temporal expectável entre pagamento à seguradora e pagamento *pela* seguradora – embora seja possível

²¹ Veja-se, com 50 anos de intervalo: Jaffe, Louis L. (1953), "Damages for Personal Injury: The Impact of Insurance", *Law and Contemporary Problems*, 18, 219ss.; King Jr., Joseph H. (2004), "Pain and Suffering, Noneconomic Damages and the Goals of Tort Law", *Southern Methodist University Law Review*, 57, 163ss..

²² Cooter, Robert (1989), "Towards a Market in Unmatured Tort Claims", *Virginia Law Review*, 75, 383-412; Shavell, Steven (1987), *Economic Analysis of Accident Law*, Cambridge MA, Harvard UP, 229ss.; Shavell, Steven (2004), *Foundations of Economic Analysis of Law*, Cambridge MA, Belknap, 270ss.; Shukaitis, Marc J. (1987), "A Market in Personal Injury Tort Claims", *Journal of Legal Studies*, 16, 329-349.

conceber-se uma diminuição de "*baseline utility*" em decorrência de um "dano moral", susceptível de cálculo actuarial²³).

Ora, se não existe incentivo à cobertura espontânea, contratual, considerações de eficiência deveriam ditar que também não se proporcionasse essa cobertura através do sistema da responsabilidade extracontratual (em especial em situações em que a elevada elasticidade da oferta levaria a que essa cobertura fosse repercutida sobre o consumo, com efeitos redistributivos e "*deadweight losses*", mormente a exclusão dos consumidores mais pobres)²⁴.

A aludida exiguidade das indemnizações atribuídas aos "danos morais" é totalmente inadequada para efeitos preventivos, mesmo levando em conta a já referida necessidade oposta de limitação da cobertura dos danos da vítima (os incentivos próprios da "*insurance theory*"). Não havendo uma internalização completa das externalidades causadas aos interesses não-patrimoniais, a minimização dos custos totais (sociais) dos acidentes não é assegurada – e é dela que se trata principalmente, lembremo-lo.

E no entanto, se considerarmos a reacção cultural, social e jurídica, aos danos acidentais, cedo descortinaremos, nela, um elemento que transcende a mera reparação económica do "gerador de rendimentos" e alastra até ao limiar da tutela sancionatória-retributiva – entendendo-se, com ela, que a posição dos "não-geradores de rendimentos", ou as lesões insusceptíveis de interferirem na capacidade reditícia dos "geradores de

²³ Croley, Steven P. & John D. Hanson (1995), "The Nonpecuniary Costs of Accidents: Pain-and-Suffering Damages in Tort Law", *Harvard Law Review*, 108, 1785-1917.

²⁴ Friedman, David (1982), "What is 'Fair Compensation' for Death or Injury?", *International Review of Law and Economics*, 2, 81-93; Friedman, David (2000), *Law's Order. What Economic Has to Do with Law and Why It Matters*, Princeton NJ, Princeton UP, 95ss.; Graham, Daniel A. & Ellen R. Pierce (1984), "Contingent Damages for Products Liability", *Journal of Legal Studies*, 13, 441-468; Priest, George L. (1987), "The Current Insurance Crisis and Modern Tort Law", *Yale Law Journal*, 96, 1521-1590.

rendimentos", não deveriam ser desatendidas pelo Direito, e não deveriam afastar-se demasiado do caminho seguido no ressarcimento dos danos patrimoniais dos "geradores de rendimentos", sob pena de se cair na impunidade e no incentivo à justiça privada, por um lado; ou de se cair, no outro extremo, numa deriva securitária de sobre-criminalização das relações privadas.

5. A INDEMNIZAÇÃO PUNITIVA

Isso significa que, se é para avançarmos culturalmente na tutela dos interesses não-patrimoniais através do instrumento da responsabilidade civil – sem rejeitar outros instrumentos, decerto – temos que transcender a demarcação entre reparação e punição, reconhecendo abertamente que muito daquilo que se acoita na figura da reparação é já retribuição punitiva, sob o véu diáfano da incomensurabilidade dos bens não-patrimoniais a serem atendidos pelo escopo reparador²⁵.

Por outras palavras, é chegado o momento de se encarar com naturalidade a adopção da "indenização punitiva" ("*punitive damages*") até pelas ordens jurídicas que se lhe têm revelado mais refractárias – seguindo nesse ponto as sugestões maioritárias (mas não unânimes²⁶) da Análise Económica do Direito, que propugnam por essa abertura à consideração descontráida e pragmática, não-dogmática, das virtualidades da "indenização punitiva", inclusivamente para se lhe detectarem, tão celeremente quanto possível, as limitações e contra-indicações²⁷.

²⁵ Ver as pertinentes reflexões em: Bunazar, Maurício (2012), "Taxonomia da Sanção Civil: Para Caracterização do Objeto da Responsabilidade Civil", *RIDB*, 639ss.; Reis, Daniel Cardoso dos (2013), "A Convivência do Poder Punitivo Privado na Formação da Pena Pública Brasileira", *RIDB*, 15539ss..

²⁶ Duggan, Anthony (2006), "Exemplary Damages in Equity: A Law and Economics Perspective", *Oxford Journal of Legal Studies*, 26, 303-326.

²⁷ Araújo, Fernando (2007), *Teoria Económica do Contrato*, Coimbra, Almedina, Cap. 58 (Cláusula Penal e «Danos Punitivos»)

Façamo-lo sem prestar demasiada atenção aos protestos doutrinários contra uma alegada distorção hipertrofiadora que se abrigaria nessa figura da "indenização punitiva", consistente numa exacerbação da perspectiva da vítima – porque na verdade muita da prática judiciária já cai em distorções no mesmo sentido e bem maiores, quando recobre com o manto de "danos morais" situações em que, não se atendendo já a qualquer discernível alteração do estado fáctico das vítimas (que, dada a não-patrimonialidade, vimos não ser mensurável), a indenização é atribuída, não em função do *dano*, mas exclusivamente em função da *culpa* – e portanto já com um escopo retributivo que nem a invocação da "equidade" consegue disfarçar²⁸.

E isso não exclusivamente por razões ou argumentos económicos, ou jurídico-económicos – antes reconhecendo que a recente aliança da responsabilidade civil com os desígnios civilizacionais da efectivação e reforço dos direitos fundamentais faz com que as soluções apresentadas para a prevenção e reparação de danos, quaisquer danos, incluindo os danos catastróficos que a tecnologia crescentemente potencia, são elementos-chave para o progresso cultural e até para o desenvolvimento socioeconómico de comunidades apegadas, já não somente à eficiência, à minimização dos custos sociais dos acidentes, mas a muito mais do que isso, à plena consagração desse núcleo fundamental e fundamentante de direitos humanos, à promoção das condições necessárias para uma vida de relação livre e digna.

Especificamente, se a ampliação do efeito preventivo for alcançado através da incorporação de uma "margem punitiva" no instrumento reparador, a protecção social das vulnerabilidades aos riscos gerados pela interdependência e pela tecnologia terá aumentado, e a segurança terá sido reforçada sem

²⁸ Estamos agora nos domínios da Parte 3 do texto *infra*, "O Papel da Indenização na Teoria do Dano Moral Coletivo".

detrimento significativo da liberdade individual²⁹.

É verdade que parece repugnar que, num instrumento aparentemente vocacionado em exclusivo para a reparação, se insinue um escopo retributivo explícito, que alegadamente potenciará a adulteração do instituto; mas a "*Law and Economics*", como sublinhámos já, rejeita as soluções de continuidade entre reparação e prevenção, e prevenção e ameaça de retribuição, postuladas pela dogmática – a todas contrapondo a presidência do objectivo geral de diminuição do custo social dos acidentes: e admitamos que até na sabedoria popular o "remédio" é mero sucedâneo da "prevenção", o que ajuda a sublinhar a sensatez desta reavaliação pragmática dos fins gerais da responsabilidade civil³⁰.

Ora, se pensarmos que os bens protegidos nos "danos morais" são já afectados por problemas de mensurabilidade – até porventura de infabilidade, e certamente de sub-deteção – e que, em consequência disso, é pacífico, entre aqueles que admitem a ressarcibilidade de tais danos, que a sub-indemnização é a regra, então uma inferência se impõe: a de que a ordem jurídica, e a "regra de jogo" que ela estabelece neste domínio, sub-previne danos, deixa o nível de danos não-patrimoniais muito acima da internalização efectiva, logo muito acima do nível socialmente óptimo de prevenção, aquele que correspondesse às possibilidades dessa internalização perfeita.

A regra de jogo, portanto, tem que mudar: e pode mudar tanto na direcção da "Regra de Hand", viabilizando novas, e mais amplas, formas de imputação do dano aos lesantes – ampliando portanto a classe dos "lesantes" por forma a fazer ingressar nela os "*least-cost avoiders*" –, como pode mudar na direcção da "indemnização punitiva", viabilizando uma ampliação do cômputo da indemnização a ser suportada por cada

²⁹ O tema é objecto do Ponto 3.1.2 do texto *infra*.

³⁰ Sebok, Anthony J. (2007), "Punitive Damages: From Myth to Theory", *Iowa Law Review*, 92, 957ss..

lesante.

Adivinha-se a objecção daqueles que vêm neste raciocínio não mais do que uma forma extrema de consequencialismo: a adopção de novas "regras de jogo" com o único fito de promover uma finalidade social aprovável desconsidera gravemente aspectos morais de imputação e de assunção de risco, em favor de uma "engenharia social" que ajusta as premissas à necessidade de resultados.

O contra-argumento principal tem que ser o de que os que se abrigam no "*fiat iustitia ne pereat mundus*" desconhecem o mundo imperfeito de compromissos e equilíbrios a que a solução jurídica não pode, nem deve, ser poupada. Um mundo repleto de sofrimento e de culpa será porventura mais deontologista e menos consequencialista, mas dificilmente constituirá o ideal social abstracto do homem contemporâneo – nem mesmo do libertário mais *enragé*. E como progredir sem adoptar a visão prospectiva que é inevitavelmente consequencialista – reportando-nos a estados de coisas futuros que possam decorrer das nossas opções teóricas?

Como dissemos, a reflexão sobre a "indemnização punitiva" impõe-se, não para que se lhe siga uma capitulação das velhas salvaguardas contra as "sanções civis" ou contra a feudalização que muitos receiam que acompanhe o fim do monopólio estadual do "*ius puniendi*" – antes para que a sua eventual adopção se faça com cautelas susceptíveis de obviarem a excessos conhecidos, tanto no direito civil como no direito penal: desde a litigância agressiva que emerge do arranjo de "*contingent fees*" e da publicidade dos "*ambulance chasers*", da demanda dos "*blockbuster awards*" como "*windfall profits*" das vítimas, à incompetência dos jurados, redundando na ineficiência da "medicina defensiva" e da adopção de níveis ineficientes de aversão colectiva ao risco; como ainda os problemas que acompanhariam a adopção irrestrita do instituto na área contratual (interferindo, por exemplo, com ponderações de "incum-

primento eficiente").

Isso implica que se demarque o tema da indemnização punitiva, que é exclusiva dos domínios da responsabilidade civil, face a outros fenómenos que com ela concorrem mas que com ela não se confundem, como o da sub-eficácia da aplicação coerciva do Direito – para a qual se tem sugerido como remédio esse mesmo agravamento punitivo das indemnizações, de forma a manter constante o valor esperado da reacção jurídica à conduta lesiva (a lógica "beckeriana" que toma por incentivo da conduta o valor subjectivo esperado das penas, inserindo na ponderação dessa esperança subjectiva os níveis de eficácia na detecção e na reacção às infracções)³¹.

E também implica que não se embarque em modas, nem em fascínio com "transplantes jurídicos" acrílicos. No caso da indemnização punitiva, sem primeiro se ponderar se muitos dos objectivos prosseguidos na correspondente litigância e "*private enforcement*" não são assegurados já, em muitos países da tradição do "*Civil Law*", através da regulação administrativa, susceptível de disciplinar condutas de grandes externalizadores e de grandes lesantes de interesses colectivos difusos ou homogéneos, à margem de qualquer necessidade de envolvimento judicial; cabendo até perguntar-se se a trivialização das indemnizações punitivas nalgumas áreas, por exemplo as relativas a responsabilidade do produtor ou a defesa do consumidor, não teria por efeito perverso a redundância e a desvalorização, o "*crowding-out*", de práticas de regulação consagradas.

Tudo sem se perder de vista que o recurso aos "*punitive damages*" pode traduzir-se numa melhoria da *efectividade* da responsabilidade civil – nos casos em que a litigância e o *private enforcement* permitam assegurar uma eficiência que não esteja disponível a um regulador público (por exemplo, porque esse regulador se encontra politicamente capturado, ou está subinformado ou subincentivado a agir).

³¹ A alusão é ao clássico de Gary Becker em matéria de análise económica do crime.

Mas implica sobretudo reconhecer que não há verdadeiro sucedâneo para a indemnização punitiva naqueles casos em que a conduta fez vítimas em meios sub-apropriados ou insusceptíveis de apropriação, nos quais as imprecisões na caracterização da legitimidade activa e os custos de transacção na coordenação de condutas implicam invariavelmente que qualquer lesão seja espontaneamente sub-compensada, mesmo quando todos os lesados que têm incentivos bastantes para agir efectivamente o fazem e demandam judicialmente o lesante.

Em tais casos, a lógica punitiva, com puro escopo retributivo ou com ambições preventivas, parece reencontrar-se em toda a sua amplitude *pública*, justificando uma reacção jurídica nos termos da qual o lesante é chamado à cobertura dos danos indirectos, difusos ou até simbólicos que possa ter causado a terceiros ou à sociedade em geral, ou aos valores merecedores de especial protecção jurídica³². O ponto, será despiciendo enfatizá-lo, é especialmente pertinente no tema dos "danos morais colectivos".

Por outro lado, a consideração da indemnização punitiva força-nos a ponderarmos qual a verdadeira natureza da "indemnização pura", aquela que em abstracto teria simples propósito reparador: seja porque a cobertura de danos futuros dissolve a aparente restrição a danos efectivamente mensurados, seja porque várias formas de promoção do cumprimento, de execução específica, de sanções pactuadas, de prevenção de locupletamentos, extravasam da directa e mecânica cobertura de danos emergentes e de lucros cessantes aferidos no momento da "diferença", visando outros valores conexos, como o alinhamento de posições entre "principais" e "agentes", o desincentivo do enriquecimento sem causa, ou a clarificação das

³² Com opiniões opostas sobre o tema, cfr. Grube, E. Jeffrey (1992-1993), "Punitive Damages: A Mislplaced Remedy", *Southern California Law Review*, 66, 839ss.; Kelly, Michael B. (2004), "Do Punitive Damages Compensate Society?", *San Diego Law Review*, 41, 1429ss.; Sharkey, Catherine M.(2003), "Punitive Damages as Societal Damages", *Yale Law Journal*, 113, 347-453.

titularidades em situações difusas.

Se essas finalidades são dogmaticamente válidas, porque não o seria, por sua vez, nem o mais ténue mecanismo retributivo, mais a mais ditado por claros interesses de prevenção susceptíveis de tradução em benefícios para todos os envolvidos?

Por outro lado, a "indenização pura" deveria redundar na pura socialização do risco, na generalização das soluções "no-fault": porquê insistir, como efeito, no apuramento da *culpa* e na formulação de juízos de *imputação* ao agente, porquê insistir na *responsabilidade* individualizada – senão porque há juízos punitivos ínsitos na responsabilização, nem que seja por reminiscência dos tempos da vindicta privada?

Pode querer combater-se a recepção da indenização punitiva por medo desses atavismos – mas deve então ponderar-se se o bastião para que se recua tem ainda um grau qualquer de correspondência com a realidade, ou se ele não exigirá, *ex novo*, truncagens mutiladoras (como o seria, no actual estado civilizacional, o abandono da responsabilidade individual em favor da socialização integral do risco).

Pode ainda querer evitar-se o incentivo extraordinário que seria a atribuição da totalidade da "punição" à vítima, o que pode não apenas redundar em imoralidade no enriquecimento (numa "vitimização oportunista" que seria "caça ao prémio" das compensações extraordinárias, dos "*blockbuster awards*") como num agravamento extremo do risco em situações de "acidentes bilaterais" – ou seja, nas situações em que o risco pode ser modulado pelo nível de precaução da própria vítima potencial, e a perspectiva de ganho dos ganhos extraordinários retira o incentivo à precaução, substituindo-o por um incentivo ao incremento do risco ou ao incremento do valor dos bens expostos ao risco (um sobre-investimento oportunista em danos potenciais).

Só que aí duas considerações complementares se impõem:

1) o problema pode ser mitigado ou removido através do já referido "*decoupling*", ou seja, pelo estabelecimento de uma regra indenizatória que, nesses casos "punitivos", sonega à vítima a totalidade, ou parte, dessa margem "punitiva", atribuindo-a a uma entidade terceira (o Estado, um fundo, uma anti-seguradora)³³;

2) a atribuição à vítima de parte do montante punitivo pode justificar-se, seja como um incentivo à propositura de acções de especial dificuldade, de baixa probabilidade de sucesso ou de especial relevância colectiva (como recompensa pela prestação de um serviço de utilidade colectiva, que seria subproduzido na ausência desse incentivo), seja como medida simbólica da retribuição que se pretenda explicitar através da "dimensão punitiva" da reparação (o "prémio da punição" como símbolo da "vitória judicial" da vítima sobre o lesante³⁴).

Pode ainda querer evitar-se a dissolução de fronteiras que alegadamente resultaria da generalização do "*private enforcement*", uma melindrosa transgressão das barreiras penosamente erigidas entre "esfera pública" e "esfera privada" – um objectivo louvável, decerto, mas que não pode escamotear a circunstância da fusão de elementos "públicos" e "privados" em cada interesse concreto em jogo; tendo que reconhecer-se que, fora de uma visão totalitária da vida humana, nenhum interesse pode considerar-se como puramente "público", e todo o interesse público pode, e até deve, ser analisado como um somatório de interesses privados (tal como, fora de uma visão estritamente individualista e libertária, não é negável uma dimensão "pública" em todo o interesse privado – mesmos os interesses da mais

³³ Danzon, Patricia Munch (1984), "Tort Reform and the Role of Government in Private Insurance Markets", *Journal of Legal Studies*, 13, 517-549; Choi, Albert & Chris W. Sanchirico (2004), "Should Plaintiffs Win What Defendants Lose? Litigation Stakes, Litigation Effort, and the Benefits of Decoupling", *Journal of Legal Studies*, 33, 323-354.

³⁴ Bone, Robert G. (2011), "The Puzzling Idea of Adjudicative Representation: Lessons for Aggregate Litigation and Class Actions", *George Washington University Law Review*, 79, 577-627.

nuclear intimidade).

Ora, numa era de crescente insinuação de valores de direito público no seio do direito privado, liderada pelo paradigma da "constitucionalização" deste, porque haveriam de manter-se excluídas (como uma singularidade?) as considerações de ordem pública e teor consequencialista que presidem ao "transplante jurídico" da "indenização punitiva"?

6. A "CHANCE" E A ACÇÃO COLECTIVA

O problema adensa-se com a percepção colectiva do risco gerado pela interdependência em circunstâncias produtivas de elevada sofisticação tecnológica, nas quais se presume que não somente é possível calcular-se um grau óptimo de segurança, como que é possível promover-se esse grau de forma estável e coordenada – do que decorre que, mesmo quando subsista a incerteza em matéria de causalidade, mesmo quando se duvide da legitimidade de coberturas proporcionais do risco, a convicção relativa à possibilidade de promoção daquele nível óptimo de risco autoriza a vulgarização do conceito de "perda de *chance*", a recobrir paulatinamente, desde os primórdios da sua consagração jurisprudencial pela *Cour de Cassation*, todos os recantos tradicionais da responsabilidade civil (fazendo-a abarcar a remoção de contrafactuais favoráveis ou exoneradores, as "*chances*" perdidas, alicerçando com ela, pois, o equivalente a uma "garantia de resultados" extrapolada para o âmbito aquiliano e ponderada pela probabilidade dos sucessos alternativos – ainda que isso seja feito normalmente a partir de casos de deveres positivos, em especial os deveres de estado e os deveres contratualmente assumidos).

Essa percepção de que a mera variação de probabilidades de danos pode constituir em si mesma uma base para indenização não requer um apuramento estatístico susceptível de identificar, por indução, a presença do nexos causal – como tem

que suceder nos danos colectivos, difusos ou de massa; exige apenas um apuramento estatístico e probabilístico da própria dimensão dos danos, independentemente de qualquer determinação prévia desse nexos causal, embora sem dispensar a verificação de algum dano relevante, pois não se trata de avaliar meras variações de risco.

Trata-se de saber qual a perspectiva de recuperação que subsiste ou subsistiria, com ou sem a conduta a ser responsabilizada, dada a situação lesiva efectivamente experimentada – e visando sempre uma cobertura parcelar dos danos concretos, proporcional à probabilidade da "chance" perdida, uma fracção da vantagem (recuperação, sobrevivência, ganho de causa) que se alcançaria num mundo determinista, sem contrafactuais – ao mesmo tempo que se entrevê, na solução jurídica, o propósito retributivo-preventivo que procura lidar com o excesso de "indução de chance" como estratégia competitiva mas potencialmente dolosa, mantendo-a em níveis colectivamente aceitáveis³⁵.

O caminho processual para se lidar com o "dano moral colectivo" é aparentemente o da acção colectiva³⁶ (conexa ou não com a introdução dos "punitive damages"³⁷), mas também

³⁵ Fischer, David A. (2001), "Tort Recovery for Loss of Chance", *Wake Forest Law Review*, 36, 606-655; Jansen, Nils (1999), "The Idea of a Lost Chance", *Oxford Journal of Legal Studies*, 19, 271-296.

³⁶ Sobre o tema: Leite, Maria Odelândia Torquato & Gustavo Raposo Pereira Feitosa (2014), "O Sincretismo do Civil Law e Common Law pelo Uso dos Precedentes Judiciais Vinculantes no Brasil", *RIDB*, 3533ss.; Oliveira, Bruno Silveira de & Francisco Vieira Lima Neto (2012), "O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro, o Litisconsórcio e Processos Coletivos", *RIDB*, 1579ss.; Thamay, Rennan Faria Krüger (2013), "O Processo Coletivo como Forma de Realização da Sustentabilidade", *RIDB*, 5999 ss.; Thamay, Rennan Faria Krüger (2013), "O Processo Coletivo na Teoria Geral do Processo Civil: Legitimidade e Coisa Julgada", *RIDB*, 15915ss.; Venturi, Elton (2012), "O Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América: Aspectos Conceituais", *RIDB*, 2473ss.; Verbic, Francisco (2012), "Acciones de Clase para la Tutela del Consumidor en Argentina y Brasil. Análisis Comparado y Ejecución de Sentencias Colectivas Extranjeras", *RIDB*, 4377ss..

³⁷ Cabraser, Elizabeth J. & Thomas M. Sobol (2000), "Equity for Victims, Equity for the Transgressor: The Classwide Treatment of Punitive Damages Claims", *Tulane*

neste ponto as dúvidas e problemas se multiplicam – sobretudo quando se reconhece que as "*class actions*" ("Acções Cíveis Públicas" no Brasil, "Acções Populares" em Portugal) estão longe de ser o modo exclusivo, ou sequer dominante, de lidar com interesses plurais de larga escala, de ultrapassar os custos de transacção que impedem a promoção óptima desses interesses pela via processual complexa (sobretudo quando a atomicidade de interesses implica para o afectado um valor esperado negativo, inferior aos custos directos da litigância, desincentivador portanto): havendo formas de coligação de posições processuais e de aproveitamento de resultados contenciosos que, estando já consagrados até nas ordens jurídicas que resistem à importação da "acção colectiva", permitem alcançar, sem significativa perda de eficiência, os efeitos principais desta "litigância de massa"³⁸.

Mais ainda, é na própria origem, no ordenamento de "*Common Law*", que a figura da "*class action*" tem cedido espaço a formas sucedâneas de litigância "agregada" e de coordenação de resultados, como os "*non-class contractual settlements*"³⁹ ou a "*multi-district litigation*"⁴⁰.

Isso deve-se em certa medida ao declínio da lógica paternalista que tende a configurar a acção colectiva como o meio por excelência de defesa dos desvalidos contra a conspiração maléfica dos "capitalistas", uma espécie de embate "David - Golias" de tal modo desequilibrado e enviesado que ele tende a tornar-se imprestável para quem não comungue dos seus pres-

Law Review, 74, 2005ss..

³⁸ Cappalli, Richard B. & Claudio Consolo(1992), "Class Actions for Continental Europe? A Preliminary Inquiry", *Temple International and Comparative Law Journal*, 6, 217-292.

³⁹ Erichson, Howard M. & Benjamin C. Zipursky (2011), "Consent versus Closure", *Cornell Law Review*, 96, 265-321.

⁴⁰ Nagareda, Richard A. (2007), *Mass Torts in a World of Settlement*, Chicago, University of Chicago Press, 224ss.; Willging, Thomas E. & Emery G. Lee III (2010), "From Class Actions to Multidistrict Consolidations: Aggregate Mass Tort Litigation After Ortiz", *University of Kansas Law Review*, 58, 775ss..

supostos maniqueístas ou queira rejeitá-los⁴¹.

Por outro lado, entrou em declínio a retórica triunfalista que anuncia a chegada da "*damage class action*" como solução óptima, imbatível, tanto na reparação como até na prevenção de danos colectivos (o argumento de que a mera ameaça de recurso à acção colectiva basta para "disciplinar" os "grandes externalizadores"⁴², como se eles não pudessem repercutir os custos sobre um consumo relativamente menos elástico do que a oferta).

Tal como está em crise a visão que tende a postular que os incentivos próprios dos advogados não interferem na distorção de incentivos a litigar, ou que o patrocínio judiciário não gera problemas próprios e perdas colectivas⁴³: seja porque é legítima uma contra-narrativa que faz desmoronar a visão "branqueadora" das acções colectivas⁴⁴, seja porque a instrumentalização destas por litigantes "capturados" ou por "industriais da litigância" permite realisticamente arredá-las do seu pedestal ideológico⁴⁵ - o que leva alguns a anunciar o declínio e morte da própria "*class action*" como a conhecemos⁴⁶, sem

⁴¹ McKenzie, Troy A. (2013), "«Helpless» Groups", *Fordham Law Review*, 81, 3213- 3232.

⁴² Fitzpatrick, Brian T. (2010), "Do Class Action Lawyers Make Too Little?", *University of Pennsylvania Law Review*, 158, 2043-2083.

⁴³ Brunet, Edward (2000), "Improving Class Action Efficiency by Expanded Use of *Parens Patriae* Suits and Intervention", *Tulane Law Review*, 74, 1919ss..

⁴⁴ Erichson, Howard M. (2005), "A Typology of Aggregate Settlements", *Notre Dame Law Review*, 80, 1769ss..

⁴⁵ Gilles, Myriam & Gary B. Friedman (2006), "Exploding the Class Action Agency Costs Myth: The Social Utility of Entrepreneurial Lawyers", *University of Pennsylvania Law Review*, 155, 103ss.; Lantagne, Stacey M. (2013), "A Matter of National Importance: The Persistent Inefficiencies of Deceptive Advertising Class Actions", *Journal of Business & Technology Law*, 8, 117-156; Shepherd, Joanna M. (2012), "Ideal Versus Reality in Third-Party Litigation Financing", *Journal of Law, Economics & Policy*, 8, 593-611.

⁴⁶ Gilles, Myriam (2005), "Opting Out of Liability: The Forthcoming, Near-Total Demise of the Modern Class Action", *Michigan Law Review*, 104, 373-430; Mullex, Linda S. (2013), "Aggregate Litigation and the Death of Democratic Dispute Resolution", *Northwestern University Law Review*, 107, 511ss..

que desapareçam os interesses sociais, transindividuais, que ditaram o surgimento do conceito de "dano moral colectivo"⁴⁷ e legitimaram o seu ressarcimento, pela via mais eficiente que em cada momento possa conceber-se.

EM CONCLUSÃO

Estas reflexões avulsas, que já vão longas, emergiram de notas de leitura do texto de Felipe Teixeira Neto, *Dano Moral Coletivo. A Configuração e a Indenização do Dano Extrapatrimonial por Lesão a Interesses Difusos na Sua Dimensão Transindividual*, e pretendem ser dele uma simples apresentação. Se outro mérito não tiverem, que sirvam de testemunho do entusiasmo que a leitura desse texto – uma obra de excelência, actualizada, densa em referências – é capaz de suscitar.

Felipe Teixeira Neto é um académico com provas dadas, e uma das apostas mais seguras no que respeita à evolução próxima da doutrina jurídica em Portugal e no Brasil (com a qual demonstra já invulgar familiaridade).

Foi meu aluno há um par de anos, em Análise Económica do Direito (*Law and Economics*), e temos colaborado desde então em diversas iniciativas académicas.

Tive agora a honra de apresentar esta monografia, que será decerto um momento marcante de um currículo que já é notável; possa eu ter a ventura de acompanhar essa trajetória ascendente e de continuar a ir surpreendendo, nela, momentos tão ricos e estimulantes como este. É um repto que lanço ao autor – mas que o leitor perceberá, desde as primeiras linhas

⁴⁷ Definido, no texto *infra*, como "aquele decorrente da lesão a um interesse de natureza transindividual titulado por um grupo indeterminado de pessoas ligadas por relação jurídica base (acepção coletiva estrita) ou por meras circunstâncias de fato (acepção difusa) que, sem apresentar consequências de ordem económica, tenha gravidade suficiente a comprometer, de qualquer forma, o fim justificador da proteção jurídica conferida ao bem difuso indivisível correspondente, no caso, a promoção da dignidade da pessoa humana" (Ponto 2.2.2.1).

que se seguem, que é um objectivo absolutamente alcançável.

